ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Sayı: 10
Haziran 2006
ISSN: 1305-7731

ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Sahibi
Eskişehir Barosu adına Baro Başkanı
Av. Oğuz Sezer ARSLAN

Sorumlu Müdür
Av. Altan ULUTAŞ

Yayın Kurulu
Av. Altan ULUTAŞ
Ar. Gör. Mesut AYGÜN
Ar. Gör. Ozan Ercan TAŞKIN
Ar. Gör. Uğur KARA
Av. Emine Cevahir ÇALIKUŞU
Av. Heval YILDIZ

Dizgi ve Tasarım
İlter KÖSE

İletişim Adresi
Eskişehir Barosu Adliye İçi No: 79 ESKİŞEHİR
Tel: 0222 2311807 Faks: 0222 2317181
www.eskisehirbarosu.org.tr
e-mail: eskisehirbarosu@hotmail.com

Basım Yeri
Metin Ofset, Yelkovan İş Merkezi Bodrum Kat No: 19-20 ESKİŞEHİR

İÇİNDEKİLER

Stj. Av. Deniz KÜZECİ / Av. Kemal VURALDOĞAN
AVUKATA AİT OLAN VEKÂLET ÜCRETİ KİMİN LEHİNE HÜKMEDİLMELİDİR? 1

Av. Kemal VURALDOĞAN
AVUKATIN DİSİPLİN HUKUKU 3 19

Yrd. Doç. Dr. Mine AKKAN
MEDENİ USUL HUKUKUNDA ELEKTRONİK İMZA 31

Ar. Gör. Meral GÜRBÜZ
TAPU SİCİLİNİN TUTULMASINDAN DOĞAN ZARARLARDAN HUKUKİ SORUMLULUK 41

Öğr. Gör. Gülenay RUŞEN
ORTAK GİRİŞİME UYGULANACAK HUKUK 67

Ar. Gör. Hakan KARAKEHYA
CEZA MUHAKEMESİNDE MADDİ GERÇEK 93

Yrd. Doç. Dr. M. Erkan ÜYÜMEZ
VERGİ CEZALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ 103

Doç. Dr. Hamide ZAFER
GLOBAL GÜVENLİK YASALARI VE TEMEL HAKLARIN DÜNYA ÇAPINDA EROZYONA UĞRAMASI 121

Stj. Av. Alper Can AYKAÇ
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARAR ÇEVİRİSİ: ŞEVK-TÜRKİYE 133

Ar. Gör. Elif UZUN
ESKİ YUGOSLAVYA İÇİN MİLLETLERARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN BANOVİÇ DAVASI KARARININ ÇEVİRİSİ 143

Ali BAŞBUĞ / Devran GÜNDAY / Mehmet Emin ELÇİ / Reyhan SAĞDIÇ / Özlem MERİÇ / Keziban KEBAPÇI
ELSA AVRUPA GENÇ HUKUKÇULAR DERNEĞİ ORD. PROF. DR. HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU KURGUSAL DURUŞMA YARIŞMASI - ANADOLU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ TAKIMININ DAVA DOSYALARI **169**

Eskişehir Barosu Dergisi Yayın İlkeleri

1. Eskişehir Barosu Dergisi dört ayda bir yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
4. Dergiye gönderilecek yazıların "Times New Roman" karakterinde; ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması gerekmektedir.
5. Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Eskişehir Barosu bu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez.
6. Dergide yayımlanması için verilen yazıların yayımı, Yayın Kurulu'nun yönetmelik gereği vereceği olumlu kararına bağlıdır.
7. Yayın Kurulu, Dergiye gönderilen yazıları sırasıyla, *Genel (Avukatlık Hukuku, Hukuk Eğitimi, Hukuk Etiği vb.), Özel Hukuk, Kamu Hukuku, Karar Çevirisi ve İncelemesi, Kitap Tanıtımı* ve *Diğer* kategorilerinde sınıflandırır. Yazılar her kategori içerisinde yazar soyadlarının alfabetik sırasına göre yayımlanır.
8. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.
9. Gönderilen yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.
10. Dergide yayımlanan yazıların ayrı bası yapılması isteği, Yayın Kurulu'nun yazılı onayına bağlıdır.
11. Dergide yayımlanan yazılar için yazarına telif ücreti ödenmez.

AVUKATA AİT OLAN VEKÂLET ÜCRETİ KİMİN LEHİNE HÜKMEDİLMELİDİR?

Stj. Av. Deniz KÜZECİ*

Av. Kemal VURALDOĞAN**

Avukatlık Kanununun "Avukatlık ücreti" başlıklı 164. maddesi, 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 77. maddesiyle yeniden düzenlenmiş[1], mahkeme kararıyla, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine (AAÜT) göre belirlenen vekâlet ücretinin[2] kime ait olacağı konusunda değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten sonra, ilgili madde itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmüş, değişiklik Yargıtay'ın hukuk ve ceza dairelerinin kararlarına farklı şekilde yansımıştır. Çalışmamızda, yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararı, Yargıtay'ın hukuk ve ceza dairelerinin değişiklik sonrasındaki kararları, öğretideki görüşler irdelenecek, Yargıtay dairelerinin kararları nedeniyle oluşan ve oluşması muhtemel problemler tartışılacak ve çözüm önerimiz sunulacaktır.

---

* Stajyer Avukat, Ankara Barosu.

** Avukat, Ankara Barosu.

[1] Resmi Gazete, 10.05.2001 tarih ve 24398 Sayı.

[2] Çalışmamızda, avukatlık ücreti, avukatın kendi müvekkilinden sunduğu hukuksal hizmet karşılığında aldığı para, vekâlet ücreti, mahkeme kararıyla davasında kısmen veya tamamen haklı çıkan ve kendini bir avukatla temsil taraf lehine hükmedilen yargılama gideri anlamında kullanılmıştır. Avukatlık Kanunu madde 164'ün 1,2 ve 3. fıkralarında avukatın müvekkilinden aldığı para için avukatlık ücreti terimi kullanılmış, mahkeme kararıyla hükmedilen ücret ise vekâlet ücreti olarak adlandırılmıştır. Ancak, yaptığımız tanım Avukatlık Kanunu ile tam olarak örtüşmemektedir. Avukatlık Kanunu madde 164/4 müvekkilden alınan para için vekalet ücreti terimini kullanırken, Avukatlık Kanunu madde 169'da da karşı tarafa yükletilecek para için avukatlık ücreti terimi seçilmiştir. Vekâlet ücreti teriminin seçiliş nedeni daha çok, "mahkeme kararıyla karşı tarafa yükletilen vekalet veya avukatlık ücreti" cümlesini sıkça kullanılmasının okuyucuyu sıkacağı kaygısından kaynaklanmıştır.

AVUKATLIK KANUNU MADDE 164/SON'DA 4667 SAYILI YASAYLA YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) madde 423 uyarınca vekâlet ücreti yargılama giderlerindendir. Aynı kanunun 417. maddesi uyarınca vekâlet ücretinin haksız çıkan taraftan alınarak haklı çıkan tarafa verilmesine hükmolunur.[3] HUMK madde 417 uyarınca haksız olan taraftan alınacak vekâlet ücretinin kim tarafından nasıl belirleneceği Avukatlık Kanunu madde 168'te, bu ücretin kime ait olacağı ise Avukatlık Kanunu madde 164'te düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunun, "Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir" şeklindeki 164/son maddesi, 4667 sayılı yasanın 77. maddesiyle yapılan değişiklikle, "Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Çalışmamızın kapsamını aştığı için değişiklik öncesindeki mahkeme kararıyla AAÜT'ye göre belirlenen vekâlet ücretinin kime ait olması gerektiği konusundaki tartışmalara değinmeyeceğiz.[4]

4667 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, daha önce sadece vekâlet ücretinin kime ait olacağını düzenleyen maddenin bu özelliği korunmuş, "aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça" ibaresi kaldırılmış, ayrıca bu ücretin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceği, haczedilemeyeceği eklenmiştir. GÜNER'e göre Avukatlık Kanunu madde 164/son emredici bir düzenlemedir. Bu maddeye aykırı bir şekilde avukatın karşı taraftan alacağı vekâlet ücretinin bir kısmını veya tamamını iş sahibine bırakmasını öngören sözleşmeler kanuna aykırı olacaktır. Bu husus, maddenin önceki halinin irdelenmesiyle de anlaşılabilir. Daha önce taraflara sözleşmeyle, "aksini kararlaştırma", yani vekâlet ücretinin vekil edene bırakılabileceği düzenlenmişken, maddenin son halinde, tarafların iradesinin ne olduğuna bakmaksızın, vekâlet ücretinin doğrudan avukata ait olacağı kararlaştırılmıştır.[5] AYDIN ise farklı görüştedir. AYDIN'a göre, özel hukukta asıl olan sözleşme özgürlüğüdür. Avukatlık Kanununda vekâlet ücretinin müvekkile ait olmasına yönelik sözleşmeler açıkça yasaklanmadığından,

[3] Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 673.

[4] Bu konuda bkz. Murat Aydın, Avukatlık Ücreti, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 280; Ejder Yılmaz, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", Ankara Barosu Dergisi, S. 2 (1984), s. 223.

[5] Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2003, s. 291-292.

vekâlet ücretinin bir kısmının veya tamamının müvekkile ait olması yönünde sözleşme yapılabilir.[6] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de bu görüştedir.[7]

AYDIN'ın bu görüşüne katılmamaktayız. Aksi yönde sözleşme yapılmasını açıkça yasaklayan bir madde olmasa da, hükmün yazılış biçimi ve yorum teknikleriyle o maddenin emredici bir hukuk kuralı olduğu sonucuna varmak mümkündür. 4667 sayılı kanundan önce avukata ait olan vekâlet ücretinin müvekkile ait olması ancak yazılı sözleşmenin varlığı halinde mümkünken, hem yazılı sözleşmenin varlığı koşuluna bağlı istisna kaldırılmış hem de takas ve mahsup yasağı getirilmiştir. Eğer iddia edildiği gibi, vekâlet ücretinin müvekkile bırakılması mümkün ise müvekkilden alacaklı olanların takas ve mahsup hakkı olması gerekir. AYDIN'ın görüşünün benimsenmesi, vekâlet ücretinin yazılı sözleşme yapılmadan müvekkile bırakılması sonucunu doğurur ki, bu görüş, tarihsel yoruma da aykırı düşmektedir. Aksi takdirde, "aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça" ibaresinin kaldırılmasına gerek duyulmaz, sadece "yazılı" kelimesinin kaldırılmasıyla yetinilirdi.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KONUYA İLİŞKİN KARARLARI

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı kanunla değiştirilen 164. maddesinin son fıkrasına karşı Anayasa Mahkemesi nezdinde, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Bu maddenin iptali talebi ile Anayasa Mahkemesine başvuran İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesi, adam öldürmek suçundan açılan kamu davası sonucunda verilen kararın Yargıtay'ca bozulması üzerine bakılan davada, iptali istenen maddenin Anayasanın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Bu maddelerde sırasıyla devletin adalet anlayışı içinde olma, adalet ilkeleri ve hak arama hürriyetini düzenleyen kısımlara dayanılarak itiraz yapılmıştır.

İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesine göre, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesi gereğince taraflar (müvekkil ve avukat) Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirtilen avukatlık ücret tavanını aşmamak kaydıyla, bir avukatlık sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Bu sözleşme ile avukat verdiği hizmetin karşılığını alabilecek ve işini bu sözleşmenin verdiği güven içerisinde icra edebilecektir. Ancak, aynı kanunun 164. maddesinin son fıkrasındaki yeni düzenleme ile avukat, avukatlık sözleşmesi ile almaya hak kazandığı ücrete ek olarak bir ücret daha almış olacaktır; ayrıca, avukatlık ücretinin avukat lehine hükmedilmesi durumunda davayı kazanan taraf avukatlık sözleşmesi gereği

[6] AYDIN, s. 284.

[7] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2005/7644, K. 2005/7978, k.t. 14.7.2005, Yargıtay Kararları Dergisi, C XXXI, Sayı 12 (Aralık 2005), s. 1859-1863.

bir ücret ödemekle yükümlü olduğundan hakkına tamamen kavuşamamış olacaktır. Oysa bu uygulama yerine, dava sonunda hükmedilecek olan avukatlık ücreti davayı kazanan taraf lehine hükmedilirse, müvekkil avukatlık sözleşmesi gereğince avukata hizmeti karşılığı olarak ödemekle yükümlü olduğu ücretten dolayı uğradığı zararı kısmen de olsa tahsil edebilecektir.[8]

Anılan gerekçelerle yapılan iptal istemi Anayasa Mahkemesince reddedilmiştir.[9] Anayasa Mahkemesi'ne göre, Avukatlık Kanununun 164. Maddesinin son fıkrasında yapılan değişikliğin amacını "taraflar arasında ücret kararlaştırılmaması durumunda avukatın sunduğu hizmetin karşılıksız kalmaması ve avukat ile müvekkil arasında doğabilecek ücret uyuşmazlıklarına engel olmaktır. Avukatlık sözleşmesinin yapılmasının zorunlu olmaması yanında, bu sözleşmenin avukat ve müvekkil arasındaki bir iç sorun niteliğinde olduğu, bunun yanında, dava ehliyeti olan herkesin bir avukatın temsiline ihtiyaç duymadan iddiasını kanıtlamak için dava açıp takip edebileceği, dolayısıyla 164. maddenin son fıkrasında yapılan değişikliğin Anayasada düzenlenen hak arama özgürlüğüne ve adalet anlayışına aykırılık teşkil etmeyeceğini" belirtmiş ve iptal istemi oybirliği ile reddedilmiştir.[10]

YARGITAY HUKUK DAİRELERİ VE HUKUK GENEL KURULUNUN KONUYA İLİŞKİN KARARLARI

Yargıtay'ın hukuk daireleri vekâlet ücretinin doğrudan vekile değil, davanın tarafları lehine hükmedilmesi gerektiği görüşündedir. Dairelerin ulaştığı sonuç aynı olmakla beraber, kararların gerekçelendirilmesinde farklılık bulunmaktadır. Bu nedenle, kararlarına ulaşabildiğimiz dairelerin, vekâlet ücretinin kimin lehine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin gerekçelerini ayrı ayrı sunmakta fayda görüyoruz.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'ne göre, yargılama ve hüküm, ancak davanın tarafları

[8] http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2004/K2004-028.htm adresinden alınmıştır.

[9] Anayasa Mahkemesi E. 2004/8, K. 2004/28, k.t. 3.3.2004; son yararlanma tarihi 16.12.2005.(7 nolu dipnotta belirtilen adresten alınmıştır.)

[10] 19.3.1985 günlü , 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 16.maddesinin 1. Fıkrasının ve 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen 164.maddesinin son fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "..avukata aittir" sözcükleri ile aynı Yasanın 168. Maddesinin son fıkrasının, Anayasanın 2., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı iddiası nedeni ile Çine Asliye Ceza Mahkemesi de Anayasa Mahkemesine başvurmuştur;ancak, Anayasa Mahkemesi değiştirilen 164. Maddenin son fıkrası hakkındaki iptal talebini yukarıda açıkladığımız aynı gerekçelerle ve oybirliği ile reddetmiştir.(E. 2002/126, K. 2004/27, k.t. 3.3.2004; son yararlanma tarihi:16.12.2005;7 nolu dipnotta belirtilen adresten alınmıştır)

hakkında verilebilir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 4/16 sayılı ve 29.5.1957 tarihli içtihadı birleştirme kararı uyarınca, yargılama giderleri,[11] hükmün sonuçlarına göre yanların sorumlulukları ile ilgilidir ve hüküm ile birlikte karara bağlanması gerekir. HUMK madde 417/1, 423/b6 uyarınca, yargılama giderleri, aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir ve vekâlet ücreti de yargılama giderlerindendir. Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde yer alan düzenlemeler; HUMK'un, davanın taraflarına ve hükmün kimlere yönelik olarak kurulacağına ilişkin hükümlerini kaldırıcı veya değiştirici nitelikte değildir. Aksine, hükmün ve ayrıntısı niteliğindeki yargılama giderlerinin ve bu bağlamda vekâlet ücretinin davanın tarafları hakkında kurulması gerekir. Avukatlık Kanunundaki, "vekâlet ücreti avukata aittir" biçimindeki düzenleme hüküm kuracak mahkemeye değil, vekil ile vekil edene yöneliktir. Aynı maddedeki "bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez" biçimindeki düzenleme de bu yorumu doğrulamaktadır. Dolayısıyla davada taraf sıfatı bulunmayan vekil lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.[12]

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, vekâlet ücretinin davanın tarafları lehine hükmedilmesi gerektiği görüşünü kısa bir formülle belirtmektedir. 5. Daireye göre, Avukatlık Kanununun 164/son maddesi uyarınca mahkemece hükmedilen vekâlet ücreti, davayı takip eden avukata ait olmakla beraber, bu avukat ile ona vekâlet verenin iç meselesidir. Buna rağmen yerel mahkemenin vekâlet ücretinin davacı ve davalı yerine vekilleri lehine

[11] Yargıtay'ın 7.2.1945 gün ve 19 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla asliye mahkemelerinde görülen ve yazılı yargılama usulüne tabi bulunan dava ve karşı davaların vekil ile takiplerinde vekâlet ücretinin dilekçe ile isteneceğinin kararlaştırılmasından sonra, mahkeme kararıyla hükmedilen vekâlet ücretinin ayrı bir dava ile istenip istenemeyeceği konusunda 3. ve 4. hukuk daireleri arasında görüş farklılığı ortaya çıkmış, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 4/16 sayılı ve 29.5.1957 tarihli içtihadı birleştirme kararıyla, 7.12.1945 günlü ve 19 sayılı içtihadı birleştirme kararının kaldırılmasına, hukuk davalarında vekâlet ücretinin diğer yargılama giderleri gibi talebe bakılmaksızın mahkeme tarafından resen hükmedilmesine ve vekâlet ücretinin ayrı bir dava konusu yapılamayacağına karar verilmiştir. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 4/16 sayılı ve 29.5.1957 tarihli içtihadı birleştirme kararına Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından ulaşılmıştır.)

[12] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/5370, K. 2004/14142, k.t. 13.12.2004; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/5196, K. 2005/2425, k.t. 10.03.2005;Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/1426, K. 2004/3421, k.t. 18.03.2004; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/13254, K. 2004/11736, k.t. 18.10.2004; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/9421, K. 2004/14610, k.t. 11.12.2003; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/6449, K. 2004/2526, k.t. 02.03.2004; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/15217, K. 2004/1306, k.t. 12.02.2004; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/14836, K. 2004/5504, k.t. 26.04.2004; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/6312, K. 2004/7223, k.t. 15.04.2004, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/6090, K. 2003/11553, k.t. 25.09.2003 (kararlar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.)

hüküm altına alınması doğru değildir.[13]

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi de avukatın davada taraf sıfatı olmadığına işaret etmekte, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ile aynı gerekçelerle vekâlet ücretinin doğrudan vekile ödenmesine karar verilmesini doğru bulmamaktadır.[14]

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'ne göre, yargılama giderlerinden sayılan ve HUMK'un 423, Avukatlık Kanununun 169 ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 1. maddelerinde düzenlenen ve müstakil bir varlığı olmayan, ancak ait olduğu davanın konusunu teşkil eden hak ve alacağa sıkı sıkıya bağlı bulunan avukatlık ücretinin; haksız çıkan tarafa yükletilmesi gerekir. Çünkü haksız davranışta bulunan bir kimsenin, bu haksız davranışının bütün sonuçlarından sorumlu tutulması hukukun genel kurallarındandır. HUMK'un, yargılama giderlerinin haksız çıkan tarafa yükletilmesine ilişkin 417. maddesi bu ilkeye dayanmaktadır HUMK'un 388 ve 389. maddeleri uyarınca hükmün, taraflara yönelik olarak kurulması gerekirken, Avukatlık Kanununun; avukatla iş sahibi arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen 164/son maddesine yanlış anlam verilerek, taraflar lehine hükmolunması gereken avukatlık ücretinin; davacı ile davalı vekillerine verilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.[15]

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'ne göre de, dava sonunda davanın tarafları yararına takdir olunan vekâlet ücretinin, taraflar yerine doğrudan vekile ödenmesi yolunda hüküm kurulması, Avukatlık Yasasının 164/son maddesi hükmünün hatalı şekilde yorumlanmasıdır.[16]

---

[13] Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2003/12727, K. 2004/1973, k.t. 01.03.2004; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2004/1055, K. 2004/3082, k.t. 18.03.2004; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2004/1515, K. 2004/1835, k.t. 26.02.2004; Yargıtay 5 Hukuk Dairesi, E. 2004/219, K. 2004/1841, k.t. 26.02.2004, kararlar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[14] Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2004/5196, K. 2005/2425, k.t. 10.03.2005, karar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[15] Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2003/6016 , K. 2004/891 , k.t. 16.02.2004; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2003/3590 , K. 2003/4344, k.t. 26.05.2003; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2003/10253, K. 2004/303 , k.t. 22.01.2004, kararlar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[16] Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2003/3755, K. 2003/5372, k.t. 23.06.2003; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2002/11490, K. 2004/12352, k.t. 19.12.2002; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2003/607, K. 2003/1060, k.t. 18.02.2003, (kararlar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.) Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2002/12329, K. 2003/ 452, k.t. 28.01.2003; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2003/6902, K. 2003/8619, k.t. 05.11.2003, http://195.142.131.202/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00ace0d9&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00ace0d9 (en son yararlanma 25.12.2005)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu mahkeme kararıyla hükmedilen vekâlet ücretinin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilip edilemeyeceğini tartıştığı bir kararında, HMUK'un423/6. maddesinde vekâlet ücretinin yargılama giderleri arasında sayıldığı, kanunun 424.maddesinde de yargılama gideri olacak hükmolunan vekâlet ücretinin, ancak iki taraf arasında geçerli olacağının belirtildiği, takip dayanağı ilamda da bu yönde hüküm kurulduğunun anlaşıldığı, 1136 sayılı Avukatlık yasasının 164/son maddesinde; "Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir" hükmünün vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyuşmazlıklarını düzenlemek amacıyla öngörülmüş bulunduğu, aynı maddede ayrıca "bu ücretin, iş sahibinin borcu nedeniyle takas mahsup edilemeyeceğinin" belirtilmiş olduğuna işaret ederek, vekâlet ücretinin davanın tarafları lehine hükmedilmesini usul ve yasaya uygun bulduğunu ifade etmiştir.[17]

YARGITAY CEZA DAİRELERİ VE CEZA GENEL KURULUNUN KONUYA İLİŞKİN KARARLARI

Yargıtay'ın Ceza Dairelerinde vekâlet ücretinin vekile mi yoksa davanın tarafları lehine mi hükmedileceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı daireler vekil lehine bazı daireler taraf lehine vekâlet ücretine hükmetmiştir. Bazı ceza dairelerinin vekâlet ücretinin kimin lehine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin görüşü değişiklik göstermektedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesine göre, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun, 4667 sayılı Kanunun 77. maddesi ile değişik 164/son fıkrası gereğince vekâlet ücretinin vekil lehine hükmedilmesinde bir isabetsizlik bulunmamakta, vekâlet ücretinin vekil yerine müdahiller veya sanık lehine hükmedilmesi durumunda kararın düzeltilerek onanması gerekmektedir.[18]

Yargıtay 10. Ceza Dairesi ise bir kararında vekâlet ücretinin müdahil vekili yerine, müdahil yararına hükmedilmesine dair kararın bozulmasına ve vekâlet ücretinin sanıktan alınarak müdahil vekile verilmesi gerektiğine karar vermiştir.[19]

Yargıtay 11. Ceza Dairesi'ne göre, Avukatlık Kanunun 4667 Sayılı Yasa ile değişik 164. maddesi gereğince vekâlet ücretinin vekil lehine hükmedilmesi gerektiğinden,

[17] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2004/12-213, K. 2004/215, k.t. 07.04.2004, karar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[18] Yargıtay 1.Ceza Dairesi, E.2003/1709, K.2003/2102, k.t. 29.9.2003;Yargıtay 1.Ceza Dairesi, E. 2003/2461, K. 2004/745, k.t.10.3.2004; kararlar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[19] Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2002/3980, K. 2002/18932,k.t. 22.9.2003; Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

maktu vekâlet ücretinin sanıktan alınarak vekile verilmesi hükmedilmelidir.[20]

Yargıtay 5. Ceza Dairesi ise vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesi gerektiğini görüşündedir.[21]

Bazı daireler ise bir kısım kararlarında vekil lehine bir kısım kararlarında ise taraf lehine vekâlet ücretine hükmetmişlerdir. Bu dairelerden biri de Yargıtay 3. Ceza Dairesidir. Yargıtay 3.Ceza Dairesi 2001 yılında yapılan değişiklikten önceki kararlarında taraf lehine vekâlet ücreti tayin ederken değişiklikten sonraki kararlarında vekâlet ücretinin vekil lehine hükmedilmesine karar vermiştir.[22] Yine, Yargıtay 9. Ceza Dairesi ise 1997 ve 2000 yılında verdiği kararlarında vekâlet ücretini taraf lehine hükmederken, 2003 tarihli bir kararında vekil lehine vekâlet ücreti tayin etmiştir.[23] Ancak, aynı daire 2004 ve 2005 tarihli kararlarında Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Avukatlık Kanunu'nun değişen 164. maddesi ile ilgili kararını gerekçe göstererek, vekâlet ücretinin vekil yerine değil taraf lehine hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.[24]

Yargıtay 9. Ceza Dairesinin görüş değiştirmesine neden olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2002 yılında verdiği bir kararında, 4667 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin, vekâlet ücretinin vekil lehine hükmedilmesini gerektirdiği şeklinde yorumlamış ve vekâlet ücretinin müdahil vekile verilmesi gerekirken müdahil lehine hükmedilmesini bozma nedeni saymış, bir başka kararında da bu kararına atıf yaparak esas olanın vekil lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi olduğunu belirtmiştir.[25] Ancak, 2004 ve sonrası tarihli kararlarında vekâlet ücretinin vekil lehine değil müvekkil lehine hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, 4667 sayılı kanunla yapılan

---

[20] Yargıtay 11.Ceza Dairesi, E. 2002/13710, K.2003/15439, k.t. 9.4.2003; Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[21] Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 1994/954, K.1994/1268, k.t.14.4.1994, Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[22] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 1989/11902, K. 1990/4781, k.t. 2.5.1990; Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 1997/10210, K. 1997/11279, k.t.30.10.1997; Yargıtay 3.Ceza Dairesi, E. 2003/5421, K. 2003/6449, k.t.28.10.2003; Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2003/5007, K. 2033/6333, k.t.22.10.2003, kararlar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[23] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 1996/5281, K. 1997/456, k.t. 28.1.1997; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2000/831, K. 2000/907, k.t. 3.4.2000; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2003/817, K. 2003/1229, k.t.26.6.2003, kararlar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[24] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2004/3688, K. 2004/375, k.t. 6.7.2004; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2005/4302, K. 2005/7534, k.t.17.10.2004, kararlar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınıştır.

[25] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2002/1185, K. 2002/300, k.t. 9.7.2002; karar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

değişiklik sonucu 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinde sadece "aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça" ibaresi çıkarılmıştır ve sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, iş sahibi ile avukat isterlerse karşı tarafa yüklenen vekâlet ücretinin iş sahibine ait olacağına ilişkin sözleşme yapabilirler. Böyle bir sözleşmeyi yasaklayan herhangi bir yasal düzenleme de mevcut değildir. Dolayısıyla salt bu değişiklik nedeni ile vekâlet ücretinin vekil lehine hükmedilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz. Bunun dışında, 164/son maddesinin "bu ücret, iş sahibinin borcu nedeni ile takas ve mahsup edilemez, haczedilemez."şeklindeki ikinci cümlesi de avukatlık ücretinin vekil lehine hükmedilmemesi gerektiğini gösterir. Çünkü yasa koyucu bu değişiklik ile vekâlet ücretinin vekil lehine olmasını amaçlamış olsaydı ikinci cümlede yer alan bu ibareye gerek kalmazdı. Aksine bir yorum yasa koyucunun bu cümleyi boş yere koyduğu sonucuna ulaşılmasına neden olur. Ayrıca, ilamın vekil aracılığı ile elde edilmesi ve cebri icra yoluyla takip edilmesi durumunda, takip talebi iş sahibi veya ilamda adı geçen vekilden başka bir vekil tarafından yapılmışsa, bu takip talebini alan icra müdürü durumu ilamda adı geçen vekile bildirmek zorundadır; aksi takdirde icra işlemi yürümeyecektir. Bu sayede, avukatlık ücretini alamayan vekil alacağına kavuşacaktır. Bu nedenlerle, mahkeme tarafından hükmedilen avukatlık ücretine ilişkin Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi, bu ücretin vekil lehine hükmedilmesi gerektiği şeklinde yorumlanamaz.

Bunların dışında, avukatlık ücretinin vekil lehine hükmedilmemesini gerektiren bir başka düzenleme ise, vekilin tek başına hükmü temyiz yetkisinin olmamasıdır. Avukatın hükmü ancak yetkili kılındığı takdirde ve vekili adına temyize yetkisi vardır. Oysa avukat lehine ücrete hükmedilmesi halinde, ücret alacağına ilişkin kısım kendisi yönünden bir hak veya olumsuzluk yaratmayacağı cihetle, ceza davalarında katılan, şahsi davacı ya da sanığın buna yönelik temyiz yetkisinin de ortadan kalkması sonucunun doğacağı, yine hükmü kendisi adına temyiz yetkisi bulunmayan vekilin bu hususu temyiz edemeyeceği, Cumhuriyet savcılarının şahsi hakka ilişkin konularda hükmü temyize yetkilerinin bulunmadığı, sanığın da hükmü kendi aleyhine temyiz edemeyeceği düşünülürse, yargılama giderlerinden sayılan ve hükmün bir parçasını oluşturan avukatlık ücretine eksik hükmedildiği hususunun temyiz incelemesine getirilmesine hukuki olanak kalmayacağı anlaşılmaktadır.[26]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bundan sonraki kararlarında da aynı gerekçeyi

[26] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2004/1122, K. 2004/143, k.t. 22.6.2004, Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

göstererek Avukatlık Kanunu'nun 164.maddesinde yapılan değişikliğin bu yönde yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.[27]

DANIŞTAY DAVA DAİRELERİNİN KONUYA İLİŞKİN KARARLARI

İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) madde 31/1, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; ... yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır." hükmüne yer vermektedir. İYUK'un, HUMK'a yaptığı bu atıf nedeniyle idari yargı yerleri yargılama giderleri arasında bulunan vekâlet ücretini HUMK'a göre belirlemektedir. HUMK'a göre vekâlet ücretinin belirlenmesine ilişkin açıklamalarımız idari yargı yerleri içinde geçerlidir.

Danıştay dairelerinin 4667 sayılı Kanunla yapılan değişikler sonrasındaki kararları da vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesi gerektiği şeklindedir. Ancak ulaşabildiğimiz kararlar, haklı çıkan tarafın vekille temsil edilmesine rağmen vekâlet ücreti takdir edilmemesi nedeniyle yerel mahkeme kararının bozulmasına[28], vekilin idareyi temsil yetkisi bulunmaması nedeniyle vekâlet ücreti hükmedilmesine yer olmadığına[29] veya

[27] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2004/1-117, K.2004/148, k.t. 22.6.2004; Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2005/1-66, K.2005/65, k.t.14.6.2005; kararlar Kazancı Hukuk ve Otomasyon Programından alınmıştır.

[28] "...davacı lehine vekâlet ücreti hükmedilmemesine yönelik olarak yapılan temyiz istemlerinin ise kabulüyle kararın bu kısımlarının bozulmasına..." Danıştay 11. Dairesi E. 2000/10444, K. 2003/1374, k.t. 20.03.2003; "...Olayda işin esasına girilerek reddedilen davada, davalı idare avukat vasıtasıyla temsil edilmiş, ancak kararda davalı lehine vekâlet ücreti takdir edilmemiştir. Bu durumda, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre davalı idare lehine vekâlet ücreti takdir edilmesi gerekirken, bu hususa kararda yer verilmemesi yerinde görülmemiştir..." Danıştay 2. Dairesi E. 2004/2293, K. 2004/1060, k.t. 05.11.2004; "... Açıklanan nedenle, ...Vergi Mahkemesinin ... günlü ve ... sayılı kararının davalı İdare lehine vekalet ücreti takdir edilmek üzere bozulmasına..." Danıştay 2. Dairesi E. 2002/1937, K. 2002/3707, k.t. 28.11.2002; "...davalı idare lehine vekalet ücreti verilmesi gerekirken bu hususa değinilmeden karar verilmesinde isabet bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, Eskişehir İdare Mahkemesi kararının vekâlet ücreti yönünden bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine..." Danıştay 8. Dairesi E. 2005/91, K. 2005/1608, k.t. 06.04.2005, kararlar www.danistay.gov.tr/dbs/container.jsp adresinden alınmıştır. (En son yararlanma: 12.5.2006)

[29] "...Olayda, Edirne İdare Mahkemesi'nce 30.9.2003 tarihinde yapılan duruşmada davalı Maliye Bakanlığı'nı hazine avukatının temsil ettiği görülmekte ise de; yukarıda anılan mevzuat hükmü uyarınca hazine avukatlarının sadece hazineyi ilgilendiren konularda temsile yetkili olması nedeniyle uyuşmazlığın niteliğine göre temsil yetkisi olmadığı halde davalı idareyi temsilen duruşmaya katılan hazine avukatı lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi sonuç olarak yerinde görülmüştür." Danıştay 5. Dairesi E. 2004/3826, K. 2005/67, k.t. 14.01.2005, kararlar www.danistay.gov.tr/dbs/container.jsp adresinden alınmıştır. (En son yararlanma: 12.5.2006)

avukatı duruşmaya katılmayan tarafa duruşmasız tarife üzerinden vekâlet ücreti takdir edilmesi gerektiğine ilişkindir.[30] Dolayısıyla, atıf yapılan kararlarda vekâlet ücretinin kimin lehine takdir edileceği tartışma konusu yapılmamıştır. Bununla beraber, karaların sonuç kısmından, vekalet ücretinin taraf lehine hükmedilmesi gerektiği açıkça anlaşılmaktadır.

VEKÂLET ÜCRETİNİN KİMİN LEHİNE HÜKMEDİLECEĞİ KONUSUNDA ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞ

Vekâlet ücretinin kimin lehine hükmedileceği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. KURU'ya göre, Avukatlık Kanunu madde 164/son, bir davanın tarafları arasındaki vekâlet ücreti ilişkisini değil, davanın taraflarından biri olan müvekkil ile vekili arasındaki vekâlet ücreti ilişkisini düzenlemektedir. Davada lehine karar verilen tarafın vekili, o davanın tarafı olmadığından yargılama gideri olan vekâlet ücreti avukat lehine hükmedilemez. Çünkü diğer yargılama giderleri gibi vekâlet ücreti de davanın tarafları lehine hükmedilir.[31]

KIYAK ise vekâlet ücretinin taraf değil vekil lehine hükmedilmesi gerektiği görüşündedir. 3499 sayılı mülga Avukatlık Kanununda 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 164/son maddesini karşılayan bir madde olmadığını belirten KIYAK, kanun koyucunun bir takım beklenti ve amaçlarla 164. madde son fıkra getirdiğini, yasanın ilk hükümet tasarısında vekâlet ücretinin kural olarak müvekkile ait olduğunun benimsenmesine rağmen, meclis komisyonunun bu kuralı tersine çevirerek vekâlet ücretinin kural olarak avukata ait olması esasını kabul ettiğini, dolayısıyla kural olarak avukata ait olan ücretin önce müvekkilin eline geçmesini, daha sonra avukatın müvekkilinden bu ücreti istemesini düşünmenin kanun koyucunun avukat lehine gösterdiği tüm çabayı görmezden gelmek olacağını iddia etmektedir. KIYAK' göre, Avukatlık Kanunundaki düzenlemeler, avukatın ücret alacağını mümkün olduğunca kolay tahsiline yöneliktir. Yine ücretin vekil lehine karara bağlanması HMUK ve İcra İflas Kanunu da aykırı değildir. İlam ancak tarafları

[30] "...Bu durumda, vekil olarak duruşmaya katılmayan, bu konuda herhangi bir mazeret sunmayan avukatla ilgili olarak duruşmalı tarifeden vekalet ücretine hükmedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesince davacı lehine duruşmalı tarifeden vekalet ücreti takdir edilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İdare Mahkemesi kararının iptale ilişkin kısmının onanmasına, davacı lehine duruşmalı tarifeden vekalet ücreti verilmesine ilişkin kısmının ise bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine..." Danıştay 8. Dairesi E. 2003/3780, K. 2004/1117, k.t. 09.03.2004, kararlar www.danistay.gov.tr/dbs/container.jsp adresinden alınmıştır. (En son yararlanma: 12.5.2006)

[31] Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, 6. Baskı, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001, s. 5387-5388.

lehine hüküm ifade eder ama kanun koyucunun vekâlet ücretinin avukat lehine hükmedilmesini amaçlaması durumunda bu kural geçerli değildir. Kanun koyucu eski ve genel nitelikteki kanunları değiştirebilir ve onlara istisna getirebilir.[32]

GÜNER'e göre, 4667 sayılı Kanunla Avukatlık Kanunu madde 164. madde son fıkra değiştirilerek, dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir kuralı getirilmiş ve karşı yana yükletilen ücretin doğrudan avukat adına hükmedilmesi istenmiştir.[33]

AYDIN'a göre, 4667 sayılı yasayla yapılan değişiklikten önceki ve sonraki 164 madde son fıkra vekâlet ücretinin kimin lehine hükmedileceğine ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. 4667 sayılı yasayla yapılan değişiklikten sonra vekâlet ücretinin avukat lehine hükmedilmesi gerektiği konusundaki görüşler yerinde değildir. Çünkü 4667 sayılı yasayla yapılan değişiklik sadece vekâlet ücretinin aksine yazılı sözleşme olmadığı takdirde avukata ait olacağını öngören düzenlemenin kaldırılmasından ibarettir. Bu değişiklik, avukat ile iş sahibi arasındaki avukatlık sözleşmesinin yazılı olması şartını kaldıran düzenleme ile paraleldir. Bu değişiklik ile avukat ile müvekkilin vekâlet ücretinin müvekkile ait olmasını öngören bir sözleşme yapılması engellenmemiştir. Sözleşme özgürlüğü genel ilkesi uyarınca bu durumu yasaklayan herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yeni düzenlemenin vekâlet ücretinin avukata ait olduğunu emreden bir düzenleme şeklinde yorumlanması mümkün değildir. 4667 sayılı kanundan önce bu konudaki yasal düzenleme ne ise şimdi de aynıdır. Vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesini gerektiren diğer düzenleme, yine 164. madde son fıkrada yer alan, "Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez." hükmüdür. Eğer vekâlet ücretinin söylendiği gibi avukat lehine hükmedilmesi gerekseydi, bu ücretin zaten iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilmesi veya haczedilmesi düşünülemezdi. Ücretin taraf lehine hükmedilmesini gerektiren diğer düzenleme, aynı kanunun 163/3. maddesidir. 163/3 uyarınca bir ilamın cebri icra yolu ile infazı talebinde bulunulan avukat ile ilamda adı yazan avukatın farklı olması veya ilamı icraya iş sahibin kendisi koyması durumunda, takip talebinde bulundan ilamın icraya

[32]Fahrettin Kıyak, "Avukatlık Ücreti (Müvekkil) veya (Vekil)'den Hangisi Lehine Hükmolunmalıdır." Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3 (1973), s. 467-472.

[33]GÜNER, s. 290, Konuya ilişkin en ayrıntılı ve ikna edici açıklama Murat AYDIN'dan gelmektedir. Avukatlık Ücreti adlı kitabında konuyu inceleyen AYDIN'ın, kitabının 1. ve 3. baskısındaki görüşleri farklıdır. AYDIN'ın kitabının 3. baskısındaki görüşleri son görüşü olması nedeniyle sadece bu görüşünü aktarmakla yetineceğiz. AYDIN'ın görüşlerinin belirleyici olduğunu, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vekâlet ücretinin kimin lehine hükmedilmesi gerektiği konusunu tartıştığı kararında AYDIN'a atıf yaptığını özellikle belirtmek isteriz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2005/1-66, K. 2005/65, k.t. 14.06.2005, karar için bakınız AYDIN, s. 351-355.

koyulduğunu ilamda adı yazılı bulunan avukata bildirmek için masraf alınacak ve bu bildirim yapılmadan icranın sonraki aşamalarına geçilmeyecektir. Vekâlet ücretinin doğrudan avukata hükmedilmesi halinde anılan kurala gerek bulunmayacaktır, çünkü vekâlet ücretinin avukat lehine hükmedilmesi durumunda, vekâlet ücreti sadece avukat tarafından cebri icraya konu edilebilecektir. Ücretin avukat lehine hükmedilmesinin mümkün olmadığını gösteren diğer düzenleme temyiz hakkı olanlara ilişkin usul kurallarıdır. Mahkeme kararlarını ancak taraflar temyiz edebilirler. Vekâlet ücretinin eksik tayin edildiği durumlarda iş sahibinin muhalefetine rağmen avukatın kararı temyiz etmesi düşünülemez. Yine, avukatın azledildiği durumlarda avukatın hükmü temyiz etmesi düşünülemez. Ücretin avukat lehine hükmedilmesi için, ücretin hatalı hükmedildiği durumlar için avukata hükmü müvekkilinden bağımsız bir şekilde temyiz etme hakkının tanınması gerekir. Ayrıca vekil lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi, yargılamanın tarafı olmayan, talepte bulunmayan, harç ödemeyen kişi yararına hüküm tesis etmek anlamı taşıyacaktır.[34]

VEKÂLET ÜCRETİNİN TARAF LEHİNE HÜKMEDİLMESİNİN UYGULAMADA YARATTIĞI SORUNLAR

Avukata ait olan vekâlet ücretinin davanın tarafları lehine hükmedilmesi uygulamada, kanunun emredici hükmüne rağmen vekâlet ücretinin müvekkilin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilmesine, müvekkilin avukattan habersiz vekâlet ücretini tahsil etmesine, vekâlet ücretini cebri icra yolu ile tahsil etmeye çalışan avukatın azledilmesine yol açabilmekte ve aslında kendine ait bir alacağı cebri icra yolu ile tahsil eden avukat müvekkili adına hareket ettiği için icra vekâlet ücretine hak kazanmaktadır.

Yargıtay, vekâlet ücretinin müvekkil tarafından kendi borcu nedeniyle takas edilmesini veya karşı tarafın kendi alacağını icraya koyarken avukatın vekâlet ücreti alacağını mahsup etmesini Avukatlık Kanunu madde 164/son'a aykırı bulmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, icra takibine dayanak yapılan ilamlarda vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesi, bu ücretin tarafa ait olması ve onun borcu nedeniyle takas ve mahsup edilmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü Avukatlık Kanunu madde 164/son uyarınca, vekâlet ücretinin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceği ve haczedilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle takas ve mahsup talebinin reddedilmesi usul ve yasaya uygundur.[35]

[34] AYDIN, s. 281-283.

[35] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2004/12-213, K. 2004/215, k.t. 7.4.2004, aynı yönde bakınız, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2005/1722, K. 2005/5145, k.t. 11.3.2005; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2005/609, K. 2005/3717, k.t. 25.02.2005; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2003/15633, K. 2003/18207, k.t. 23.9.2003;Kazancı Hukuk ve otomasyon Programından alınmıştır.

Avukat ...., vekalet ücreti alacağını tahsil etmek için cebri icra yoluyla takibe girişmiş, borçlu vekili, vekalet ücretinin müvekkili lehine hükmedilmesi nedeniyle avukatın müvekkiline ödendiği, dolayısıyla icra emrinin iptaline karar verilmesi istemiyle Ankara 8. İcra Hakimliği'ne şikayette bulunmuş, Ankara 8. İcra Hakimliği, vekalet ücretinin avukata ait olduğundan bahisle müvekkile yapılan ödemeyi borcu sona erdiren bir ödeme olarak kabul etmemiş ve şikayetin reddine karar vermiştir.[36]

Vekâlet ücreti alacağını cebri icra yoluyla tahsil etmek için takibe girişen avukatın müvekkili tarafından azledilmesi avukatın vekâlet ücreti alacağı konusunda yaşadığı diğer bir problemdir. Bu problemin kaynağı, vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesi nedeniyle, müvekkil adına icra takibine konu edilebilmesinden kaynaklanmaktadır. Özellikle 4667 sayılı yasayla yapılan değişiklik avukatlarca emredici bir düzenleme olarak değerlendirilmiş ve vekâlet ücreti alacakları vekil eden adına vekâleten değil, bizzat avukat tarafından asil sıfatıyla icra takibine konu edilmiştir. Ancak, Yargıtay 4667 yasayla yapılan değişikliğin avukata kişisel takip hakkı vermediği görüşündedir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de, "10.5.2001 tarih ve 4667 Sayılı Yasa ile değişik Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca; "dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez". Takip dayanağa ilamda söz konusu avukatlık ücretinin vekile değil davacı asıllara ödenmesine karar verildiği gibi, esasen, anılan hüküm vekil ile müvekkili arasındaki iç ilişkiyi düzenlemekte olup, taraf vekiline kişisel olarak takip hakkı vermez. O halde şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir." diyerek vekâlet ücreti alacağının müvekkil adına takibe konulması gerektiğine hükmetmiştir.

Avukatın müvekkili adına takibe koyduğu ama kendine ait olan vekâlet ücreti alacağını tahsil edebilmesi için vekâlet akdinin devam etmesi gerekmektedir. Vekâlet ücreti tahsil edilmeden avukatın azledilmesi durumunda avukatın karşı taraftan vekâlet ücreti alacağını tahsil etme imkânı kalmamaktadır. Bu durumda avukat kendisini azleden eski müvekkiline karşı dava açmak veya icra takibine girişmek zorundadır. Avukatın bu şekilde azledilmesi Avukatlık Kanununa ve Medeni Kanun madde 2'de yer verilen ve aynı zamanda evrensel bir hukuk ilkesi olan, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." kuralına aykırı

[36] Ankara 8. İcra Hakimliği, E. 2005/837, K. 2005/776, k.t. 15.11.2005, dava değeri temyiz sınırının altında olduğundan karar Yargıtay incelemesinden geçmemiştir.

bulmaktadır.[37]

Ayrıca, avukatın kendisine ait olan vekâlet ücretini müvekkili adına icra takibine koyması, icra takibi nedeniyle yeni bir vekâlet ücreti alacağına hak kazanması sonucunu doğurmaktadır.

SONUÇ

Avukatlık Kanununda 4667 sayılı Kanunun 77. maddesiyle yapılan değişiklikle, Avukatlık Kanunu madde 164/son'dan "aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça" ibaresinin çıkarılmış ve vekâlet ücretinin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceği, haczedilemeyeceğine ilişkin kural eklenmiştir. Dolayısıyla, 4667 sayılı Kanunla yapılan değişikliği vekâlet ücretinin vekil lehine hükmedilmesi görüşü açısından milat kabul etmek mümkün değildir. Hatta Avukatlık Kanunu madde 164. madde son fıkranın mülga biçimi yürürlükteyken vekâlet ücretinin vekil lehine hükmedilmesi savunmak belki mümkündü.[38] Ancak, 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra vekâlet ücretinin vekil lehine hükmedilmesi imkânsız hale gelmiştir.

Vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesini gerektiren temel kural, Avukatlık Kanunu madde 164. madde son fıkrada yer alan, "Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." kuralıdır. Vekâlet ücretinin, vekil lehine hükmedilmesi durumunda böyle bir kurala ihtiyaç bulunmamaktadır. Vekâlet ücretine ilişkin tek kanun maddesi Avukatlık Kanunu madde 164. madde son fıkra olmadığından

[37] Ulaşabildiğimiz kararlar daha çok avukatın yargılama bitmeden azledildiği durumlara ilişkindir. Yargıtay, avukatın yargılama bitmeden azledildiği durumlarda, hem avukatlık ücreti hem de vekâlet ücreti için dava açabileceği görüşündedir. Böyle bir davada azlin haksız olduğunun anlaşılması durumunda avukat azledilmemiş olsaydı ne alacak idiyse onu almasına hükmedilmektedir. Dolayısıyla haksız azledilen avukat hem eski müvekkilinden avukatlık ücreti hem de azledildiği davada hükmedilmesi halinde vekâlet ücreti alacağı hakkına sahiptir. Ancak vekâlet ücreti alacağını müvekkilinden talep edebilmesi için bu vekâlet ücretinin karşı taraftan tahsil edilmesi gerekmektedir. Ancak, hâkim bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalmamalı, Avukatlık Kanunun 164/son maddesine işlerlik kazandıracak şekilde her olayın özelliğine, durum ve şartlarına göre değerlendirme yapmalı, özellikle MK'un 2. maddesinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılmasına ve dürüstlük kurallarının ihlaline izin vermemeli, gerektiğinde müvekkilin dava veya takip sonucunda belirlenen bu ücret alacağını tahsil etmiş kabul etmeli, aksi halde bu nitelikteki ücret alacağına ilişkin istemi henüz muaccel olmadığı gerekçesiyle reddetmelidir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1992/5978, K.1992/9106, k.t. 24.11.1992; aynı yönde, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1992/6246, K.1992/7883, k.t. 15.10.1992; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1975/6500, K. 1975/9601, k.t. 15.9.1975, kararın metni için bkz. AYDIN, s. 218-219, AYDIN'a göre, hükmedilen ücretin azle muhatap olan vekil tarafından müvekkilinden, bu ücretin müvekkil tarafından hasımdan tahsili beklenmeden alınabilmesi gerekmektedir. Azille avukat ile eski müvekkil arasındaki ilişki kesildiğinden avukat bu paranın tahsil edilip edilmediğini öğrenmekte zorluklar çekmektedir., AYDIN, s. 103.

[38] KIYAT bu görüştedir., KIYAT, s. 470-472.

vekâlet ücretinin kimin lehine hükmedilmesi gerektiğinin belirlenmesi için diğer hükümlerden de faydalanılması gerekmektedir.

Avukatlık Kanununun, 166/3. maddesinde yer verilen, "Bir ilamın cebri icra yoluyla infazına girişildiğinde, icra dairesi, takip talebinde bulunan tarafın ilamda adı yazılı olan avukatına, icra emri ile aynı zamanda düzenleyeceği bir bildiriyi, gideri takip talebinde bulunandan alınmak suretiyle, derhal tebliğ eder. Bu bildiri tebliğ edilmedikçe icranın sonraki safhalarına geçilemez" hükmü ilk bakışta avukat müvekkil ilişkisinde doğruluk dürüstlüğü sağlamak amacıyla getirilmiş bir düzenleme gibi gözükmektedir. Çünkü bir ilamın cebri icra yoluyla infazına girişilmesi sadece vekâlet ücretini tahsil amacıyla yapılmaz. İlamda hüküm altına alınan alacak ve diğer haklara kavuşmak içinde cebri icra yoluna başvurulmaktadır. Pekâlâ, kanun koyucu Avukatlık Kanunun 166/3. maddesini avukatın vekâlet ücreti alacağını garantiye almak amacıyla koymuş olsaydı; cebri icra yoluyla infazına girişilen ilamın konusunun vekâlet ücretine ilişkin olması halinde anılan tebliğin yapılmasını zorunlu kılar; diğer durumlarda usulü işlemi yapılmasını zorunlu tutmazdı görüşü ile sürülebilir ve bu hüküm, genel olarak avukat müvekkil ilişkisinde doğruluk dürüstlüğü sağlamak amacıyla getirilmiştir denebilir. Ancak, fıkranın yer aldığı 166. madde, "Avukatın hapis hakkı ve avukatlık ücretinin rüçhanlı bulunması" başlığını taşımaktadır. Maddenin içinde yer aldığı Avukatlık Kanunun 11. kısmı, "Avukatlık Sözleşmesi" başlığını taşımakta ve 11. kısımda yer alan 13 maddenin 12'si avukatlık ücreti[39], vekâlet ücreti, AAÜT ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkindir. Dolayısıyla, anılan hükmün madde başlığı, maddenin bulunduğu kısım ve 166. maddede düzenlenen diğer konular beraberce değerlendirildiğinde, maddenin avukatın vekâlet ve avukatlık ücretini garantiye almak amacıyla getirildiği sonucuna varılır.

Yine, HUMK ve Ceza Muhakemesi Kanununa göre mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurma hakkına davanın tarafları sahiptir.[40] Vekâlet ücretinin vekil lehine hükmedilmesi durumunda, vekâlet ücretinin takdirinde hataya düşüldüğü düşüncesinde olan avukat, müvekkilinin hükmü temyiz etmesine izin vermemesi halinde, hükmü temyiz etmesi mümkün değildir. Kanun koyucu Vekâlet ücretinin avukat lehine

[39] Uygulamada, davanın değerinin belli olması durumunda dava sonucu elde edilecek değerin belli bir yüzdesinin ek avukatlık ücreti olarak kararlaştırılması sıklıkla yaşanmakta, bu ek avukatlık ücreti daha çok dava değerinin karşı taraftan tahsilinden sonra avukata ödenmektedir. İlamı başka avukatın icraya koyması ve dosyanın avukatının bundan habersiz olması halinde, dosyanın avukatı bu ek avukatlık ücretini tahsil edemeyecek veya müvekkili aleyhine icra takibine girişmek zorunda kalacaktır.

[40] 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 261. maddesinde bu kuralın bir istisnası diyebileceğimiz bir hüküm bulunmaktadır, "Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir."

hükmedilmesi amacında olsaydı, sadece bu konuya ilişkin olarak avukata temyiz hakkı tanırdı görüşündeyiz.

Sonuç olarak, vekâlet ücretinin iş sahibini borcu nedeniyle takas, mahsup ve haciz edilemeyeceğine ilişkin yasak ile vekilin hükmü tek başına temyiz yetkisine sahip olmaması ve bir ilamın, ilamda adı geçen avukattan başka bir avukat ve ya iş sahibi aracılığı ile icraya konulması durumunda icra memuruna durumu ilamda adı geçen vekile bildirim yükümlülüğü getiren düzenlemeler vekâlet ücretinin avukat lehine hükmedilmesini imkansız kılmaktadır. Vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesine ilişkin Yargıtay hukuk[41] ve ceza dairelerinin kararları kanımızca kanuna uygundur.

Ancak, Avukatlık Kanununa göre avukata ait olan vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesi, kanuna uygun olmakla beraber yukarıda belirtildiği üzere uygulamada sorunlara yol açmakta, avukat müvekkil ilişkileri olumsuz etkilemektedir. Vekâlet ücretinin avukata ait olduğu bir hukuk düzeninde, bu ücretin avukat lehine hükmedilmesinin sağlanması, avukata vekâlet ücretine ilişkin kişisel takip hakkı verilmesi ve vekalet ücretinin hatalı takdir edildiği ilamların müvekkilden bağımsız olarak avukat tarafından temyiz edilmesine olanak tanınması gerekmektedir.

Böylelikle, vekâlet ücretinin hatalı hükmedildiği ancak tarafların temyiz etmeme kararında olduğu ilamların temyiz edilmesi ve avukatın vekâlet ücreti alacağına kavuşması sağlanır. Yine, vekâlet ücreti alacağını almadan müvekkili tarafından azledilen avukatın müvekkiline karşı icra takibinde bulunması veya dava açması bu şekilde engellenebilir. Avukata vekâlet ücretinin kişisel takip hakkının verilmesiyle de, müvekkiline hizmet sunmayan, kendi vekâlet ücretini tahsil eden avukatın icra vekâlet ücretine hak kazanması yani karşı tarafın usul kuralları nedeniyle fazladan mağdur olması engellenecektir. Temennimiz, vekâlet ücretinin avukat lehine hükmedilmesini sağlayacak düzenlemelerin bir an önce kabul edilmesi ve uygulamada yaşanan sıkıntıların en aza indirilmesidir.

[41] Yargıtay hukuk dairelerinin, bir ilamın ancak tarafları lehine sonuç doğuracağı şeklindeki gerekçesine ise katılmıyoruz. Kanun koyucunun bir ilamın sadece tarafları lehine değil de, tarafların avukatı lehine de hüküm kurulmasını sağlayan bir kanunu kabul etmesi halinde, bir ilamın sadece tarafları arasında sonuç doğuracağı ilkesinin bir anlamı kalmaz. Kanunda vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedilmesini gerektiren yeterli hüküm varken, salt bu nedenle vekil lehine vekâlet ücreti takdir edilmeyeceğine ilişkin yaklaşım kanımızca eksik kalmıştır.

AVUKATIN DİSİPLİN HUKUKU 3

Av. Kemal VURALDOĞAN*

Avukatlık Meslek Kurallarının 5. maddesi, **"Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve nesnel bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır."** 6. maddesi, **"Avukat iddia ve savunmasının hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır."** hükmüne yer vermektedir. Anılan meslek kurallarıyla, yargılama sürecinde yargılamaya etkisi olmayacak vakıa, sıfat ve belirlemelerin avukat tarafından müvekkilinin talebi olsa dahi açıklanması engellenmekte, avukat, uyuşmazlığın maddi sebeplerinden ve taraflar arasındaki düşmanlıklardan uzak tutulmaya çalışılmaktadır. Bu sayımızda anılan meslek kurallarına ilişkin disiplin kararlarını yayımlayacağız.

ELEŞTİRİ VE HUKUKSAL İDDİA-SAVUNMA SINIRI

TBB Esas No: 2002/232, Karar No: 2002/362, Karar Tarihi: 13.12.2002

İtirazın süresinde yapıldığı anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikâyetli Avukatın, Antalya 2. Asliye Hukuk Mahkemesine sunduğu 6.10.1999 tarihli dilekçede, "Ayrıca; dayanak gösterilen sözleşme davacıya Antalya Barosu'nun matbu bir evrakı olarak sunulmuş, davacının hulus ve saffetinden yararlanılarak boş biçimde imzalattırılmıştır" sözleriyle, Antalya 1. Asliye Hukuk Mahkemesine sunulan 30.01.2001 tarihli dilekçede" Dava dosyası içinde bulunan soruşturma dosyalarından da ortaya çıkan açık bir gerçek vardır. Maddi gerçek ve hayatın olağan akışı nazara alınmamış, meslek şovenizmi içinde davacı-karşı davalı avukat korunmuştur" sözlerine yer vermiş olmasından dolayı açılan disiplin kovuşturması sonucu:

Baro Disiplin Kurulu tarafından, "Konusu hata- hile olan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak kullanılacak sözlerin, en az bu konudaki iddiaları anlatacak açıklıkta olması gerekeceği açıktır, aksi düşünce özellikle meslektaşlara karşı, Borçlar Yasasının, hata, hile

* Avukat, Ankara Barosu.

ve ikrah hükümlerine dayanılarak dava açılamayacağı noktasına getirir... dava konusunu ve dayanaklarını açıklamaya yönelik olarak kullanılması gereken asgari sözcükleri kullanmayı disiplin soruşturmasına konu etmek, bu tür davaların hiçbir meslektaşımız tarafından alınmayıp, meslektaşlarımızca mağdur edildiğini iddia eden diğer kişilerin, savunma hakkından yoksun bırakılması sonucunu da doğurabilecektir" ve "meslek örgütlerinin; kendi üyelerinin, açıkça hakaret niteliği ve kastı taşımadığı sürece, gerek kendi meslektaşlarınca, gerekse diğer birey ve kurumlarca eleştirilmelerine karşı tepkisel davranmaları ve bu meslektaşların yakınmasından dolayı disiplin kovuşturmasına maruz bırakmaları kabul edilebilir değildir" görüşleriyle, çoğunluk oyuyla şikayetli tarafından kullanılan sözlerin, "eleştiri ve hukuksal iddia-savunma sınırlan içinde kalan" sözler olduğu sonucuna varılmış ve "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiş bulunmaktadır.

Şikâyetli, ücret sözleşmesi ile ilgili olarak kullanılan sözlerin bir "iddia" olduğunu, bu iddiadan TCK 503'teki dolandırıcılık imasının çıkarılmasının alınganlık ve ahkâm çıkartmaktan başka bir şey olmadığını, İddianın, Borçlar Kanununun 28. maddesinde yer alan hile kapsamında ortaya konulduğunu savunmuştur.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1974/1160 E. 1975/5782 K. ve 02.05.1975 tarihli kararında "Avukat, müvekkilinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak karşılık avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, O'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aylandır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle, karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır" denilmektedir.

Şikâyetli Avukat 6.10.1999 tarihli ihtiyati haciz kararına itiraz dilekçesinde, Antalya Barosu amblemli örnek ücret sözleşmesini manevi bir baskı aracı gibi göstermiş, mimar müteahhit olan ve basiretli bir işadamı gibi hareket etmek zorunda bulunan müvekkilinin de, "hulus ve saffetinden yararlanılan ve bu suretle boş ücret sözleşmesine imza attırılan bir kişi" olarak gösterilmesinin, davanın hukuki sebebinin izahı ile ilgili, savunma sınırları içinde kalan sözler olduğunu savunmuştur. Oysa kullanılan bu sözlerin karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, o'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırı olduğu tartışmasızdır. Muhatap kim olursa olsun, eleştiri veya iddia başkalarını gereksiz yere rencide edecek ve küçük düşürecek nitelik taşımamalıdır.

İddia ve eleştiriler daima uygar ölçüler içinde kalmak, örnek teşkil edecek incelik ve zarafet içinde olmak zorundadır..

Şikâyetli Avukat, şikâyetçi Avukat hakkında Cumhuriyet Savcılığı - Adalet Bakanlığı ve Baro Yönetim organlarınca verilen kararlarla ilgili olarak, 30.01.2001 tarihli dilekçesinde "Meslek şovenizmi" iddiasında bulunmuş, Baro Disiplin Kurulu da, bu savunmaları özgür ve bağımsız bir avukatın, meslek örgütü kararlarını eleştirisi kapsamında görmüş, bu tip suçlamalarla soruşturma açılmasının kabul edilemez olduğunu bildirmiştir. Baro Yönetim organlarında görev alan avukatlar kamusal nitelikli bu hizmetlerdeki görevlerini, üstün özveri ve Avukatlık mesleğinin en temel etik kuralı olan, "Bağımsızlık İlkesi" içinde yerine getirmektedir. Bu kurulların meslek şovenizmi iddiasıyla görevlerini yapmadıkları eleştirisi, objektif tartışma sınırlarını aşan, yersiz ve icapsız sözlerdir.

TBB Meslek Kurallarının 56 ve 27. maddesi hükümleri de "hakaret kastı ve eylem" ile doğrudan ilgili bulunmamakta, Avukatın düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklaması", "iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgili olması" ve "meslektaşını küçük düşürücü davranışlardan kaçınması" öngörülmektedir.

Meslek Kurallarında yer alan bu ilkeler nedeniyle, şikâyetli tarafından kullanılan sözlerin, Avukatın rahatlıkla kullanabileceği incelik, zarafet ve nezaket düzeyinde olmadığı tartışmasızdır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunca eylemin disiplin suçu oluşturduğunun kabulü ile disiplin cezası tayin edilmesi gerekirken, olayın niteliğine uygun düşmeyen düşüncelerle aksi yönde sonuca varılması, Avukatlık Yasasının 34 ve Meslek Kurallarının 56 ve 27. maddelerine aykırı ve isabetsiz bulunmuş, çoğunlukla verilen kararın kaldırılması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçinin itirazının kabulüyle, Antalya Barosu Disiplin Kurulunun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının KALDIRILMASINA ve yeniden incelemeyi gerektiren bir halin de mevcut olmaması nedeniyle, Şikâyetli Avukatın KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, oybirliğiyle karar verildi.

SAVUNMANIN SINIRI

TBB Esas No:1999/86, Karar No: 1999/133, Karar Tarihi:20.11.1999,

İtirazın süresinde yapıldığı anlaşıldıktan sonra, görüşülüp düşünüldü:

Şikâyetli Avukatın, kızının işyerinin bulunduğu apartmanın Kat Malikleri Kurulunca asansörün inişe kapatılması yolunda alınan kararın iptali istemiyle Şişli Sulh hukuk Mahkemesine -kızı A.Y. vekili sıfatıyla- verdiği 10.06.1997 tarihli dava dilekçesinde, apartmanın yöneticisi olan şikâyetçiyi hedef alarak "haince ve insanlık dışı karar", "Hiç utanmadan kat maliklerinin söyledikleri yalanlarla yanıltılmıştır", "Hırçın yapısı ve dengesiz davranışlarıyla apartmanın bir zavallı diktatörüdür", "kat maliklerinin yönetici tarafından yalan beyanlarla iğfal edilmiş olmaları" sözlerini sarf ettiği anlaşılmıştır. Disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca "dilekçede yazılanların yakınana hakaret niteliğinde olmayıp, hak arama uygunluğuna ilişkin olarak tamamen dava ile ilgili sözler niteliğini taşıdığı ve TCK.nun. 486. maddesinde yer alan savunma hakkının dokunulmazlığı içinde yorumlandığı" gerekçesiyle "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" karar verilmiştir. Kararda ayrıca "Yakınan tarafından yakınılan aleyhine Şişli.3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1998/433 Esas sayılı dosyası ile açılan tazminat davasının, kullanılan sözlerin şahsiyet haklarına tecavüz niteliğinde olmadığı gerekçesiyle reddedildiği" belirtilmiştir.

Avukat, mesleğiyle ilgili yazılarında ve sözlerinde belirli bir üslup düzeyini ve inceliğini korumakla yükümlüdür. Şikâyete konu olan dilekçede kullanılan üslubun bir avukata yakışan üslup olduğu söylenemez. Ayrıca doğrudan şikâyetçinin kişiliğini hedef alan sözlerin, davanın konusu ile ilgili bulunmadığı, "aşağılayıcı" ve "incitici" nitelik taşıdığı açıktır.

"Savunma hakkının dokunulmazlığı" ilkesi bu hakkın amacına aykırı biçimde kullanılması ve savunma sınırlarının aşılmasını mazur gösterecek bir neden olarak kullanılmamalıdır.

Kovuşturma konusu olayda Avukat, kızının vekili sıfatıyla hareket ederken müvekkili ile özdeşleşmemeye taraflar arasındaki husumetin dışında kalmaya yalnız iddia ve savunmanın hukuki yönüyle ilgilenmeye özen göstermeliydi. Oysa, kullanılan sözler, bu özenin gösterilmesine önem verilmediğini ortaya koymaktadır.

Şişli 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin, Baro Disiplin Kurulu kararında sözü edilen "tazminat davasının reddine" ilişkin kararının da, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin -Şikâyetçi tarafından ibraz edilen- 17.05.1999 tarihli ve1999/27964518 sayılı kararıyla

bozulduğu anlaşılmıştır. Yargıtay bozma kararında, dava konusu yapılan sözlerin "Kişilik haklarına saldırı oluşturduğu ve davalının sorumluluğuna karar verilmesi gerektiği" kabul edilmiştir. Kararda ayrıca "davalı tarafından yapılan nitelendirmelerin o davanın konusuyla ilgisiz oldukları" da vurgulanmıştır.

Bu nedenlerle, Şikâyetli Avukatın Meslek Kurallarının 4. ve 5. maddelerine açıkça aykırı eylemi disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulunca yapılan değerlendirme isabetsiz bulunmuş, verilen kararın kaldırılması ve ceza tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, haklı görülen itirazın kabulüyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararının KALDIRILMASINA ve yeniden incelemeyi gerektiren bir halin mevcut olmaması nedeniyle şikâyetli Avukatın KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, katılanların oybirliği ile karar verildi.

MESLEKTAŞA HAKARET, MESLEKTAŞLAR ARASI İLİŞKİLER

TBB Esas No: 2003/51, Karar No: 2003/155, Karar Tarihi: 09.05.2003

Şikayetçinin Kadastro Mahkemesi'nde görülen bir davanın karar aşamasında taşınmaz sayısının fazla olması karşısında ücreti vekaletin üç katının takdir edilmesini talep etmesi üzerine şikayetlinin hâkime, "Hanım arkadaşımızın isteğini yerine getirseniz dahi kendisini tatmin edemezsiniz" şeklinde beyanda bulunması nedeniyle açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulunca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli Avukat, disiplin kovuşturması açılmasına neden olan sözleri sarf ettiğini kabul etmiş; ancak espri anlayışıyla hareket ettiğini ve hakaret kastının bulunmadığını savunmuştur.

Avukatların birbirleriyle olan ilişkilerinde küçük düşürücü kişisel beyanlarını açıklamaktan kaçınmaları gerekmektedir. (TBB Meslek Kuralları Md. 27/1) Şikâyetli, iyi niyetle davranmış olsa da, duruşmada sarf ettiği bu sözlerin yanlış yorumlara neden olabileceğini ve meslektaşını küçük düşürebileceğini düşünmek zorundadır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Kayseri Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

MESLEKTAŞLAR ARASI İLİŞKİ, KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ BEYAN, SAVUNMAYI GÜÇLENDİRMEK, HÂKİMİ ETKİLEMEK AMACI

TBB Esas No: 2003/97, Karar No: 2003/210, Karar Tarihi: 11.07.2003

Şikâyetli avukat hakkında, Adana Ticaret Mahkemesi'ne verdiği "sıra cetveline itiraz" dilekçesinde, şikâyetçi avukatı kastederek " Bu sun'i işlemler, bu takipleri yapan vekili de kapsamına alacak organize bir tertiptir. Yapılacak iş cezai sorumluluklar doğuracak niteliktedir." şeklinde beyanda bulunması nedeniyle, açılan disiplin kovuşturması sonunda Adana Barosu Disiplin Kurulu "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar vermiştir.

Şikâyetli avukatın dilekçede sarf etmiş olduğu sözler, Disiplin Kurulu'na verdiği savunma dilekçesinde de kabul edilmiştir.

Savunmanın hukuki yönü ile ilgili olan avukat hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtemez. (TBB Meslek Kuralları Madde 6 ve 27)

Kovuşturma konusu yapılan sözlerin "savunmayı güçlendirmek ve mahkeme hâkiminin dikkatini çekmek" amacıyla kullanıldığına ilişkin değerlendirme kabul edilebilir nitelikte görülmemiş ve isabetli bulunmayan kararın kaldırılması ile disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, Adana Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile Adana Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektiren bir halin bulunmaması nedeniyle şikâyetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi

OBJEKTİFLİK, SAVUNMA SINIRLARININ AŞILMASI

TBB Esas No: 2003/76, Karar No: 2003/177, Karar Tarihi: 06.06.2003

Şikâyetli avukat hakkında Adana 1.İş Mahkemesi Hâkimliği'ne davalı vekili olarak verdiği cevap dilekçesinde, "Davacı ahlaki değerleri erozyona uğramış bir kişidir," diyerek hakaret ettiği görüşü ile açılan disiplin kovuşturması sonunda, Adana Barosu Disiplin Kurulu "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu, disiplin kovuşturmasına neden olan cümlenin "Hâkimin dikkatini çekmek için kullanıldığı" kanaatine varıldığını belirtmiş ve kararını bu gerekçeye dayandırmıştır. Oysa, şikayetli TBB Meslek Kuralları'nın 5.maddesinde öngörülen "objektiflik" ilkesine uymadığı gibi, savunmanın hukuki yönü ile ilgili

bulunmayan sözler sarf etmek suretiyle savunma sınırlarını aştığından Meslek Kuralları'nın 6.maddesine de aykırı davranmıştır. Hâkimin dikkatini çekmek amacıyla da olsa TBB Meslek Kuralları'na ters düşen davranışların sergilenmesi kabul edilemez.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabet görülmemiş ve kararın kaldırılması ile ceza tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, Adana Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile Adana Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektiren bir halin bulunmaması nedeniyle şikâyetli avukatın "uyarma " cezası ile cezalandırılmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

HÂKİMLE MÜNAKAŞA, HAKARET KASTI, ŞİKÂYETTEN VAZGEÇME

TBB Esas No: 2003/77, Karar No: 2003/198, Karar Tarihi: 21.6.2003

Şikayetli avukat hakkında, İmamoğlu Asliye Hukuk Mahkemesi'nde davalı vekili iken, mahkeme hâkimi ile münakaşa ettiği hâkimin odasında "siz davacıyı kayırıyorsunuz, neden keşfe gitmiyorsunuz, siz bu mahkemenin hâkimisiniz dediği, mahkeme hâkimi tarafından odadan çıkması istendiği halde, çıkmamakta direndiği nedeni ile açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikâyetli avukatın davalı vekili sıfatıyla takip ettiği davada 22 Kasım 2000 günü saat 10.00'da keşif yapılmasına karar verildiği, şikâyetli keşif saatinde hâkimin odasına gidip, müracaatta bulunduğunda hâkimin kendisine davacı tarafın beklenmesi gerektiğini bildirmesi üzerine bu davranışın davacıyı kayırmak anlamına geldiğini ifade ederek "neden keşfe gitmiyorsunuz, siz bu mahkemenin hâkimisiniz, karar vermek zorundasınız" dediği, hâkimin de polis çağırması üzerine direnmeden hâkimin odasını terk ettiği anlaşılmıştır.

Şikâyet konusu eylemden dolayı Kozan Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılan 2001/79 esas ve 2001/163 karar sayılı dosyada, şikâyetlinin beraatına karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir.

Şikâyetçi hem Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki, hem de disiplin dosyasındaki beyanlarında, şikâyetinden vazgeçtiğini bildirmiştir.

Şikâyetli avukatın hakaret kastı ile hareket etmediği, keşif saatinde mahkeme hâkimine müracaatta bulunduğu, keşif yapılmasını ya da keşfe gidilmeyecekse tutanak

tutulmasını istediği, sözlerinin veya davranışının disiplin suçu oluşturmadığı anlaşıldığından Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile Adana Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

MESLEKTAŞA YÖNELİK ONUR KIRICI İFADE

TBB Esas No: 2002/252, Karar No: 2003/252, Karar Tarihi: 12.09.2003

Şikâyetli avukat hakkında Tekirdağ 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/209 Esas sayılı dosyasında, verdiği cevap dilekçesinde, şikâyetçiye hakaret ettiği, şikâyetçinin şahsına ve mesleğine yönelik onur kırıcı ve rencide edici beyanlarda bulunduğu iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek para cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat tarafından Tekirdağ 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/209 Esas sayılı dosyasına verilen dilekçede, şikâyetçi avukat için "Bir koyundan birkaç post çıkardığı takibin, amansız, insafsız ve insaniyete aykırı şekilde yürütüldüğü" gibi ithamlarda ve yakıştırmalarda bulunulduğu anlaşılmıştır.

Şikâyetlinin kovuşturma konusu yapılan beyanları hasım vekili meslektaşını küçük düşürücü ve incitici nitelikte olduğu gibi meslektaşlar arası ilişkilerde dikkat edilmesi gereken nezaket kurallarına da aykırı bulunduğundan "disiplin suçu" oluşturmaktadır.(Meslek Kuralları md.27/1)

Bu durumda, Baro Disiplin Kurulu'nca davranışın niteliği yönünden yapılan değerlendirme isabetli bulunmakla birlikte, şikayetlinin sicilinde daha önce verilmiş ve kesinleşmiş bir ceza bulunmadığından ve eylem ile ceza arasında adalete uygun bir dengenin sağlanamadığı anlaşıldığından, Avukatlık Yasası'nın 136 ve 158. maddeleri de gözetilerek para cezasının kınama cezasına indirilmesi suretiyle düzeltilerek onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Tekirdağ Barosu Disiplin Kurulu'nun (100.000.000)TL para cezası verilmesine ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

MESLEĞİN İTİBARINI ZEDELEME, MESLEKTAŞIN MESLEKİ TUTUM VE DAVRANIŞLARI HAKKINDA ONUR KIRICI AÇIKLAMA

TBB Esas No: 2003/273, Karar No: 2003/390, Karar Tarihi: 05.12.2003

Şikâyetli stajyer avukatın, bir bankanın hukuk müşaviri olan şikâyetçi avukat ile arasındaki bir olay sebebiyle şikâyetçinin avukatın çalıştığı bankanın internet sitesine gönderdiği e-mail de şikâyetçi avukat hakkında (Hukukçu olmasına rağmen hukukla en ufak bir alakası olduğunu düşünmediğim... hukuk nosyonu olmayan bu avukatınız en ufak bir meseleyi dahi tahlil edebilecek kapasitede değildir... Ne acıdır ki bankanız en ufak bir meseleyi dahi tahlil edemeyecek durumda olan ve konuşma üslubunu bilmeyen böyle bir avukatla çalışmaktadır) sözlerine yer verdiği anlaşılmıştır.

Yapılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "Şikâyetlinin bu beyanını herhangi bir çıkar sağlama ve başkalarına zarar verme amacıyla yapmadığı, hakaret amaçlı olmadığı gibi herhangi bir zararın da doğmamış olduğu" gerekçesiyle "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Dosya içinde bulunan ve şikâyetli stajyer avukatın, şikâyetçi avukatın çalıştığı Bankanın sitesine internetten gönderdiği e-mailde; şikâyetçi avukat hakkında "Hukukçu olmasına rağmen hukukla en ufak bir alakası olmadığı "Hukuk nosyonu olmayan bu avukatın en ufak bir meseleyi tahlil edecek kapasitede olmadığı" " Ne acıdır ki bankanın en ufak bir meseleyi dahi tahlil edemeyecek durumda olan ve konuşma üslubunu bilmeyen böyle bir avukatla çalıştığı" gibi hakaret içeren ve şikayetçiyi çalıştığı bankaya karşı küçük düşüren sözlere yer verdiği ve şikayetçi avukat hakkındaki bu düşüncelerini Baro dışında bir Bankaya yaptığı anlaşılmaktadır.

Baro Disiplin Kurulu kararında ifade edildiği gibi "Olayın çıkar sağlama ve zarar verme amacı ile yapılmadığı, hakaret amacı olmadığı, zararın da doğmamış bulunduğu" gibi hususların hukuksal gerekçeler olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Esasen Meslek Kuralları'nın 4, 5 ve 26.maddesi hükümlerinin de "Hakaret kastı " "Zararın doğmamış olması" ile doğrudan ilgisi bulunmamakta "Avukatın mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu" (TBB Meslek Kuralları Madde 4), "Avukatın düşüncelerini olgun ve objektif biçimde açıklaması gerektiği" (TBB Meslek Kuralları madde 5) "Hiçbir avukatın, bir meslektaşının mesleki tutum ve davranışları hakkında düşüncelerini kamuoyuna açıklayamayacağı ve bu yoldaki şikâyetlerin merciinin yalnız barolar olduğu" (TBB Meslek Kuralları Madde 26) öngörülmektedir.

Avukatlık Yasası'nın "ceza vermenin amacı"nı belirleyen 158.maddesinde, Baro Disiplin Kurullarının, disiplin cezalarının verilmesinde "avukatlık onurunu, düzen ve

gelenekleri ile meslek kurallarını ve itibarını korumak" ilkelerinin göz önünde tutulması öngörüldüğü halde, bu hükmün de dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

Şikâyetli avukat stajyerinin eylemi disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçu oluşturduğunun kabulü ile disiplin cezası tayin edilmesi gerekirken, olayın niteliğine uygun düşmeyen gerekçelerle aksi yönde sonuca varılması Avukatlık Yasası'na ve Meslek Kuralları'na aykırı ve isabetsiz bulunmuştur.

Sonuç olarak; itirazın kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektiren bir halin de mevcut olmaması nedeniyle, şikâyetli avukat stajyerinin kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

MESLEKTAŞLAR ARASI DAYANIŞMA, ÖZEL YAŞAM ALANINI İFŞA, MESLEĞE GÜVEN

TBB Esas No: 2003/328, Karar No: 2004/6, Karar Tarihi: 23.01.2004

Şikâyetli avukatın disiplin kovuşturması istemi ile ilgili şikâyet dilekçesine ek olarak sunduğu ses bantlarında, meslektaşları bir kısım avukatlar hakkında kullandığı sözlerden dolayı Baro Yönetim Kurulu'nca re'sen açılan disiplin kovuşturması sonucu eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli emekli hâkim olması nedeniyle kendisi hakkında soruşturmanın tüm safhalarında yanlı davranıldığını, delillerin değerlendirilmediğini ve suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şîkayetlinin, şîkayeti ile ilgili dosyaya sunduğu ses bantlarında meslektaşları hakkında "yavuz hırsız ev sahibini şey yaparmış" , "ben neye uğradığımı şaşırdım, benim eğer mağduriyetim olmasa onun anasını sülalesini bilmem nesini vururdum orada" , "....kim oluyormuş, benim avukatlığıma karışıyormuş" gibi kullanılan söylemlerin Avukatlık Meslek Kuralları'nın 27. maddesine aykırı olduğu açık olduğu gibi, şîkayetlinin müvekkilleri ve meslektaşları ile sohbet anlamında olan konuşmaları, onların bilgisi dışında ses bandına alması ve bu bantları onların izni olmaksızın şîkayetinde delil olarak kullanması özel yaşam alanını ifşa anlamına gelir ki, bu da meslektaşlar arasındaki güven ve karşılıklı dayanışma ilkesini açıkça ihlal eder, aynı zamanda kamunun avukatlık mesleğine olan güvenini sarsar. Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun şîkayetli avukat hakkındaki "kınama cezası" ile cezalandırılmasına ilişkin kararın onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

MESLEKTAŞA HAKARET

TBB Esas No: 2003/343, Karar No: 2004/11, Karar Tarihi: 23.01.2004

Şikâyetli avukatın Baro Başkanlığı'na verdiği şikâyet dilekçesinde şikâyetçi meslektaşı hakkında kullandığı sözler nedeniyle açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyete konu olan eylem nedeniyle ve "hakaret" suçundan dolayı Bursa 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2002/21 esas sayılı dosyası ile açılan kamu davasında şikâyetli avukatın beraatine karar verildiği anlaşılmıştır. Ancak, eylem ceza kanunu hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olduğundan, Avukatlık Yasası'nın 140/3 maddesi uyarınca beraat kararının disiplin kovuşturmasını etkilemeyeceği tartışmasızdır.

Şikâyetli, kovuşturmaya konu olan ve şikâyetçiyi "sanık" olarak nitelendirdiği dilekçesinde "bu belge avukat için yüz karası bir belgedir.", "sanık haddini aşarak büyük bir pişkinlikle avukat ücreti istemiştir", "bu kafa yapısına sahip avukatın bir başkasının canını yakmaması için" sözlerini kullanmıştır.

Şikâyetli avukatın meslektaşını küçük düşürmeyi amaçlayan, iddia ve savunma ile ilgisi bulunmayan bu sözleri TBB Meslek Kuralları'nın 5. ve 27. maddesine aykırı bulunduğundan "disiplin suçu" oluşturmaktadır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukukî isabetsizlik görülmemiş ve aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

DİLEKÇEDE KULLANILAN İFADELER

TBB Esas No: 2004/20, Karar No: 2004/113, Karar Tarihi: 10.04.2004

Şikâyetliler hakkında Serik Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2000/133 esas sayılı dosyasına sundukları 30.05.2000 tarihli cevap dilekçesinde kullandıkları " ...çocuğunun katili olan annenin ve onunla birlikte babanın bu davayı açmaları bir hukuk ve insanlık ayıbıdır... küçük B'nin ölümünü unutup, bu ölümden dolayı para elde etmek yoluna

başvurmaları " gibi söylemlerin Av. Meslek Kuralları'nın 5 ve 6. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla açılan Disiplin Kovuşturması sonunda eylemleri sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetlilere usulüne uygun olarak tebligat yapılmış olup, itiraz yoktur. Şikâyetçiler itirazlarında cezaların uygulanma şekli ile ilgili Avukatlık Yasası'nın 136. maddesi uyarınca en az kınama cezası verilmesi gerektiği sebebiyle itiraz etmişler, kınama cezası verilmesi gerektiğini bildirmişlerdir.

Disiplin Kovuşturması Meslek Kuralları'nın 5 ve 6. maddelerine aykırılık nedeniyle açılmış ve eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Avukatın hak ve ödevleri başlıklı altıncı kısım 34. maddede 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen Meslek Kuralları da dahil edilmiş, bu nedenle TBB Meslek Kuralları'na aykırılık da altıncı kısımda yer almış ise de; Disiplin cezalarını açıklayan 135. maddede " uyarma" cezasına da yer verilmiş ve bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Olay tarihi itibariyle "uyarma " cezası tayinine yasal bir engel bulunmadığı gibi, Avukatlık Yasası'nın delillerin serbestçe takdirini ve ceza vermenin amacını belirleyen 158. maddesinin içeriği karşısında, cezaya neden olan eylemin oluştuğu koşullar ve varsa hafifletici nedenler de göz önünde bulundurularak ceza tayininde Disiplin Kurulları'nın takdir hakkına sahip oldukları tartışmasızdır.

Sonuç olarak, şikâyetçilerin itirazlarının reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ELEKTRONİK İMZA*

Yrd. Doç. Dr. Mine AKKAN**

I. Elektronik Belge Kavramı

Kağıt belgeler karşısında bir sınırlamayı ifade eder. Elektronik kavramıyla "verinin teknik durumu" anlatılır. Elektronik belge, elektronik verilerden oluşan hukuken anlamlı bir bütünün taşıyıcısıdır. Elektronik belgenin görünüm şekilleri şunlardır. Bilgisayarın belleğinde veya veri taşıyıcısında kayıtlı olabilir ya da sadece internet aracılığıyla görülebilir veya belgenin çıktısı alınmış olabilir yahut bilgisayar faks yoluyla gönderilmiş olabilir.

Elektronik belgenin çıktısının alınması ve faks yoluyla gönderilmesi durumunda sadece elektronik belgenin kopyası söz konusu olur. Bir metnin orijinali ve kopyaları üzerinde durulmasının sebebi, söz konusu hukuki işlem hakkında gerçeği yansıtacağına güvenilen ve üzerinde değişiklik yapılabilecek olan metnin, ancak orijinal metin olması gerektiğidir. Özellikle kağıt belgelerde kopya ile kastedilen bir belgenin fotokopi yoluyla çoğaltılması veya faksla gönderilmesidir. Fotokopi yoluyla çoğaltmada veya faksta, bu kopyalara güvenilmemesinin sebebi, belgelerin değiştirilebilme veya sahte olarak oluşturulabilme ihtimallerinin oluşudur. Kağıt belgeler kopyalandığı takdirde, kural olarak bunun fark edilmemesi mümkün değildir. Çünkü fotokopi veya faks ıslak imza taşımamaktadır. Kağıt belgelerde orijinal tektir ve kopyadan ayrılabilir. Buna karşılık, bir elektronik belgenin kopyası, orijinalinin aynısı bir çoğaltmadır. Elektronik belgeler, işleme esnasında kopyalandığı takdirde elektronik ortamda farklı orijinal versiyonları söz konusu olacaktır. Elektronik ortamda, elektronik belgenin orijinal ve kopyasını birbirinden ayırmak kolay değildir. Çözüm olarak zaman damgasının kullanılması önerilmiştir. Ayrıca elektronik imza, elektronik belgelerin orijinali ve kopyası arasında ayırım yapılabilmesini sağlayan bir görev üstlenmez. Elektronik imzalı belgelerin,

---

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mezun Birimi tarafından Eskişehir Barosu'nun katkılarıyla 22 Mayıs 2006'da düzenlenen konferansın metnidir. Konferans konusuyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Erturgut, Mine, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

kopyalanamayacak şekilde oluşturulması mümkünse de, bu durum özellikle istenmediği ve çoğaltmayı engellemeye ilişkin önlem alınmadığı takdirde elektronik imzayla birlikte çoğaltılması mümkün olacaktır. Bu sebeple elektronik imzalı belgenin "tek olma özelliği"nin olmadığı belirtilmelidir.

Bu durum, elektronik imzalı belgede zaman damgasının bulunmasıyla da değişmez. Çünkü, zaman damgası ekli elektronik imzalı belgenin de kopyalanması mümkündür.

Hemen belirtmek gerekir ki, elektronik imzalı belgelerin, elektronik ortamdaki kopyalarında, elektronik imza bulunacağı ve bu imza sayesinde belgenin değiştirilip değiştirilmediği kontrol edilebileceği için elektronik imzalı belgenin orijinali ve kopyası arasında ayırım yapmamızı gerektirecek bir neden bulunmamaktadır.

Elektronik imzalı belgelerde, imzanın oluşturulmasından sonra yapılan değişikliklerin tespit edilebilir olması sebebiyle orijinal ve kopya arasında, ispat gücü ve ibraz edilebilmesi bakımından bir ayırım yapılmaması gerekir.

Buna karşılık, elektronik imzalı belgelerin bilgisayar çıktısı değerlendirildiğinde, bilgisayar çıktısının, özellikle elektronik imzalı belgeler bakımından belgenin bir kopyası olduğu söylenemez. Çünkü, elektronik imzalı belge, genel olarak metin, imza ve sertifika olmak üzere, üç kısımdan oluşur ve çıktı alındığında çıktıda görülen kısım sadece elektronik belgenin metin kısmıdır. Yani imza ve sertifikanın çıktısı aynı kağıt üzerinde görülemez.

Elektronik imzanın kontrolü çıktı üzerinden yapılamayacağı için bu çıktılara fotokopi veya fakstan daha farklı bir nitelik tanınmamalıdır. Çünkü, çıktı üzerinden belgenin değiştirilip değiştirilmediği anlaşılamaz.

İmzanın çıktısının alınmasını mümkün kılan bir program olsa bile, imza ile metin arasındaki bağlantının kurulması, yani imza kontrolünün yapılması çıktı alındıktan sonra mümkün değildir. Çünkü, imza kontrolü, kağıt üzerinde değil, ancak elektronik ortamda, bunun için oluşturulmuş özel program aracılığıyla yapılır.

Sonuç olarak, elektronik imzalı belgenin daha sonradan elektronik ortamda oluşturulmuş olan kopyalarının, kopya özelliği değişmemekle birlikte, bunların asıldan ayrı işlem görmesinin bir nedeni kalmayacaktır. Dolayısıyla mahkemeye elektronik ortamdaki kopyanın ibrazı delil olarak incelenmesi bakımından yeterli olacaktır.

Elektronik ortamda belgenin aslı ve kopyası arasında bir fark kalmamaktadır.

Buna karşılık, elektronik imzalı belge çıktılarının ise kopya özelliği değişmemektedir.

II. Elektronik İmza

Elektronik imza, kişilerin biyometrik özelliklerine dayalı (ses, göz retinası taraması, parmak izi taraması gibi) biyometrik yöntemler, kredi kartlarında kullanılan PIN kodları, elle atılmış imzanın tarayıcıdan geçirilerek elektronik ortama aktarılmış hali, bilgisayar ekranında bu amaçla yapılmış bir kalemle atılan imza tekniği, çift anahtarlı kriptografiyle oluşturulan dijital (sayısal) imzayı içeren bir "üst kavram"dır.

Elektronik imzaya, elektronik işlemlerde hukuki güvenliğin sağlanması; hukuki işleme katılanların kimliğinin tespiti ve hukuki işlemin, taraflarca inkar edilememesi (hukuki bağlayıcılık) sebepleriyle ihtiyaç duyulmaktadır.

Elektronik imzadan beklenenler ise şu şekilde sıralanabilir:

- Sadece imza (anahtarı) sahibi kişi tarafından oluşturulabilir olmalı
- Herkes tarafından kontrol edilebilir olmalı
- İmza ve imzalanmış belgenin birbirinden ayrılmazlığı sağlanmış olmalıdır.

Elektronik imza, (Elektronik İmza Kanunu[1] m.3, b) başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri şeklinde tanımlanmıştır.

Elektronik imza dörde ayrılabilir:

- Basit elektronik imza (EİK m.3, b)
- Gelişmiş elektronik imza
- Güvenli elektronik imza (EİK m.4)
- Akredite edilmiş sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından verilmiş imza

Gelişmiş elektronik imza, hukukumuzda tanımlanmamıştır, Avrupa Birliği ve üye ülkelerin düzenlemelerinde yer alan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Akreditasyon sistemi de hukukumuzda kabul edilmemiştir. Buna karşılık Avrupa Birliği ve üye ülkeler ihtiyari akreditasyon sistemini benimsemişlerdir.

Güvenli elektronik imza (EİK m. 4) ise dört koşulu birlikte sağlayan imzadır.Bunlar:

- Münhasıran imza sahibine bağlı olma,
- Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulma,
- Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlama,

[1] 5070 s. Kanun, RG. 23.1.2004, 25355.

- İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlamadır.

Güvenli elektronik imzanın hukuki sonucu ise Elektronik İmza Kanunu 5. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, "Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez."

Günümüzde çoğunlukla sayısal (dijital) imza teknolojisi kullanılmaktadır. Buna göre bir elektronik belgenin (metin) sayısal imzayla beraber oluşturulması kısaca şöyle açıklanabilir: Bir dijital imzalı mesaj oluşturmak için gönderici, öncelikle göndermek istediği metni oluşturur. İmzalama süreci için program, orijinal veriyi okur ve ekranda elektronik belge görülür. Sonra gönderici, imzalama programını kullanarak hash algoritmasıyla metnin mesaj özetinin hesaplanmasını sağlar. Mesaj özeti, belgede sonradan yapılan değişikliklerin tespitine imkan verir. Özetleme algoritmasının özelliği sebebiyle iki ayrı elektronik belgenin, aynı özet (hash) değerine sahip olması, en yüksek hesaplama donanımıyla bilimin durumuna göre imkansızdır.

Mesaj özeti hesaplandıktan sonra, bir sonraki adım olarak, gönderici, imza programını kullanarak mesaj özeti üzerinden, sadece kendine ait olan gizli yani özel anahtarını kullanarak dijital imzasını oluşturur. İmza sahibi, bilgisayar başında, ekranda görülen veriyi imzalamak istiyorsa kendi imza aracını, bu anlamda çip kartını bilgisayara takar. Bundan sonra çip kartının şifresini girer. Böylece elektronik verinin özet değeri elektronik olarak imzalanmış olur. İmzalanmak istenen metin, e-mail programı veya metin programı ile oluşturulabilir.

Gönderen, dijital imzayı metinle ve sertifikayla birlikte alıcıya gönderir. Dijital imzanın doğrulanması için, alıcı, tarafından düz metin üzerinden yeni bir özet değerinin hesaplanması gerekir. Alıcı, gelen mesajdan (metinden) mesaj özetini tekrar oluşturur ve gönderenin açık anahtarını gelen mesajdaki şifrelenmiş özü yani dijital imzayı deşifre etmede kullanır. Sonuçta alıcının mesajdan çıkardığı özet ile dijital imzanın deşifre edilmesi sonucu elde edilen özet karşılaştırıldığında, her ikisi de aynı ise şu sonuçlar karşımıza çıkar: İlk olarak, dijital imza gönderenin özel anahtarı kullanılarak oluşturulmuştur; bu şekilde gönderen mesajı imzalamadığını iddia edemez (inkar edilmeme); ikinci sonuç, mesaj değiştirilmemiştir ve bu mesajın doğruluğu onaylanmıştır. Mesaj herhangi bir şekilde değişirse, değişmiş mesajın özeti de değişik olur.

III. El yazısıyla İmzanın İşlevleri Açısından Elektronik İmza

1. Kimliği Tespit İşlevi

İmza sahibinin kimliğinin ispatı, gizli anahtarın teklik fonksiyonuna bağlıdır. Kişinin kimliğinin tespitinin güvenli olması, görevi sadece kullanıcının kimliğini güvenilir şekilde tespit etmek ve bu kimlik tespitini değiştirilemez şekilde imza usulüne eklemek olan üçüncü kişilerce (elektronik sertifika hizmet sağlayıcı, EİK m. 8) mümkün olabilir.

Elektronik sertifika, imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kayıttır (EİK m.3, 1). Sertifika sertifika hizmet sağlayıcı tarafından imza anahtarı sahibine verilecektir.

Sertifika ve liste hizmeti sayesinde elektronik imzanın, kimliği tespit işlevini sağladığı söylenebilir.

Ancak, elektronik imza usulünde gizli anahtarın kullanılması, sadece imzalanmış metnin, yetkili veya yetkisiz olan gizli anahtarı elinde bulunduran kişiden kaynaklandığının tespit edilmesini sağlar. Kimin, elektronik imzada kullanılan imza anahtar çiftine yetkili olarak sahip olduğu ve elektronik açıklamanın açıklayıcısının kimliğinin tespiti, sadece imza anahtarının kullanılmasıyla mümkün olmamaktadır. Gizli anahtarın içeriğinde anahtar sahibinin adı olsa dahi, bu durum, anahtar çiftinin verildiği kişinin, imza usulünde imzayı kullanan kişi ile aynı kişi olduğunu her zaman garanti etmez. Bu sebeple gizli anahtarın kullanımına yönelik bir giriş koruması gereklidir.

Bu sebeple gizli anahtarların kayıtlı olduğu çip kart gibi taşıyıcıların güvenliğinin sağlanması gerekir. Bu güvenlik, PIN kodu, şifre gibi özellikle giriş korumasıyla sağlanmaya çalışılmaktadır. Giriş güvenliği bakımından, PIN kodu veya şifreye nazaran biyometrik usul ile gerçekleştirilmiş bir korumanın daha güvenilir olduğu belirtilebilir.

2. Gerçeklik İşlevi

El yazısıyla imzanın, açıklamanın imzalayan tarafından yapıldığını ispatlaması gerekir. El yazısıyla imzadaki gerçeklik işlevinin amacı budur. Bunun anlamı, sadece o kişinin imzayı atmış olması ve başka hiç kimsenin o imzayı atamayacak olmasıdır.

Elektronik imzada, gizli imza anahtarı ve giriş koruması sayesinde bu sonuca ulaşılabilecektir. El yazısıyla imzada gerçeklik fonksiyonu sadece imzayı ilgilendirir. Buna karşılık elektronik imzada, metin üzerinde yapılan değişiklikler tespit edilebildiği için, elektronik imzayla beraber gönderilmiş olan metin bakımından da gerçeklik fonksiyonu geçerlidir. Bu sebeple elektronik imzanın, el yazısıyla imzadan daha iyi

olduğu söylenebilir.

3. Uyarı İşlevi

İmzanın uyarı fonksiyonunun amacı, açıklamanın artık bir taslak olmadığı; buna karşılık hukuki alanda sonuç doğuracak bir açıklama olduğunun bilincine varılmış olmasıdır.

Elektronik imzalama usulünün metni düzenleyen tarafından iradi olarak başlatılması ve kullanılması söz konusu olduğunda elektronik imzanın uyarı işlevinin olduğu söylenmelidir.

Ayrıca Elektronik İmza Kanununda sertifika hizmet sağlayıcısının imza sahibini hukuki bağlayıcılık konusunda yazılı olarak uyarma yükümlülüğü vardır (EİK m.10, e).

4. Sonuçlandırma İşlevi

Açıklamanın tamamlanması ve açıklamanın iradi olarak imzalanması sonuçlandırma işlevinin amacı olarak karşımıza çıkar. Belgenin o içerikle imzalanıp imzalanmadığı sonuçlandırma işleviyle ilgilidir.

Sonuçlandırma işlevi bakımından, elektronik olarak imzalanmış belgede, imzalayan kişinin kimliği belirlenebilir olduğuna göre, bu işlevi yerine getirdiği söylenebilir.

Aynı şekilde belgede sonradan yapılan değişiklikler farkedilebildiği için elektronik imzanın sonuçlandırma işlevi vardır.

5. Devamlılık İşlevi

Devamlılık işlevi, açıklama içeriğinden her zaman bilgi alınabilmesini anlatır.

Bir elektronik ortamda bulunan veya veri taşıyıcısına kaydedilen elektronik belgenin devamlılık fonksiyonunu yerine getirdiği söylenebilir. Elektronik imzanın nitelikli sertifikasının yenilenmesi de devamlılık işlevine hizmet eder (Yönetmelik[2], m. 12).

6. İspat İşlevi

Elektronik imzanın, ispat işlevini yerine getirmesi, asgari şu üç hususun bir arada bulunmasına bağlıdır.

- İmzalanmış metnin, farkedilmeksizin, sonradan değiştirilmemiş olması,
- İmza sahibinin, başka bir ifadeyle çip kart sahibinin sertifikada belirtildiği üzere

[2] Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik RG 6.1.2005, 25692.

kimliğinin belirlenmesi,

- İmzalama usulünün ve kullanılan araçların teknik güvenliğinin sağlandığının ispat edilebilmesi.

Önemli koruma önlemleri alınarak güvenli duruma getirilecek bir elektronik imzanın şartları şu şekilde belirtilebilir:

- güçlü kriptografik algoritmalar,
- güvenli tekniğe dayanan donanım, sertifikalı işletim sistemi, PIN veya parola korumalı imza bileşenleri,
- sertifikalı imza yazılımı,
- kullanıcının çevresinde alınabilecek güvenlik önlemleri,
- yüksek değerli teknik bileşenlere, kurumsal güvenliğe ve güvenilir personele sahip sertifika hizmet sağlayıcısı

IV. Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri

Basit elektronik imza (EİK m. 3, b) bilirkişi tarafından değerlendirilebilir (HUMK m. 275 vd.) veya takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu davalarda özel hüküm sebebi olarak dikkate alınabilir (HUMK m. 367) ya da senetle ispatı zorunlu olan bir hukuki işlem bakımından yazılı delil başlangıcı (HUMK m. 292) olarak değerlendirilebilir. Bundan başka taraflar arasında bir delil sözleşmesi (HUMK m.287) varsa, mahkemece caiz delil olarak tarafların kararlaştırdıkları uyuşmazlık bakımından hakim tarafından değerlendirilir.

Yazılı delil başlangıcı bakımından değerlendirme yapılacak olursa, elektronik imzalı belgelerde yazılılık ve cisim bulma unsurları her zaman karşılanmaz. Ancak, elektronik imzalı belgenin çıktısı alınmışsa bu durumda yazılılık ve cisim bulma unsurları karşılanmıştır denilebilir. Fakat herhangi birinin böyle bir belgeyi hazırlaması mümkün olabileceğinden yazılı delil başlangıcının "karşı taraftan sadır olma" unsuru nasıl karşılanacaktır? Elektronik imzalı belgelerde, kişinin kimliğini tespit etmek için, sertifika hizmet sağlayıcıları görev yapmaktadır. Eğer, elektronik imzalı belgede, böyle bir sertifika bulunuyorsa ve bu sertifikanın kontrol edilmesi mümkünse sâdır olma unsuru bakımından bir inceleme yapılabilecektir. Aynı zamanda belgenin değiştirilmediği konusunda da bir inceleme gerekmektedir. Böylece güvenli elektronik imza dışındaki imzayla oluşturulmuş elektronik imzalı belgenin yazılı delil başlangıcı olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.

Kural olarak keşif kanunumuzda sadece taşınmazlar bakımından düzenlenmiştir

(m.363). Kanunun 363 ila 366. maddeleri arasında düzenlenen keşfe dar anlamda keşif de denir. Bu sebeple kanunda düzenlenmemiş diğer takdiri deliller başlığı altında özel hüküm sebepleri (m.367) geniş anlamda keşfin konusunu oluştururlar. Keşif sadece taşınmazlar bakımından düzenlendiği için, elektronik imzalı belgeler keşfin konusunu oluşturmaz, ancak geniş anlamda keşfin (özel hüküm sebepleri) konusunu oluşturabilir.

Taraflar elektronik imzalı belgelerin ileride çıkacak uyuşmazlıkta delil olarak kullanılmasını kararlaştırmışlarsa, delil sözleşmesinin niteliğine göre, sadece elektronik imzalı belgelerle ispat söz konusu olabileceği gibi (münhasır delil sözleşmesi), kanunda caiz olan diğer deliller yanında elektronik imzalı belgelerin de uyuşmazlığın ispatında hâkim tarafından delil olarak değerlendirilmesi mümkündür (münhasır olmayan delil sözleşmesi).

Buna karşılık, güvenli elektronik imza (EİK m.4) senet hükmündedir (HUMK m.295/A). Kanunun 295/A maddesinin birinci fıkrasına göre, "Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar."

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda senedin tanımı yapılmamıştır. Senet, doktrindeki genel kabul görmüş olan tanıma göre; bir kimse tarafından kendi aleyhine, bir vakıanın ileriki delilini teşkil etmek üzere yazıp veya yazdırıp imzaladığı ve hasmına verdiği belgedir[3]. Senedin unsurları şöyle sıralanabilir:

- Cisim bulma
- Yazılılık
  - Değiştirilmeye karşı güvenilir olma
  - İşlem elverişliliği
- İrade açıklaması içermesi
- İmza

Elektronik imzalı belgeler, klasik (kağıt) senedin özelliklerinden olan, yazılılık ve yazılı şekilde cisim bulma özelliklerini her zaman karşılamamaktadır. Buna karşılık, güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş elektronik verilere senet niteliği "kanun" tarafından verilmiştir. Başka bir ifadeyle, güvenli elektronik imzalı belgelerin, senedin

[3] Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C.II, s. 2073 vd.; Postacıoğlu E.İlhan Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975. s. 596; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 636-637; Berkin, Necmettin M., İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, İHFM 1946/4, s. 1177, 1181; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2005, s. 395-396; Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988, s. 45.

fonksiyonlarını karşıladığı kanun tarafından varsayılmıştır.

V. Güvenli Elektronik İmzalarda Sahtelik İddiası

El yazısıyla imza, taklitlere karşı mutlak bir koruma sağlamaz; fakat, imzanın karakteristik oluşu, o imzanın taklit edilmesini zorlaştırır ve herhangi bir itiraz durumunda imza karşılaştırması yapılmasını kolaylaştırır.

Elektronik imzalardaki taklit, en azından bir bitin değişik olması sebebiyle ya hiçbir başarılı sonuç sağlamaz ya da mükemmel olarak taklit edilmiştir. Elektronik imza mükemmel şekilde taklit edilmişse bu halde, gerçek imzayı, taklit imzadan ayırt etmek mümkün olmayacaktır.

Güvenli elektronik imzalarda sahtelik incelemesi için Hukuk Usulü Muhakemelri Kanunu 295/A maddesi 308. maddeye atıf yapmıştır. Kanunda güvenli elektronik imzalı belgeler bakımından, 308. maddenin uygulanması konusunda şunlar söylenebilir. Sahtelik incelemesinde yine kanundaki sıraya uyulması gerekecektir. Buna göre, öncelikle taraflar bu konuda dinlenecek ve ibraz edilen deliller incelenecek, şayet bir kanaate varılamamışsa, hâkim tarafından imzayı inkar eden tarafın isticvabı yoluna gidilecektir.

Taraflar çağırıldıkları duruşmaya geldikleri takdirde, hâkimin karşılaştırmaya elverişli diğer imzalar bulması mümkün değildir. Hemen belirtilmelidir ki, imza inkarında bulunan kişinin imzasının karşılaştırılmasının teknik olarak diğer elektronik belgelerle yapılması mümkün değildir. Çünkü her elektronik belgenin elektronik imzası birbirinden farklı olacaktır. Bu sebeple karşılaştırma yapılabilmesi, kişinin gizli imza anahtarı ile aynı içerikte bir belgeyi imzalaması sayesinde olabilir. Buna karşılık, inkar edilen elektronik belgede kullanılan en az bir karakterin değişik olması durumunda, belgenin içeriği aynı olsa bile teknik anlamda aynı olmayacağı için bu tür bir karşılaştırmayla da bir sonuca varılamaz. Bu sebeple inceleme için en iyi yöntem, ibraz edilen ve imzası inkar edilen elektronik belgenin bizzat kendisi üzerinde imza kontrolünün yapılmasıdır. Bu şekilde imza kontrolü sonucunda çıkan belgenin değiştirilmediği veya değiştirildiğine ilişkin pozitif veya negatif sonuç, sahtelik konusunda kanaate varılmasına yardımcı olacaktır. Bu imza kontrolü gerekli araçların sağlanması durumunda hâkim önünde de yapılabilir. Tarafa hâkim önünde yazı yazdırılması (istiktap) şeklindeki bir inceleme de elektronik belgeler bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Çünkü, elektronik imzanın sahte olmadığı ancak imzası inkar edilmiş ibraz edilen belgedeki imza sayesinde incelenebilecektir. Bundan başka, imza anahtarı sahibi olduğu iddia edilen kişinin başka elektronik belgeleri imzalamasının, ibraz edilen belgedeki sahtelik incelemesi açısından

bir faydası olmayacaktır.

Kanun sadece 308. maddeye atıf yaptığı için, aslında esas olarak 309. maddede düzenlenmiş bulunan imza ve yazı karşılaştırması ya da tarafa yazı yazdırılması elektronik imzalar bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. İmza kontrolünde hem belgenin değiştirilip değiştirilmediğinin hem de imzaladığı iddia edilen kişiden sâdır olup olmadığının incelenmesi gerekir. Bu sebeple hem imzanın kontrolü hem de sertifikanın kontrolü gerekecektir. Bu konuda hâkimin yeterli teknik bilgiye ve donanıma sahip olması beklenemeyeceğinden bilirkişiye başvurulması zorunluluktur. Bilirkişi tarafından, elektronik imzanın incelenmesinde tekniğin durumuna göre çeşitli saldırı ihtimalleri de değerlendirilmelidir.

TAPU SİCİLİNİN TUTULMASINDAN DOĞAN ZARARLARDAN HUKUKİ SORUMLULUK

Ar. Gör. Meral GÜRBÜZ*

GİRİŞ

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devletin sorumluluğu, sicilin Devlet eliyle tutuluyor olmasının ve sicile güven ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Sicilin aleniyet görevini yerine getirmesi, onun gerçek hak durumuyla tam bir uyum içinde bulunmasını zorunlu kılarsa da, bazen, her türlü özen ve dikkate rağmen tapu sicilinin gerçek hak durumuyla çelişkiye düşüp yolsuzlaştığı görülmektedir. Söz konusu yolsuzluklar, ilgililer yönünden çeşitli zarar olasılıkları ortaya çıkarmaktadır. İnceleme konusunu oluşturan Devletin sorumluluğunun kaynağını da işte bu zararlar oluşturmaktadır. Bu zararların giderilmesi konusunda Devlete getirilen tazmin yükümlülüğü, tapu sicili sisteminin etkin bir güvencesi olma özelliği taşır.

Yukarda belirtildiği üzere, tapu sicillerinin tutulmasından Devletin sorumluluğu, tapu sicili hukukuyla iç içe geçmiş bir sorumluluktur. Bu nedenle, inceleme konusunu oluşturan sorumluluk, tapu sicili hukuku ile ilişkisi içinde ele alınarak, konuyla ilgili bulunduğu oranda bu ilişki açıklanmaya çalışılmıştır.

Daha sonra ise, sorumluluğun hukuki niteliği ve koşulları, doktrindeki görüş ayrılıklarına ve yargı kararlarına da yer verilerek incelenmeye çalışılmıştır. Son kısımda ise, tazminat isteminin dava yoluyla kullanılmasına ilişkin özellikler ve tazminatı ödeyen Devletin, kusurlu memura rücu hakkı üzerinde durulmuştur.

1. SORUMLULUĞUN TAPU SİCİLİ HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devletin sorumluluğunun konusunu oluşturan zararların doğuş biçimi doğrudan tapu sicili hukuku ile ilgilidir. Devletin sorumluluğu, sicilin yolsuzlaşması sonucunda ortaya çıkmakta ve doğabilecek zararlara karşı ilgililer için etkin bir güvence sağlamaktadır. Bu nedenle, öncelikle tapu sicili kavramı, sicilin yolsuzlaşması ile bunun sonucunda ortaya çıkan tehlikeler ve bu

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

tehlikeler karşısında ilgililerin korunması hakkında bazı temel bilgiler verilmesi, konunun ayrıntılı bir şekilde incelenebilmesi bakımından zorunlu olmaktadır.

1.1. Tapu Sicili Kavramı

Taşınmazların ekonomik ve sosyal yönden taşıdığı önem, bunlar üzerindeki ayni hakları dışa aksettirecek ve tedavülünü sağlayacak, zilyetlik dışında bir kurumun varlığını gerektirmektedir. İşte tapu sicili taşınmazlar hakkındaki bu gereksinimi gidermek üzere Devlet tarafından ve Devletin sorumluluğu altında tutulan, taşınmazların hukuki ve maddi niteliklerini açıklayan kamuya açık resmi sicillerdir[1].

Tapu sicilinin söz konusu görevi yerine getirmesi, özel mülkiyete konu olan her taşınmazın hukuki durumu ve nitelikleri belirtilerek sicilin ayrı bir sayfasına kaydedilmesi yoluyla gerçekleşir (MK. md.1000/f.1). Bu şekilde belirlenmiş olan ayni hak durumunun, sicilin kamuya açıklığı dolayısıyla dışa aksetme olanağı bulması sonucunda da, tapu sicili, taşınmazlar üzerindeki ayni haklara karine olarak kabul edilmiştir (MK. Md.992).

Tapu sicili, taşınmazlara ilişkin hak ve işlem güvenliğinin sağlanması bakımından da büyük önem taşımaktadır. Çünkü, artık hiç kimse tapu sicilindeki kayıtları bilmediğini iddia edemeyecek[2], buna karşılık üçüncü kişilerin bu kayıtların doğruluğuna güvenleri korunacaktır[3].

1.2. Tapu Sicilinin Yolsuzlaşması

Tapu sicilinin yolsuzlaşması, teknik anlamda, gerçek hak durumunu yansıtmamakla beraber, üçüncü kişilere karşı doğruluğu garanti edilmiş bir sicil durumu şeklinde tanımlanmaktadır[4]. Devletin sorumluluğu yönünden önem taşıyan sicil yolsuzluğu ise, teknik anlamdaki sicil yolsuzluğunu da kapsamakla beraber, bundan çok daha geniş bir kavramdır. Zira, teknik anlamdaki sicil yolsuzluğu, tapu siciline güven ilkesinin uygulama alanıyla sınırlı bir kavram olmaktadır. Tapu sicilinde ilgililere zarar verme olasılığı bulunan her türlü yanlış ve eksik bilgi, sicil kayıtlarına uymayan suretler,

---

[1] Jale G. Akipek, **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili,** B:2, Ankara 1972, s.288-289; Kemal Tahir Gürsoy, **Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili,** Ankara 1970, s.136; Kemal T. Gürsoy/ Fikret Eren/ Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku,** B:2, Ankara 1984, s.169; Aydın Aybay, **Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil,** İstanbul 1962, s.1; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku,** İzmir 1986, s.79.

[2] MK. Md.1020/f.2.

[3] MK. md.1023.

[4] Lâle Sirmen, **Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu,** Ankara 1976, s.67.

ipotekli borç senetleri ve irat senetlerinin de bu kavrama girdiği düşünülürse, Devletin sorumluluğunu gerektiren sicil yolsuzluğu şu şekilde tanımlanabilir: İçerik ya da biçim olarak gerçek hak durumuna ya da vakıalara uygun düşmeyen sicil yolsuzdur[5].

Yolsuzluk, tapu kütüğünde yapılan tescil, terkin ve tâdil işlemlerinin geçerli bir hukuki nedene dayanmaması nedeniyle işlemin yapıldığı andan itibaren mevcut olabileceği gibi, hakta meydana gelen değişiklik nedeniyle sonradan da ortaya çıkabilir[6]. Yine, tasarruf ya da tescil yetkisine sahip olmayan bir kimse tarafından yapılan talep üzerine sicile yapılan kayıtlarda da sicilin yolsuzlaşması söz konusu olur[7].

Tapu sicilinin gerçek hak durumuyla tam bir uyum içinde bulunması, aleniyet işlevini yerine getirmesi ve tapu siciline güven ilkesine işlerlik kazandırılması bakımından zorunludur. Tapu sicilinin Devlet tarafından ve Devletin sorumluluğu altında tutulması da bu zorunluluğun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır[8].

1.2.1. Tapu Sicilinin Yolsuzlaşmasının Doğurduğu Tehlikeler

Tapu sicilinde çeşitli şekillerde meydana gelen yolsuzluk, gerçek hak sahibi ve diğer ilgili kimseler bakımından bazı tehlikeler doğurur. Tehlike, çoğunlukla üçüncü bir kişinin yolsuz sicille bir ilişki kurması sonucunda gerçek hak sahibiyle aralarında çıkan çıkar çatışmasının taraflardan biri lehine çözümlenmiş olmasından doğar. Ancak yolsuzlaşan sicil bazı durumlarda, üçüncü bir kişinin sicille ilişki kurması gibi bir dış etken bulunmaksızın da hak sahibi için tehlikeler yaratabilir[9]. Bu tehlikeleri temel birkaç noktada toplamak mümkündür:

- Taşınmazlar üzerindeki ayni hak ilişkilerinde işlem güvenliğini sağlayan tapu siciline güven ilkesi gereğince, tapu sicilindeki tescillerin varlığı ve içeriği iyiniyetli üçüncü kişiler için doğru olarak kabul edilir. Bunun sonucunda, sicilde hak sahibi olarak görünen kimseden iyiniyetle kazanılan ayni haklar mutlak olarak korunacak ve üçüncü kişinin kazandığı hakkın kapsamı oranında gerçek hak sahibinin hakkı sona erecek ya da zarara uğrayacaktır[10]. Sicile güven ilkesi bakımından, şerhlerle ilgili yolsuzlukların yarattığı tehlike ise, şerhin konusu olan hakkın kazanılmasında iyiniyetli üçüncü kişinin

[5] Sirmen, s.67.

[6] M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi, **Eşya Hukuku,** İstanbul 2002, s.208; Gürsoy/Eren/Cansel, s.302; Akipek, s.358.

[7] Gürsoy/ Eren/ Cansel, s.302; Gürsoy, s.436; Ertaş, s.126.

[8] Sirmen, s.3.

[9] Sirmen, s.4.

[10] Saim Üstündağ, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası,** İstanbul 1959, s.13-14; Oğuzman/ Seliçi, s.208-209; Sirmen, s.8; Ertaş, s.127.

bu ilkeden yararlanamamasıdır[11].

- Tescildeki yolsuzluk kural olarak, bir ayni hakkın kaybını ya da kazanılmasını sağlamaz. Sicildeki kayda rağmen, asıl hak sahibinin hakkı devam eder[12]. Ancak, MK. md.712'de belirtilen koşulların varlığı yolsuz tescile geçerlilik kazandırarak, sicile göre hak sahibi görünen kişinin olağan zamanaşımı ile hakkı kazanmasına olanak tanır. Bu durumda yolsuz tescil geçmişe etkili olarak düzelir, gerçek hak sahibi ise hakkını artık kaybetmiştir[13].

- MK. md.713/f.2'ye göre, yirmi yıl önce ölmüş ya da hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı olan taşınmazın zilyedi, o taşınmazın adına tescilini isteyebilir. Bu nedenle, bir taşınmazın ölmüş ya da gaipliğine karar verilmiş bir kimse adına kayıtlı kalması mirasçılar yönünden tehlike doğurur[14].

- Ayni hakkın kural olarak tescille doğmasının bir sonucu da, ancak sicilde hak sahibi olarak görünen kimsenin tasarrufa yetkili sayılmasıdır. Ayni hakkın sicil dışında kazanılabildiği durumlarda dahi, hak üzerinde tasarruf edebilmek için tescil gereklidir[15]. Bu bakımdan, tapu sicilinde hak sahibi adına tescilin bulunmaması onun tasarruf işlemi yapmasına engel olur.

Ayrıca, MK. md.992 gereği, taşınmazlarda hak karinesi ve adına tescil bulunan kimseye ait olduğundan, haklı bir neden bulunmaksızın ayni hakkı sicile tescil edilmemiş ya da sicilden terkin edilmiş olanlar hak karinesinden faydalanamazlar. Bu nedenle, üçüncü kişilerin tecavüzleri karşısında haklarını ispat edebilmeleri güçleşir[16].

- Bir ipotek kaydının, borcun ödenmesine rağmen terkin edilmemesi taşınmazın ekonomik değerini azaltabilir; ödeme makbuzunu kaybeden borçlunun ikinci bir ödeme için zorlanmasına neden olabilir[17].

- Tapu sicilinin yolsuzluğu, gerçek hak sahibinin alacaklıları bakımından da bazı sakıncalar yaratır. Şöyle ki; alacaklıların haklarını borçlularının taşınmazından alma olanakları güçleşmiştir. Çünkü, alacaklılar taşınmazı doğrudan doğruya haczedebilmek

[11] Aybay, s.4-5; Sirmen, s.15.

[12] S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atillâ Altop, **Tekinay Eşya Hukuku,** B:5, İstanbul 1989, s.413; Sirmen, s.6.

[13] Üstündağ, s.14.

[14] Tekinay, s.414; Sirmen, s.7.

[15] Bkz. MK. md.705/f.2.

[16] Üstündağ, s.15; Sirmen, s.6.

[17] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.414.

olanağına sahip olmalarına rağmen, sicilde hak sahibi olarak görünen kimsenin itirazı halinde, İcra İflas Kanununun özel hükümlerine göre hareket etmek zorundadırlar[18].

Yukarda belirtilen ve tescillere ilişkin yolsuzluklar dışında, tapu siciline yapılan diğer kayıtlarla ilgili yolsuzluklar da ilgililer için çeşitli zarar olasılıkları ortaya çıkarabilmektedir[19].

1.2.2. Yolsuz Sicilin Tehlikeleri Karşısında İlgililerin Korunması

Tapu sicilinin yolsuzluğu sonucu ortaya çıkabilecek olası zararların önlenmesi için, tapu sicili hukuku çerçevesinde bir takım yollar öngörülmüştür. Bunlar ilgililere, ya zararın doğmasını önleme olanağı, ya da zararın gerçekleşmesi halinde, koşulları bulunuyorsa, söz konusu zararın tazminini Devletten isteme olanağı verirler.

Kanun koyucu, zararın doğmasını önleme amacıyla, yolsuzluğun meydana geliş tarzına göre sicilin düzeltilmesini sağlayacak çeşitli yollar öngörmüştür. Buna göre, tapu sicilindeki yolsuz bir tescil ya da terkinden dolayı ayni hakkı zarara uğrayan kimseler yolsuzluğun giderilmesi için tapu sicilinin tashihi davası açabilirler (MK. md.1025). Bu hükümde yalnızca yolsuz olarak yapılan tescil, terkin ve değiştirme işlemlerinden söz ediliyorsa da, yolsuz şerhlerin de aynı dava yoluyla düzeltilebileceği kabul edilmektedir[20]. Ayni hakkın, tapu sicili dışında başkasına geçmesi halinde ise, yeni hak sahibi tek taraflı bir tescil istemi ile değişikliği sicile aksettirebilir (MK. md.716/f.2). Aynı şekilde, tapu sicili dışında ortadan kalkmış ve her türlü hukuki değerini kaybetmiş bir ayni hakkın da, yükümlü taşınmaz malikinin istemi ile sicilden terkini sağlanır (MK. md.1026).

Tapu sicilinin, tapu memurunun yaptığı bir yanlışlık nedeniyle yolsuz olması durumunda ise, bu yanlışlıklardan ayni hakkın kapsamını etkilemeyenler[21] ya da hakkın kapsamını etkilemekle beraber, henüz üçüncü kişiler ve ilgililer tarafından haberdar olunmayanlar tapu memuru tarafından re'sen düzeltilebilirler. Hakkın kapsamını etkileyen ve üçüncü kişiler ya da ilgililerin bilgi sahibi oldukları yanlışlıklar ise, ancak ilgililerin istemi üzerine tapu memuru tarafından düzeltilebilir (MK.md.1027).

Yukarıda belirtilen zararı önleme yolları ile sicildeki yolsuzluk giderilememiş ve bir zarar ortaya çıkmışsa, koşulların gerçekleşmesi halinde uğranılan zararın Devlet tarafından tazmin edilmesi söz konusu olur. Devletin bu sorumluluğu, tapu sicilinin

[18] Üstündağ, s.15.

[19] Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Sirmen, s.14 vd.

[20] Gürsoy/ Eren/ Cansel, s.310; Oğuzman/ Seliçi, s.210; Ertaş, s.128; Akipek, s.429; Üstündağ, s.67; Sirmen, s.22, dpn.99.

[21] Adi yazım hataları bu niteliktedir. Bkz. Oğuzman/ Seliçi, s.212; Ertaş, s.129.

kamuya açıklığı ve sicile güven ilkelerinin bir uzantısı olarak ortaya çıkmıştır[22].

2. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1. Asli Sorumluluk

Tapu sicilinin yolsuz tutulması sonucu ortaya çıkan zararlardan Devlet birinci derecede sorumludur[23]. Bu nedenle, tapu sicilinin yolsuzluğundan zarar gören kimse, zararın tazmini için açacağı davayı sicil memuruna karşı değil, doğrudan doğruya Devlete karşı açacaktır[24].

Burada üzerinde durulması gereken sorun, tapu sicil memurunun kusurunun bulunduğu durumlarda, memurun da sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Doktrinde bir görüş, kusuru bulunan memura karşı BK. md.41 uyarınca dava açılabileceği yönündedir[25]. Diğer bir görüşe göre ise, Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi[26] karşısında, ilk görüşün benimsenmesi mümkün değildir. Bu hüküm, sicil memurlarını BK. md.41'in uygulama alanının dışında bırakmıştır. Kusurun bulunması ancak, Devletin kusurlu memura rücu edebilmesine olanak tanır[27].

Sirmen'e göre ise, sorunun çözümlenebilmesi için öncelikle memurun görevsel kusuru ile kişisel kusurunun birbirinden ayrılması gerekir. Memurlar yönünden özel bir hüküm olan MK. md.1007, görevsel kusur çerçevesinde memurların doğrudan doğruya sorumlu tutulmalarına engeldir. Memurlar ancak, açık ve kesin olarak belirlenmiş olan yetkilerinin sınırlarını aşarak, kişisel kusurlarıyla ilgiliye zarar vermişlerse doğrudan

---

[22] Sirmen, s.23 ve s.28-29; Esat Şener, "Medeni Kanunun 917 nci Maddesine Göre Hazinenin Mesuliyeti", **Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı,** İstanbul 1968, s.559; Gürsoy, s.216; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s.206.

[23] Şener, s.560; Sirmen, s.29; Gürsoy, s.216; Gürsoy/Eren/Cansel, s.207; Sıddık Kılıç, **"Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu",** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1988), s.13; Akipek, s.344.

[24] MK. md.468'de Devletin vesayet dairelerinde görevli olanlar ile vasi, kayyım ve yasal danışmanların verdikleri zararlardan sorumluluğu benimsenmiş olmakla beraber, Devletin vasi, kayyım ve yasal danışmanların verdikleri zarardan sorumluluğu ikinci derece bir sorumluluk şeklinde düzenlenmiş olduğundan, zarar görenin zararının tazmini için öncelikle bu kimselere başvurması zorunludur. Devletin, ikinci dereceden sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, yasa metninde MK. md.468'de olduğu gibi açık bir ifadenin yer alıyor olması da tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devletin sorumluluğunun birinci derecede bir sorumluluk olduğuna işaret etmektedir.

[25] Galip Esmer, **Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili,** Ankara 1984, s.709-710; Safa Reisoğlu, **Türk Eşya Hukuku,** C:1, B:5, Ankara 1977, s.201 ve s.204.

[26] DMK. md.13 uyarınca, kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.

[27] Gürsoy, s.223-224; Mehmet Ünal, **Şeklî Eşya Hukuku,** B:2, Ankara 1994, s.311.

doğruya sorumlu tutulabilirler[28]. Örneğin sahte bir belge düzenleyerek sicilin yolsuzlaşmasına neden olan memurun kusuru görevsel değil, kişisel bir kusur olduğundan o memur, kusuru ile zarar veren herhangi bir üçüncü kişi gibi genel hükümlere göre sorumlu tutulabilecektir.

2.2. Objektif Sorumluluk

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devletin sorumluluğu, kusur aranmayan, objektif nitelikte bir sorumluluktur[29]. Sicilin tutulmasından zarar gören kimse, zarara neden olan memurun kusurunu ispat etmek zorunda olmadığı gibi, Devlet de bu memurun kusursuzluğunu ispat ederek tazminat ödemekten kurtulamaz. Tapu sicilinin usulüne uygun olarak tutulmamasıyla zarar arasında bir nedensellik bağının varlığı, kusurun bulunup bulunmadığına ilişkin bir araştırmayı gerektirmeksizin Devletin sorumluluğunun gerçekleşmesi için yeterlidir[30]. Bu sorumluluk, tapu sicil memurunun yetkili ya da yetkisiz olarak tapu sicilinin tutulmasında kullandığı yardımcı kimselerin neden oldukları zararları da kapsar[31]. Tapu memurunun ya da bunların yardımcılarının kusuru, ancak Devletin onlara rücu edip edemeyeceğinin belirlenmesinde önem taşır.

Devletin, tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğunun kusur aranmayan objektif bir sorumluluk olduğu kabul edilmekle beraber, bu kusursuz sorumluluğun hangi ilkeye dayandığı tartışma konusu olmaktadır. İmre'ye göre, Devletin buradaki sorumluluğu, BK. md.55'te düzenlenen istihdam edenin sorumluluğunda olduğu gibi, dikkat ve özen yükümünün ihlaline dayanır[32]. Oysa burada, Devletin kurtuluş karinesi getirme olanağının bulunmadığı unutulmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, Devletin, gereken tüm dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek de sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

Tandoğan'a göre ise burada kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi, tapu siciline yapılan yanlış tesciller sonucunda, sicile güven ilkesi nedeniyle ayni hakların, sonuçları giderilemez şekilde değişmesi ve bu hakların sahiplerinin onlardan yoksun kalmaları

---

[28] Bkz. Sirmen, s.32-33; Aynı yöndeki görüş için bkz. Kılıç, s.16-17.

[29] Halûk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku,** Ankara 1961, s.100; Zahit İmre, **Kusursuz Mesuliyet Halleri,** İstanbul 1949, s.198; Ünal, s.311; Gürsoy/Eren/Cansel, s.207; Gürsoy, s.216-217; Akipek, s.344; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.458; Oğuzman/Seliçi, s.126; Şener, s.559; Ertaş, s.90; Sirmen, s.33; Kılıç, s.17.

[30] Akipek, s.344; Gürsoy/Eren/Cansel, s.207; Tanduğan, s.100; Sirmen, s.34; Oğuzman/Seliçi, s.126-127; Kılıç, s.17-18.

[31] Reisoğlu, s.197.

[32] İmre, s.197; Aynı görüşteki yazarlar için bkz. Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s.459; Turhan Esener/Kudret Güven, **Eşya Hukuku,** B:3, Ankara 1996, s.64.

tehlikesinin varlığı ile açıklanabilir[33]. Dolayısıyla Devlet, tapu siciline tanınan güvenden dolayı, gerçek hak durumuna aykırı kayıtlardan doğan tehlikeyi üstlenmiş olmaktadır.

Sirmen de, burada tehlike düşüncesinin rol oynadığını kabul etmekle beraber, sorumluluğu, tehlike sorumluluğuna göre daha genel anlamda bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak ifade ettiği hasar (risk) teorisine dayandırmaktadır[34]. Yazara göre, tapu sicilinin tutulması başkaları için aşırı tehlike yaratan bir faaliyet olarak görülemez. Ancak Devletin tapu sicilinin tutulması faaliyetinin yürütülmesindeki en ufak aksaklık, bu faaliyete bağlanan büyük çıkarların ihlali sonucunu doğurur. Bu nedenle de Devlet, bu faaliyetin, ondan yararlananlar arasındaki hukuki eşitliği bozacak şekilde ortaya çıkan tehlikelerini, faaliyetin sahibi olarak üzerine almıştır[35].

Kusursuz sorumluluğun dayanaklarından biri olarak tehlike ilkesi ya da özel bir tehlike yaratma düşüncesi, giriştikleri faaliyetle nicelik ya da nitelik bakımından büyük zarara yol açma olasılığı yaratanların, bundan doğan zararlı sonuçlara katlanması gerektiği anlamına gelmektedir[36]. Devletin yürüttüğü tapu sicilinin tutulması faaliyeti ise bu anlamda aşırı bir zarara yol açma eğilimi taşımamaktadır. Bu nedenle, burada sorumluluğun dayanağı olarak tehlike ilkesinden söz etmek mümkün görünmemektedir.

3. SORUMLULUĞUN KOŞULLARI

3.1. Zararın Gerçekleşmiş Olması

MK. md.1007 uyarınca Devletin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, tapu sicilinin tutulmasından dolayı hak sahibinin maddi bir zarara uğramış olması gerekir. Bir ayni hakkın yitirilmesi; yanlış sıra alması, kapsamının eksik gösterilmesi ya da tapu memurunun yanlış bir işlemi nedeniyle doğmaması durumlarında uğranılan zarar bu kapsamdadır[37]. Manevi zararlar nedeniyle ise, MK. md.1007'ye dayanarak Devlete karşı dava açılamaz[38].

Sorumluluğun doğması için gerçekleşmesi gereken maddi zarar, fiili zarar ya da yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkabilir. Tapu sicilinin yolsuz tutulması nedeniyle

[33] Tandoğan, s.100; Aynı görüş için bkz. M. Reşit Karahasan, **Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku,** C:2, İstanbul 2002, s.940-941. Yazar ayrıca, buradaki sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak nitelendirmektedir; Kılıç, s.18.

[34] Bkz. Sirmen, s.37.

[35] Sirmen, s.37.

[36] Halûk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku,** Ankara 1981, s.5.

[37] Akipek, s.341; Karahasan, s.941.

[38] Sirmen, s.86.

malvarlığındaki eksilme fiili zararı, malvarlığında meydana gelebilecek bir artışın önlenmesi ise yoksun kalınan kârı ifade eder[39]. Buna göre örneğin, iyiniyetin korunmadığı durumlarda, sicildeki yolsuz kayda güvenerek alıcının ödediği satış bedeli ve tescil için yaptığı tapu masrafları fiili zararı, taşınmazı yanlışlıkla başkası adına tescil edilmiş olan bir kimsenin, taşınmaz değerlerinin yükseldiği bir dönemde söz konusu yanlışlık nedeniyle taşınmazını yüksek bir fiyata satamamış olması ise yoksun kalınan kârı oluşturur[40]. Ayrıca, zararı bertaraf etmek ya da çoğalmasını engellemek amacıyla açılan tashih davasının masrafları da fiili zarardır[41].

Sorumluluğun doğması için, zararın gerçekleşmiş olması gerektiğine göre, tapu siciline yapılan yolsuz tescilin düzeltilmesi suretiyle zararı önleme olanağı bulundukça Devletin sorumluluğu da söz konusu olamayacaktır[42]. Örneğin, sicilde başkası adına kayıtlı bir taşınmazın sahte bir vekaletname ile üçüncü bir kişiye devredilmesinde, üçüncü kişi, sicildeki kayda rağmen tescil geçerli bir hukuki sebepten yoksun olduğu için malik olamamıştır. Bu durumda asıl malik mülkiyet hakkını korumaktadır ve üçüncü kişiye karşı açacağı kaydın düzeltilmesi davasıyla tapu sicilindeki kaydın kendi adına düzeltilmesini sağlayabilir. Bu aşamada zarar henüz gerçekleşmemiş olduğundan, MK. md.1007 uyarınca Devletin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Yalnızca, kaydın düzeltilmesi için yapılacak giderlerden Devletin sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir[43]. Buna karşılık, sicildeki yolsuzluk giderilemeden, taşınmazın iyiniyetli bir üçüncü kişi tarafından kazanılması durumunda, bu kimsenin kazanımının MK. md.1023 uyarınca korunması, Devletin sorumluluğunu gerektiren bir zararın gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır.

Zararın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından bir sorun, MK. md.1007 uyarınca Devlete karşı dava açılabilmesi için, öncelikle, üçüncü kişilere karşı kaydın düzeltilmesi davasının açılmasının gerekli olup olmadığı noktasındadır. Bir görüşe göre, zararın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için bu davanın açılması zorunlu değildir. Çünkü zarar, üçüncü kişinin ayni hakkı kazandığı anda gerçekleşmiş olmaktadır. Malikin, tapu kaydına dayanarak hak kazanan üçüncü kişinin iyiniyetinin aksini ispatlama olanağı son derece güç olduğundan, ondan kaydın düzeltilmesi davası açıp, bunun reddine ilişkin

[39] Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku,** s.64-65.

[40] Sirmen, s.86.

[41] Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku,** s.64.

[42] Gürsoy/Eren/Cansel, s.209-210; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.452; Reisoğlu, s.199-200; Ertaş, s.90; Şener, s.578; Esener/Güven, s.65; Sirmen, s.87; Kılıç, s.19.

[43] Ertaş, s.91; Oğuzman/Seliçi, s.127; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.453;

kararın kesinleşmesini istemek, yüklü yargılama giderleri de göz önüne alındığında hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratır. Bu nedenle, somut durumda koşullar, kaydın düzeltilmesi davasının kazanılamayacağı sonucunu veriyorsa gerçek hak sahibi doğrudan Devletin sorumluluğuna gidebilmelidir[44].

Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise, üçüncü bir kişinin kazanımının geçerli olup olmadığı ve dolayısıyla zararın gerçekleşip gerçekleşmediği ancak kesin bir mahkeme ilamı ile tespit olunabilir. Bu bakımdan, Devletten tazminat istenebilmesi için öncelikle, üçüncü kişilere karşı tapu kaydının düzeltilmesi davasının açılması gerekir. Bu zorunluluk, açılan davanın masrafları da Devletten istenebileceğinden, ilgililer yönünden bir külfet oluşturmayacaktır[45].

Sorumluluğun bir koşulu olarak zarar konusuna ilişkin diğer bir sorun da, zarar miktarı belirlenirken, zarar görenin malvarlığının hangi andaki durumunun dikkate alınacağıdır. Bu konuda bir görüş, zararın doğum anının esas alınması gerektiği yönündeyken[46], diğer görüş sahipleri, taşınmaz değerlerinin her dönemde gösterdiği artışa da işaret ederek, mahkemece hükmün verildiği tarihin esas alınması gerektiğini haklı olarak belirtmektedirler[47]. Tazminatla amaçlanan, zarar görenin malvarlığındaki eksilmeyi ortadan kaldırmak ve ekonomik durumunu değer yönünden dengelemek olduğuna göre, zarar gören malik, taşınmazından yoksun kalmasa idi, malvarlığının göstereceği durumun sağlanmasını isteyebilmelidir. Dolayısıyla, malikin yararına olduğu durumlarda, zarar miktarının belirlenmesinde hüküm anı da dikkate alınabilmelidir.

3.2. Zararın Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğmuş Olması

3.2.1. Genel Olarak

MK. md.1007 uyarınca Devletin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için zararın, tapu sicilinin tutulmasından doğmuş olması gerekmektedir. Meydana gelen zarar tapu sicilinin tutulması ve korunması görevinin ifası ile ilgili değilse, Devletin sorumluluğundan da söz edilemeyecektir[48]. Sicilin tutulmasından doğan zarar, sicil tutma kavramına giren bir fiilden oluşabileceği gibi, böyle bir fiilden kaçınma yoluyla da oluşabilir.

---

[44] Karahasan, s.942, dpn.202.

[45] Şener, s.577-578; Sirmen, s.88; Kılıç, s.21.

[46] Şener, s.579-580. Yazar, zararın doğumundan sonraki değer değişikliklerinin zararın miktarını etkilemeyeceğini belirtmiştir.

[47] Karahasan, s.945; Sirmen, s.92; Kılıç, s.24.

[48] Oğuzman/Seliçi, s.127; Karahasan, s.946; Sirmen, s.41-42; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.448-449; Akipek, s.340-341; Gürsoy/Eren/Cansel, s.207; Gürsoy, s.217.

Tapu sicilinin tutulması kavramı, hem asli hem de fer'i sicillerin tutulmasını kapsar. Bu nedenle, Devletin sorumluluğu sadece asli sicillerin tutulmasından değil, fer'i sicillerin de gereği gibi tutulmamasından doğar. Ancak fer'i siciller aleniyet ilkesinden yararlanmadığı için, bunların yolsuz tutulması ancak asli sicillerin yolsuz tutulmasına neden oldukları ölçüde bir zarar yol açabilir[49]. Bu nedenle, Devletin sorumluluğu bakımından, öncelikle asli sicillerin tutulması önem taşımaktadır. Asli sicillere yapılan bütün tesciller sicil tutma kapsamındadır. Şerhler ve beyanların da sicil tutma kavramı içine girdiği ve bu işlemlerin yapılması ya da yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan zararlardan Devletin sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir[50]. Bunların dışında, sicilden suretler vermek, ipotekli borç ve irat senetleri düzenlemek[51], ilgililerin haberi olmaksızın yapılan sicil işlemlerini onlara bildirmek de sicil tutma kavramına girer ve Devletin sorumluluğuna yol açar[52].

3.2.2. Tapu Sicilinin Tutulmasına İlişkin Özel Durumlar

3.2.2.1. Taşınmazın Niteliğinde Yanlışlık Yapılması

Taşınmazın niteliği ile ilgili olarak tapu sicilinde yer alan kayıtların gerçeğe uymaması nedeniyle ilgililer için doğacak zarardan Devletin sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay, Devletin sorumluluğunun, taşınmazın niteliklerine ilişkin yanlışlıkları kapsamadığı yönünde kararlar vermiştir[53]. Şener de, taşınmazın niteliğinde yapılan yolsuzluk ve yanlışlıkların sicil kavramı içinde bulunmadığı gerekçesiyle, bu nedenle ortaya çıkan zararlardan Devletin sorumlu tutulamayacağını savunmaktadır[54].

Tekinay ise, kaydın kurulması sırasında, taşınmazın niteliğinde yapılan yanlışlık bir zarar doğurmuşsa Devletin bundan sorumlu olması gerektiğini belirterek yukarda belirtilen 1952 tarihli Yargıtay kararını eleştirmektedir. Ancak yazara göre, taşınmazın niteliklerinin sonradan değişmesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan Devlet sorumlu değildir. Devlet, taşınmazlara ait her nitelik değişikliğini takip ederek sicile yansıtmak zorunda değildir[55]. Tekinay'ın bu görüşü, MK. md.1007 ile getirilen sorumluluğun amacına daha uygun düşen bir yaklaşımı içermektedir.

[49] Gürsoy/Eren/Cansel, s.207; Sirmen, s.42; Kılıç, s.24-25.

[50] Sirmen, s.45 ve 47; Esener/Güven, s.67; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altoğ, s.455.

[51] Akipek, s.341; Gürsoy/Eren/Cansel, s.207; Karahasan, s.946.

[52] Gürsoy/Eren/Cansel, s.207; Gürsoy, s.218; Reisoğlu, s.197.

[53] Yarg. 4.HD., 8.11.1952 t., 6576 E., 4916 K. Ve Yarg. 4.HD., 24.2.1951 t., 125 E., 14023 K. sayılı kararları (Karahasan, s.949'dan naklen).

[54] Şener, s.556; Akipek de aynı görüşü paylaşmakla beraber, gerekçe olarak, taşınmazın niteliğine ilişkin bilgilerin doğruluğunun başka yollardan da öğrenilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Akipek, s.342; Aynı görüşte Esmer, s.704-705; Ünal, s.307-308; Kılıç, s.26.

[55] Tekinay, s.457; Aynı görüşte Karahasan, s.950.

Sirmen ise, taşınmaza ilişkin niteliklerin yazılmasının da sicil tutma kavramına giren bir görev olduğunu ifade etmekte ancak Devletin sorumluluğu bakımından bunlar arasında bir ayrım yapılmasını zorunlu bulmaktadır. Şöyle ki; taşınmazın geliri, vergi ve sigorta değerinin sicile yazılması üçüncü kişilerin değil, Devletin yararına kabul edilmiş bir görev olduğundan, bunlardaki yanlışlıklar nedeniyle Devletin sorumluluğuna gidilememelidir. Ancak taşınmazın, bunların dışında kalan diğer bütün niteliklerinin sicile yanlış işlenmesinden doğan zararlardan Devlet sorumlu olmalıdır[56].

3.2.2.2. Sahte Vekaletname ya da Veraset Belgesi Kullanılması

Sahte vekaletname ve mirasçılık belgelerine dayanan mülkiyet devirlerinde[57], ayni hakkını kaybeden kimsenin zararının tapu sicilinin tutulmasından doğmuş bir zarar sayılıp sayılamayacağı konusunda gerek doktrinde gerekse de yargı kararlarında görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Yargıtay önceki kararlarında[58] konuya olumsuz yaklaşırken, daha sonra ayni hakkın

[56]Sirmen, s.48-49; Esener/Güven de, taşınmazın niteliğine ilişkin yanlışlıkların Devletin sorumluluğunu gerektirdiği görüşündedirler. Bkz. Esener/Güven, s.67.

[57]Belirtilmelidir ki, malike ait bir taşınmazın başka biri tarafından sahte vekaletname ya da veraset belgesi ile üçüncü bir kişiye devredilmesi malikin mülkiyet hakkının kaybı sonucunu doğurmaz. Üçüncü kişinin iyiniyeti de bu sonucu değiştirmez. Çünkü bu durumda taşınmaz üzerindeki hak, tapu sicilindeki kayda değil, tapu dışı unsurlara güvenilerek kazanılmak istenmektedir. Bu durumda gerçek malik tapu kaydının düzeltilmesi davası açarak taşınmazı geri alabileceğinden, Devletin sorumluluğunu gerektiren bir zarar henüz gerçekleşmemiştir. Ancak söz konusu üçüncü kişiden, iyiniyetli bir başkası aynı taşınmazı devraldığında onun bu kazanımı geçerli olacak ve Devletin sorumluluğu için aranan zarar koşulu gerçekleşecektir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.452; YHGK, 11.03.1998 t., 4-173 E., 000221 K. sayılı kararı. Davacının, sahte vekaletname ile kendisine satılan parselin yarı payını satın aldığını ancak taşınmaz malikinin, vekaletnamenin sahteliğini ileri sürerek tapuyu iptal ettirdiğini, sahte vekaletnamenin tapu işlemine dayanak yapılması nedeniyle uğradığı zararın Hazine tarafından ödenmesini istediği davada Hukuk Genel Kurulu, ilk derece mahkemesinin, zararın tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanmadığı gerekçesiyle verdiği red kararını onamıştır. Hukuk Genel Kurulu, somut olayda Medeni Kanunun 917. (1007.) maddesinin yasal şartlarının bulunmadığını belirtmiştir. (Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı).

[58] Yarg. 4.HD., 30.9.1954 t., 2916 E., 4129 K. sayılı kararında, "...Dava sebebini teşkil eden vekaletnamenin noterlikçe tanzim edilmiş olmasına göre, vekaletnamenin sahte olarak tanzim edilmiş olduğundan bahisle tapuda yapılan muameleden mutazarrır olduğundan dolayı Medeni Kanunun 917. maddesine dayanılarak Hazineden tazminat istenilmesi mezkur maddenin ruhuna uygun değildir" şeklinde görüş belirtmiştir (Karahasan, s.951); YHGK., 27.4.1954 t., 2916 E., 4129 K. sayılı kararında önce, ferağ muamelesinin dayanağını teşkil eden vekaletnamenin noterce düzenlendiği ve bundan doğacak zararın tapu sicilinin tutulmasıyla bir ilgisi bulunmadığı yönünde görüş belirtmiş, ancak sonradan yapılan karar düzeltme istemi üzerine davacının ayni hakkının tapuda sahte vekaletnameye dayanarak yapılan işlem ile bertaraf edildiğini gözönünde tutarak, bu şekilde tapu memurunun faaliyeti çerçevesine giren herhangi bir işlemin kanuna aykırılığından doğan zararın tapu sicilinin tutulmasından doğmuş sayılacağına karar vermiştir. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.451).

sahte vekaletnameye ya da veraset belgesine dayanılarak yapılan işlem ile kaybedildiğini gözönünde tutarak, bu şekilde ortaya çıkan zararların tapu sicilinin usulüne uygun tutulmamasından doğan zarar sayılacağına karar vermiştir[59].

Oğuzman/Seliçi'ye göre, tapu memurunun sahte vekaletname ya da veraset belgesine dayanarak yaptığı işlemlerden doğan zararlar, tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından ileri gelmez ve Devletin bu nedenle sorumluluğu söz konusu olmaz. Devletin MK. md.1007 uyarınca sorumluluğu ancak, sahteliği belli bir vekaletname ya da veraset belgesinin kullanıldığı durumda tapu memurunun gereken incelemeyi yapmaması nedeniyle söz konusu olur. Bu durumda zarar, tapu memurunun sicille ilgili görevini yerine getirmemesinden doğmuştur ve Devletin bu zarardan sorumlu tutulmasına yol açar[60].

Doktrindeki baskın görüşe göre ise, Devletin sorumluluğu için kusur bir koşul olarak aranmadığından, tapu memuru sahte bir vekaletname ya da veraset belgesine dayanarak sicilde işlem yaptığı takdirde, sahteliğin anlaşılabilir olup olmamasına bakılmaksızın ortaya çıkan zarardan Devlet sorumlu olur[61]. Tapu memurunun, kendisine ibraz edilen belgelerin sahte olup olmadığını inceleme yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına rağmen söz konusu belgenin sahteliğini anlayamamış olması ve bunda tamamen kusursuz olması da mümkündür. Ancak zaten MK. md.1007'de bir kusursuz sorumluluk hali öngörülmüştür. Yoksa pek çok başka durumda, başkasının fiilini ileri sürerek Devleti sorumluluktan kurtarmak mümkün olur.

Ayrıca, zarar görenin sahte vekaletnameyi düzenleyen noter aleyhine tazminat davası açabilmesi de, Devletin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak görülmemelidir. Bu durumda, BK. md.51 uyarınca yarışan haklar söz konusu olur[62].

3.2.2.3. Kadastro ve Tapulama İşlemleri

Taşınmazların hukuki ve geometrik durumunu tespit için yapılan kadastro işlemleri ile, tapulama işlemleri kural olarak sicil tutma kavramına dahil değildir[63]. Bu

[59] Yarg.4.HD., 10.3.1958 t., 8431 E., 1275 K. sayılı kararında, gerçeği yansıtmayan veraset belgeleri ile yapılan işlemlerden doğan zararlardan MK. md.1007 uyarınca Devletin sorumlu olduğunu ifade etmiştir. (Karahasan, s.952); Yarg. 4.HD., 13.12.1974 t., 7152 E., 16841 K. (YKD, 1976, S:2, s.154); Yarg.4.HD., 5.1.1978 t., 11251 E., 5 K. (YKD, 1979, S:3, s.344 vd.).

[60] Oğuzman, Seliçi, s.129.

[61] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.451-452; Ünal, s.308-309; Gürsoy/Eren/Cansel, s.209; Gürsoy, s.220-221; Akipek, s.342; Reisoğlu, s.199; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku,** s.100; Şener, s.568-569; Sirmen, s.72-73.

[62] Ünal, s.308; Sirmen, s.105.

[63] Akipek, s.342; Şener, s.557; Sirmen, s.56; Ünal, s.307.

faaliyetlerde görevli kimselerin ölçümleri yanlış yapmaları, haritaları gerçeğe aykırı çizmeleri gibi yanlışlıklar, tapu sicilinin tutulmasına ilişkin yanlışlıklar olarak nitelendirilemeyeceğinden Devletin MK. md.1007 uyarınca sorumlu tutulması da söz konusu olmaz. Ayrıca, tapuda kayıtlı olmayan bir taşınmazın, zilyedi adına tespiti ya da sınırlanması kesinleşmeden tescil söz konusu olmaz. Henüz kesinleşmediği için de tapu siciline geçmemiş olan ayni bir hakkın kaybına yol açan ve tescilden önceki tespit ve sınırlama aşamasındaki yanlışlıklar sicile ilişkin yanlışlık niteliğinde değildir. Ancak bazı durumlarda, kadastro ve tapulama aşamasında yapılan yanlışlıklardan Devlet sorumlu tutulabilir. Örneğin, görevliler, tapulu bir taşınmaz üzerinde üçüncü kişilere ait bir sınırlı ayni hakkı tutanağa geçirmezler ve tespit bu yanlışlıkla kesinleşirse, bundan doğacak zararlardan Devletin sorumluluğu söz konusu olur[64].

Kural, kadastro ve tapulama işlemlerindeki yanlışlıklardan doğan zararlar bakımından Devletin sorumluluğuna gidilemeyeceği ise de, zararın, doğru kadastro ve tapulama tutanaklarının sicile yanlış işlenmesi sonucunda gerçekleşmiş olması durumunda, Devletin bu zarardan sorumlu olacağı kesindir[65].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da verdiği bir kararda[66], bu konuda doktrinde yapılan ayrımı dikkate almıştır. Söz konusu kararda, "...Kadastro tespiti muameleleri sicil kavramı içine girmez. Bu nedenle kadastro tespitinin yanlış yapılmasından doğan zararlar hakkında Medeni Kanununn 917. maddesi uygulanmaz. Ancak kadastro sonucunun tapu siciline yanlış işlenmesi, tapu sicili tutulması faaliyetlerinden olduğundan bu hallerde Medeni Kanunun 917. maddesi uygulanır..." denilmiştir.

3.2.2.4. Çifte Tapu Durumu

Bir taşınmazın tapu sicilinin iki ayrı sayfasında iki ayrı kimse lehine kaydedilmiş olması olarak tanımlanabilecek çifte tapu durumunda, iki tapu sahibinden birinin zarara uğrayacağı şüphesizdir. Ancak bu şekilde ortaya çıkabilecek zararlardan Devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır.

Karahasan'a göre, çifte tapu durumunda MK. md.1007 uyarınca Devletin sorumlu tutulması mümkün değildir. Çünkü sorumluluğun doğması için öncelikle bir zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Çifte tapulu yerlerde ise, gerek doktrinde ve gerekse yargı kararlarında MK. md.1023'ün uygulanamayacağı ve dolayısıyla üçüncü kişinin sicile güveninin korunmayacağı görüşü hakim olduğu için, gerçek hak sahibi üçüncü kişiye

[64] Şener, s.557-558.

[65] Şener, s.558; Ünal, s.307; Akipek, s.342; Sirmen, s.57.

[66] YHGK, 26.11.1980 t., 4-624 E., 2478 K. (YKD, 1981, S:3, s.274).

karşı tapu kaydının düzeltilmesi davası açarak taşınmazını elde edebilir. Böyle olunca da gerçek hak sahibinin uğradığı bir zarardan söz edilemez ve Devletin sorumluluğuna gidilemez[67]. Karahasan'ın bu görüşü, MK. md.1007'nin, sicilin yolsuz tutulmasından dolayı yalnızca gerçek hak sahiplerinin zararlarının tazmin edilmesini amaçlamadığı düşüncesinden hareketle benimsenmemiştir[68].

Tekinay'a göre ise, çifte tapu durumu, tapu sicilinin düzgün bir şekilde tutulmamasından meydana gelir. Bu nedenle, ortaya çıkan zararın Devlet tarafından tazmini gerektiği yönünde görüş belirten yazar, Devletin çift kayıttan dolayı sorumlu tutulamayacağına hükmeden ancak hiçbir gerekçe içermeyen bir Yargıtay kararını[69] da eleştirmiştir[70].

3.2.3. Tapu Sicilinin Görevli Memur ya da Onun Kullandığı Yardımcı Kişiler Tarafından Tutulması

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan Devletin sorumlu tutulabilmesi için kural olarak, zarara neden olan fiil ya da kaçınmanın sicili tutmakla görevli memurdan ya da görevli memurun sicilin tutulmasında kullandığı yetkili veya yetkisiz yardımcı kişiden gelmesi gerekir[71].

Görevli memur ya da onun kullandığı yardımcı kişiler dışında üçüncü bir kişi tarafından tapu sicilinin tutulmasına ilişkin bir fiil nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından ise, Devletin sorumluluğu söz konusu olmaz. Örneğin, tapu daireleri dışında üçüncü bir kişinin düzenlediği sahte ipotekli borç senedini kazanan iyiniyetli bir kimsenin uğradığı zararla sicilin tutulması arasında bir nedensellik bağı söz konusu değildir[72]. Bununla beraber, üçüncü kişinin sahte senedi düzenlerken resmi mühür ve örnek kullanmış olması ya da kendiliğinden tapu siciline bir kayıt yapmış olması durumlarında, ortaya çıkan zarardan Devletin MK. md.1007 uyarınca sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü resmi mühür ve örneklerin güvenilir bir biçimde saklanması da, sicilin dışarıdan gelecek müdahale ve saldırılardan korunması da sicilin tutulmasına ilişkin

[67] Karahasan, s.956; Şener de, hukuken iki tapunun var sayıldığı bir zamanda gerçekleşmiş bir zarardan söz edilemeyeceğini, ancak tapulardan birinin iptal edilmesi suretiyle çifte tapu durumu ortadan kalkarsa, bu durumda Devletin sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmiştir. Bkz. Şener, s.558.

[68] Bkz. Sirmen, s.78-79, dpn.170; Ertaş, s.94-95; Kılıç, s.34.

[69] YHGK, 20.2.1963 t., 1/126 E., 21 K. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.458'den naklen).

[70] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.458; Aynı görüşte Gürsoy/Eren/Cansel, s.209; Üstündağ, s.81; Sirmen, s.78-79; Ünal, s.309; Esener/Güven, s.67; Kılıç, s.34.

[71] Şener, s.562; Sirmen, s.59; Reisoğlu, s.197.

[72] Sirmen, s.60.

görev niteliği taşır. Bu görevlerin ihlali ise Devletin sorumluluğuna yol açar[73].

3.3. Tapu Sicilinin Tutulmasında Hukuka Aykırılık Bulunması

Tapu sicilinin tutulması nedeniyle ortaya çıkan zarardan Devletin sorumlu tutulabilmesi için aranan diğer bir koşul da, sicilin hukuka aykırı bir şekilde tutulmasıdır[74]. Tapu sicilinin tutulmasında herhangi bir hukuka aykırılık unsuru bulunmuyorsa, bu durumda tapu sicili doğru tutulmuş olacağından, MK. md.1007 uyarınca Devletin sorumluluğunu gerektiren bir zarar da söz konusu olmayacaktır. Memurun uymakla yükümlü bulunduğu bir hukuk kuralını ihlal etmiş olması hukuka aykırılık unsurunun varlığı için yeterlidir. İhlal edilen bu kuralın genel bir kural olması ya da memura verilmiş özel bir talimat olmasının önemi yoktur[75].

3.3.1. Hukuka Aykırılığın Tespiti

Tapu sicilinin hangi durumlarda hukuka aykırı olarak tutulmuş sayılacağı konusunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri sübjektif hukuka aykırılık görüşü, diğeri ise objektif hukuka aykırılık görüşüdür. Yargıtay da kararlarında zaman zaman sübjektif hukuka aykırılık görüşünü, zaman zaman da objektif hukuka aykırılık görüşünü benimsemiştir.

3.3.1.1. Sübjektif Hukuka Aykırılık

Sübjektif hukuka aykırılık görüşüne göre, tapu sicilinin hukuka aykırı bir şekilde tutulmuş olması için tapu memurunun, sicilin tutulmasıyla ilgili görevlerine aykırı davranmış olması gerekir. Memurun davranışının, sicilin tutulmasıyla ilgili bir görevin ihlali niteliğini taşımadığı durumlarda hukuka aykırılıktan söz edilemez[76].

Sübjektif hukuka aykırılık görüşünün bir sonucu olarak, üçüncü bir kişinin hukuka aykırı bir fiili, tapuda yapılan işleme neden olmuşsa, MK. md.1007'nin uygulanması mümkün olmayacaktır. Örneğin, memurun üçüncü kişiler tarafından aldatılmak suretiyle, sahte bir vekaletnameye ya da veraset belgesine dayanarak tapu siciline yolsuz bir tescil yapması halinde ortaya çıkan zararlardan Devlet sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü tapu

[73] Sirmen, s.60.

[74] Şener, s.562; Gürsoy, s.219; Ünal, s.309; Akipek, s.343; Karahasan, s.956; Sirmen, s.61-62; Kılıç, s.36; Yarg. 4. HD., 29.11.1979 t., 9377 E., 13323 K. sayılı kararına göre, "Medeni Kanunun 917.maddesi hükmü ile devlet, özellikle tapu sicillerinin tutulmasında memurun hukuka aykırı bir eylemde ya da kaçınmada bulunması sonucu meydana gelen sicil yolsuzluğundan sorumludur..." (Karahasan, s.957).

[75] Gürsoy, s.219; Akipek, s.343; Gürsoy/Eren/Cansel, s.209.

[76] Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Gürsoy, s.220 ve Sirmen, s.62, dpn.93. Yargıtay da bazı kararlarında sübjektif hukuka aykırılık görüşünü benimsemektedir. Bkz. s.13, dpn. 58'de anılan karar.

memurunun, tescil isteminin ve hukuki sebebin geçerliliğini araştırma görevi, evrakın sahteliğinin ya da gerçeğe aykırılığının araştırılmasını kapsayacak genişlikte değildir[77].

Bazı yazarlar ise, sübjektif hukuka aykırılık görüşünü kabul etmekle beraber, tapu memurunun evrakın sahteliğini ya da gerçeğe aykırı olduğunu bildiği veya gerekli incelemeyi yapmayı ihmal ettiği durumlarda, memurun sicille ilgili görevini yerine getirmemesi söz konusu olacağından, zarardan Devletin sorumlu olacağını belirtmektedirler[78].

3.3.1.2. Objektif Hukuka Aykırılık Görüşü

Objektif hukuka aykırılık görüşüne göre, Devletin sorumluluğu için sicilin tutulmasına ilişkin bir görevin ihlali şeklinde gerçekleşmesi beklenen sübjektif hukuka aykırılığa gerek yoktur. Çünkü sicilin tutulmasıyla ilgili bir görevin ihlal edilip edilmediğinin tespiti, çoğu durumda memurun kusurunun bulunup bulunmadığının da araştırılmasını zorunlu kılacaktır[79]. Örneğin, memurun sahte vekaletnameye dayanarak sicile yolsuz bir tescil yapması durumunda, memurun vekaletnamenin sahteliğini bilip bilmediği ya da gerekli incelemeyi yapsaydı bilebilecek durumda olup olmadığı, başka bir deyişle kastı ya da ihmali aranacaktır. Oysa MK. md.1007 ile Devlete getirilen sorumluluk kusur aranmayan objektif bir sorumluluk niteliği taşımaktadır.

Bu nedenle de objektif hukuka aykırılık görüşünü savunanlar, Devletin sorumluluğu için, tapu sicilinin tutulmasında kişilerin malvarlığı haklarını koruyan hukuk kurallarına aykırı davranılmış olmasını yeterli görmektedirler[80]. Tapu sicilinin tutulmasında uyulması gereken söz konusu kurallar, yalnızca tapu mevzuatından ibaret olmayıp, tapu mevzuatının dışında kalan hukuk kurallarını ve hatta hukukun genel ilkelerini de kapsar[81]. Özellikle medeni hukukun, kişilerin malvarlığını koruyucu nitelikteki hükümlerinin ihlali de aynı sonucu doğurur. Örneğin, BK. md.388/f.2'ye rağmen[82], taşınmaz üzerinde ayni bir

[77] Tapu memurunun araştırma yükümlülüğü konusunda bkz. Akipek, s.341.

[78] Oğuzman/Seliçi, s.129.

[79] Sirmen, s.63; Kılıç, s.37.

[80] Şener, s.562; Gürsoy, s.220-221; Akipek, s.343-344; Ünal, s.309-310; Sirmen, s.64; Yarg. 4. HD., 17.4.1989 t., 10335 E., 3626 K. sayılı kararı da "... Dava, tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın Hazineye ödetilmesi isteği olup Türk Medeni Kanununun 917. maddesi hükmüne dayanmaktadır. Kanunun bu açık hükmünün kaynak olduğu Devletin sorumluluğundan söz edebilmek için tapu sicilinin tutulmasında görevlinin hukuka aykırı bir işlemi ve bu işlemle zararlı sonuç arasında bir illiyet bağının varlığı gerekir. Memurun işleminin bir şeyi yapma ya da yapmama niteliğinde olmasının ve kusura dayanıp dayanmamasının bir önemi yoktur..." şeklindedir. (Karahasan, s.958).

[81] Akipek, s.343; Şener, s.562; Sirmen, s.64.

[82] Bu hükme göre, vekil özel yetki sahibi olmadıkça, "Gayrimenkulü temlik veya ayni bir hak ile takyid" edemez.

hakkın kurulması için, vekil tarafından genel bir vekaletnameye dayanılarak yapılan tescil isteminin kabulü ya da vesayet dairelerinin iznine tabi işlerde[83] bu izin olmadan tapuda işlem yapılması bu niteliktedir ve Devletin sorumluluğunu doğurur.

Tapu sicilinin tutulmasında, tapu memurunun göreve aykırı davranışı iki bakımdan önemlidir. İlk olarak, eğer görev, yapılması gereken bir iş ise, memurun bu görevi yerine getirmekten kaçınması objektif olarak hukuka aykırılık oluşturur[84]. İkincisi de, memurun sicilin tutulmasında görevine aykırı davranışı onun yönünden bir kusurun varlığını gösterir[85] ve bu durumda MK. md.1007/f.2 gereğince Devletin memura rücu hakkı söz konusu olur.

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlar bakımından sübjektif hukuka aykırılık anlayışının kabulü, memurun sicilin tutulmasına ilişkin bir görevinin ihlalinin ve dolayısıyla da kusurlu bir davranışının varlığının aranması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, Devletin sorumlu tutulabilmesi bakımından sübjektif hukuka aykırılık kriterinin esas alınması hem sorumluluğun uygulama alanını yasanın amacına aykırı olarak sınırlayacak hem de sorumluluğun hukuki niteliği ile çelişkili bir sonuç yaratacaktır.

3.4. Nedensellik Bağı

3.4.1. Genel Olarak

Bütün haksız fiillerde olduğu gibi, MK. md.1007 uyarınca Devletin sorumluluğu için de, zarar ile fiil arasında uygun bir nedensellik bağının bulunması gerekir[86]. Burada aranan nedensellik bağı, zararın, tapu sicilinin yolsuz tutulmasının, yani, sicilin tutulmasına ilişkin hukuka aykırı bir fiil ya da kaçınmanın sonucu olarak ortaya çıkmasını gerektirir. Zarar ile sicilin yolsuz tutulması arasında bir neden sonuç ilişkisi bulunmuyorsa, Devletin sorumluluğu da söz konusu olmaz[87].

Bazı yazarlar tarafından, Devletin sorumluluğunun, yalnızca sicilin yolsuz tutulması nedeniyle doğrudan doğruya uğranılan zararlar bakımından söz konusu olduğu, zararın doğmasında sicilin yolsuz tutulmasından başka nedenler de etkili olmuşsa Devletin

[83] MK. md.462'ye göre, vesayet altındaki kişinin taşınmazının alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir ayni hak kurulması vesayet makamının iznini gerektirir. İzin koşuluna bakılmaksızın taşınmaz üzerinde yapılacak söz konusu işlemler, Devletin sorumluluğuna yol açar. Bkz. Akipek, s.343.

[84] Sirmen, s.64; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku,** s.12-13.

[85] Sirmen, s.64; Kılıç, s.38.

[86] Gürsoy/Eren/Cansel, s.210; Şener, s.567; Oğuzman, Seliçi, s.129; Gürsoy, s.221; Ünal, s.310; Esener/Güven, s.65; Reisoğlu, s.200; Akipek, s.344; Sirmen, s.92; Kılıç, s.49.

[87] Sirmen, s.92; Esener/Güven, s.65; Gürsoy/Eren/Cansel, s.210; Kılıç, s.49.

bundan sorumlu tutulamayacağı belirtilmişse[88] de, bugün, Devletin sorumluluğu için zarar ile sicilin yolsuz tutulması arasında uygun nedensellik bağının[89] bulunması yeterli görülmektedir[90]. Buna göre, sicilin tutulmasına ilişkin hukuka aykırı fiil, genel yaşam deneyimlerine ve olayların doğal akışına göre ortaya çıkan zararı meydana getirmeye elverişli ise uygun nedensellik bağının bulunduğu kabul edilecektir. Bunun dışında, zarar, istisnai nitelikte ve olayların doğal akışının dışına çıkan bir nedene bağlı olarak ortaya çıkarsa uygun nedensellik bağının varlığından söz edilemeyecektir[91].

3.4.2. Nedensellik Bağının Kesilmesi

Sicilin yolsuz tutulması ile zarar arasındaki nedensellik bağının zarar görenin kusuru ile kesildiği[92] bazı durumlarda, Devlet sorumluluktan kurtulur[93]. Örneğin, bir taşınmazın yıkılmış olduğunu bilmesine rağmen, tapu sicilindeki tescile dayanarak bunu satın alan kimsenin kusuru, sicilin yolsuz tutulması ile zarar arasındaki nedensellik bağını keser. Bu durumda Devlet sorumlu tutulamaz. Zarar görenin, nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmayan kusuru ise Devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmamakla beraber, bu durum Devlet aleyhine hükmedilecek tazminatın miktarında etkili olur (BK.md.44/f.1).

---

[88] Bkz. Sirmen, s.93, dpn.239'da anılan yazarlar.

[89] Uygun nedensellik bağı hakkında geniş bilgi için bkz. Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi,** Ankara 1975.

[90] Gürsoy/Eren/Cansel, s.210; Akipek, s.344; Şener, s.567; Esener/Güven, s.65; Karahasan, s.958; Sirmen, s.94.

[91] Şener, s.567; Eren, s.171.

[92] Nedensellik bağının kesilmesini uygunluğun yokluğundan ayırmak gerekmektedir. Uygunluğun yokluğunda, sebep, niteliği itibariyle somut olayda gerçekleşen zararlı sonucu doğurmaya elverişli değildir. Oysa nedensellik bağının kesilmesinde, ilk sebep, gerçekleşen türden bir zararı doğurmaya elverişli olmakla birlikte, ortaya çıkan yeni bir sebep ilk sebebi arka plâna atarak, onu somut olayda elverişsiz hale getirir. Bkz. Eren, s.173.

[93] Gürsoy/Eren/Cansel, s.210; Sirmen, s.94-95; Kılıç, s.49; Yarg. 4.HD., 26.1.1987 t., 7807 E., 482 K. sayılı kararına göre, "...Davacı, tapu siciline şerh verilmiş satış vaadi sözleşmesine rağmen taşınmazın (icrada) satıldığını ileri sürerek zararın tazminini istemiştir... Bugün gerek uygulamada, gerekse öğretide artırma şartnamesi ve buna ilişkin konularda yapılan yolsuzluklardan dolayı tapu sicilinde kayıtlı kişisel hak sahiplerinin ihalenin feshini isteyebileceği kabul edilmiştir... O halde... tapu sicilinin tutulmasıyla zarar arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilemeyecektir. Çünkü, davacımız, yasaların kendisine tanıdığı hukuki durumlardan yararlanmak suretiyle ihalenin feshi yoluna gitmemiş ve fesih isteme sürelerini de kaçırmıştır; bu hak kullanılmış olsaydı zarar gerçekleşmeyecekti. Davacının ortaya çıkan bu özensiz durumu devletin sorumluluğunda illiyet bağını kesen ağır bir kusur niteliğindedir..." (M. Reşit Karahasan, **Mülkiyet Hakkının Kazanılması Tapu Sicili ve Tescil, Yolsuz Tescil, Tapu Kaydının Düzeltilmesi,** İstanbul 1998, s.2076).

Zararın doğmasında, zarar görenin dışında üçüncü bir kişinin kusurunun da etkisi söz konusu ise, kusurun yoğunluğu ne derecede olursa olsun Devlet sorumluluktan kurtulamaz. Ancak bu durumda Devlet ile üçüncü kişi arasında teselsül hükümleri uygulama alanı bulur[94].

4. TAZMİNAT İSTEMİNİN DAVA YOLUYLA İLERİ SÜRÜLMESİ

4.1. Davanın Tarafları

Devlete karşı açılacak davada, davacı sıfatı, tapu sicilinin yolsuz tutulmasından zarar gören kimseye aittir. Sicilin yolsuz tutulmuş olması, paylı mülkiyete konu bir taşınmaza ilişkin ise, her paydaş ancak kendi payına düşen zarar bakımından ayrı dava açmak hakkına sahiptir[95]. Paydaşlardan birinin diğer pay sahiplerini temsilen ya da doğrudan kendi adına taşınmazın tamamına ilişkin zararı istemesi mümkün değildir.

Elbirliği mülkiyetinde ise, tazminat alacağı üzerinde de elbirliği devam edeceğinden, ortaklardan birinin gerek kendi payı için, gerekse diğer ortakları temsilen tek başına dava açma hakkı yoktur[96]. Davanın, bütün ortaklar tarafından birlikte açılması gerekmektedir.

Dava, doğrudan Devlete karşı açılır. Zarara uğrayan kimsenin haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre başka kimselere, örneğin gerçeğe aykırı belge düzenleyenlere karşı dava açma olanağına sahip olması davanın öncelikle Devlete karşı açılmasına engel değildir[97].

4.2. Görevli Yargı Yolu, Görevli ve Yetkili Mahkeme

4.2.1. Görevli Yargı Yolu

Sorumluluğun düzenlendiği MK. md.1007/f.3 uyarınca, devletin sorumluluğuna ilişkin davalar genel mahkemelerde açılır. 1 Ocak 2002 tarihinden önce yürürlükte bulunan eski Medeni Kanunda böyle bir düzenlemenin bulunmaması, Uyuşmazlık Mahkemesinin farklı kararlar[98] vererek bu konuda bazen adli mahkemeleri, bazen de söz konusu davaların "bir kamu hizmetinin yolunca yürümemesi veya kusurlu

---

[94] Sirmen, s.95; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.459.

[95] Şener, s.582; Sirmen, s.100; Kılıç, s.60.

[96] Şener, s.582; Sirmen, s.100.

[97] Gürsoy/Eren/Cansel, s.211; Şener, s.582-583; Akipek, s.345; Gürsoy, s.222-223; Sirmen, s.100; Kılıç, s.60.

[98] Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 25.9.1974 t., 379 E., 1369 K. sayılı kararı bu davalarda Danıştay'ın görevli olduğu yönünde idi. Daha sonra Uyuşmazlık Mahkemesi görüşünü değiştirerek genel mahkemelerin görevli olduğunu kabul etmiştir. Bkz. UMK, 19.10.1977 t., 15 E., 55 K. sayılı kararı (Karahasan, **Mülkiyet Hakkının Kazanılması,** s.2085-2086).

yürütülmesi yüzünden çıkan anlaşmazlıklar" niteliği taşımasını gerekçe göstererek, idare mahkemelerini görevli kabul etmesine neden olmaktaydı. Yürürlükteki kanun, Devletin sorumluluğu bakımından aynı içeriği taşıyan önceki maddeye "Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür" ifadesini ekleyerek konuyu açık bir çözüme kavuşturmuştur.

Ayrıca. MK. md.1007'nin gerekçesinde, söz konusu son fıkranın kanun metnine eklenmesi ile, asliye hukuk mahkemesinin görevli mahkeme olmasının amaçlandığı da belirtilmiştir.

4.2.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğa ilişkin olarak Devlete yöneltilecek davalarda görevli mahkeme, genel nitelikte olan görev kuralları uyarınca belirlenmelidir. Buna göre görevli mahkeme, istenilen tazminatın tutarı 400.000.000 TL. ve daha az ise sulh hukuk mahkemesi, bu tutardan çok ise asliye hukuk mahkemesi olacaktır (HUMK. md.8). Sorumluluğun düzenlendiği MK.md.1007'de, asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Gerekçede yer alan, "Burada asliye hukuk mahkemesinin görevli olması amaçlanmıştır" şeklindeki ifade, yetkiyle ilgili üçüncü fıkra hükmüne tamamen yabancı nitelikte ve bağlayıcı gücü olmayan bir ifadedir. Devletin sorumluluğunda, görevli mahkemenin istenilen tazminatın tutarına göre belirleneceğinde duraksanmamalıdır[99].

Yetki konusuna açıklık getiren kural da, MK. md.1007'ye eklenen son fıkrada yer almaktadır. Buna göre, Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

4.3. Zamanaşımı

Devlete karşı yöneltilecek dava, bir haksız fiil davası niteliğinde olduğundan, BK. md.60'daki bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir[100]. Buna göre dava, zarar görenin zararı ve sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her durumda zarar verici fiilin meydana gelmesinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

Burada önem taşıyan konu, zamanaşımı süresinin başlangıcının belirlenmesidir. Bir yıllık süre, zararın ve sorumlusunun öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağına göre, tapu sicilinin yolsuz tutulması nedeniyle ayni hakkın kaybının söz konusu olduğu durumlarda, sicilin düzeltilmesine ilişkin davanın reddine ilişkin kararın kesinleştiğinin

[99] Karahasan, **Eşya Hukuku,** s.970.

[100] Gürsoy, s.222; Akipek, s.345; Karahasan, s.962; Şener, s.583; Reisoğlu, s.202; Ertaş, s.96; Sirmen, s.103; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.460; Kılıç, s.52.

öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlamalıdır[101].

On yıllık sürenin başlangıç tarihi ise, zararı meydana getiren fiilin işlendiği tarihtir. Zarar gören kimsenin, üçüncü kişiye karşı tapu kaydının düzeltilmesi davası açması, on yıllık sürenin başlangıcı üzerinde etkili değildir. Başka bir deyişle, söz konusu davada red kararı verilmiş olması, on yıllık sürenin kararın kesinleşmesinden itibaren başlamasına neden olmaz[102]. Çünkü BK. md.60 uyarınca, her durumda zararı meydana getiren fiilin işlenmesinden başlayarak on yıl geçmekle dava zamanaşımına uğrar.

4.4. Sorumlulukların Yarışması

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan dolayı, Devletin yanı sıra başka kimselerin de farklı nedenlerle sorumlu olmaları mümkündür. Örneğin, sahte vekaletname kullanılmasının söz konusu olduğu bir durumda zarar gören, sahte vekaletnameyi düzenleyen notere ya da taşınmazı üçüncü kişiye devreden sözde vekile karşı da aynı zarardan dolayı başvurma hakkına sahiptir. Ancak, farklı kimselerin de sorumlu tutulabilmelerinin mümkün olması, Devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz[103]. Burada BK. md.51 anlamında bir teselsül durumu söz konusu olur. Zarar gören, kendisi için ispat kolaylığı sağlayacak Devletin sorumluluğu yoluna gidebileceği gibi, söz konusu diğer kimselerden herhangi birine başvurarak da zararının tazmini isteyebilir.

---

[101]Şener, s.583-584; Gürsoy, s.222; Reisoğlu, s.202; Gürsoy/Eren/Cansel, s.211; Karahasan, **Eşya Hukuku,** s.963; Sirmen, "kararın kesinleştiği tarih" ifadesinin doğru olmadığını, kararın kesinleştiğinin öğrenilmesinin de gerekli olduğunu ayrıca belirtmektedir. Bkz. s.103-104, dpn.28.

[102]Karahasan, s.964; Kılıç, s.52-53; On yıllık sürenin başlangıcının tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin davada verilen red kararının kesinleştiği tarih olması gerektiği konusunda bkz. ve krş. Şener, s.584; Sirmen, s.104; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop da, on yıllık zamanaşımı süresinin zararın öğrenildiği ya da hiç değilse fiilen gerçekleştiği tarihten itibaren başlatılması gerektiği görüşündedirler. Bkz. s.461; YHGK, 20.1.1982 t., 4-548 E., 46 K. sayılı kararında, on yıllık zamanaşımı süresinin, kaydın düzeltilmesiyle ilgili davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren başlayacağını ifade etmiştir (YKD., 1982, S:8, s.1062).

[103]Gürsoy/Eren/Cansel, s.211; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.459; Şener, s.582-583; Gürsoy, s.222-223; Esmer, s.711; Sirmen, s.105; Kılıç, s.50-51; Karahasan, **Eşya Hukuku,** s.961; Yarg.4.HD., 22.12.1987 t., 7636 E., 9405 K. sayılı kararına göre de, "...Tapu sicilinin tutulmasından dolayı Devletin sorumluluğu objektif bir sorumluluktur. Devletin yanında diğer kişilerin de sorumlu tutulmaları olanağı vardır. Örneğin tapu sicilinin hatalı tutulmasına kusuruyla sebebiyet veren görevli memur, düzenlenen sahte vekaletnameden dolayı noter ve taşınmazı iyiniyetli üçüncü kişiye devreden sözde vekil Devletle birlikte, aynı zarardan zarar görene karşı eksik teselsül kurallarına göre sorumlu olur. Zarar gören alacaklı müteselsil borçluların cümlesinden veya birinden borcun tamamen veya kısmen edasını istemekte serbesttir" (Karahasan, **Eşya Hukuku,** s.960-961).

5. DEVLETİN KUSURLU MEMURA RÜCU HAKKI

MK. md.1007/f.2 uyarınca, zararı ödeyen Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan memurlara rücu edebilir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, memurun sorumluluğu, Devletin sorumluluğu gibi objektif bir sorumluluk niteliğinde değildir. Tersine, Devletin memura rücu edebilmesi için onun kusurunun bulunduğunu ispat etmesi gerekir. Rücu edilecek kusurlu memurun, zarara neden olan fiili işleyen kişinin kendisi ya da onu denetleyen makamın memuru olmasının rücu bakımından bir önemi olmadığı gibi[104], birden fazla memurun zarara ortak kusurlarıyla neden olmaları durumunda da Devlete karşı müteselsil sorumluluk söz konusu olur (BK. md.50).

Devletin, kendisine yöneltilen davayı kusuru ile zarara neden olan memura ihbar etmesi gerekir. Her ne kadar, bu davada kusurun bir rolü yoksa da, memurun davaya müdahale ederek, zararın bulunmadığını ya da ileri sürülen miktarda olmadığını ileri sürmesi yararına olabilir[105]. Davanın memura ihbar edilmemiş olması durumunda, memur, ihbar edilseydi sonucu lehine değiştirebileceğini ispat ettiği oranda sorumluluktan kurtulur[106].

Rücu davasında Devlet, hak sahibine ödediği tazminat miktarı ve buna yürütülen faiz ile tazminat davasında mahkemece takdir edilen avukatlık ücreti ve yargılama giderlerinin toplamını isteyecektir[107]. Ayrıca davalı olarak yapmak zorunda kaldığı diğer masrafları da isteyebilir[108].

Devletin kusurlu memura açtığı rücu davasında BK. md.60'daki zamanaşımı süreleri uygulanır. Buna göre, rücu davası zararın Devlet tarafından ödendiği ve kusurlu memurun öğrenildiği günden itibaren bir yıl ve her durumda zararın ödendiği tarihten itibaren on yıl içinde açılmalıdır.

SONUÇ

Devlet eliyle tutulan tapu sicillerinin güvenilir bir aleniyet aracı niteliği taşıması, ilgililerin, sicilin yolsuz tutulmasından doğan zararlarının da tazminini gerektirir. Bu amaçla, MK. md.1007 ile Devlete getirilen sorumluluk, kurtuluş kanıtı getirme olanağının da bulunmadığı bir kusursuz sorumluluktur. Bu sorumluluk aynı zamanda asli bir sorumluluk niteliği taşıdığından, zarar görenlerin, zararın tazmini için doğrudan

[104] Sirmen, s.106; Kılıç, s.57.

[105] Gürsoy, s.225; Gürsoy/Eren/Cansel, s.212; Sirmen, s.107; Kılıç, s.58.

[106] Gürsoy/Eren/Cansel, s.212; Sirmen, s.107.

[107] Şener, s.588; Sirmen, s.107; Kılıç, s.58.

[108] Şener, s.588.

kusurlu sicil memurlarına karşı dava açmaları mümkün değildir. Dolayısıyla MK. md.1007, yalnızca sicilden yararlananlar için değil, memurlar için de bir güvence sağlamaktadır.

Sorumluluğu hükme bağlayan MK. md.1007, bu sorumluluğun koşullarını da düzenleyen bir içerik taşımaktadır. Buna göre, öncelikle maddi bir zararın gerçekleşmesi gerekir. Bu anlamda, tapu kaydının düzeltilme olanağı bulunduğu sürece bir zarardan söz edilemeyecek ve Devletin sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

Zararın, tapu sicilinin tutulması kavramı içinde düşünülebilecek bir fiil ya da kaçınma nedeniyle gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Sicili tutmakla görevlendirilmiş olan memur ya da onun yardımcılarından gelmesi gereken bu fiil ya da kaçınmanın objektif olarak hukuka aykırılık oluşturması yeterlidir. Bu nedenle, sicil memurunun, sahte bir vekaletname ya da veraset belgesine dayanarak yolsuz tescil yaptığı durumlarda da Devlet sorumlu olur.

Sorumluluk, aynı zamanda bir haksız fiil sorumluluğu niteliğinde olduğundan, gerektiğinde haksız fiillere ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulur. Devlete karşı açılacak tazminat davasında uygulanacak zamanaşımı süreleri bu yöndedir.

Son olarak, sicilin tutulmasından doğan zararı ödeyen Devletin kusurlu memura rücu hakkı bulunmaktadır. Aynı zarardan dolayı, başka nedenlerle başka kimselerin de sorumluluğunun bulunduğu durumda, Devletle bu kimseler arasında BK.md.51 anlamında bir teselsül söz konusu olur. Böylece zarar, mutlak olarak Devletin üzerinde kalmayıp, diğer sorumlulara da yansıtılmaktadır.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G. **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili,** B:2, Ankara: Ankara Üniversiyesi Hukuk Fakültesi Yayınları. 1972.

Aybay, Aydın. **Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil,** İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1962.

Eren, Fikret. **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi,** Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.

Ertaş, Şeref. **Eşya Hukuku,** İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986.

Esener, Turhan/ Güven, Kudret. **Eşya Hukuku,** B:3, Ankara: Gazi Büro Kitabevi, 1996.

Esmer, Galip. **Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili,** Ankara: Olgaç Yayın Basım, 1984.

Gürsoy, Kemal T. **Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili,** Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

Gürsoy, Kemal T./ Eren, Fikret/Cansel, Erol. **Türk Eşya Hukuku,** B:2, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

İmre, Zahit. **Kusursuz Mesuliyet Halleri,** İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.

Karahasan, M. Reşit. **Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku,** C:2, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2002.

Karahasan, M. Reşit. **Mülkiyet Hakkının Kazanılması Tapu Sicili ve Tescil, Yolsuz Tescil, Tapu Kaydının Düzeltilmesi,** İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998.

Kılıç, Sıddık. **"Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu",** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1988.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer. **Eşya Hukuku,** B:9, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.

Reisoğlu, Safa. **Türk Eşya Hukuku,** C:1, B:5, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1977.

Sirmen, Lâle. **Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu,** Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.

Şener, Esat. "Medeni Kanunun 917 nci Maddesine Göre Hazinenin Mesuliyeti", **Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı,** İstanbul 1968.

Tandoğan, Halûk. **Türk Mes'uliyet Hukuku,** Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.

Tandoğan, Halûk. **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku,** Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 1981.

Tekinay, S. Sulhi /Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atillâ. **Tekinay Eşya Hukuku,** B:5, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.

Ünal, Mehmet. **Şeklî Eşya Hukuku,** B:2, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1994.

Üstündağ, Saim. **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası,** İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959.

ORTAK GİRİŞİME UYGULANACAK HUKUK

Öğr. Gör. Gülenay RUŞEN*

Bu çalışmada, aşağıda belirtilmiş olan soruların cevapları bulunup açıklanmaya çalışılacaktır. İlk olarak genel anlamda " sözleşmelere uygulanacak hukuk" kavramı açıklanacaktır. Söz konusu kavramın bir Kanunlar İhtilafı Hukuku kavramı olmasından dolayı çok fazla detaya inmeden bazı Kanunlar İhtilafı ilkelerine de yer verilecektir. Daha sonra ise çalışmamızın odak noktası olan "Ortak Girişime uygulanacak hukuk" ayrıntılarıyla incelenip anlatılacaktır.

Türk, İngiliz, Fransız ve Rus firmaları Azerbaycan' da bir metro inşa etmek için bir Ortak Girişim kurmuşlardır. Türk firmasının metro vagonlarının yapımını, İngiliz firmasının rayların döşenmesi ve istasyonların inşasını, Fransız firmasının metro vagonlarının motor ve elektronik aksamını, Rus firmasının da hafriyatı taahhüt etmiş olduğunu kabul edelim.[1]

Böyle bir uluslararası Ortak Girişime acaba hangi hukuk uygulanacaktır?

Taraflar istedikleri hukuku Ortak Girişimlerine yetkili hukuk olarak seçebilme serbestîsine sahip midirler?

Taraflar uygulanacak yetkili hukuku belirlememişlerse, Ortak Girişime hangi hukuk uygulanacaktır?

Ortak Girişime uygulanacak hukukun belirlenmesinde hangi kıstaslardan yararlanılır?

Ortak Girişim de yer alan temel sözleşme ve tabii sözleşmelere(satelit sözleşmeler) farklı hukuklar uygulanabilir mi?

Ortak Girişimlerde karakteristik edim belirlemek mümkün müdür? Örneğin yukarıda verdiğimiz örnekte bir karakteristik edim mevcut mudur?

Ortak Girişimi hangi ülke hukuku ile en yakın irtibat halindedir? Bunu nasıl tespit edebiliriz?

---

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

[1] Öztürk, Pınar. **Ortak Girişim(Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk** (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2001), s 154.

Yapılacak hukuk seçiminin sınırları var mıdır varsa bunlar nelerdir?

1. GENEL OLARAK SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK

Sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti uluslararası sözleşmelerin son derece yaygınlaştığı günümüzde oldukça önem arz eder. Burada belirtilmesi gereken ilk husus hangi durumlarda kanunlar ihtilafının çıkabileceğidir. Doktrinde hala üzerinde tam olarak uzlaşılmasa da, kanunlar ihtilafının varlığı için yabancı unsurun varlığının zorunlu olduğu ve tüm unsurlarıyla iç hukuka ait olan bir sözleşmenin kanunlar ihtilafının konusunu oluşturamayacağı kabul edilmektedir.[2] MÖHUK[3] m.1'de de bu durumu açık olarak belirtilmiş ve hukuk seçme olanağı ancak "*yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler*" için sağlanmıştır. Fakat bazı yazarlar, yabancı bir hukukun seçimi için sözleşmenin yabancılık unsuru taşımasına gerek olmadığını, zira "yabancı bir hukuk seçimi" ile o hukuki ilişkinin, yabancı unsurlu bir hukuki ilişki haline geleceğini ve böylece MÖHUK m.1 in tatbiki alanına girebileceğini ileri sürmektedirler.[4]

Yabancı unsur, yer ve kişi bakımından olmak üzere genel olarak iki alanda karşımıza çıkabilir. Sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, malın bulunduğu yer gibi kavramlar yer bakımından yabancı unsura; tarafların tabiiyeti kişi bakımından yabancı unsura örnek olarak gösterilebilir.[5] Dolayısıyla İki Türk şirketinin Rusya'da lüks konutlar yapılmasına ilişkin Türkiye'de yaptıkları sözleşme yabancı unsurlu sayılacaktır. Zira ifa yeri açısından yabancılık unsuru mevcuttur.

Uygulanacak hukuk belirlenirken yöntem ne olursa olsun amaç, sözleşmeye en uygun hukukun belirlenmesi olacaktır.[6] Bu hukuk, uluslararası özel hukuk adaleti gözetilerek ve uluslar arası özel hukuka ilişkin menfaatler göz önüne alınarak belirlenir. Uluslararası özel hukuk adaleti, taraf menfaati, düzen menfaati, iç karar uyumu, dış karar uyumu, maddi özel hukuk menfaati, devlet menfaatleri ve uluslararası toplumun genel menfaatleri bu göz önüne alınacak menfaatlerin başlıcaları olarak sayılabilir.[7]

[2] Öztürk, **a.g.e.,** s94-95; Akıncı, Ziya. **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Uygulanacak Hukuk.**(Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermayesi Yayınları No:28,1992) s.4.

[3] Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, R.G: 22,05,1982-17701.

[4] NOMER/ŞANLI, **Devletler Hususi Hukuku,**12. Bası(Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.), İstanbul_2003.

[5] Akıncı, **a.g.e.,** s.4.

[6] Aynı.

[7] Bu menfaatlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, **a.g.e.** s96-102; Akıncı, **a.g.e.** s.4-9; Tiryakioğlu, Bilgin.**Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**(Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Yayınları no:503,1996)s.9-15.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde objektif ve sübjektif olmak üzere iki ana yöntem vardır. Sübjektif yöntemde, uygulanacak hukuk tarafların iradelerine göre belirlenir. Bu yöntemin temelinde irade muhtariyeti ilkesi yatmaktadır. Objektif yöntemde ise sözleşmeye uygulanacak hukuk taraf iradelerine dayanılarak değil, objektif bağlama noktalarına göre belirlenecektir. Sübjektif yöntem taraf menfaatini, objektif yöntem ise uluslararası özel hukuk menfaatlerini dikkate almaktadır.[8] Uygulanacak hukukun tespitinden bu yöntemlerin sadece birisinin kullanılması adil olmayan sonuçlara neden alabileceğinden birçok ülkede bu iki sistem beraber kullanılmaktadır.[9]

1.1. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraf menfaati ağırlık taşıdığından, sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenirken, tarafların menfaati açısından en uygun hukukun aranması gerektiği söylenilmiş ve taraf menfaatine en uygun hukuku tarafların bizzat kendilerinin en iyi belirleyebileceği fikri ileri sürülerek taraflara irade muhtariyeti tanınmasının gerekliliği savunulmuştur.[10]

1.1.1. İrade Serbestîsi

İrade muhtariyeti ilk olarak İngiliz hukukunda kabul görmüş olup İngiliz Hukukunun temel ilkelerinden biri haline gelmiştir. Ünlü *Vita Food Products Inc V Unus Shipping Co. Ltd.* davasında tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku gösteren açık bir iradelerinin bulunması durumunda, taraflarca seçilen bu hukukun en uygun hukuk olduğunu ve uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Fakat aynı zamanda tarafların bu seçiminin kamu düzenine ilişkin bazı sınırlamalara tabi olabileceği de belirtilmiştir.[11] Önceleri Amerikan hukuku irade muhtariyetini kabul etmeyip daha katı bir yaklaşımla sözleşme yeri hukuku veya ifa yeri hukukunun en uygun hukuk olarak belirliyorlardı. Fakat bu durum Almanya, Fransa gibi birçok Avrupa ülkesi tarafından kabul edilmemiş, bu ve hukuktaki değişimler üzerine Amerika Birleşik Devletleri de irade serbestîsini tanımak durumunda kalmıştır.[12]

Günümüzde irade serbestîsi ilkesi bütün ülkelerde ve pek çok uluslar arası sözleşmede kabul edilmiş bulunmaktadır. Avrupa Topluluğu Roma Konvansiyonu[13] m.3 "sözleşmeyle

[8] Akıncı, **a.g.e.**,s10; Öztürk, a.g.e., s103-104.

[9] Tirkakioğlu, **ag.e.**, s19.

[10] Akıncı, **a.g.e.**, s10.

[11] Vita Food Products Inc V Unus Shipping Co. Ltd. [1939] A.C. 277,290 P.C.(Privy Council)

[12] **Dicey&Morris on the Conflict of Laws.**(Collins, Lawrence:editör) (London:Sweet&Maxwell, 13.basım,2000) Cilt 2,s1196. (Buradan sonra Dicey&Morris diye anılacaktır.)

[13] Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 tarihli AT Roma Konvansiyonu (Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (80/934/EEC).

hiçbir irtibatı bulunmayan bir hukukun dahi taraflarca seçilebileceğini" söyleyerek, irade serbestîsi ilkesini daha da liberalleştirmiş bulunmaktadır. Bizim hukukumuzda da bu prensip, MÖHUK m.24/f1'deki "Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir" ifadesi ile kabul edilmiş bulunmaktadır.

Uluslar arası özel hukuktaki irade serbestîsi, iç hukuktaki sözleşme serbestîsinden farklı olup aslında daha geniş bir serbestîyi ifade etmektedir. Zira uluslararası özel hukuktaki irade serbestîsine göre taraflar emredici kuralları kapsayacak şekilde uygulanacak hukuku seçebilirler. Taraflarca seçilen hukuk gerek tamamlayıcı gerekse emredici hükümleri açısından bir bütün olarak uygulanır.[14]

1.1.2. İrade Serbestîsinin Sınırları

Tarafların uygulanacak hukuka ilişkin seçim serbestîsinin sınırları olup olmadığı konusu tartışmalı bir konudur. Sözleşmenin niteliği, seçilecek hukuk, seçim zamanı, seçimin kapsamı konusunda bazı sınırlandırmaların olabileceği kabul edilmektedir.

> Herhangi bir yabancılık unsuru taşımayan ve tamamen iç hukuka ait olan sözleşmelerde daha önce de ifade ettiğimiz gibi, tarafların irade serbestîsine sahip olmadıkları kabul edilmektedir.[15]
>
> Tarafların sözleşmeyle hiçbir irtibatı olmayan bir ülke hukukunu seçip seçemeyecekleri konusunda farklı görüşler mevcuttur. Amerikan hukukunda bu irtibat aranırken, bizim hukukumuzda dâhil olmak üzere genel olarak Avrupa ülkelerinde bu irtibatın aranmadığını görmekteyiz.[16] AT 1980 tarihli Roma Konvansiyonunda taraflara uygulanacak hukuka dair tam bir seçim serbestîsi tanınmış ve sözleşmeyle hiçbir irtibatın olması şartı aranmamıştır. Günümüzde, seçilen hukukla taraflar veya sözleşme arasında coğrafi veya kişisel anlamda bir irtibattan ziyade, seçimin *haklı bir sebebe* veya *iyi niyete* dayanması yeterli olarak görülmektedir.[17]

[14] Öztürk, **a.g.e.,** S108.

[15] MÖHUK m.1/f1de "yabancılık unsuru taşıyan..." denilmek kaydıyla bizim hukukumuzda da yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde tarafların uygulanacak hukuk açısından irade serbestîsine sahip olmadıkları açıktır.

[16] Öztürk, a.g.e. s.112. AT 1980 tarihli Roma Konvansiyonunda taraflara uygulanacak hukuka dair tam bir seçim serbestisi tanınmış ve sözleşmeyle hiçbir irtibatın olması şartı aranmamıştır.

[17] Şanlı, Cemal. **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**.(Ankara:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,1986) s.177; Daha önce bahsettiğimiz Vita Food Products Inc V Unus Shipping Co. Ltd. [1939] A.C. 277,290 P.C davasında da tarafların hukuk seçimin ilişkin olarak, iyiniyet ve hukuka uygun olması yeterli görülmüştür.

Bir sözleşme için birden çok hukukun ya da sözleşmenin sadece bir kısmı için belli bir hukukun seçilip seçilemeyeceği de ayrı bir tartışma konusudur. Genel kanı, sözleşmenin parçalanmaması amacına yönelik olarak sözleşmeye tek bir hukukun uygulanması gerektiği yönündedir.[18] Ancak bazı durumlarda açıkça belirtilmek kaydıyla sözleşmenin çeşitli kısımlarına farklı hukukların uygulanabileceğinin de kabul edilmesi gerekebilir. Örneğin bir ortak girişim sözleşmesinde, ortaklığın amacını gerçekleştirmek için yapılan bir satım sözleşmesinde (tabii sözleşme), satıcının malı teslim borcunun Türkiye'de, bunun karşılığında semenin ödenmesinin de İngiltere'de olacağı kabul edilirse, her bir edim için farklı hukuk sistemlerinin uygulanması söz konusu olabilir.[19]

Taraflar yaptıkları hukuk seçimlerini üçüncü kişilerin haklarına zarar vermemek şartıyla istedikleri zaman değiştirebilirler.[20]

Bazı sözleşme türleri için sınırlama getirilmesi gerektiği de kabul edilmektedir. Bazı sözleşmelerde taraflar arasında eşitliğin bulunmadığı, bir tarafın diğer tarafa karşı daha üstün olduğu görülmektedir. Bu tip sözleşmelerde taraflardan birinin pazarlık gücü azalmakta veya tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple, zayıf tarafı korumaya yönelik olarak uluslar arası hukukta da hukuk seçiminin sınırlandırılması kabul edilmiştir. Bu tip sözleşmelere örnek olarak, iş(hizmet), tüketici ve kira sözleşmelerini gösterebiliriz. Bu konuya ilişkin olarak farklı sınırlandırmalar yapılmıştır. Bazı ülkeler bu tip sözleşmelerde hukuk seçimini ortadan tamamen kaldırırken, bazıları ise bu seçimi belli koşullarla sınırlandırmıştır.[21]

1.1.3. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli

Taraflar uygulanacak hukuka ilişkin seçimlerini açık veya zımni olarak yapabilirler. Fakat bizim hukukumuzda, MÖHUK m.24 uyarınca zımni seçim kabul edilmemiştir. Söz konusu madde uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir. Hâlbuki Alman Hukuku, İsviçre hukuku[22] ve AT 1980 tarihli Roma Konvansiyonunda[23] da zımni iradeye yer verilmişken bu hukuk sistemleri tarafından oldukça etkilenmiş olan Türk hukukunda böyle kesin bir açık seçimin

[18] Tiryakioğlu, **a.g.e.** s.25.
[19] Öztürk, **a.g.e.**, S.114.
[20] Akıncı, **a.g.e.** s.14.
[21] Öztürk, **a.g.e.** s.116.
[22] Öztürk, **a.g.e.** s.122.
[23] m.3(1).

istenmesi şaşırtıcıdır. Bizim hukuk sistemimizde kabul edilmese de diğer sistemlerde kabul edilen zımni iradenin hiçbir yoruma mahal vermeyecek şekilde anlaşılır olması gerekmektedir. Tarafların aralarında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde yetkili mahkemeyi belirlemeleri veya tahkim kaydı koymaları o mahkemenin veya tahkim yeri hukukunu zımni olarak seçildiğini gösteren olgular olarak kabul edilir.[24] Örneğin The Paraouth[25] davasında, sözleşmenin Panama, Yunanistan ve Florida ile bağlantısı olup İngiltere ile hiçbir bağlantısı olmadığı halde, tarafların İngiltere'de tahkim şartı koymaları nedeniyle İngiliz hukuku sözleşmeye uygulanmıştır.[26]

1.2. Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Halinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Taraflar herhangi bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti sorunu ortaya çıkacaktır. Tarafların böyle bir seçim yapmamış olmasının nedeni ya sözleşmeyi yapmadan önce hukuki danışmanlara başvurmamaları veya uygulanacak hukuk konusunda anlaşamamaları nedeniyle olabilir.[27]

Sözleşmeye uygulanacak hukukun seçiminde başlıca iki farklı görüş vardır. Bunlardan ilkine göre, uygulanacak hukuku belirleyecek olan hâkim tarafların varsayılan iradelerini nazara alarak sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyecek; diğerine göre ise uygulanacak hukuk objektif bağlama noktaları esas alınarak belirlenecektir. İlk görüşe sübjektif, diğerine ise objektif görüş denilmektedir.[28]

1.2.1. Uygulanacak Hukukun Varsayılan İradeye Göre Belirlenmesi

Taraf menfaatinin gerçekleşmesini amaçlayan bu görüşe göre uygulanacak hukuk taraflarca seçildiği varsayılan hukuk olacaktır. Fakat burada zımni irade ve varsayılan(farazi) iradenin birbiriyle karıştırılmaması gerekir. Zımni iradede yukarıda da belirttiğimiz üzere taraflar üstü kapalı da olsa bir irade beyanında bulunmaktadırlar. Oysa varsayılan irade de tarafların hiçbir şekilde bir iradeleri(uygulanacak hukuk hususunda) mevcut değildir. Burada bulunması gereken cevap "taraflar bir hukuk seçselerdi hangi hukuku seçerlerdi" sorusuna verilecek cevap olacaktır.[29] Her ne kadar bu iki kavram

---

[24] Tiryakioğlu, **a.g.e.**,s.28.

[25] [1982] 2 Lloyd's Rep.351.

[26] Clarkson& Hill, Jonathan. **Jaffey on the Conflict of Laws.**(London: Butterworths,2.baskı, 2002) s.207(Buradan itibaren Jaffey olarak adlandırılacaktır.)

[27] North& Fawcett. **Cheshire and North's Private International Law.** (Bath: Butterworths, 13. basım,1999) s.564. buradan itibaren Cheshire and North olarak adlandırılacaktır.

[28] Öztürk, **a.g.e.,** s125; Akıncı, **a.g.e.,** s.17.

[29] Öztürk, **a.g.e.,** s126; Akıncı, **a.g.e.,** s.18.

birbirinden farklı olsa da aslında varsayılan iradenin belirlenmesinde de aynı esaslardan hareket edilmektedir.[30] Bu esaslara örnek olarak; tarafların yetkili mahkeme veya hakemi belirlemeleri, tarafların ortak kişisel statüye sahip olmaları, taraflarca sözleşmenin ifa yerinin belirlenmiş olması, sözleşmenin yapıldığı yer, aynı konuya ilişkin olarak taraflarca başka sözleşmelerin yapılmış olması... vb. gösterilebilir.[31]

1.2.2. Uygulanacak Hukukun Objektif Kriterlere Göre Belirlenmesi

Burada tarafların iradeleri değil, mevcut objektif esaslar ele alınarak uygulanacak hukukun tespiti söz konusudur. Objektif bir genel kural oluşturulurken sözleşmeye "en yakın irtibatlı hukuk" testi uygulaması kullanılır. Uygulanacak hukuk sözleşmeyi belli bir ülkeye bağlayacak olan objektif irtibatlar ile belirlenir.[32] Diğer bir anlatımla bu görüş her devletin hukuk sisteminde bulunacak objektif bağlama kurallarını esas almaktadır. Göz önüne alınacak belli başlı bağlama noktaları ise şunlardır:

> Sözleşmenin yapıldığı yer hukuku (lex loci contractus) en eski bağlama noktalarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak sözleşmenin yapıldığı yer tamamen tesadüfî olup sözleşmeyle hiç ilgisi olmayan bir yer olabileceğinden bu bağlama noktası artık pek kabul görmemektedir.[33] Örneğin, iki Türk arkadaşın, tatile gittikleri İngiltere'de, Yunanistan'da otel inşa etmek üzere aralarında bir eser sözleşmesi yaptıklarını varsaysak, aslında bu sözleşmenin İngiltere'ye hiçbir ilgisi olmadığı çok açık ortadır. Dolayısıyla böyle bir sözleşmeye sırf yapıldığı yer itibariyle İngiliz hukukunu uygulamak da son derece saçma ve uygunsuz olacaktır.
>
> Objektif bağlama noktalarından birisi olarak kabul edilen ikametgâh esasının da tam olarak çözüm getirmesi pek olası değildir. Zira iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ya taraflardan biri tercih edilecek ya da her ikisinin hukuku da uygulanarak sözleşmenin bütününe tek bir hukukun uygulanabilmesi mümkün olamayacaktır.[34]
>
> Sözleşmenin ifa yeri hukuku da bir başka önemli bağlama noktasıdır. Fakat ifa yeri uygulamasının da olumsuz tarafları vardır. Şöyle ki, borcun bir yapmama borcu olması halinde veya iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde iki ifa yeri

[30] Dolayısıyla aslında bu iki kavramın arasındaki farkın etkin olaraka uygulanamayacağı, bu farkın objektif ve sübjektif görüş taraftarlarının farklı terminoloji kullanmasından ortaya çıktığıda ileri sürülmektedir. Ayrımtılı bilgi için bkz. Öztürk, **a.g.e.,** s126.

[31] Aynı.

[32] Cheshire and North's **a.g.e.,** s565.

[33] Öztürk, **a.g.e.,** s128; Akıncı, **a.g.e.,** s.26.

[34] Akıncı, **a.g.e.,** s.25.

olacağından bunlardan hangisinin esas alınacağı konusu sorun teşkil etmektedir. Yine hukuk sistemlerinde farklı ifa yerlerinin kabul edilmiş olması da sorunlara yol açabilecektir.[35]

Yukarıda anlatılan bağlama noktaları anlaşılacağı üzere bizi "en yakın irtibatlı hukuk" kavramına taşımaktan uzakta kalmaktadırlar. "En yakın irtibatlı ülke"(most closely connected country), Amerikan hukukunda da "ağırlık merkezi"(center of gravity) olarak adlandırılan bu kavram aslında her sözleşme için daha esnek bir bağlama kuralıdır.[36] Sözleşmeye uygulanacak en yakın irtibatlı hukukun tespitinde bir diğer esas alınacak kavram İsviçre hukukundan doğmuş olan "karakteristik edim" kavramıdır.[37] Karakteristik edim tespit edilerek sözleşmenin hangi hukukla en yakın bağının olacağı da aslında tespit edilmiş olacaktır. AT Roma Konvansiyonunda da karakteristik edim yaklaşımı kabul edilmiş hatta taraflar hukuk seçmedikleri takdirde uygulanacak hukukun seçimine ilişkin olan m.4'ün genel ilkesi olarak kabul edilmiştir.[38] Söz konusu maddeye göre uygulanacak hukuk sözleşmenin karakteristik edimini ifa edecek olan tarafın sözleşmenin yapıldığı zamandaki mutad meskenin veya tüzel kişiliğe haiz olan veya olmayan bir kurumun söz konusu olduğu halde onun merkezi idaresinin bulunduğu ülke ile en yakın irtibatlı olduğu varsayılacaktır.[39] Hangi edimin karakteristik edim olduğu konusunda ise Giuliano-Lagarde Raporu'nda[40], günümüzde taraflardan birisinin ediminin genellikle para olması nedeniyle, paranın karşılığını oluşturan edim karakteristik edim olarak görülmüştür. Örneğin bir satım akdinde parayı veren değil, malı teslim eden tarafın edimi karakteristik edim olarak görülecektir.[41] Her ne kadar objektif kuralın(burada karakteristik edim kuralı) önceden belirlenmiş olmasının sözleşmeye uygulanacak hukuk açısından hukuk güvenliği sağladığı göz ardı edilemese de bu objektif kuralın katı bir şekilde uygulanması da bazı sorunları beraberinde getirecektir[42]. Örneğin basit sözleşmelerde gayet güzel olarak uygulanabilecek olan karakteristik edim kavramının, taraflardan hiçbirisinin

[35] Öztürk, **a.g.e.** s130-131.

[36] Ngyh, Peter. **Autonomy in International Contracts** (Oxford: Clarendon Press, 1999)s.106

[37] Tekinalp, Gülören. Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve "En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması".(Prof. Dr. Ersnt E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,1986) s. 443.

[38] Cheshire and North's **a.g.e.,** s. 569.

[39] AT 1980 tarihli Roma Konvansiyonu m. 4(2).

[40] AT 1980 tarihli Roma Konvansiyonu Raporu (Report on the Convention on the Law applicable to Contractual Obligations by Mario Guiliano and Paul Lagarde- O.J. C282- 31.10.1980) Buradan itibaren Guiliano ve Lagarde raporu olarak adlandırılacaktır.

[41] Guiliano ve Lagarde raporu, s.20.

[42] Tekinalp, **a.g.m.,** S445.

ediminin de para olmadığı veya joint venture veya fikri mülkiyet sözleşmeleri gibi karmaşık yapıdaki sözleşmelerde tespiti ve dolayısıyla uygulanması mümkün değildir.[43]

Karakteristik edimin tespit edilemediği veya taraflardan her birinin ediminin de karakteristik olduğu durumlarda mahkeme "daha yakın irtibatlı ülke"(more closely connected country) kuralını uygulayacaktır. Sözleşmenin daha yakın irtibatlı olduğu ülkeyi hâkim, sözleşme hükümlerini değerlendirerek tespit etmeye çalışacaktır. Hâkim bu tespiti yapmaya çalışırken varsa taraf iradelerinden de yararlanacak ancak taraf iradelerine bağlanmadan diğer esasları da göz önüne alarak daha yakın irtibatlı ülke hukukunu bulmaya çalışacaktır. Böylece irade serbestîsi ilkesinin uygulanmasından doğabilecek sakıncaların da önüne geçilmiş olacak ve sözleşmeye tamamen yabancı bir hukukun uygulanması önlenmiş olacaktır. Az öncede belirttiğimiz gibi günümüzde birçok hukuk sisteminde, sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilirken, en yakın irtibatlı ülke hukuku kavramı esas olarak alınmaktadır.[44] Belirtilmesi gereken bir husus da "daha yakın irtibatlı ülke hukuku" kavramının "en yakın irtibatlı ülke hukuku" kavramından ayrı bir objektif bağlama kuralı olmadığıdır. Aslında daha yakın irtibatlı ülke kavramıyla, karakteristik edim bağlama kuralıyla ulaşılamayan en yakın irtibatlı ülke hukukuna, tekrar geri dönüş sağlanmış olunmaktadır.

2. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK

MÖHUK m. 24 sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak bağlama kuralları göstermektedir.

"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir.

Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde, borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır."

Birinci fıkradan da anlaşılacağı gibi kanunumuz irade serbestîsi ilkesini kabul edip tarafların istedikleri hukuku seçebileceklerini hükme bağlamıştır. Ayrıca seçilecek hukuk ile sözleşme arasında hiçbir bağlantı aranmamıştır. Dolayısıyla taraflar, sözleşme ile

[43] Jaffey, **a.g.e.**,s216. Ayrıca Çalışmamızın giriş aşamasında verdiğimiz örneğe bakacak olursak, taraflardan hangisinin karakteristik edimi ifa ettiğinin tespitinin imkânsız olduğu görülebilecektir.

[44] AT 1980 tarihli Roma Konvansiyonu, m.4; Öztürk, **a.g.e.**, s133-134 belirtildiği üzere, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.117 ve diğer bazı ülke(Almanya, Avusturya gibi) kanunlarında en yakın irtibatlı ülke hukuku, tarafların herhangi bir seçim yapmadıkları durumlarda, objektif bir bağlama kuralı olarak uygulanmaktadır.

hiçbir bağı olmayan ve fakat daha iyi bildikleri veya uygulanmasında yarar gördükleri bir hukuku, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerdir.[45] Daha öncede belirttiğimiz üzere, MÖHUK m.24'de doğrudan belirtilmemiş olsa da MÖHUK m.1. uyarınca m.24'deki bu kural yalnızca yabancı unsurlu sözleşmelerde uygulanacaktır.[46]

MÖHUK m.24 tarafların bu seçiminin açık olarak yapılması gerektiğini belirtip, zımni veya farazi iradeleri kabul etmemiştir. Zımni hukuk seçinin kabulü halinde olabilecek tespit zorluklarını önlemek amacıyla böyle bir hüküm konulmuş olsa da, bu hükmün katı bir biçimde uygulanması milletlerarası sözleşme anlayışına ters düşebilecektir.[47] Aynı şekilde ortak girişim gibi oldukça karışık milletlerarası sözleşmelerde de sadece "açık" bir seçimin kabul edilmesi eleştirilmektedir.[48] Yargıtay bu konuda kanunun lafzına uymuş ve "hukuk seçiminin ancak açık olarak yapılabileceği, farazi veya zımni irade beyanlarının geçerli olmadığını" hükme bağlamıştır.[49] Yargıtay'ın bir diğer pek isabetli olmayan kararı da hukuk seçiminin ancak yorumlayıcı kurallar hakkında yapılabileceğine ilişkin kararıdır. Zira taraflar sadece yorumlayıcı ve tamamlayıcı hükümler için değil, seçilen hukuk düzeninde yer alan emredici hükümleri kapsayacak şekilde bir bütün olarak uygulanacak hukuku seçmektedirler.[50]

MÖHUK m. 24'de hukuk seçiminin ne zaman yapılacağı konusunda bir ifade yer almadığı gibi sınırlandırıcı bir hüküm de bulunmamaktadır. Dolayısıyla tarafların, üçüncü kişilerin haklarına zarar gelmemek kaydıyla istedikleri zaman bu seçimi yapabilecekleri veya değiştirebilecekleri doktrin tarafından kabul edilmektedir.[51]

Kısmi hukuk seçimi konusunda da MÖHUK da bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrin kısmi hukuk seçiminin açık olarak yapılmak kaydıyla kabul edileceğini belirtmektedir. Fakat burada sözleşmenin parçalanması söz konusu olabileceğinden ne azından içeriği itibariyle birbirinden ayrılamayacak olan edimler hususunda kısmi hukuk seçimi ya da birden fazla hukuk seçiminin kabul edilmemesi görüşü ağır basmaktadır. Ayrıca taraflar

[45] Tiryakioğlu, **a.g.e.,** s211.

[46] Yabancı unsurlu sözleşme kavramı için bkz.s2.

[47] Nomer/Şanlı, **a.g.e.** s.293. Yazarlar, taraflar açık bir irade beyanında bulunmamış olsalar da eğer bir hukuk seçimi yapma iradeleri belirlenebiliyorsa örneğin belirli bir kanunun hükümlerinin uygulanmasından hareket etmişlerse, onların bu kanun hükümlerinin yer aldığı hukuk düzenini seçmiş olduklarının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler..

[48] Tiryakioğlu, **a.g.e.,** s.212.

[49] Yargıtay 13. HD'nin 15.6.1993 tarihli, E.1993/2112, K.1993/ 5075 sayılı kararı için bkz Öztürk, **a.g.e.,** s.144.

[50] Yargıtay 11. HD'nin 23.6.1989 tarihli E.1989/4773 K. 1989/3854 sayılı kararı için bkz. Öztürk, **a.g.e.** s.144.

[51] Tiryakioğlu, **a.g.e.,** S.214.

kısmi hukuk seçimi yaparak seçilen hukukun emredici hükümlerinden kaçınamazlar. Bu şekilde yapılan kısmi seçim geçerli olmayacaktır.[52]

MÖHUK m.24/II açık hukuk seçiminin olmadığı durumlarda, objektif bağlama kuralları getirmiştir. İfa yeri hukukuna dayanan bu bağlama noktaları "borcun ifa yeri" hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde "borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri" hukukudur. Bilindiği üzere farklı hukuk düzenlerinde aynı tür borç için değişik ifa yerleri belirlenmesi mümkün olduğundan, ifa yerinin vasıflandırılmasının hangi hukuka göre yapılacağı da önem arz etmektedir. Genel olarak kabul edildiği üzere vasıflandırmanın lex fori'ye göre, yani kendisine başvurulan mahkemenin tabi bulunduğu hukuka göre yapılacağı kabul edildiğinden, Türk mahkemeleri önüne gelen bir uyuşmazlıkta ifa yeri Türk hukukuna göre vasıflandırılacaktır ki bu da bizi Borçlar Kanunumuzun 73. maddesine götürmektedir.[53] BK.m.73/I uyarınca taraflar borcun ifa yerini açık ve örtülü olarak belirleyebilirler. Fakat burada karşımıza bir çelişki çıkmaktadır. Şöyle ki, MÖHUK m.24/II tarafların açık bir hukuk seçimi yapmamış olması halinde, sözleşmeye ifa yeri hukukun uygulanacağını düzenlemişken; BK m.73/I ise borcun ifa yerinin tarafların açık veya zımni iradelerine göre düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Böylece taraflar zımni iradeleri ile ifa yerini ve dolayısıyla MÖHUK m.24/II uyarınca uygulanacak hukuku tespit edebileceklerdir.[54]

Borcun ifa yerinin birden fazla olması durumunda ise, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku uygulanacak hukuk olarak kabul edilecektir. Burada borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimle denilmek istenen karakteristik edimdir. Karakteristik edim sözleşmeye tipini veren, sözleşmede sosyal içeriği ağır basan veya rizikolu olduğu düşünülen edimdir. MÖHUK, çeşitli sözleşme tiplerine göre hangi edimin karakteristik edim olarak nitelendirileceğine ilişkin bir düzenleme getirmemiştir.[55] Fakat genel olarak, sözleşmelerde para ediminin karşılığı olarak yapılan edim karakteristik edim olarak nitelendirilmektedir. Her iki tarafın ediminin de para olduğu sözleşmelerde, rizikosu fazla olan edim karakteristik edim olarak nitelendirilecektir. Mesela, bir ödünç sözleşmesinde, ödünç veren rizikoyu üstlendiği için, onun edimi karakteristik edim olarak kabul edilecektir.[56]

---

[52] Aynı.

[53] Akıncı, **a.g.e.**, s.37-38.

[54] Tiryakioğlu, **a.g.e.** s.213.

[55] Öztürk, **a.g.e.**, s.146. Örneğin, bir satım sözleşmesinde para ediminin karşılığında yapılan menkul malı teslim edimi karakteristik edim olarak nitelendirilecektir.

[56] Akıncı, **a.g.e.**,s.40.

İfa yerinin birden fazla olması, tarafların edimlerinin aynı değerde olup hangisinin ediminin karakteristik edim olacağının bulunamaması gibi durumlarda "karakteristik edimin ifa yeri hukuku" bağlama noktasının bir çözüm yaratamayacağı açıktır. Önce de belirttiğimiz üzere basit sözleşmelerde çok güzel olarak işleyen karakteristik edim çözümü, daha komplike sözleşmelerde pek işe yaramamaktadır. Karakteristik edimin yetersiz olduğuna dair yapılan eleştirilerde ilk olarak gösterilen örneklerden birisi konumuzu oluştura Ortak Girişim sözleşmeleridir.

Karakteristik edimin belirlenemediği durumlarda MÖHUK m.24/II, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukunun uygulanacağını hükme bağlamıştır. En yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku bağlama kuralı, anlaşılacağı üzere yardımcı bir kural olarak düzenlenmiştir. Bu durum haklı bazı eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Objektif kurallardaki katılık bazen hakkaniyete uygun olmayan sonuçların doğmasına sebebiyet verebilecektir. Karakteristik edimin belirlenebildiği bazı durumlarda, karakteristik edimin ifa yeri hukuku sözleşmeyle oldukça az bağlantısı olan bir hukuk sistemini karşımıza çıkarabilir. Örneğin, bir Türk turizm şirketinin, Mısır'a yapacağı gezi turları için Amerikalı bir rehberle anlaşması durumunda, karakteristik edimin ifa yeri Mısır olacak, buda Mısır hukukunun sözleşmeye uygulanmasına neden olacaktır. Sözleşmeyle çok az bağlantısı olan ve tarafların aşina olmadıkları bir hukuk sistemi olan Mısır hukukunun sözleşmeye uygulanacak olmasının pek de adil olmayacağı açıktır.[57]

Anlatılanlar ışığında, en yakın irtibatlı yer hukuku bağlama kuralının yardımcı bir kural olarak değil de, hâkimin somut olayın şartlarına göre her zaman başvurabileceği bir istisna kural olarak düzenlemesinin daha uygun olacağı doktrinde ileri sürülmüştür.[58]

MÖHUK m.24'e yapılan en önemli eleştirilerden biri de uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kurallarının tüm sözleşme tipleri için geçerli olacak şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Tüketici, genel işlem şartları ve iş(hizmet) sözleşmeleri gibi bazı sözleşmelerde en başından itibaren taraflardan biri zayıf konumdadır ve uygulanacak hukukun tespitinde göz önüne alınacak ilkelerden birisi de zayıf tarafın korunması ilkesidir. Zira güçlü olan taraf, kendi menfaatine daha uygun olan hukuku seçmek yoluyla zayıf tarafın lehine olabilecek hükümlerin uygulanmasını önleyebileceğinden, zayıf tarafın korunması gerektiği uluslar arası özel hukukta bir ilke olarak kabul edilmiştir. Ne yazık ki kanunumuz bu ilkeyi göz ardı etmiştir.[59]

[57] Akıncı, **a.g.e.**,s.47: anlatılan örnek sayın Akıncı'nın kitabından alınmıştır.

[58] Öztürk, **ag.e.**,s.147.

[59] Öztürk,**a.g.e.**,s.147;Akıncı **a.g.e.**,48. AT 1980 tarihli Roma Konvansiyonunda da bu tip sözleşmelere ilişkin özel bağlama kuralları getirilmiştir.Örneğin m.5'de tüketici sözleşmeleri ayrı olarak düzenlenmiştir.

Sonuç olarak MÖHUK uyarınca taraflar açık olarak uygulanacak hukuku seçmedikleri takdirde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde karakteristik edimin ifa yeri hukuku uygulanacaktır. Bunların tespit edilememesi durumunda ise sözleşmenin en yakın irtibatlı olduğu yer hukuku sözleşmeye uygulanacaktır.

3. ORTAK GİRİŞİME UYGULANACAK HUKUK

3.1. Genel Olarak Ortak Girişim Kavramı

Ortak girişime uygulanacak hukukun tespitinden önce ortak girişimle ilgili kısa bir girizgâh yapmak uygun olacaktır. Çok değişik alanlarda kurulan ve birbirinden oldukça farklı yapıda iki türü bulunan ortak girişimin tam bir tanımının verilmesi oldukça zordur. İşbu sebeple doktrinde ortak girişim üzerine yapılmış farklı tanımlar mevcuttur. Kaplan ortak girişimi; "İki veya daha fazla hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız kişi veya tüzel kişiliğe haiz şirketlerin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kar elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan ortaklık" olarak tanımlamıştır.[60]

Ortak girişime dair yapılan en önemli ayrım, ortak girişimin kuruluş biçimlerine göre yapılan ayrımdır. Kuruluş şekillerine göre ortak girişim; sözleşmeye dayalı ortak girişim ve sermayeye katılımlı ortak girişim olarak ikiye ayrılır. Sermayeye katılımlı ortak girişim, iki veya daha fazla sayıda, birbirinden hukuki açıdan bağımsız şirketin(kişinin),ortak bir menfaati elde etmek ve riski paylaşmak amacıyla, yeni bir şirket kurmak veya mevcut bir şirkete ortak olmak yoluyla gerçekleştirdikleri bir iş ortaklığı modelidir.[61] Bu tip ortak girişimde ortak girişimi kuran temel sözleşmeden ayrı bir ortaklık sözleşmesi vardır. Bu ortaklık sözleşmesinin ortak girişimin kurulduğu ülkede seçtikleri şirket türüne uygun olması gerekir. Türk hukukuna göre, sermayeye katılımlı olarak bir ortak girişim kurulmak istendiğinde kurulacak şirket TTK m.137 uyarınca tüzelkişiliğe haiz olacaktır ki genellikle bizim ülkemizde bu tip sermayeye katılımlı ortak girişimler Anonim veya Limited şirket olarak kurulmaktadırlar.[62]

Ortak girişimin hukuki yapısına baktığımızda ise ortak girişim ister sözleşmeye dayalı isterse sermayeye katılımlı olsun asıl olarak hukuki yapısı, ön kuruluş sözleşmesi, temel sözleşme ve tabi(uydu) sözleşmelerden oluşur.[63] Sermayeye katılımlı ortak girişimde

[60] Kaplan, İbrahim. **Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture-**.(Ankara:Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 1994)s.5.

[61] Öztürk, **a.g.e.**, s.20-21.

[62] Öztürk, **a.g.e.**, s.22.

[63] Kaplan, **a.g.e.**, s.8.

bunlara ek olarak bir de ortaklık sözleşmesi yapılmaktadır. Kanunlar ihtilafı açısından her bir sözleşme farklı bağlama kurallarına tabi olacağından bu sözleşmelere kısaca değinilecektir.

Ön kuruluş sözleşmesi, temel sözleşmeden önce yapılabileceği gibi, temel sözleşmenin girişi şeklinde de yapılabilir. Ortak girişim sözleşmesinin sonradan yapılamaması halinde bu sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar. Ortak girişim sözleşmesinin yapılması halindeyse, "ön kuruluş sözleşmesi" veya "giriş"(başlangıç maddesi) tarafların hangi maksatla böyle bir sözleşmeye girdiklerini açıklayan ve taraflar dışında üçüncü kişilere yönelik olarak tarafların iradesini yansıtan, hazırlık çalışmaları ile sözleşmenin esası arasındaki köprüyü oluşturan, anlaşmazlık halinde kendisine başvurulabilecek bir kaynak niteliğindedir. Başka bir deyişle, ön kuruluş sözleşmesi, sözleşmenin yapılmasına amil olan fikrin, sözleşmeye hâkim olmasını sağlar.[64]

Ortak girişimde temel sözleşme taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi oluşturur. Ortak girişimin kuruluş amacı ve faaliyet sahası, finansmanı, yönetim usulü, temsili, ortak girişimde karar ve toplantı yeter sayıları, ileride kurulacak ortaklığın türü, ortakların hak ve yükümlülükleri, ortaklığın süresi, sona erme sebepleri, ortaklıktan doğacak ihtilafların çözümünde uygulanacak hukuk ve yargılama usulü gibi hususlar temel sözleşmede düzenlenmektedir.[65] Burada sayılan hususlar dışında da taraflar istedikleri hususları da temel sözleşmede düzenleyebilirler. Genel olarak iş hayatında temel sözleşmelerin hiçbir ihtilafa yer bırakmamak amacıyla oldukça detaylı olarak hazırlandığını görmekteyiz.

Tabi(uydu) sözleşmeler, temel sözleşmedeki hükümler çerçevesinde, ortak girişim ile bunun ortakları arasında değişik konularda yapılan sözleşmelerdir.[66] Ortak girişim ile ilgili lisans sözleşmesi, marka lisansı sözleşmesi, patent lisansı sözleşmesi, teknik yardım ve mühendislik sözleşmesi, konusu inşaat olan ortak girişimde inşaatın belli bölümlerinin yapımına ilişkin inşaat sözleşmeleri bu tip tabi sözleşmelere örnek olarak gösterilebilirler.[67] Temel sözleşmenin tabi sözleşme için bir çerçeve niteliğinde olduğu ve taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, temel sözleşmenin tabi sözleşmeden tabi sözleşmenin de temel sözleşmeden bağımsız olduğunun kabulü gerekir.[68] Bu bağımsızlık tabi sözleşmelerin kendi arasında da bulunmaktadır. Fakat tarafların iradelerinin en doğru

[64] Dayınlarlı, Kemal. **Joint Venture Sözleşmesi.** (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 1989) s.52.

[65] Öztürk, **a.g.e.,** s.28.

[66] Kaplan, **a.g.e.,** s.15.

[67] Aynı.

[68] Kaplan **a.g.e.,**s17; Öztürk **a.g.e.,** s.29.

şekilde tespit edilebilmesi amacıyla bu sözleşmeleri yorumlarken aslında bir bütünü temsil ettiklerinin göz önüne alınması gerekecektir. Temel sözleşme ve tabi sözleşmeler arasında ortaya çıkabilecek ihtilafları önlemek amacıyla, pratik hayat yönelik olarak tabi sözleşmelerin hazırlanmasında temel sözleşme ile paralellik sağlanması, gerektiğinde yollamalar yapılması, sözleşmeler arasında öncelik taşıyanın açıkça belirtilmesi faydalı olacaktır.[69]

Ortaklık sözleşmesi diğer bir deyişle yavru ortaklık ile sermayeye katılımlı ortak girişimde ortaklar, temel sözleşme ile verdikleri daha sonra aralarında bir şirket kurma taahhüdünü yerine getirmiş olmaktadırlar. Temel sözleşmede kurulacak şirketin türü belirtilebilir ama hiç şüphesiz bu ortak girişimin kurulduğu ülke hukukunda yer alan şirket türlerinden birisi olacaktır.[70] Tarafların temel sözleşmeye dayanarak bir ticaret şirketi kurmaları halinde, temel sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği sonucuna varılmamalıdır. Her iki ilişkinin de birbirinden bağımsız olarak düşünülmesi gerekmektedir.

Teorik olarak ortak girişimi oluşturan sözleşmeler birbirinden bağımsız olsalar da ortakların iradeleri bakımından tüm sözleşmelerin bir bütün içinde değerlendirilmesi doğru olacaktır. Zira ortak girişim belli bir amacın yapılması amacıyla kurulmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi temel sözleşmenin bir çerçeve sözleşme niteliğinde olup, ortak girimi oluşturan sözleşmelerin çekirdeğini oluşturmaktadır.[71]

3.2. Temel Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Temel sözleşme, ortak girişimde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin esaslarını tespit eden, ortak girişimin konusunu, ortakların hak ve borçlarını, finansman ve yönetim hususlarını, sona ermesini vs. konularını belirleyen sözleşmedir.[72]

Uluslar arası hukukta, adi şirket hükmündeki temel sözleşme, sözleşme statüsüne tabi tutulur. Dolayısıyla ilk önce tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapıp yapmadıklarına bakılır, eğer yapmışlarsa seçtikleri hukuk temel sözleşmeye uygulanacaktır. Eğer taraflar bir seçim yapmamışlarsa bu takdirde, uygulanacak hukuk objektif esaslara göre belirlenecektir ki bu da genellikle ortaklığın en sıkı irtibatlı olduğu yer hukukudur.[73]

---

[69] Öztürk **a.g.e.**,s.29.

[70] Kaplan, a.g.e., s.14; Öztürk **a.g.e.**,s.30.

[71] Öztürk **a.g.e.**,s.31.

[72] Dayınlarlı **a.g.e.**, s.229.

[73] Öztürk, **a.g.e.**,s 150.

Genel yaklaşımdan farklı olarak İsviçre hukukunda farklı bir uygulamaya gidilmiştir. Şöyle ki, ortaklık bir organizasyona sahip değilse, sözleşmelere uygulanacak olan ihtilaf kuralları uygulanacaktır. Fakat temel sözleşme bakımından taraflar arasındaki ortaklık ilişkisi bir organizasyonu gerektiriyorsa bu durumda sözleşmeye ilişkin değil, şirketlere ilişkin ihtilaf kuralları uygulanacaktır.[74] Bu organizasyon genellikle ortak girişimlerde bulunduğundan, İsviçre hukukunda ortak girişimlerde temel sözleşmeye, şirketlere ilişkin bağlama kurallarını düzenleyen hükümler uygulanacaktır.

Bizim hukukumuzda temel sözleşmeye, sözleşmelere ilişkin ihtilaf kuralları uygulanacak ve buda karşımıza çalışmamızın ilk kısmında detaylı olarak anlattığımız MÖHUK m.24'e götürecektir. MÖHUK 'ta, İsviçre hukukunda ki gibi bir ayrım bulunmamaktadır. Ayrıca sermayeye katılımlı ortak girişimlerde, temel sözleşme bir pay sahipleri sözleşmesi olarak ortaya çıktığından, temel sözleşmeyi, sözleşme statüsüne tabi kılmak doğru olacaktır.[75]

MÖHUK m.24/I uyarınca temel sözleşmeye tarafların açık olarak seçtikleri hukuk uygulanacaktır.[76] Ortak girişim sözleşmelerinde tarafların uygulanacak hukuka ilişkin seçimleri oldukça önem arz etmektedir. Zira ortak girişimler genellikle birden fazla devletin tabiiyetinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin bir araya gelmesiyle oluşur ve böyle bir ortaklığa hangi devletin hukukunun uygulanacağı da ortak girişim açısından çok önemlidir.[77] Taraflar önceden ortak girişime uygulanacak hukuku seçerek hem bir anlamda hukuki kesinliği sağlamış, hem de sözleşmeye en uygun hukukun tespiti esnasında ortaya çıkabilecek olan sorunları bertaraf etmiş olurlar.

Taraflar uygulanacak hukuk olarak "lex mercatoria kurallarını"[78] seçebilirler. Ancak, bu durumda uyuşmazlığı çözmekle yetkili yargı merciinin tutumu oldukça önem kazanmaktadır. Eğer ki yetkili yargı mercii olarak tahkim seçilmişse bu kuralların geçerliliği daha kolay olacaktır ancak bir milli mahkemenin yetkili olması durumunda bu

[74] Öztürk, **a.g.e.**,s 150-151; İsviçre milletlerarası özel hukuk kanununu m.150/II uyarınca organizasyonlu temel anlaşmanın varlığı bazı şartların sağlanması halinde mümkün olacaktır. Bu şartlardan birincisi, adi şirket ortakları arasında bir iç yapılanmanın olması gerektiğidir. Başka bir deyişle, ortakların belli bir amacı gerçekleştirmek üzere ortak görev ve faaliyetlerinin olması gerekmektedir. İkinci şart ise, adi şirketin dışarıya karşı bir şirket görünümü sergilemesine ilişkin olup, bu adi şirketin bir başı başına bir hukuk süjesi olarak hareket etmesi gerekmektedir.

[75] Aynı.

[76] Dayınlarlı **a.g.e.**, s.229: Dayınlarlı'ya göre taraflar uygulanacak hukuku zımnen de seçebilirler. Her ne kadar bu görüş daha makul olsa da kanunun lafzından zımni iradeye yer vermediği gayet açıktır.

[77] Öztürk, **a.g.e.**, s.152.

[78] Milletlerarası ticarete özgü kurallar, milletlerarası ticari teamül kuralları.

kuralların kabulü hem yetkili mahkeme hem de tenfiz mahkemesi açısından zorluklar taşır. Dolayısıyla tarafların uluslar arası ortak girişimlerine uygulanacak hukuk olarak beli bir devlet hukukunu seçmeleri kendi menfaatleri açısından daha faydalı olacaktır.[79]

Ortak girişimin tarafları temel sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemişlerse bu takdirde, borcun ifa yerine bakılacaktır. Genellikle ortak girişimde birden fazla ifa yeri olduğundan, bu takdirde karakteristik edimin ifa yerine bakılacaktır. Ancak ortak girişimlerde genellikle tarafların edimleri arasında bir denge söz konusu olduğundan karakteristik edimin tespiti oldukça zorlaşacak hatta imkânsızlaşacaktır. Bu takdirde, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Örnekleyecek olursak, Kanadalı firmalar grubu, Türk firmalar grubu ile Ankara metrosunun yapımını üstlenirlerse, Türk hukuku en yakın irtibatlı ülke hukuku olacaktır. Zira hem Türk firmalar mevcuttur hem de metro Türkiye'de yapılmaktadır.[80] Yine Dayınlarlı'nın belirttiği üzere bazı durumlarda ortak girişimin ifa edeceği işin niteliği gereği bir şantiye kurma veya belli bir organizasyon kurma söz konusu olabilir ve bu gibi durumlarda bu şantiyenin kurulacağı veya organizasyonun gerçekleştirileceği yer hukuku, " en yakın irtibatlı" hukukun belirlenmesinde rol oynayacaktır.[81]

3.3. Tâbi(Uydu) Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Çok çeşitli alanlarda yapılabilen tabi(uydu) sözleşmelerinin temel sözleşmeye aykırı olmamaları esas olsa da temel sözleşme ve tabi sözleşmeler birbirlerinden bağımsızdırlar ve her biri kendi sözleşme statüsüne bağlı olacaktır.[82] Tabi hukuka uygulanacak hukukun tespitinde yine MÖHUK m.24'de hareket edilecektir. Temel sözleşmeye uygulanacak hukuk ile tabi sözleşmelere uygulanacak hukukun birbirinden farklı olmaması gerektiği ileri sürülmektedir.[83] Fakat bazı durumlarda farklı hukuklara bağlı olabileceklerini kabul etmekte fayda vardır. Örneğin, yukarıda verilen ortak girişim tarafından yapılacak metro inşaatının inşası için yapılan bir hizmet sözleşmesinde en yakın irtibatlı hukuktan ziyade zayıf tarafın ki burada işçinin korunması esas olmalıdır. Ne yazık ki MÖHUK tüm sözleşme tiplerine ilişkin bağlama kurallarını tek bir maddeye indirgediğinden bu yorumumuzun da havada kaldığı söylenebilir.

---

[79] Öztürk, **a.g.e.**, s.152.
[80] Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.230.
[81] Aynı.
[82] Öztürk, **a.g.e.**, s.155.
[83] Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.230.

3.4. Sözleşme Statüsünün Kapsamı

Sözleşme statüsü kavramı ile sözleşmeye uygulanacak hukuk ifade edilmek istenmektedir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, yani sözleşme statüsü objektif veya sübjektif hangi kıstas ışığından tespit edilirse edilsin, sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamının belirlenmesi gerekir. Sözleşme statüsü, sözleşmenin kuruluşuna hüküm ve sonuçlarına uygulanacağından bu uygulamanın kapsamının da belirlenmesinde fayda vardır.[84]

Ortak girişim sözleşmesine(temel sözleşme) uygulanacak hukuk; sözleşmenin kuruluşu ve kuruluştan doğan bütün sorunlar, tarafların hak ve borçları, ortaklığın idaresi ve temsiline ilişkin hususları, ortaklığın infisahı ve tasfiyesi hakkındaki bütün konuları kapsayacaktır. Ekseriyetle taraflar oldukça ayrıntılı bir şekilde birbirlerini bağlayıcı koşullar düzenleseler de, tarafların aralarında kararlaştırmadıkları alanlarda da, taraflarca yapılan seçim sonucunda tespit edilen yetkili hukukun (veya taraflar seçim yapmamışlarsa, objektif bağlama kurallarına göre belirlenen yetkili hukuk) tamamlayıcı kuralları uygulanacaktır. Mesela yetkili hukukun Türk hukuku olması halinde, BK 520 vd. tarafların aralarında düzenlememiş oldukları hususlara uygulanacaktır.[85]

Borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olan tabi sözleşmelere uygulanacak hukuk ise; sözleşmenin kuruluşu, irade bozukluğu halleri ve sözleşmenin kuruluşu ile ilgili olan diğer geçerlik şartlarına, sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşmeden doğan borçların ifasına, borçların ödenmemesine ve sözleşmenin sona ermesine ilişkin hususları kapsayacaktır.[86]

Sözleşmenin kuruluşu ile ilgili tüm sorunlar sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Sözleşmenin kuruluş aşamasında hazır bulunmayanlar arasında yapılan icap ve kabule dair bazı duraksamalar vardır. Zira icabın yapıldığı anda henüz sözleşme kurulmamış olduğundan, icap hakkında hangi hukukun uygulanacağına yönelik farklı görüşler oluşmuştur. Bazı yazarlar[87], icaba icapta bulunanın ikametgâhı hukukunun uygulanması gerektiğini söylerken diğer bazı yazarlar da bunun adilane bir çözüm olmadığını zira bir kişinin icaba karşılık olarak yapacağı eyleme her hukuk sisteminde farklı anlamlar yükletilmiş olabileceğini ileri sürmektedirler.[88] Mesela bir Alman tacirin

[84] Öztürk, **a.g.e.**, s.156.

[85] Aynı.

[86] Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s.44vd; Öztürk, **a.g.e.**, s. 156.

[87] Öztürk, **a.g.e.**, s. 157: ilk görüşü savunan yazarlara örnek olarak G. Tekinalp ve E. Moroğlu, diğer görüşü savunanlara ise Jaffey ve Ole Lando gösterilebilir.

[88] Aynı.

Belçikalı tacire yaptığı icaba Belçikalı tacir cevap vermemiştir. Alman hukukuna göre susma icabı kabul anlamına gelirken, Belçika hukukuna göre susma kabul anlamına gelmemektedir. Bu durumda kendisine icapta bulunulan kişinin işyerinin bulunduğu yer olan Belçika hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilmiştir ki bizce de bu çözüm daha yerindedir.[89] Zira kişilerden, başka hukuklardaki eylemlere yükletilen hukuki anlamları bilmelerini beklemek doğru olmadığından, kendisine icapta bulunulan kişinin icaba karşılık olarak yaptığı eylemlere o kişinin ikametgâh veya mutat mesken(ticari bir sözleşme söz konusuysa "iş yeri hukuku") hukukuna göre anlam verilmelidir.

Sözleşmenin kuruluşundan doğan sorunların sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi tutulması sonucu sözleşmenin kuruluşu ve hükümleri tek bir hukuk düzeni tarafından idare edilmiş olacaktır. Sözleşme henüz kurulmadan çıkabilecek sorunlarda ise, eğer sözleşme geçerli olarak kurulmuş olsaydı, sözleşmeye uygulanacak hukuk hangisi olacak idiyse, sözleşmenin kuruluşunda çıkabilecek sorunlar da bu hukuka tabi olmalıdır.[90]

Yukarıda icap ve kabule ilişkin anlattıklarımız uydu sözleşmeler için geçerli olup, temel sözleşmeler açısından bir hüküm ifade etmez. Zira temel sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile değil, tarafların aynı amaca yönelik iradelerinin birbirlerine ulaşması ile kurulur.

3.5. Sözleşme Statüsü Dışında Kalan Haller

3.5.1. Ehliyet

Kara Avrupası hukuk sistemlerinde, Anglo-Sakson hukuktan farklı olarak sözleşme hükümlerine ilişkin bağlama kuralları ehliyet ve şekle uygulanmaz. Kara Avrupası'nda egemen olan görüşe göre, ehliyet hususunda tarafların milli hukuku uygulanacaktır. Zira bir kişinin bir sözleşme ilişkisine girerken bu sözleşme için ehil olup olmadığını en iyi bilebileceği hukuk kendi hukukudur. Burada söz konusu olan ehliyet "fiil ehliyetidir". Anglo-Sakson hukukunda ise eğilim sözleşmeye uygulanacak hukukun(*lex loci contractus*) ehliyete de uygulanması biçimindedir.[91]

Ehliyeti katı bir biçimde kişisel kanuna tabi kılmak her zaman uygun olmayacaktır. Zira kendi hukukuna göre ehil olmayan bir kimse, ehil olduğu kabul edilen başka bir ülkede işlem yapabileceğinden kişinin bir hukuka göre ehil diğer bir hukuka göre ise ehliyetsiz sayılması sonucu çıkabilecek ve bu durum kötüye kullanılabilecektir. Mesela,

[89] Ole Lando. **Contracts.**(International Encyclopedia of Comperative Law Quarterly, Vol.3 Chapter 24)s.103-104 için bkz. Öztürk, **a.g.e.,** s. 157-158.

[90] Öztürk, **a.g.e.,** s. 157.

[91] Tiryakioğlu, **a.g.e.,** s.66vd; Öztürk, **a.g.e.,** s. 163-165; Akıncı, **a.g.e.,** s.52-54.

kendi milli hukukunca fiil ehliyeti olmayan A, gittiği X ülkesinde bir satım sözleşmesi akdetsin ve X ülkesi hukukuna göre fiil ehliyeti sahibi olsun. Bu durumda A bu yaptığı sözleşmenin kendisini bağlamadığını zira kendisinin fiil ehliyetine sahip olmadığı ve dolayısıyla sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürüp karşı tarafı mağdur edebilir. Bu tip durumları önlemek amacıyla "kişi kendi milli kanuna göre ehil sayılmasa bile, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehil sayılmakta ise söz konusu hukuki işlem bakımından ehil olduğunun" kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüş ve bu kural hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde yerini almıştır.

MÖHUK m. 8/I hak ve fiil ehliyetinin ilgilinin milli hukukuna tabi olduğunu belirtikten sonra ikinci fıkrasında milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancının eğer Türk hukukuna göre ehilse, Türkiye'de yaptığı işlemle bağlı olacağını hükme bağlamış ve ehliyetin kişisel hukuka tâbiiyet kavramını esnekleştirmiştir. Ancak kanun koyucunun bu esnekleştirmeyi yaparken neden tek taraflı davranıp sadece Türkiye'de yapılacak işlemler açısından bunu kabul etmesi anlaşılır değildir. Zira uluslararası özel hukuktaki eğilim bu esnekleştirmenin iki yanlı olarak yapılması yönündedir.[92] Buradaki amaç uluslararası toplumun menfaatlerini gözetmektir ne yazık ki kanun koyucumuz bu kuralı tek yanlı yaparak sadece Türk vatandaşlarının menfaatini gözetmiş olmaktadır. MÖHUK m. 8/II de belirtilen bu kuralın uygulanabilmesi için bazı koşullar gerekmektedir. Öncelikle sözleşme ilişkisine giren kişinin kendi hukukuna göre ehil olmaması, işlemin Türkiye'de yapılmış olması(tek yanlı düzenleme) ve borç ilişkisinin hazırlar arasında yapılmış olması gerekmektedir. Her ne kadar MÖHUK'da iyi niyet şartı aranmasa da Türk hukukunda bu şartın da aranması gerektiği ve ancak MK m.3 hükmünce diğer tarafın söz konusu ehliyetsizliği bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda kuralın uygulanamayacağı kabul edilmiştir.[93]

Sözleşmeler alanında gerçek kişilerin ehliyetlerine ilişkin anlatılanlar ortak girişimdeki temel sözleşme ve tabi sözleşmeler açısında da geçerli olsa da temel sözleşmenin taraflarının çoğunlukla tüzel kişi olduğundan hareketle ehliyet konusunun bir de tüzel kişiler açısından ele alınması gerekmektedir.[94] MÖHUK m.8/V tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerini, statülerindeki idare merkezi

[92] Örneğin Avrupa Topluluğu 1980 Roma Konvansiyonu m.11 de bu hüküm iki yanlı olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "aynı ülkede gerçek kişiler arasında yapılan bir sözleşmede, sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna göre ehil olan bir gerçek kişi, başka hukuka göre ehliyetsiz olmasını ancak karşı tarafın kendi ehliyetsizliğinin farkında olması veya farkında olmasa bile ihmali sonucu fark edememesi durumunda ileri sürebilecektir".

[93] Öztürk, **a.g.e.**, s.165.

[94] Aynı.

hukukuna tabi tutmuş ve fakat fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukukunun da uygulanabilir olduğunu hükme bağlamıştır.

3.5.2. Şekil

Sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk, sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamı dışında bırakılmış ve şekle ilişkin hususlar *locus regit actum* ilkesinden hareketle sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna tabi tutulmuşlardır.[95] Fakat zaman içinde, *locus regit actum* ilkesinin tek başına uygulanmasından vazgeçilmiş ve bu kural zorunlu bir bağlama unsuru olmaktan çıkıp, sözleşme statüsü ile birlikte alternatif olarak uygulanmaya başlanmıştır. MÖHUK da uluslararası bu eğilimi dikkate alarak m. 6'da hukuki işlemlerin, yapıldıkları yer hukukunun veya hukuki işlemin statüsünün öngördüğü şekle uygun olarak yapılabileceğini hükme bağlamıştır.

Ortak girişimdeki temel sözleşme ve tabi sözleşmelerin Türkiye'de yapılması veya yetkili hukuk olarak Türk hukukunun seçilmesi halinde bu sözleşmeler, Türk hukukunun şekil bakımından aradığı koşulların yerine getirilmesi ile geçerli olarak kurulabileceklerdir. Temel sözleşmenin bir adi şirket hükmünde olduğu kabul edildiğinden, bu sözleşmeye BK m.520 vd hükümleri uygulanacaktır ki Türk hukukunda adi şirketin kuruluşunda şekil şartı aranmamaktadır. Fakat ispat şartı açısından yazılı olarak yapılmalarında fayda vardır.[96]

Tabi sözleşmeler, ortak girişimin tarafları veya üçüncü kişilerle çok değişik alanlarda yapılan sözleşmelerdir. Birbirinden bağımsız olan bu sözleşmelerin her biri bakımından sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk da değişik olacaktır. MÖHUK m. 6'ya göre uygulanacak hukuk Türk hukuku ise Borçlar Kanununda o sözleşme için aranan şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekecektir. Örneğin Türk hukukunun yetkili hukuk olarak seçildiği ortak girişim ilişkisi dâhilinde yapılan bir iş sözleşmesinde(tabi sözleşme), taraflar sözleşme süresini bir yıl veya daha uzun bir süre için yapmak isterlerse bunun yazılı olarak yapılması zorunludur.[97]

3.6. Sözleşme Statüsünün Uygulanmasını Sınırlayan Haller

3.6.1. Kamu Düzeni

Belli bir ülkede belli bir dönemde geçerli olan toplumun siyasi, sosyal ekonomik ve hukuki açıdan temel yapısını ve menfaatlerini ilgilendiren kuralar bütününe kamu

[95] Akıncı, **a.g.e.** S.51-52; Öztürk, **a.g.e.**, s.165.
[96] Öztürk, **a.g.e.**, s.167-168.
[97] Aynı.

düzeni diyebiliriz.[98] Kanunlar ihtilafı kuralları gereğince uygulanacak yabancı hukukun belli bir olaya tatbik edilmesi, ülkenin kamu düzenini bozuyorsa, söz konusu hukukun uygulamasından vazgeçilebilecektir.[99]

Kamu düzeni istisnai bir nitelik taşımakta olup, yetkili hukuk olarak tespit edilen hukukun somut olaya uygulanması, kamu düzeninin ihlali sonucunu sebep oluyorsa yabancı hukuk uygulanamayacaktır. Kısacası esas olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Kamu düzeni ise yabancı hukukun uygulanmasına mani olan bir istisnadır.[100]

Türk hukukunda da kamu düzeni istisnai olarak görülmektedir. MÖHUK m.5'e göre, kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkilendirilen yabancı hukuk ülkenin kamu düzenine "açıkça" aykırılık teşkil etmemesi şartıyla uygulanma imkânına sahip olacaktır. Bu maddeye göre esas olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Yabancı hukukun uygulanması bizim için tahammül edilemez şekilde kamu düzenimizin ihlali sonucunu meydana getirmekte ise bu hukukun ilgili hukuk kurallarının uygulanmasından vazgeçilecektir.[101] Yabancı hukukun bizim hukukumuzdan farklı bir kodifikasyona sahip olması, söz konusu yabancı hukukun kamu düzenimizi ihlal ettiği anlamına gelmez.[102] Kamu düzeni istisnasının oldukça dikkatli bir biçimde ve niteliği gereği istisnai olarak uygulanması gerekir.

Öztürk, ortak girişime ilişkin olarak kamu düzeninin ihlalini teşkil edebilecek örnekler vermiştir. Bir inşaat işini üstlenmek için Türk ve Romanya firmaları arasında kurulan bir ortak girişimde taraflar temel sözleşmede Romanya hukukunu yetkili hukuk olarak seçmişlerdir. Romanya hukukuna göre, ortak girişimlerde pilot firma dışındaki diğer firmaların, şirket işlerini ve defterlerini inceleyemeyecekleri düzenlenmişse, bu Türk kamu düzeninin ihlali olarak algılanacaktır. Zira Türk hukukuna göre ortak girişimler adi şirket niteliğindedirler ve bir şahıs şirketi olan adi şirkette ortaklardan birinin dışarıya karşı ortaklığı temsil için seçilmiş olması diğer ortakların şirket denetiminde sahip oldukları hakları ortadan kaldırmayacaktır. Bu durumda Romanya hukuku uygulanamayacaktır.[103]

---

[98] Öztürk, **a.g.e.**, s.170.
[99] Akıncı, **a.g.e.** s.54.
[100] NOMER/ŞANLI, **a.g.e.**, s.160.
[101] Aynı.
[102] Akıncı, **a.g.e.**, s.55.
[103] Öztürk, **a.g.e.**,s.173.

3.6.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Kanun koyucunun bazı konularda koymuş olduğu kurallar, yabancı unsurun varlığı gözetilmeksizin o ülkede doğrudan doğruya uygulanacaktır. Daha çok kamu hukuku niteliği taşıyan bu kurallar, sözleşme statüsünün uygulanmasını sınırlar. Doğrudan uygulanan kurallar için tam bir terim birliği bulunmamakla birlikte, müdahaleci kurallar(overriding rules), emredici kurallar(mandatory rules) gibi değişik iafadeler kullanılmaktadır.[104]

Kamu düzeninin müdahalesi sonucu yetkili yabancı hukukun uygulanmasının önlenmesi ile bir kuralın doğrudan uygulanır nitelikte olması birbirinden farklı durumlardır. İlkinde yabancı hukukun uygulanması hâkimin kamu düzenini ihlal edici sonuçlar verdiği için yabancı hukuk uygulanmamaktadır. Hâlbuki doğrudan uygulanan kurallarda, uygulanacak hukuka gidilemeden, kural uyuşmazlığa doğrudan uygulanmaktadır.[105]

Ortak girişimlerdeki temel sözleşme ve tabi sözleşmelere uygulanacak hukukun da doğrudan uygulanan kurallar ile sınırlandırılması mümkündür. Rekabet kuralları ortak girişime uygulanacak hukuku sınırlayabilecek doğrudan uygulanan kurallardan ilk akla gelenlerden birisidir. Buna göre; "Türkiye'de kurulan ve faaliyet gösteren ve Türk piyasalarını etkileyen bir ortak girişim, ister sözleşmeye ister sermayeye katılımlı olarak kurulsun, 4054 sayılı Rekabetin korunması Hakkındaki Kanuna ve ilgili mevzuata tabi olacaktır.[106] Yine Türkiye'de kurulmuş bir ortak girişimin faaliyetlerini yürütmesi amacıyla yapılan bir iş sözleşmesine (tabi sözleşme) hangi hukuk yetkili kılınırsa kılınsın, kıdem tazminatı, işçi sağlığı ve iş güvenliği hususları açısından İş Kanunu doğrudan uygulanacaktır.[107]

3.7. Ticaret Şirketine Uygulanacak Hukuk

Uluslararası özel hukukta, tarafların seçim yaparak sermaye şirketleri ile diğer tüzel kişilerin tabi olacakları hukuku belirleme imkânları bulunmamaktadır. Bunun nedeni olarak, şirket sözleşmelerinin her ne kadar özel hukuka ilişkin sözleşmeler olsalar da mahiyetleri itibariyle kamu düzenini büyük ölçüde ilgilendiren sözleşmeler oldukları gösterilmektedir.[108]

---

[104] Akıncı, **a.g.e.** s.56-57; Öztürk, **a.g.e.,** s.173-179.

[105] Aynı.

[106] Öztürk, **a.g.e.,** s.179.

[107] Aynı.

[108] Berki, Osman Fazıl. Türk Hukukunda Kanun İhtilafları.

3.7.1. Tüzel Kişilerin Tabiiyeti

Yabancılar hukuku bakımından yerli ve yabancı tüzel kişilerden söz edilebilir ve bu ayırım tüzel kişinin hangi hukuk düzenine bağlı olduğu anlamına gelir ve fakat bu, tüzel kişilerin bir tabiiyeti bulunduğu anlamına gelmeyecektir.[109] Günümüzde tüzel kişilerin onları oluşturan gerçek kişilerden farklı bir tabiiyeti olduğu kabul edilmekle birlikte, bu tabiiyetin belirlenmesinde, gerçek kişilerin tabiiyetini belirleyen kriterlerden hareket edilemeyeceği kabul edilmektedir.[110] Tüzel kişilerin tabiiyetlerinin belirlenmesinde hangi kriterlerden hareket edileceğine ilişkin, "tüzel kişiliğin merkezinin bulunduğu yer hukuku" ve "kuruluş yeri hukuku" olmak üzere iki temel görüş vardır.

"Tüzel kişiliğin merkezinin bulunduğu yer hukukunu" dikkate alan görüşe göre, hak ve fiil ehliyeti hakkında tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu yer hukuku yetkilidir. Kara Avrupası hukuk sistemlerin egemen olan bu görüşe merkez teorisi de denmektedir.[111] Diğer bir görüş olan "kuruluş yeri sistemine" göre tüzelkişiler hukukuna göre kurulduğu ve tüzel kişilik kazandığı devletin tabiiyetinde olup; hak ve fiil ehliyetleri açısından da bu devletin hukukuna bağlı olacaklardır. Anglo-Sakson hukuku bu ikinci görüşü desteklemektedir.[112] Hangi görüşün daha isabetli bir görüş olduğunu söylemek çok zordur. Zira her devlet kendi ekonomik ve sosyal yapısının lehine olan sistemi benimseyecektir. Sermaye ihraç eden ülkeler merkez yeri sistemini, sermaye ithal eden ülkeler ise kuruluş yeri sistemini benimsemek isteyeceklerdir.[113]

3.7.2. Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Tabiiyeti

Türk hukukunda tüzel kişilerin tabiiyetine ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat MÖHUK m.8/V tüzel kişilerin tabiiyetine ilişkin bize yol gösteren önemli bir hükümdür. Zira anılan maddede tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinin hangi hukuka tabii olacağı gösterilmiştir. Bu maddeye göre; "*tüzel kişilerin veya kişi mal ve topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.*" Bu madde ile Türk hukukunda "merkezi idare" sistemi benimsenmiş gibi görünmektedir. Ancak Türk hukuku bakımından TTK'nın rejimi uyarınca, kuruluş yeri ile statüdeki idare merkezi birbirinden farklı olamayacaktır. Yani Türkiye'de bulunan bir

---

[109] NOMER/ŞANLI, **a.g.e.,** s.221vd.

[110] Arat, Tuğrul. Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti. (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, 1970) s.63.

[111] NOMER/ŞANLI, **a.g.e.,** s.221.

[112] Arat, **a.g.e.,** s.69vd.

[113] Öztürk, **a.g.e.,** s.183.

şirketin statüdeki idare merkezi de Türkiye olacaktır. Ayrıca ortaklık sözleşmesinde idare merkezi olarak başka bir ülkenin gösterilmesine rağmen, ortaklığın gerçek(fiili) idare merkezinin Türkiye'de olması durumunda yine Türk hukuku uygulanacaktır.[114]

3.7.3. Ortaklık Statüsü

Hukukumuzda ortaklık statüsünü(ortaklığa uygulanacak hukuk) açıkça düzenleyen hüküm bulunmadığından, MÖHUK m.8 gibi yol gösterici hükümlerden faydalanmak suretiyle ortaklık statüsü, şirketin kurulduğu ve idare merkezinin de bulunduğu devletin hukuku olacaktır.[115]

MÖHUK'da ortaklık statüsü düzenlenmediğinden, tespit edilecek statünün kapsamının da ne olacağı belli değildir. Ancak Öztürk, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunundan hareketle şirket statüsünün aşağıdaki hususları kapsayacağını belirtmiştir.[116]

Şirketin hukuki niteliği,
Kuruluşu ve feshi,
Hak ve fiil ehliyeti,
Ticaret unvanı,
Organizasyonu,
İç ilişkileri,
Şirket sözleşmesine aykırılığın sonuçları,
Şirket borçlarından doğan sorumluluk,
Şirketin temsili

Belirtmemiz gereken bir diğer hususta tarafların tüzel kişiliğe sahip bir şirket kurmadan önce aralarında yaptıkları temel sözleşme ortaklık statüsüne dışında kalacaktır ve bu sözleşme, sözleşmeye uygulanacak hukuka bağlı olacaktır. Tüzelkişilerin üçüncü kişilerle yaptıkları sözleşmeler de ki biz bunlara tabi(uydu) sözleşme diyoruz, ortaklık statüsünün dışında kalacaktır. Zira her biri kendi uygulanacak hukukuna bağlıdır.[117]

SONUÇ

Ortak girişime uygulanacak hukuk konusunu incelediğimiz çalışmamızda ilk olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk ele alınmıştır. Türk hukukunda MÖHUK m.24 uyarınca

[114] Öztürk, **a.g.e.,** s.186.

[115] Öztürk, **a.g.e.,** s.187.:İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk kanununda şirketlerin organize oldukları hukuka bağlı olduğu belirtilmiştir.

[116] Aynı.

[117] Öztürk, **a.g.e.,** s.188-189.

taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmek hakkına serbesttirler. Ancak tarafların bu hususta açık bir beyanları olmadığı takdirde sözleşmeye borcun ifa yeri hukuku, borcun birden fazla olması halinde ise karakteristik edimin ifa yeri hukuku bu yerin de tespit edilemediği hallerde, sözleşmeye en yakın irtibat halinde bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Karakteristik edim kavramının basit sözleşmelerde işe yaradığı görülmekte ise de, konumuz olan ortak girişim gibi komplike sözleşmelerde pek de yararlı olamadığı göze çarpmakta ve karakteristik edim bu yüzden eleştirilmektedir. Zira ortak girişim gibi sözleşmelerde taraflardan hangisinin edimin karakteristik olduğunu tespit etmek oldukça zor hatta imkânsızdır.

Sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin bu genel anlatımdan sonra ortak girişime uygulanacak hukuk konusu detaylı olarak incelenmeye çalışılmıştır. Ortak girişimin hukuki yapısına baktığımızda ise ortak girişim ister sözleşmeye dayalı isterse sermayeye katılımlı olsun asıl olarak hukuki yapısı, ön kuruluş sözleşmesi, temel sözleşme ve tabi(uydu) sözleşmelerden oluşur. Sermayeye katılımlı ortak girişimde bunlara ek olarak bir de ortaklık sözleşmesi yapılmaktadır. Kanunlar ihtilafı açısından her bir sözleşme farklı bağlama kurallarına tabi olduğundan bu sözleşmeler ayrı olarak ele alınmıştır. Temel sözleşme ve tabi sözleşmelere, sözleşme nitelikleri dolayısıyla MÖHUK m. 24'de hükümler uygulanacaktır. Ortaklık sözleşmesine ise sözleşmeye dair hükümlerin uygulanamayacağının kabulü gerekir. Zira ortaklık sözleşmesi ile ortaklar(sermayeye katılımlı ortak girişimde) temel sözleşme ile verdikleri daha sonra aralarında bir şirket kurma taahhüdünü yerine getirmiş olmaktadırlar. Dolayısıyla ortaklık sözleşmesine şirketin tabi olduğu hukuk uygulanacaktır. Belirtmek gerekir ki tarafların seçim yaparak sermaye şirketleri ile diğer tüzel kişilerin tabi olacakları hukuku belirleme imkânları bulunmamaktadır. Tüzel kişilerin veya kişi mal ve topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi olacağı MÖHUK m.8/V ile kabul edilmiştir

Sonuç olarak ortak girişime uygulanacak hukuk konusunda temel sözleşme ve tabi sözleşmeler açısından, sözleşmeye uygulanacak hükümlere; ortaklık sözleşmesi açısından ise, tüzel kişiliğe uygulanacak hükümlere bakmak durumunda kalmaktayız.

CEZA MUHAKEMESİNDE MADDİ GERÇEK

Ar. Gör. Hakan KARAKEHYA*

Bir gerçeği hakkıyla öğrenebilmek için, öncelikle... ona karşı mücadele etmeliydik.[1]

Çalışma Planı: *Giriş; Maddi Gerçek Kavramının Tanımı ve Kavrama İlişkin Genel Açıklamalar; Tarihte Maddi Gerçeğin Araştırılmasında Başvurulan Bazı Yöntemler; Maddi Gerçeğin Unsurları: Genel olarak, Maddi gerçeğin geçmişte olup bitmiş bir olaya ilişkin olması, Olayın oluş biçiminin deliller vasıtasıyla ortaya konulması; Maddi Gerçeğin Mutlak Gerçekten Farkı; Maddi Gerçeğin Bulunmasındaki Temel Kıstas Olarak Vicdani Kanaat; Sonuç*

Giriş

Devletler, tarih boyunca, toplum içerisinde düzeni sağlamak için toplumsal hayatı düzenleyen kurallar oluşturmuşlar ve bunlara aykırı davranışları, çoğu kez çeşitli müeyyidelere bağlamışlardır.[2] Devletin sosyal hayatı düzenlemek ve onu değiştirmek için başvurabileceği en etkili araçlarından birisi de *ceza*dır.[3] Ceza hukukuna ilişkin kuralların ihlali durumunda, faile öngörülen cezai sonuçlardan[4] birisi olan *ceza*nın belirlenip faile

* Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi; Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi.

[1] "To become properly acquainted with a truth we must first have... disputed against it" (Novalis'in bir şiirine atfen) Jay Sterling Silver, "Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right", **Wisconsin Law Review.**, 1990, s. 1035

[2] Büyüyen tehlike ve tehditler karşısında bireysel savunmanın yetersizliğini gören insanlar, kolektif güvenlik sistemleri kurmaya başlamışlar ve bu amaçla bir araya gelerek ilk devlet örneklerini oluşturmuşlardır. İlerleyen süreçte bu yapılar giderek daha çok kurumsallaşmış ve kurulan düzen zaman içerisinde adaletle uyuşturulmaya başlanmıştır. Bu şekilde adaletten nasibini alan devlet, doğa ve nitelik değiştirmiş, bu arada da adaletin değişik görünüm ve anlayış şekilleri ortaya çıkmıştır. Yahya Kazım Zabunoğlu, **Kamu Hukukuna Giriş-Devlet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973, s.65 vd.

[3] Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.19

[4] "Bugün ceza ve ceza müeyyidesi yerine, daha kapsamlı bir kavram olan cezai sonuçlar kavramını kullanmak gerekmektedir. Zira günümüzde suç için öngörülen müeyyide sadece cezadan ibaret değildir." **Toroslu**, (Genel Kısım) s.17.

uygulanabilmesi ise, ancak iddia, savunma ve yargılama makamlarının kolektif bir faaliyeti olan ceza muhakemesinin sonunda mümkün olabilmektedir.

Biz bu çalışmamızda, ortaya çıkartılması ceza muhakemesinin temel amaçlarından bir tanesi olan maddi gerçek kavramını net bir şekilde ortaya koyma gayreti içerisinde olduk. Bunu yaparken de; maddi gerçeğin tanımlanması, tarihte maddi gerçeğin bulunmasına ilişkin uygulanan bazı yöntemlerin incelenmesi, maddi gerçeğin unsurlarının ortaya konulması, mutlak gerçekten farkının belirlenmesi ve vicdani kanaatin maddi gerçeğin bulunmasındaki temel ölçüt oluşunun tespiti çalışma sistematiğimizi oluşturdu.

1. Maddi Gerçek Kavramının Tanımı ve Kavrama İlişkin Genel Açıklamalar

Ceza muhakemesinde geçmişte olmuş bitmiş bir olayın nasıl gerçekleştiği en önemli sorundur. Çünkü bu muhakeme dalında, geçmişteki olay, onu temsil eden deliller vasıtasıyla ortaya konulacak, bu şekilde sanığın suçlu olup olmadığı tespit edilecek, sanık suçlu ise cezalandırılacak, suçsuz ise de beraat ettirilecektir[5].

Geçmişte olup bitmiş bir olayın veya olaylar bütününün deliller vasıtasıyla ortaya konmuş haline maddi gerçek denilir[6] ve ceza muhakemesi maddi gerçeğin bulunmasına hizmet eder.

Ancak maddi gerçeğin bedeli ne olursa olsun araştırılması ve ona ulaşmak için her türlü yolun mubah sayılması da kabul edilemez. Modern ceza muhakemesinin en önemli kazanımlarından birisi, soruşturma ve kovuşturma makamlarının her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeği araştırmalarına izin verilmemesidir.[7] Çünkü maddi gerçeğin araştırılması sırasında karşılaşılabilecek ve bir hukuk devleti tarafından korunması gereken bazı menfaatler vardır.[8] Bu bağlamda muhakeme sırasında, başta sanık olmak üzere muhakemeye katılan bireylerin haklarına saygı gösterilmeli ve muhakeme bu bilinçle yürütülmelidir. Bu vurguyu yaptıktan sonra şunu da belirtmek gerekir ki, her ne kadar muhakemenin yegane amacı olmasa da, *maddi gerçeğe ulaşma* ve buna bağlı olarak hukuki sorunu çözme gayesi, ceza muhakemesinin başlama sebebini teşkil etmektedir.

2. Tarihte Maddi Gerçeğin Araştırılmasında Başvurulan Bazı Yöntemler

Günümüze kadar geçen süreçte, maddi gerçeğin araştırılmasına ilişkin olarak,

[5] Nurullah Kunter-Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.24.

[6] Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.72.

[7] Bernd Heinrich, "Rechtstaatliche Mindestgarantien im Strafverfahren", **JURA**, 2003/3, s.167

[8] Klaus Volk, **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005, s.4.

insanlık oldukça zor zamanlar atlatmıştır. İlk dönemlerde suç denilen fiillerin sadece bireyleri ilgilendirdiği kabul edilmekteydi. Bu itibarla bir kimsenin cezalandırılabilmesi için başka bir kimse tarafından itham edilmesi gerekirdi.[9] Bu ithamın sonunda uyuşmazlığın taraflarından kimin doğruyu söylediğinin anlaşılamadığı hallerde ise uyuşmazlık çoğu kez düello ile çözüme bağlanırdı.

Düello çok katı kurallara bağlanmıştı. Şafak sökerken başlar ve düelloculardan biri ölünceye kadar sürerdi. Her iki tarafın da düelloya başlamadan önce giyecekleri kıyafetler, kullanacakları silahlar eşit olarak tespit edilirdi. Düelloyu kaybeden taraf haksız olarak kabul edilir ve düello alanında uyuşmazlık hakkında karar verecek hakimlerce, hüküm kurulurken, "bağışlanmak için yalvaran-ödlek" (craven) olarak zikredilirdi.[10]

Daha sonraki dönemlerde, özellikle kilisenin sosyal hayatta olduğu gibi hukuk alanında da etkisini arttırmasıyla, akıl dışı yapılan karakter denemeleri ile ispata ulaşılmaya çalışıldı. İspat için sanık ve bazen sanıkla birlikte davacı çeşitli acılara maruz bırakılırdı. Örneğin kaynar kazanın içine atılmış bir taşı, çıplak ellerini kazana sokarak almaya çalışırdı. Uygulanan acılara katlanan kişiye tanrının yardım ettiği ve bu nedenle suçlu sayılamayacağı kabul edilirdi.[11]

Sonraki dönemde kanuni ispat sisteminin kabul edilmesiyle birlikte, uyuşmazlık konusu olayın ne ile ispatlanacağının kanunda tek tek tespit edilmesi yöntemi uygulanmaya başlandı.[12] Buna göre belirli suçlar sadece belirli delillerle ispat edilebiliyordu.[13] Örneğin bir suçun en az iki tanıkla ispat edilebileceği öngörülmüşse ve olaya ilişkin sadece bir tanık varsa; başkaca belge, belirti delillerinin bulunup bulunmadığının bir önemi yoktu. Çünkü başka ne tür deliller olursa olsun bu suçun ispatı için en az iki tanık gerekmekteydi ve bu şart gerçekleşmiyorsa da sanığı cezalandırmak mümkün değildi.[14] Böyle durumlarda sanığın cezalandırılması sadece suçu ikrar etmesi

[9] Nevzat Toroslu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2001, s.38 vd.

[10] **Silver**, s.1007.

[11] **Feyzioğlu**, s.42.

[12] Günümüz ceza muhakemesinde duruşmanın akışına ilişkin olarak kanuni ispat sistemi benimsenmiştir. Buna göre, duruşmanın yasada belirtilen hususlara uygun olarak yapılıp yapılmadığının sadece tutanakla ispat olunabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu husus da, muhakemenin konusunu teşkil eden ceza uyumazlığının ispatı ile ilgili değildir. Bu nedenle bu hususun delil serbestisinin bir istisnası olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Nur Centel-Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s.181 vd.

[13] **Kunter-Yenisey**, s.20.

[14] Bu dönemde, eğer sanığı cezalandırılacak kadar delile ulaşılabilmişse bile, sanığa verilecek cezanın miktarının tespiti de delillerin kuvvetine göre takdir edilmekteydi. **Toroslu**, (Muhakeme) s.6.

halinde mümkün olabiliyordu. Bu ikrarı almak için sanığa işkence yapılması ise, bu dönem açısından gayet normal bir uygulamaydı.[15] Hatta işkenceye rağmen suçu ikrar etmeyen sanığa ayrıca ceza verildiği de oluyordu.[16]

Gelişen süreçte Avrupa'da yaşanan aydınlanma dönemine hakim olan felsefi ve liberal akımın etkisiyle ceza muhakemesi hukukunun amacı da değişti[17] ve sanığın suçluluğunun tespitine ilişkin olarak, vicdani ispat sistemi kabul edildi. Bu sistemde hakim hem delilleri serbestçe takdir eder hem de serbestçe değerlendirir.[18] Vicdani delil sistemiyle birlikte muhakemede delillerin akıl ve mantığa uygun olması gerekliliği, ispatın temel ilkelerinden birisi haline gelmiştir. Tarafların (özellikle anglo-sakson hukuk sistemlerinde) bu özellikleri taşıyan deliller vasıtasıyla birbirleriyle kıyasıya mücadele etmeleri sonucunda maddi gerçeğe ulaşılması ise muhakemede uygulanan temel yöntemi oluşturmaktadır.[19]

3. Maddi Gerçeğin Unsurları

3.1. Genel Olarak

Yukarıda yapmış olduğumuz; *geçmişte olup bitmiş bir olayın veya olaylar bütününün deliller vasıtasıyla ortaya konmuş haline maddi gerçek denilir* şeklindeki tanımdan da anlaşılacağı üzere, maddi gerçeğin iki temel unsuru bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, maddi gerçeğin geçmişte olup bitmiş bir olaya ilişkin olması; ikincisi ise, bu olayın oluş biçiminin delil vasıtalarıyla ortaya konulmasıdır.

3.2. Maddi Gerçeğin Geçmişte Olup Bitmiş Bir Olaya İlişkin Olması

Maddi gerçeğin geçmişte gerçekleşmiş bir olaya ilişkin olması, öncelikle ceza hukukunun, en azından icra hareketlerine başlanmış bir fiili cezalandırabiliyor olmasından kaynaklanır. Dolayısıyla daha icra hareketlerine başlanmamış bir fiil, ceza hukukunun kapsamına girmediği için, ceza muhakemesi de buna ilişkin bir arayış içerisine girmeyecektir.

---

[15] **Feyzioğlu**, s.44.

[16] **Kunter-Yenisey**, s.20.

[17] **Toroslu**, (Muhakeme) s.6; İtalya'da Beccaria, İngiltere'de ise Bentham, daha sonraları klasik okul olarak adlandırılan akım içerisinde, ceza hukuku alanındaki aydınlanmanın öncülüğünü etmişlerdir. Ertuğrul Uzun, "Doğuştan Suçlular", **Gün Işığı Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2003, s.19

[18] **Toroslu**, (Muhakeme) s.162; ceza hukukunda bir dönem Lombroso'nun başını çektiği bir görüş oldukça etkili olmuş ve bu görüşte, bazı suçluların doğuştan gelen bir takım fiziksel ve ruhsal bozukluklara sahip olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre, evrimlerini tamamlayamamış bu insan gruplarının suç işlemeleri kaçınılmazdır ve bu nedenle suç işlemeseler bile, toplumu korumak adına, bunlara karşı özel önlemler alınmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Uzun**, s.20 vd.

[19] **Silver**, s.1009.

Hukuka aykırı fiil modern ceza hukukunun vazgeçilmesi mümkün olmayan temelini oluşturur. Nitekim fiilden vazgeçilmesi halinde, bireyin iç tasavvurlarına, subjektif durumuna, belirtisel davranışlarına dayanan bir ceza hukuku ortaya çıkar. Bu durumda ise ortada herhangi bir fiil olmasa bile kişi, sırf tehlikeliliği esas alınarak veya niyeti okunarak cezalandırılacaktır.[20]

Bu itibarla, bireyin davranışına bağlı bir fiili söz konusu olmadıkça, birey, sırf bir suçu işlemeye niyetlendi veya belirli belirtilerle gelecekte bu suçu işleyeceği öngörüldü diye cezalandırılamaz. Buna bağlı olarak da ceza muhakemesi, sadece ceza normunu ihlal etmek suretiyle işlenmiş fiil ve bu fiile ilişkin olarak belirlenecek cezaya etki edecek diğer fiillerden oluşan olayı ortaya koymaya çalışır.

3.3. Olayın Oluş Biçiminin Deliller Vasıtasıyla Ortaya Konulması

Maddi gerçek ancak onu yansıtan delillerin yardımıyla bulunabilir. Zamanı geri döndürmek mümkün olmadığına göre, ceza hukukunu ve dolayısıyla ceza muhakemesini ilgilendiren olayın nasıl gerçekleştiğinin ortaya konulabilmesinin tek yolu, olaydan arta kalan izlerin, olayla ilgili belge ve tanıkların yardımından faydalanmaktan geçmektedir.

Delil, yargılamanın konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır. Geçmişte yaşanan olay bir yap-boz resmi gibi düşünülürse, deliller yap-boz resmini oluşturan parçalara benzetilebilirler. Bu itibarla ceza muhakemesi faaliyetinin, yap-boz parçalarını (delilleri) bir araya getirerek, resmi yeniden oluşturma faaliyeti olduğunu söylemek mümkündür.[21]

Günümüz ceza muhakemesi bakımından, akıl ve mantık dışı bir takım hususların delil olarak ileri sürülmesi kabul edilmemektedir. Hakimin delilleri serbestçe takdir edip değerlendirmesi, ancak bir delilde olması gereken nitelikleri taşıyan iz, belge ve tanıklar bakımından söz konusu olabilir.

Bu bağlamda delillerin özellikleri, ana hatları ile şu şekilde sıralandırılabilir:

Gerçekçi olmalı, beş duyumuzla algılanabilmelidir; *akılcı olmalı*, bilimce kabul edilmelidir; olayı aksettirmeli, *temsil edici olmalı*dır; *ispat bakımından önemli olmalı*, ispata ilişkin hususları aydınlatmalıdır ve son olarak delil, *hukuka uygun olmalı*, yani hukukun çizdiği sınırlar içerisinde elde edilmiş olmalıdır.[22]

Yukarıda da belirttiğimiz üzere delillere ait bu özellikler içinde bulunduğumuz

[20] **Toroslu**, (Genel Kısım) s.15 vd.
[21] **Centel-Zafer**, s.181.
[22] **Kunter-Yenisey**, s.503 vd.

döneme ilişkindir. Ancak ceza muhakemesinin ilk dönemlerinde bugün delil olarak kabul edilmeyen birçok hususun maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında en önemli deliller olarak kabul edildikleri görülmektedir. Örneğin düelloda tanrısal adalet yalan söyleyen tarafın cezalandırılmasını garantiler diye kabul edilir ve düelloyu kaybedenin haksızlığına hükmedilirdi.[23] Dolayısıyla düelloyu kazanmak, kazananın doğruyu söylediğinin ve maddi gerçeğin kazanan tarafın söylediği şekilde olduğunun en önemli göstergesiydi. Ayrıca kilisenin etkin olduğu dönemde, örneğin kaynayan kazanın içinden taşın alınması gibi karakter denemelerinde başarılı olanların fiili işlemedikleri kabul edilirdi.[24] Bu şekilde acıya dayanan kişiye, doğruyu söylediği ve haklı olduğu için Tanrı'nın yardım ettiği kabul edilir ve bu dayanıklılığı söylediklerinin doğruluğuna ve haklılığına delil olurdu.

4. Maddi Gerçeğin Mutlak Gerçekten Farkı

Tarih boyunca birçok düşünür gerçeği arama yöntemlerini ve gerçeğe ulaşma konusundaki ölçütleri tespite yönelik çalışmalar yapmışlardır. Günümüzde de bu konu üzerindeki çalışmalar hala devam etmektedir. Bu çalışmaların temelinde yatan soru ise, kesin olan ve şüphe taşımayan bir gerçeğe ulaşılıp ulaşılamayacağı sorusudur.

Kesin bilgiye ulaşılması, mutlak gerçeğin elde edilmesi anlamına gelmektedir. *Mutlak gerçek* ise; artık aksinin kabulü hiçbir şekilde mümkün olmayan, her türlü değişik ihtimalin bertaraf edildiği gerçektir.[25] Ceza muhakemesi ise maddi gerçeği bulmaya çalışır ve maddi ceza hukuku açısından önemli olan tüm hususların tek tek ispatıyla uğraşır.[26]

Geçmişte olup biten bir olay ya da olaylar bütününün deliller aracılığıyla ortaya koyulmuş halini ifade eden maddi gerçeğin doğruluğundan, bir başka deyişle mutlak gerçeğe uygunluğundan şüphe etmek için akla ve mantığa uygun bir gerekçe gösterilemez.[27] Ancak maddi gerçeğe ilişkin karar her zaman hata yapma rizikosunu beraberinde taşır. Çünkü bu kararın doğruluğu, her şeyden önce mahkemenin yargılama sırasında ne kadar doğru bir yol izlediğine bağlıdır.[28] Ayrıca maddi gerçek, o konuda ulaşılabilecek en doğru bilgilere dayanmakla birlikte, tasavvur edilebilecek her türlü şüpheyi de bertaraf etmemektedir. En azından muhakeme sonunda bulunan maddi gerçeğin, mutlak gerçeğe uygun olup olmadığının kesinlikle bilinebilmesi mümkün

[23] **Silver**, s.1007.
[24] **Feyzioğlu**, s.42.
[25] **Feyzioğlu**, s.71. Vd.
[26] **Volk**, s.6.
[27] **Feyzioğlu**, s.72-73.
[28] **Volk**, s.6.

değildir.[29] Yargılama sonunda mahkemenin mutlak gerçeğe ulaşması ancak, zamanın geri döndürülüp olayın gerçekleştiği anın mahkeme önünde tekrar yaşanmasıyla mümkün olabilirdi. Bu da mümkün olmadığına göre, ceza muhakemesinde maddi gerçek ile yetinilmek zorundadır.[30]

5. Maddi Gerçeğin Bulunmasındaki Temel Kıstas Olarak Vicdani Kanaat

Ceza muhakemesinde yargılama makamı, cezai uyuşmazlığın maddi kısmını çözerken vicdani kanaatine göre karar verir. *Vicdani kanaat*; maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, duruşmada gerçekleştirilen muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir.[31]

Eğer yargıç cezai uyuşmazlığa konu olan olaya ilişkin olarak, gerekçeye dayanan şüpheyi yenmişse, vicdani kanaate ulaşmış ve dolayısıyla maddi gerçeği bulmuş demektir.[32] Buna göre, sanık, uyuşmazlık konusu fiili gerçekleştirmiş ise o fiilin ceza kanununun hangi normunu ihlal ettiği yargılama makamı tarafından tespit edilir ve sanık o normda öngörülen ceza ile cezalandırılır. Eğer sanık uyuşmazlık konusu fiili işlememiş ise hakkında beraat kararı verilir. Ancak bazı durumlarda yargıçta, son soruşturma sırasında ikame edilen delillere bağlı olarak uyuşmazlık konusu fiilin nasıl gerçekleştiğine ilişkin bir vicdani kanaat oluşmaz.

Bu durumda ceza muhakemesinde geçerli olan *şüpheden sanık yararlanır ilkesi* gereğince, sanık hakkında yine beraat kararı verilir. Görüldüğü üzere vicdani kanaat maddi gerçeğin bulunması ve dolayısıyla cezai uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasındaki temel kıstastır.

Günümüz ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için kolektif bir faaliyet yürütülür. İddia makamı tezi ileri sürer, savunma makamı buna anti tez ile karşılık verir ve

[29] **Feyzioğlu**, s.72.

[30] Ceza muhakemesinde hem bireylerin hem de toplumun menfaatlerini korumak gerçeğe uygunluk demek olan hakikatin araştırılması ile mümkün olur. Ancak bir yandan gerçeğin tam olan tespit edilmesindeki maddi imkansızlıklar, diğer yandan uyuşmazlıkları kesin hükümle sona erdirme zorunluluğu objektif ve mutlak denilen belirlilikten vazgeçilip, nispi belirlilikle yetinilmesine neden olmuştur **Kunter-Yenisey**, s.23; Muhakeme sonucunda mutlak gerçeğe ulaşılmasının mümkün olmaması nedeniyle, ölüm cezası gibi telafisi mümkün olmayan cezaların kabul edilmesi eleştirilmekte; bu tür cezaların vicdani kanaat sisteminin özüne aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Feyzioğlu**, s.87 vd.

[31] **Feyzioğlu**, s.109.

[32] Bertaraf edilen şüphe, gerekçeye dayanılarak ileri sürülmesi mümkün olan şüphedir. Zaten tasavvuru mümkün her türlü şüphenin yenilmesi mümkün olmadığına göre, vicdani kanaat mutlak değil, maddi gerçeğe ilişkin olarak ortaya çıkacaktır. **Feyzioğlu**, s.73.

yargılama makamı da tarafların bu çekişmesinden senteze ulaşır.[33] Bu yöntemin temelinde yatan mantık ise, tarafların kendi lehlerine olan en ufak ayrıntıları bile gözden kaçırmadan mahkeme önüne getirme gayreti içinde olacaklarına dair düşünceye dayanmaktadır.[34] Kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerinde tarafların ileri sürdüğü hususlar dışında, mahkeme de re'sen delil araştırması yapabilmektedir. Buna karşın anglo-sakson hukuklarında ise muhakeme daha çok tarafların ileri sürdükleri delillere bağlı olarak neticelendirilmektedir.

Bu anlatılanlardan da anlaşılacağı üzere, günümüz ceza muhakemesinde vicdani kanaate ulaşılarak maddi gerçeğin bulunması çelişmeli muhakemenin gerçekleşmesi suretiyle olmaktadır. Tıpkı düellodaki gibi taraflar mahkeme salonunda birbirleriyle kıyasıya mücadele ederler ve haklılıklarını ortaya koymaya çalışırlar. Çağdaş ceza muhakemesi bakımından çelişmeli muhakemenin tam olarak gerçekleşebilmesi için tarafların da eşit silahlara sahip olması gerekliliği kabul edilmiştir. Bu bağlamda çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliğinin, çağdaş ceza muhakemesinde yargılama makamının vicdani kanaate ulaşması ve böylelikle maddi gerçeği bulması bakımından en önemli enstrümanlar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Konu bu şekilde ele alınınca, ahlaki olarak aydınlanmış günümüz ceza muhakemesinin, tarihin eski dönemlerindeki düellonun yerini aldığı ve temel mantık itibarıyla her ikisinin de ortak paydaları olduğu söylenebilecektir. Çünkü günümüz ceza adaleti sistemi de (özellikle anglo-sakson hukuk sistemlerinde), maddi gerçeğin en doğru şekilde, muhakemenin tarafları arasındaki kıyasıya mücadeleden ortaya çıkacağı varsayımına dayanmaktadır.[35] Bu itibarla taraflara muhakemeye katılmak ve delillerini serbestçe ileri sürebilmek bakımından eşit imkanlar tanınır. Nitekim düellonun en önemli gereklerinden bir tanesi de silahların eşit olmasıydı.[36]

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki; ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. 6. maddede açıkça yer verilmemiş olsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, değişik davalara ilişkin içtihatlarında, çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin adil yargılanmanın ayrılmaz parçaları olduğunu kabul etmiştir.[37]

[33] **Kunter-Yenisey**, s.39 vd.

[34] **Silver**, s. 1035.

[35] **Silver**, s.1035.

[36] **Silver**, s.1009.

[37] AİHM'nin, 6. maddenin yorumu yaparken, sadece maddede belirtilen haklarla sınırlı kalmayıp, bilakis adil bir yargılamaya ilişkin genel prensipten hareketle, açıkça ifade edilmeyen diğer bazı sanık haklarını da ortaya koyması, AİHM içtihatlarının Avrupa'da insan haklarının korunmasına

Sonuç

Ceza muhakemesinde geçmişte olmuş bitmiş bir olayın nasıl gerçekleştiği en önemli sorundur. Çünkü failin suçluluğu ya da suçsuzluğu hakkında bir karar verilebilmesi, ancak geçmişte yaşanıp bitmiş olan ve muhakemenin konusunu teşkil eden olayın nasıl gerçekleştiğinin tespitine bağlıdır.

Geçmişte olup bitmiş bir olayın veya olaylar bütününün deliller vasıtasıyla ortaya konmuş haline maddi gerçek denilir ve ceza muhakemesi maddi gerçeğin bulunmasına hizmet eder.

Ancak ceza muhakemesinde maddi gerçek, bedeli ne olursa olsun araştırılan ve ona ulaşmak için her türlü yolun mubah sayıldığı yegane amaç değildir. Muhakeme sırasında, başta sanık olmak üzere muhakemeye katılan bireylerin haklarına saygı gösterilmeli ve muhakeme temel haklara saygılı şekilde gerçekleştirilmelidir.

Maddi gerçeğin iki temel unsuru bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, maddi gerçeğin geçmişte olup bitmiş bir olaya ilişkin olması; ikincisi ise, bu olayın oluş biçiminin delil vasıtalarıyla ortaya konulmasıdır.

Maddi gerçek ve mutlak gerçek birbirinden farklı kavramlardır. Kesin bilgiye ulaşılması, mutlak gerçeğin elde edilmesi anlamına gelmektedir. Mutlak gerçek ise; artık aksinin kabulü hiçbir şekilde mümkün olmayan, her türlü değişik ihtimalin bertaraf edildiği gerçektir. Ceza muhakemesi maddi gerçeği bulmaya çalışır ve maddi ceza hukuku açısından önemli olan tüm hususların tek tek ispatıyla uğraşır. Mahkemenin maddi gerçeği ulaştığına karar vermesindeki temel kıstas ise vicdani kanaattir. Vicdani kanaat; maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, son soruşturmada muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir.

Mutlak gerçeğin aksine, maddi gerçeğe ilişkin karar her zaman hata yapma rizikosunu beraberinde taşır. Çünkü maddi gerçek, o konuda ulaşılabilecek en doğru bilgilere dayanmakla birlikte, tasavvur edilebilecek her türlü şüpheyi de bertaraf etmemektedir.

---

dair son yıllardaki en önemli katkısı olmuştur. Mahkemenin fair trial kavramının doğasında olan ve onun ayrılmaz parçası olarak kabul ettiği haklardan (rights inherent in the notion of fair trial) en önemlisi de silahların eşitliği ve muhakemeye katılan taraflar arasında, adil bir dengenin olmasını gerektiren, çelişmeli muhakemeye ilişkin temel haktır. Robert Esser, **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002, s.400.

KAYNAKÇA

Centel, Nur-Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2005.

Esser, Robert. **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002.

Feyzioğlu, Metin. **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Heinrich, Bernd. "Rechtstaatliche Mindestgarantien im Strafverfahren", **JURA**, 2003/3.

Kunter, Nurullah-Feridun Yenisey. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

Silver, Jay Sterling. "Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right", **Wisconsin Law Review.**, 1990.

Toroslu, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005 (Genel Kısım).

Toroslu, Nevzat. **Ceza muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2001 (Muhakeme).

Uzun, Ertuğrul. "Doğuştan Suçlular", **Gün Işığı Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2003.

Volk, Klaus. **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005.

Zabunoğlu, Yahya Kazım. **Kamu Hukukuna Giriş-Devlet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973.

VERGİ CEZALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

"Ubi ius incertum, ibi ius nullum"
"Hukukun belirsiz olduğu yerde hukuk yoktur"

Yrd. Doç. Dr. M. Erkan ÜYÜMEZ*

1. GİRİŞ

Egemen devlet, idari ya da mali bir yükümlülük getirdiği zaman bu yükümlülüğe uyumu sağlama açısından yaptırım gücünü de kullanması kaçınılmazdır. Vergi de mali bir yükümlülüktür ve bu yükümlülüğe uyumun sağlanabilmesi için yaptırım sisteminin de oluşturulması gerekmektedir. Yaptırım sistemleri yasama organlarının tercihlerine göre özel bir normlar silsilesi olarak oluşturulabildiği gibi genel ceza kanunlarında da yer alabilmektedir. Özel kanunlarda düzenlemelerin yapılması bu düzenlemelerin ceza hukukundan bağımsızlaşması anlamına gelmemektedir. Uygulamada vergi ceza hükümlerinin ayrı bir kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmesi eğilimi egemendir. Bu noktada devletin vergilendirme alanındaki suç ve ceza siyaseti karşımıza çıkmaktadır. Hangi eylemlerin ne şekilde cezalandırılacağı bu tartışma alanına dairdir.

Vergi mükellefi açısından baktığımızda söz konusu eylemler ekonomik suç olduklarından rasyonel tercih mekanizmasının işlerlik kazandığı ve verginin ödenmemesi halinde elde edilecek fayda ile karşılaşılacak ceza maliyeti kıyaslaması sonucunda kar maksimizasyonu hedeflenerek harekete geçildiğini söylemek mümkündür. Her ne kadar her bireyin fayda fonksiyonu farklı ise de genel olarak kar elde etmeyi genel bir fayda olarak ele almak da mümkündür.

Devlet açısından vergi cezalarının iki temel amacı vardır. Bu amaçlar caydırıcılığın gerçekleştirilmesi ve adaletin sağlanması olarak ifade edilebilir.

Vergi cezaları, idari nitelikli ve cezai nitelikli olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

İdari yaptırımlar temelde "vergi ödevinin" yerine getirilmemesine bağlı, kabahat olarak nitelenen davranışların sonuçlarını cezalandırmaktadır. Bu yaptırımlar vergi

* Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

idaresi tarafından uygulanmakta ve genellikle parasal niteliktedir. İdari nitelikli cezalar yelpazesini vergi ziyaı cezası, usulsüzlük cezası, özel usulsüzlük cezası, bilgi vermekten çekinme cezası oluşturmaktadır. Cezai nitelikteki cezaları ise kaçakçılık, vergi mahremiyetini ihlal ve mükellefin özel işlerini yapan memurlar için verilen cezalar oluşturmaktadır. Bu cezalar yanında yurt dışına çıkış yasağı, vergi borcunu ödemeyenlerin ya da popüler tanımla vergi yüzsüzlerinin ilanı gibi yaptırımlar da söz konusu olabilmektedir.

Vergi ceza sisteminin çok temel çizgileri bu olmakla beraber vergi cezalarının hukuki niteliği konusunda henüz tam bir görüş birliğine varılamamıştır. Görüş birliğine varılamamasının nedeni vergi suçlarının farklı niteliklerde ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır. Bazı vergi suçları hem vergi kaybına neden olmakta hem de kamu düzenini bozmaktadır. Bazı vergi suçları ise kamu düzenini bozar nitelikte değildir ancak vergi kaybına neden olmaktadır. Bunların yanında vergi kaybına neden olunmasa da biçimsel vergi yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi de ceza konusu olmaktadır. Ancak kamu düzenini bozan ve vergi kaybına neden olan suçların cezalarının nitelikleri konusunda bir tartışma söz konusu değildir, bunların kamusal ceza niteliğinde olduğu söylenmektedir. Buna karşılık kamu düzenini bozmayan ancak vergi kaybına neden olan ya da sadece biçimsel yükümlülüklere aykırılık teşkil eden suçlara ilişkin cezalar bakımından bunların kamusal ceza olup olmadığı hakkında tartışmalar yapılmıştır.

2. Vergi Cezalarının Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Vergi cezalarının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar temelde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki bu cezaların kamusal bir ceza olmadığı, diğeri ise kamusal ceza olduğudur.

Vergi cezalarının kamusal ceza olmadığı fakat bu cezaların vergi zammı, tazminat veya idari ceza olduğu şeklinde görüşler bulunmaktadır.

Vergi cezalarının vergi zammı olduğu şeklindeki görüş mali yaptırım esasına dayanmaktadır. Vergi yasalarına uyulmaması halinde bir mali yaptırım uygulanmakta, ancak bu yaptırım ceza niteliğinde değil bir vergi zammı olduğundan doğrudan doğruya vergi niteliği taşımaktadır. Burada ayrıca dikkati çeken durum vergi cezası da kamu giderlerinin finansmanını amaçlamaktadır[1]. Vergi zammı görüşü vergi cezalarının niteliğini açıklamak bakımından yetersizdir. Bir cezanın vergi gibi düşünülmesine zaten olanak yoktur. Vergilemenin kendine özgü bir yapısı ve ilkeleri vardır. Bu çerçevede düşünüldüğünde ceza hiçbir zaman bu yapıya uygunluk sağlayamayacaktır. Yapılan eleştiriler de bu yönlü olmuş ve vergileme ilkeleri ve amaçları ile kıyaslama yoluna

[1] MUTLUER, Kamil, **Vergi Ceza Hukuku**, s.42.

gidilmiş ve cezanın bu ilkeler anlamında ve amaç bakımından bir vergi olamayacağı kanısına varılmıştır.[2]

Vergi cezalarının tazminat niteliğinde olduğu yaklaşımı, cezayı, hazineye verilen zarar karşılığı olarak ele almaktadır[3]. Tazminat türündeki para cezaları hakkında iki görüş ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre bu cezalar, ceza niteliğini kaybetmeksizin hazineye verilen zararın giderilmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle de cezaya sadece ceza mahkemeleri tarafından hükmedilebilir. Bu cezalar sabit ve verilen zararla orantılı değildir. Bu açıdan gerçek bir ceza olduğu düşünülmektedir. Fakat hukuki tazminde verilen zararla bir eşdeğerlilik aranmaktadır. İlkine göre daha ağır bir yer işgal eden ikinci görüşe göre ise bu tür cezalar, sadece bir ceza değil, aynı zamanda bir tazminattır. Burada tazminat tutarı zarardan az ancak genellikle de çok olabilmektedir. Vergi cezaları da bu tazminat niteliğindeki para cezalarına benzetilmektedir. Bu benzetişlere örnek olarak şunlar gösterilebilir; Tazminat türündeki para cezaları ve vergi cezaları ertelenemez, takdiri hafifletici nedenlerden dolayı tazminat türü para cezaları ile vergi cezalarında indirim yapmak mümkün değildir. Bu benzeyişler nedeniyle vergi cezalarının tazminat niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür.[4] Tazminatın bir özel hukuk kurumu olması nedeniyle cezalandırmanın kamusal alanıyla bir bağlantı kurulması mümkün değildir. Tazminat ve vergi cezaları çok farklı hukuk alanlarıyla ilgili olduğundan ne kavramsal nede uygulama ilkeleri bakımından bir uyumluluk söz konusudur.[5]

İdari cezaları diğer cezalardan ayıran temel ölçü organik yapıdır. Bu çerçevede idari cezalar, kanunda açıkça görünen düzenlemelere uymamaya ilişkin olarak verilecek para cezası uygulama yetkisinin, idareye tanındığı cezalar olarak tanımlamak mümkündür. Vergi cezalarının hukuki nitelikleri itibariyle idari ceza olduğu şu gerekçelerle savunulmaktadır;

Kamusal cezalar, ceza mahkemeleri tarafından ve kendine özgü usul kuralları çerçevesinde karara bağlanırken, vergi cezaları idari organlarca verilmektedir. Kamusal para cezaları, toplum düzenini önemli derecede bozan, yasalara uymamaların karşılığıdır. Vergi cezaları ise daha çok önleyici niteliği olan cezalardır. Yani vergi cezalarını gerektiren fiiller, kamusal para cezalarını gerektiren fiiller kadar toplum için önemli sayılmamış, uğranılan zarar kısa yoldan giderilmek istenmiştir. Vergi cezalarının kayba

[2] **Aynı**, s.47.

[3] DONAY, Süheyl, **Para Cezaları**, Kervan Yayınları, İstanbul, 1972, s.124.

[4] **Aynı**, s.130-132.

[5] ÜLKMEN,İ.H., "Vergi Usul Kanununa Göre Vergi Cezasının Hukuki Mahiyeti", **İktisat ve Maliye Mecmuası**, C.II,S.2, İstanbul, 1956, s. 68-69.

uğratılan vergiden fazla olması, bunları kamusal ceza sınıfına sokmamaktadır. Vergi cezasının amacı hem kaybolan vergiyi yükümlüden almak, hem de kayba uğratana yaptırım uygulamaktır.[6]

Ancak vergi cezalarının diğer cezalara oranla daha az öneme sahip olduğu iddiası doğru değildir. Bir cezanın önemi toplumun yapısına, yer ve zamana göre değişebilmektedir. Verilen ceza fiilin neden olduğu zarardan çok olduğu zaman, bu tür cezalara gerçek ceza gözüyle bakılmaktadır. Vergi cezaları da çoğu kez kayba uğratılan verginin üzerindedir. Vergi cezalarının idari para cezası olduğu görüşünü savunanlar, vergi cezalarını uğranılan vergi kaybının giderimi olarak düşündüklerinden bir anlamda cezanın bir tazminat olduğu görüşüne yaklaşmaktadırlar.[7]

İkinci temel yaklaşıma göre vergi cezaları kamusal cezalardandır. Kamusal para cezası, kanunlarda öngörülen ve topluma belirli ölçüde zarar veren fiiller karşılığı olarak suçluyu belirli tutardaki parayı ödemeye zorlayan bir cezadır. Bu ceza failin kusuruna ve ekonomik durumuna orantılı olarak yargısal bir kararla hükmedilir. Kamusal para cezasını açıklamaya çalışan başlıca iki teori vardır. Bu teorilerden ilki devleti alacaklı, suçu işleyeni de borçlu olarak kabul etmektedir. Borç teorisi de denilen bu teoriyi savunanlardan bir kısmı borcun özel hukuktan diğer kısım ise kamu hukukundan doğduğunu iddia etmektedir. İkinci teori ise para cezalarını tam anlamıyla ceza olarak görmektedirler.[8]

Vergi cezalarının da kamusal para cezası olduğunu iddia edenler, iddialarını şu gerekçelere dayandırmaktadırlar: Kamusal para cezaları gibi vergi cezaları da ölümle düşmektedir. Hazine zarara uğramamış olsa bile ceza verilebilmektedir. Vergi ceza verilen zararla orantılı değildir. Kamusal para cezası gibi vergi cezası verilebilmesi için açık bir kanun hükmü olmalıdır. Kamusal para cezalarında olduğu gibi vergi cezalarında da cezan önemlidir. Kamusal cezalar gibi vergi cezalarının da amacı vergi suçu işleyen bireyi uslandırmak, korkutmak, topluma karşı sorumlu kılmaktır. Birçok ülkede vergi cezalarına ilişkin hükümler ceza kanunlarından esinlenerek hazırlanmıştır. Vergi cezalarında bu sebeple kamusal cezalarda görülen kavramlar kullanılmaktadır[9].

Vergi cezalarının kamusal bir ceza olduğu görüşü eleştirilmiştir. Eleştiriler şu gerekçelere dayanmaktadır: Kamusal ceza verilmesine neden olan suçlara karşı toplumsal

[6] DONAY, s.157-160.

[7] TOSUN, Öztekin, **Hileli Vergi Suçları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 191, Baha Matbaası, İstanbul, 1962, s.35.

[8] DONAY, s.68-70.

[9] MUTLUER, s.46.

tepkiler ile vergi suçlarına verilen toplumsal tepki çok farklıdır. Vergi cezasının asıl amacı devletin vergi alacağını tahsil edilmesini sağlamaktır. Kamusal cezaların amacı ise bu değildir. Vergi cezalarının çok ya da az olması kayba uğratılan verginin büyüklüğü ile orantılı olmasına karşın kamusal cezalarda ise neden olunan zararla bir orantılılık kurulamaz. Vergi cezalarının kamusal ceza olmadığına ilişkin daha birçok gerekçe ileri sürülmüştür.[10]

3. Vergi Cezalarının Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

Vergi cezalarının hukuki nitelikleri konusunda yapılan tartışmalarda bir fikir birliğine varılamamıştır. Fakat vergi cezalarının hukuki niteliklerinin belirlenmesinde yapılan tartışmalar içinde idari ceza görüşü ile kamusal ceza görüşü ön plana çıkmaktadır. Vergi cezalarının kamusal cezalara yaklaştığı ve genel ceza hukukunun birçok ilkesini bünyesi içinde topladığı görülmektedir. Buna karşın vergi cezaları tam anlamıyla da bir kamusal ceza niteliğinde değilse bile yine de kendine özgü nitelikleri bulunan bir kamu cezası olarak ele alınabilir.

Yaptırımın, hürriyeti bağlayıcı ceza niteliği taşıması ve ceza yargılama mercilerince, ceza yargılama usulü uygulanarak verilmesi haline de vergi cezalarının teknik anlamda ceza olduğu kabul edilmektedir. Vergi Usul Yasasında hapis cezası öngörülen suçların yasada tarif edilmiş bulunması, yargılamanın ceza mahkemelerince ve yargılama usullerince gerçekleştirilmesi, cezanın şahsileştirilebilmesi için gereken tedbirlere başvurulabilmesi bu yaptırımların kamusal ceza olduğunu göstermektedir.

Yasa koyucunun para cezası öngördüğü ve bunun vergi idaresi tarafından idari usullerle ve yargı kararı gerekmeksizin uygulayabildiği durumlarda cezanın hukuki niteliği hakkında görüş birliğine varılamamaktadır. Vergi cezalarının büyük bir kısmı vergi idaresinin doğrudan uyguladığı para cezaları olduğundan organik kıstasa dayanarak, bunlara idari yaptırımlar denebilir. Ancak sadece organik kıstasla cezanın niteliğini belirlemek hatalı sonuçlara götürebilir. Bunun nedeni idarenin her tasarrufu idari tasarruf olmadığı gibi, bazı yargı organı tasarruflarının da yargısal niteliğinin tartışılabilmesidir. Bu nedenle vergi cezalarının hukuki niteliklerini belirlemek için bir takım kıstaslara başvurmak gerekmektedir.

Bir yaptırımın idari ya da adli bir yaptırım olmasındaki ayrım üzerinde önemle durulmasının bir nedeni de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımlarıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukukta idari yaptırım olarak adlandırılsa da, yapacağı inceleme üzerine, ceza yaptırımı yanının ağır bastığı kararına vardığı bazı para

[10] **Aynı**, s.52-53.

yaptırımları için Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin adil ya da dürüst yargılanmayı içeren 6. maddesini devreye sokmaktadır. Bu çerçevede bir yaptırımı ceza yaptırımı olarak adlandırdığımızda, savunma hakkı, adil, tarafsız ve bağımsız bir hâkim önünde itiraz etme hakkı tanınması(AİHS md. 6), suç ve cezada yasallık ilkesine özen gösterilmesi (AİHS md 7), cezaların geriye yürümemesi kuralları mutlaka geçerli olmalıdır. Bunların yanında ne bis in idem ve orantılılık ilkesine uyulmalıdır.[11]

3.1. Yasallık İlkesi

Yasallık ilkesi, normların ancak yasa ile düzenlenebilmesini ifade etmektedir. Cezanın yasallığı, ceza yaptırımının yasama organınca açıkça düzenlenmesini, vergide yasallık ilkesi ise, vergilere ilişkin düzenlemelerin yasayla yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Cezaların yasallığı ilkesi, suç oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye uygulanacak yaptırımın cinsinin, miktarının, cezanın alt ve üst sınırlarının yasa ile belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Yasallık ilkesi idari yaptırımlar alanına da etkili bir ilkedir.[12] İdarenin gerek eylemi niteleme, gerekse uygulanacak yaptırımı takdir etme ve saptama konularındaki yetkisinin geniş olmasına dayanarak ceza yaptırımlarındaki kadar katı olmasa da bu ilke gereklidir.[13] Ceza yaptırımlarına göre daha yumuşak uygulanmalarının nedenleri arasında ceza yaptırımları kadar ağır olmadıklarından hâkimin meşgul edilmemesi, yaptırım muhatabının idareyle ilişkili bir kişi olması sayılmıştır.[14]

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin idari yaptırımlara ilişkin 91(1) sayılı tavsiye kararında da, ilk ilke olarak, idari yaptırımları gerektiren koşul ve hallerin apaçık bir şekilde belirlenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.[15] İdari yaptırımlarda kural işlemlere dayanma ve önceden yayınlanmış olma şartı aranmaktadır. Evrensel insan hakları bildirisinin 11. md sinde de yer alan uluslararası bir kural niteliğinde olan failin durumunu ağırlaştırıcı ceza yasaları geçmişe yürür olmaması yasallık ilkesinin bir görünümüdür.

14. Uluslararası Viyana Ceza Kongresinde idari ceza hukukunun değerlendirilmesi

---

[11] TAN, Turgut, GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **İdare Hukuku Genel Esasları**, Ankara, 1998, s. 494,TERCAN, Durmuş, "İdari Cezalar Reformu", **Yeni Türkiye**, Ekim,1996,s. 754.

[12] ZANOBİNİ,Guido, "İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi", Çev: GÜNAL Yılmaz, **A.Ü.S.B.F.D.**,C.XVIII, Eylül-Aralık, 1963, No:3-4, s.309.

[13] SOYASLAN, Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza koyma Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1990,s.145.

[14] TAN, GÖZÜBÜYÜK, s.496.

[15] Conseil de L'Europe, "**Relative Aux Sanctions Administratives**", Recommandation No R (91)1, Recommandations Du Comite Ministres dans Les Domaines des droits Civil, Commercial, Public et International (Volume 1983-1994), Volume II, Strasbourg 1995, İlke 1, s. 2.

yapıldıktan sonra, sınırlandırmalar, maddi hukuka ilişkin esaslar, muhakemeye ilişkin esaslar ve bilgiler hakkında tavsiyelerde bulunulmuştur. Bu tavsiyelere göre idari ceza hukukuna ilişkin suçlarda idari ceza hukuku müeyyideleri gibi kanunilik ilkesine uyularak belirlenmelidir. Gerçek kişilerin idari ceza hukukuna ilişkin sorumluluğu, kişisel kusur ilkesine dayanmalıdır. Ceza hukukunca tanınan hukuka uygunluk halleri, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ile kanunu bilmemenin mazeret sayılacağı haller de dahil olmak üzere, cezayı azaltıcı nedenler, idari ceza hukukunda da göz önünde bulundurulmalıdır.[16]

Yasallık ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde şöyle ifade edilmiştir; Md 7: 1- Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslar arası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Hiç kimseye suçu işlediği zaman verilebilecek cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kokkinakis Yunanistan davasında sözleşmede yer alan ilkeyi şu şekilde yorumlamıştır; "... başvurucu kendisine verilen mahkumiyet kararının dayanağı olan yasa hükmünün yeterli açıklıkta ve anlaşılabilirlikte olmadığını ve bu nedenle Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de, Sözleşmenin 7. maddesinin birinci fıkrası ceza kanunlarının sanık aleyhine geri yürümezliği ile sınırlı olmayıp bu madde daha genel olarak bir suç ve cezanın sadece yasa tarafından tanımlanması ilkesi ile ceza kanunlarının sanığın aleyhine örneğin kıyas yolu ile genişletilmemesi ilkesini getirdiğinden, buna göre bir suç yasada açıkça tanımlanması gerektiğinden, bir kimsenin kendisini sorumlu kılan ilgili yasa hükmünü gerekirse mahkemelerin yorumu ile birlikte bilebilir durumda olması halinde bu şart yerine getirilmiş sayılacağından, olayda bu şartlar yerine getirilmiş olduğundan, kanunsuz ceza olmaz ilkesinin ihlal edilmediğine..."[17]

Yasallık ilkesi, ceza hukukunda kıyasın yasaklanması ve dar yorum esasının benimsenmesini de gerekli kılmaktadır. İdari yaptırımlarda ise bu derece sert bir uygulama yapılmamaktadır. Vergi idaresince vergi ziyaına uygulanan para cezalarının da yasa ile düzenlenmesi anayasal bir zorunluluktur. Bu açıdan teknik anlamdaki kamusal cezalardan bir farkı yoktur. Ceza yaptırımları için geçerli olan geçmişe yürümezlik ilkesi vergi cezalarında da geçerlidir. Dar yorum ve kıyas yasağı da vergi cezalarında ceza hukukundaki katılıkla uygulanmaktadır. Yasallık ilkesi ve onun tamamlayıcı unsurları

[16] Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7.10.1989 Viyana), Çev. Nur CENTEL, **Argumentum**,Y.1, S.1, s.6-7.

[17] DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Karar Rehberi** (1960 1994), İstanbul, 1999, s. 348.

kıstas olarak ele alındığında, vergi ziyaı suçunda vergi idaresinin uyguladığı para cezası yaptırımının teknik anlamda cezanın bütün özelliklerini taşıdığı görülmektedir.

3.2. Yasallık İlkesi Çerçevesinde İdarenin Suç ve Ceza Koyma Yetkisi

Devletin yaptırımlar konusundaki egemenliğinin sınırları ceza hukukundaki yasallık ilkesi ile belirlenmektedir. Yasama organının gelişen durumlar karşısında gecikmesi, buna karşın yürütmenin gereken durumlarda daha seri bir şekilde karar alabilmesi, yasamanın bir kısım yetkilerinin, kısmen yürütme ya da idareye devredilmesi gerekliliği ortaya çıkmakta, siyasal, ekonomik, teknik ve sosyal nedenler de bu gereği desteklemektedir. Güçlü yürütme organıyla amaçlanan, kamu yararı ve sosyal adaletin sağlanmasıdır.[18] Değişen koşullara göre, idarenin yeniden ele alarak düzenleyeceği yaptırımların, kamu düzenini sağlamada daha etkin önlemler haline geleceği düşüncesi bu tür bir yetki verilmesinin gerekçesini oluşturmaktadır.[19] Buna karşılık idari yaptırımların kişi hak ve özgürlükleri için bir tehdit ve tehlike oluşturduğu gerekçesiyle idari yaptırımlar mümkün olduğunca sınırlı tutulması gerektiği 1971 ve 1982 anayasaları düşünceleri çerçevesinde ileri sürülmüştür.[20] Ancak 1961 anayasası döneminde, idari yaptırımların gerekliliği ve bu alanda yürütmeye bu alanda daha fazla yetki verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[21] Dünyadaki eğilime paralel olarak ülkemizde de yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi kabul görmüş, hukuk devleti ilkesi sınırları zorlanmadan, idareyi etkin olmasını sağlayacak yetkilerin tanınması bir gereklilik haline gelmiştir.[22]

Buna rağmen idari yaptırımlar bakımından idarenin yetkisi sınırlandırılmıştır. İdarenin bireylerin sübjektif haklarını ve özgürlüklerini etkileyen düzenlemeleri yaparken Anayasa ve diğer yasalarla sınırlandırılmıştır. İdarenin bu noktada bağlı bir yetkisi vardır.[23] İdare, kişilerin özgürlüklerine ve diğer haklarına ancak yasaların izin verdiği ölçüde girebilir. İdare, Hukuk devleti anlayışı ile temel hak ve özgürlüklere bağlılığın sonucu olarak, yalnızca yasayla izin verilmiş olmak şartıyla bu yasanın

[18] ÖZAY, İl Han, **İdari Yaptırımlar**, İ.Ü.Yayın No: 3326, H.F. Yayın No: 691, İstanbul, 1985, s.88, OYTAN,Muammer, " Fransa, Almanya ve Türkiye' de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", **ONAR Armağanı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s.545.

[19] DERDİMAN, R. Cengiz, " Belediyelerin kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Bir Deneme", **Çağdaş Yerel Yönetimler**, C. 6, S. 3, Temmuz, 1997, s.117.

[20] GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları", **A.Ü.S.B.F.D.**, C. 18, Eylül Aralık, 1963, s.215.

[21] AYM., 6.1.1970,E. 1969/46,K.1970/2, AMKD., S.8,s.173.

[22] OĞURLU,Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, İdari Ceza hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s.69.

[23] AYM., 13.6.1985, E. 1984/14,K.1985/7,AMKD.,S.20,s. 153.

belirlediği durum, koşul ve ölçüler çerçevesinde yetkili olmaktadır.[24]

İdarenin bir idari yaptırım öngörürken araç olarak KHK, Tüzük ve yönetmelikleri kullanırken, karar, tebliğ ve sirküler gibi araçlara da başvurması söz konusudur.[25] İdari düzeni bozan fiiller, idari ihlaller yasalarla belirlenmektedir. İdarenin buradaki yetkisi, yasanın çizdiği sınırlar içerisinde ve kendisine verilen yetkinin amacına uygun olarak gereken düzenlemeleri yapmasıyla sınırlı kalmaktadır. Bu düzenlemeleri KHK, Tüzük ve yönetmelik, bunların yanında karar, tebliğ ve sirküler araçları ile yapabilecek ancak Anayasa ve yasalarla çizilen sınırlar içerisinde kalacaktır. Sonuç olarak idareye idari yaptırım uygulamasında çizilen sınır yasal çerçeve, temel hak ve özgürlükler ile sübjektif haklardır.

3.3.Kişisellik İlkesi Karşısında İdari Yaptırımlar

Cezaların kişiselliği, suç ile ceza arasında bir oranın bulunmasını gerektirir. Suç ile cezanın orantılı olması ise, ceza yaptırımının bireyselleştirilmesi ile gerçekleştirilmektedir.[26] Bu şekilde suçlunun ölümü sonucunda cezanın suçlu dışındaki kişileri en az etkileyecek düzeyde tutulması sağlanmaktadır.[27] İdare hukukunda ve idari yaptırımlar alanında kişisellik ilkesi ceza hukukundaki mutlak anlamıyla uygulanmamakta, sui generis bir yapıya sahip olduğu söylenmektedir.[28] Ancak idari para cezalarında kişisellik ilkesi geçerlidir.[29] Danıştay'ın birçok kararı da bu görüşü desteklemektedir.[30] Cezanın sadece yasada suç olarak tanımlanan fiili işleyen kusurlu kişiye uygulanacağı kuralı vergi cezaları içinde geçerlidir. Burada da ölüm halinde vergi cezası düşmekte, cezalandırılabilmek için cezai ehliyet aranmaktadır.

---

[24] NAZAROĞLU, Yavuz, "Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri",**Danıştay Dergisi**, S.14 15, 1974, s.102; AYM.,11.2.1987, E.1986/12,K.1987/4, AMKD. S.23., s.43; AYM., 23.10.1996, E.1996/48, K.1996/41, AMKD., S.33,C.1, 1998, s.182; D.1.D., 13.9.1989, E. 1989/130, K.1989/112,DD., S.78-79, s.17.

[25] GÖLCÜKLÜ, s.122, dnt.6; ÖZAY, s.81-86; GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, 1997, s.162; Bu konudaki yetkinin sadece yönetmelik ve tüzükle sınırlı olduğuna dair aksi görüş için bkz. DÖNMEZER,Sulhi, "İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç İhdası, Anayasa Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcap Eden Karar", **İÜHFM**., C. XXVIII,No 1,1962,s.243-244.

[26] HIZLI,Yılmaz, **Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1984, s.32; ÖZAY, s.30.

[27] ÖZAY, s. 29,30.

[28] **Aynı**, s.61.

[29] ONAR,Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 1, İstanbul, 1960, s.1036.

[30] D. 6. D., 30.6.1973, E. 1973/149, K. 1973/2814, **Altıncı Daire Kararları**, Ankara, 1979,s. 106; D.13.6.1979, E. 1978/ 7976, K. 1979/1603, **İdari Yargı**, S. 9, Ağustos- Eylül, 1979, s. 3; D. 14.3.1979, E. 1978/1030, K.1979/592, **İdari Yargı**, S.9, Ağustos- Eylül, 1979,s.20.

3.4. "Ne Bis İn İdem" Kuralı Karşısında İdari Yaptırımlar

"Ne Bis İn İdem", aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çarptırmaya izin verilmemesi anlamına gelen bir ceza hukuku ilkesidir. Ancak, aynı suç için, ceza yaptırımı yanında idari yaptırım da uygulanabilecektir.[31] İdari ihlal, ceza hukukunda da suç sayılabilir. Bu durumda, idari yaptırım yanında ceza yaptırımının uygulanmasına bir engel yoktur. Bu iki yaptırım türü, sebep, sonuç, hukuksal dayanak, amaç ve usul açılarından farklıdırlar. Bu farklılıklar nedeniyle bu kural idari yaptırımlar alanında sınırlı bir geçerliliğe sahiptir.

İlkenin idari yaptırımlarda geçerli olmaması, ceza mahkemesi kararı ile idarenin karar verdiği yaptırımın birbirini etkilememesi sonucunu doğurmaktadır. İdare ile ceza mahkemesi, aynı olay hakkında birbirinden bağımsız olarak farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. İdari yaptırımların idarece kendi işlevine uygun olarak, değişik alanlarda değişik amaçlara yönelik olması, idarenin yine kendi işlev ve amaçlarına uygun yetkiye sahip olması gereğinden doğmuştur.[32] Bu nedenle idare bir kimseye farklı nitelikleri ve durumunu göz önüne alarak aynı eylemden ötürü birden fazla yaptırım uygulayabilmektedir. Bu durumda, aynı kişiye biri idari biri yargısal iki ayrı yaptırım uygulanabileceği gibi birden çok idari yaptırımda uygulanabilir.[33]

Bununla beraber 14. Uluslararası Viyana Ceza Kongresinde "Muhakemeye İlişkin Esaslar" başlığı altında alınan kararlar ile de idari yaptırımla karşılaşan bireyin aynı eylem ya da davranışı nedeniyle bir yandan idari yaptırıma diğer yandan ceza yaptırımına çarptırılmasının yasal düzenlemelerle engellenmesi gereklidir. Bununla birlikte idari yaptırımın yargı kararıyla verilen cezadan mahsup edilmesi gerektiği belirtilmiştir.[34] Bunun anlamı idari yaptırımlarda da "ne bis in idem" kuralına uyulmasının beklendiğidir.

---

[31] GÜNDAY, s.162; HIZLI, s. 32, ÖZAY, s. 62-64, DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul, 1964, s.610.

[32] GÖLCÜKLÜ, s. 215; ÖZAY, s. 63.

[33] Ceza hukukçuları idari yaptırımla birlikte ceza yaptırımı uygulamasının "ne bis in idem" ilkesine aykırı ve kabul edilemez bulmaktadırlar. ŞEN, Ersan, **Çevre Ceza Hukuku**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994,s.243 Yargıtay'ın her iki görüşü de destekleyen kararları vardır. Ne bis in idem kuralına uyulması gerektiğine dair Yargıtay kararları; Y.2.C.D., 3.12.1992, E. 1992/7632, K. 1992/ 48, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C.19, S.2, 1993, s. 269-270,Y.2.C.D., 4.5.1993, E. 1993/4731, K.1993/ 6024, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C.20,S.2,1994, s. 292-293; aksi yöndeki kararlar için bkz.; Y.7.C.D., 5.3.1992, E. 1991/11419, K. 1992/1782, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C.19, S. 4,1993,s.624-625; Y.2.C.D., 19.4.1993, E. 1993/12, K. 1993/ 4836, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C.19, S.6, 1993, 932-934.

[34] Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7.10.1989 Viyana), Çev. Nur CENTEL, **Argumentum**, Y.1, S.1, s.6-7.

Ceza mahkemelerince ceza verilmiş olsa bile idare ayrıca bir ceza uygulaması mümkündür. Bu noktada vergi cezalarının teknik anlamda bir ceza olmadığı, aslında bir idari yaptırım olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.[35] Cezayı uygulayan makam ve usul hükümleri açısından da önemli farklılıklar söz konusudur. İdarenin uyguladığı bir ceza söz konusu olduğunda bir yargı kararından ve bir ceza yargılama usulünden bahsetmek olanaksızdır. Bu noktada vergi idaresinin uyguladığı para cezaları idari yaptırımlara yaklaşmaktadır.[36] Bütün kıstaslar değerlendirildiğinde bazı açılardan vergi idaresinin uyguladığı para cezaları kamusal bir ceza niteliğinde, bazı noktalarda ise idari yaptırım niteliğinde görülmektedir. Bu idari yaptırım niteliği bir istisnai durum olduğu görüşü ile aslında yaptırımların kamusal bir ceza olduğu görüşü ileri sürülmektedir.[37]

4.5. Usül Hükümleri

Devletin uyguladığı bir yaptırımın ceza sayılabilmesi için sadece bir yargı organınca verilmesi yetmemekte, aynı zamanda yargı organınca uygulanan usul hükümlerinin de ceza yargılama usulü olması gerekmektedir. Bu kıstas yaptırımın özüne ilişkin olmamakla beraber ceza ve idari yaptırımların ayrımında kullanılabilmektedir.[38]

Dar anlamda ceza niteliği taşıyan para cezalarının yasalara uymamanın karşılığını oluşturmaktadır. Vergi cezalarının ise önleyici nitelik taşıdığı, vergi cezalarında amacın failin cezalandırılmasından çok devletin vergi alacağının bir an önce tahsiline yönelik olduğu, dar anlamda ceza uygulamasında fail ile anlaşarak ceza yargılaması ortadan kaldırılamazken, vergi cezalarında bu mümkündür.

4.6. Mahkemelerin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi, vergi cezalarının özel niteliğini vurgulamasına karşın, vergi cezalarını incelediği kararlarında konuyu genelde Anayasanın 38. md. si yönünden inceleyerek sonuçlandırmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre "vergi idarelerince verilen para cezalarının, teknik anlamda ceza niteliğinde olmadığı, idari birer yaptırım niteliğinde olduğu hususundaki düşünceler de gözetildiğinde belge düzenine ilişkin idari düzenlemelere aykırı davranış suç değil, birer disiplin suçu, hatta bir tür mali kolluk önlemi olarak değerlendirilebilir"[39]

Yine Anayasa Mahkemesine göre"Vergi suç ve cezalarına ilişkin kurallar esas olarak

[35] HIZLI, s. 43.
[36] **Aynı**, s.44.
[37] **Aynı**,s.46.
[38] **Aynı**,s.33.
[39] Anayasa Mahkemesi, 15.10.1991, 29/37 (AYMKD. C.27, 609).

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, vergi ödevinin gerekleri yanında ceza hukukunun ilkeleri de göz önünde bulundurulmuştur. ... Bu maddelerde öngörülen suç ve cezalarda yasallık ilkesi belirgin bir biçimde kendini gösterir."[40]

Anayasa Mahkemesi " Anayasa' nın 73. md.sinde Bakanlar Kurulu'na sadece vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilgili değişiklik yapma yetkisi verdiği halde vergi cezaları hakkında böyle bir yetki vermediği" şeklindeki Anayasa'ya aykırılık savını incelerken, 73. md. ile bağlantı kurarak şu kararı vermiştir: " Bu yetki, her şeyden önce Vergi Usul Kanunu'nda belirlenen suçları işleyen mükelleflere ceza mahkemeleri veya vergi daireleri tarafından verilecek cezalara dayalı bir yetkidir. Bir başka deyişle Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık yoktur. Öte yandan Bakanlar Kurulu, bu yetkisini genel bir düzenleme şeklinde kullanacak, mükellefler arasında bir ayrıma gitmeyecektir. Ayrıca, para cezalarının zaman içinde, enflasyon nedeniyle, önemini ve ceza niteliğini kaybettiği bilinmektedir. Bu düzenleme ile para cezalarının caydırıcı niteliğini koruması da sağlanmış olacaktır ki, bunda önemli olan bir kamu yararı olduğu açıktır."[41] Düzenleme Anayasa' ya aykırı bulunmamıştır.

Anayasa Mahkemesi son olarak Vergi Usul Kanunu'nun 344. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen vergi ziyaı cezasının hesaplanma biçiminin Anayasa'ya aykırılık savını ele almış ve bir üst paragrafta yer alan kararında farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Vergi ziyaı cezası, "ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi Kanunu'nda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanun'un 112. maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur." Bu düzenleme ile cezanın hesaplanma biçimi formüle edilmiştir. Anayasa Mahkemesi' ne göre "Kuralda, ziyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması, Anayasa'nın, 38. maddesinde sözü edilen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur ve 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkelerine aykırılık oluşturur.". Bu gerekçesiyle VUK'un 344. maddesinin 2. fıkrasındaki vergi ziyaı cezasının hesaplanması ile ilgili hükmü Anayasa Mahkemesinin 06.01.2005 tarih ve E. 2001/3, K. 2005/4 sayılı Kararı ile iptal etmiştir.[42] İptal kararı cezaların kanuniliği ve

[40] AYMK., E.90/35.

[41] AYMK., E86/5.

[42] 20.10.2005 tarih ve 25972 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

belirlilik ilkelerine dayandırılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bendenoun Fransa davası; " Mahkeme: İdari davanın niteliği değerlendirilirken bu davanın cezai özellikleri ile cezai olmayan özellikleri karşılaştırıldığında ulusal hukukta aksine olmasına rağmen bu davadaki dört faktörün davanın cezai nitelikte olduğunu gösterdiğinden, bu faktörler: i) söz konusu iç hukuk hükümleri belirli bir gruba değil de vergi mükellefi olan herkese uygulanabilir olduğundan, ii) verilen cezalar hazinenin zararını gidermeye yönelik olmayıp, yeniden suç işlemeyi önlemek üzere caydırmayı amaçladığından, iii) para cezalarının dayandığı genel kuralın amacı caydırmak ve cezalandırmak olduğundan, iiii) verilen cezalar önemli miktarda olup ödenmemesi halinde faile hapis cezası öngördüğünden olayda (adil yargılanma ile ilgili İnsan hakları sözleşmesinin 6. maddesi) 6. maddenin uygulanabilir olduğuna, ...".[43] Bu kararıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir davanın hangi şartlar altında ceza davası olabileceğine dair kriterler oluşturmuş bulunmaktadır.

Danıştay, "vergi cezaları, vergi kanunlarına karşı işlenen fiil nedeniyle Devletin gördüğü zarara eşit bir tazminat ya da zam almak değil, zararı aşan tutarda karşılık almak yoluyla faili cezalandırmak ve ceza tehdidiyle, söz konusu fiili önlemek amacı güdülmüştür.[44]

DEĞERLENDİRME

Vergi cezalarının hukuki niteliği konusu hala tartışılmakta ve gündemdeki yerini korumaktadır. Konu üzerinde tam bir görüş birliğine varılamamıştır. Görüş birliğine varılamamasının nedeni vergi suçlarının farklı niteliklerde ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi' nin de belirttiği gibi vergi cezalarının kendine özgü bir yapısı bulunmaktadır. Esasen kamu düzenini bozan ve vergi kaybına neden olan suçların cezalarının nitelikleri konusunda bir tartışma söz konusu değildir, bunlar kamusal ceza niteliğindedir. Buna karşılık kamu düzenini bozmayan ancak vergi kaybına neden olan ya da sadece biçimsel yükümlülüklere aykırılık teşkil eden suçlara ilişkin cezalar bakımından bunların kamusal ceza olup olmadığı tartışılmaktadır. İdari nitelikteki vergi cezalarının niteliği, uygulanacak hukuk kurallarını da etkiyeceğinden önemli bir sorundur.

Vergi suç ve cezalarını ceza hukukundaki suç ve cezalardan ve burada yer alan genel ilkelerden soyutlamak olanaksızdır. Vergi ceza hukukunun, genel ceza hukukundan farklı yapısı bulunmakla beraber, birçok durumlarda ceza hukukunun genel ilkeleri vergi ceza

[43]DOĞRU, s. 412.

[44]Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 12.6.1980, ½, (DD., S.40-41,1981) s.69.

hukukunda da uygulanabilir. Vergi suç ve cezalarında temel amaç genel ceza hukukunda yer alan suçlarda olduğu gibi kamu düzeninin korunması ve bozulduğunda yeniden tesisidir. Ancak vergi suç ve cezalarının bir başka amacı da devletin vergi alacağını tam ve zamanında, eksiksiz olarak tahsilini sağlamaktır. Vergi ceza hukukunun hükümleri incelendiğinde genel ceza hukukuna ilişkin birçok kurumun vergi ceza hukukunda da yer aldığı görülmektedir.

Vergilerin yasallığı ilkesi, ceza hukukunda yasasız suç ve ceza olmaz ilkesi ile paralellik göstermektedir. Aynı şekilde genel ceza hukukunda yer alan kıyas yasağı vergi hukukunda da önemli bir yer tutmaktadır. Kıyasa başvurulmasını gerektiren temel neden ilgili konuda bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Bir hukuki soruna uygulanacak ve sorunu çözecek bir hükmün bulunmaması halinde yasa boşluğu söz konusu olmaktadır. Bu noktada kıyas kurumunun işletilmesi beklenebilir. Ancak ne ceza hukukunda nede vergi hukukunda kıyas tam anlamıyla işletilebilmektedir. Vergi hukukunda kıyas uygulamasının kabulü halinde yürütme organının da bu yönteme başvurmak yolu ile vergiyi doğuran olay ve işlemlere müdahale edebilecek, bu da fonksiyon gaspına yol açacaktır.

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin ekonomik ve mali nitelikteki suçlar bakımından uygulanmasının, haklı sayılmayacak sonuçlara yol açabileceği söylenebilir. Ceza yargılamasına konu olan ekonomik ve mali nitelikli suçlar yapıları gereği, uzun bir hazırlığı veya planı gerektiren, belli işlem, faaliyet ve davranışların birbirine planlı bir şekilde eklenmesi ile oluşan, ani bir karara dayanmayan kastı ve kararlılığı bünyelerinde barındıran kasıtlı suçlar olduğu söylenebildiği ölçüde yasayı iyi bilmemek mazeret teşkil etmemesi gerekir. Ancak burada tüm vergi ceza sistemi ele alındığında yasayı iyi bilememekten kaynaklı idari suçların doğduğunu da dikkatlerden kaçırmamak gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Ceza Kongresi kararları ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı birlikte değerlendirildiğinde, cezaların niteliğinin belirlenmesi konusunda uluslararası ölçülerin biçimlendiğini söyleyebiliriz. Biçimlendirmede asli ilkeler tartışılmamakta, ancak cezaların idari ya da kamusal nitelikli suç ve cezalar ile ilgili nitelemenin yapılmasına yardımcı olacak ölçüler oluşturulmaya çalışılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, vergi cezalarının özel niteliğini vurgulamaktadır. Buna karşın Yüksek Mahkeme idari vergi cezalarına zaman içerisinde farklı yaklaşımlarda bulunsa da vergi cezalarını incelediği kararlarında konuyu genelde cezaların yasallığı ilkesi çerçevesinde ele almaktadır. Danıştay' ın nitelendirmesi de zaten bu yöndedir.

Mevcut düzenlemeler temel alındığında kamusal nitelikli vergi cezalarının niteliğinde bir tartışma bulunmamakta, idari nitelikli vergi cezalarında kendine özgü bir yapılanma görülmektedir. Uluslararası hukuktaki nitelemeler ve Yüksek Mahkemelerin vermiş olduğu kararlar ile bir çerçeve çizilmeye çalışılmaktadır. Vergi hukuku alanının kendine özgü yapısı da dikkate alınarak evrensel hukuk kuralarından sapmamak yasa yapıcıların düsturu olmalıdır. İdari nitelikli vergi cezaları demokratik ceza hukuku ilkeleri benimsenerek yasallık ve belirlilik ilkeleri ve uluslararası hukuk nitelemeleri çerçevesinde yeniden ele alınarak yapılaştırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Conseil de L'Europe, "Relative Aux Sanctions Administratives", Recommandation No R (91)1, Recommandations Du Comite Ministres dans Les Domaines des droits Civil, Commercial, Public et International (Volume 1983-1994), Volume II, Strasbourg, 1995.

DERDİMAN, R. Cengiz, " Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Bir Deneme", Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 6, S. 3, Temmuz, 1997.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Karar Rehberi (1960 1994), İstanbul, 1999.

DONAY, Süheyl, Para Cezaları, Kervan Yayınları, İstanbul, 1972.

DÖNMEZER,Sulhi, "İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç İhdası, Anayasa Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcap Eden Karar", İÜHFM., C. XXVIII, No 1,1962.

DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, 1964.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları", A.Ü.S.B.F.D., C. 18, Eylül Aralık, 1963.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 1997.

HIZLI,Yılmaz, Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1984.

MUTLUER, Kamil, Vergi Ceza Hukuku.

NAZAROĞLU, Yavuz, "Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri",Danıştay Dergisi, S.14 15, 1974:

OĞURLU,Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, İdari Ceza hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

ONAR,Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, İstanbul,1960.

OYTAN,Muammer, " Fransa, Almanya ve Türkiye' de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", ONAR Armağanı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.

ÖZAY, İl Han, İdari Yaptırımlar, İ.Ü. Yayın No: 3326, H.F. Yayın No: 691, İstanbul, 1985.

SOYASLAN, Doğan, Yürütme Organının Suç ve Ceza koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1990.

ŞEN, Ersan, Çevre Ceza Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994.

TAN, Turgut, GÖZÜBÜYÜK, Şeref, İdare Hukuku Genel Esasları, Ankara, 1998.

TERCAN, Durmuş, "İdari Cezalar Reformu", Yeni Türkiye, Ekim, 1996.

TOSUN, Öztekin, Hileli Vergi Suçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 191, Baha Matbaası, İstanbul, 1962.

ÜLKMEN,İ.H., "Vergi Usul Kanununa Göre Vergi Cezasının Hukuki Mahiyeti", İktisat ve Maliye Mecmuası, C.II,S.2, İstanbul, 1956.

Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7.10.1989 Viyana), Çev. Nur CENTEL, Argumentum, Y.1, S.1.

ZANOBİNİ,Guido, "İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi", Çev: GÜNAL Yılmaz, A.Ü.S.B.F.D.,C.XVIII, Eylül-Aralık, 1963.

GLOBAL GÜVENLİK YASALARI VE TEMEL HAKLARIN DÜNYA ÇAPINDA EROZYONA UĞRAMASI*

Doç. Dr. Hamide ZAFER**

I- Giriş

Tüm dünya, 11 Eylül 2001 tarihinde New York'ta Dünya Ticaret Merkezine ve Washington'da Pentagona düzenlenen saldırılarla terörün gerçek yüzü ile tanışmıştır. Binlerce insanın ölümüne ve yaralanmasına sebep olan bu saldırıların ardından "terörizm" kavramı yeniden tartışılmaya başlandı. Çünkü bu saldırılar hiç beklenmedik bir zamanda, dünyanın tek süper gücü olarak bilinen bir ülkeye karşı ve hiç tahmin edilemeyen bir şekilde gerçekleştirilmişti. Saldırılar, başta ABD olmak üzere tüm dünyada korku ve panik meydana getirdi. Bu saldırıların ardından ABD terörle mücadele başlattı. Bu mücadelede birçok ülke ABD'nin yanında yer aldı ve mücadeleye destek verdi.

Terörün odaklarının kontrol altına alındığının düşünüldüğü bir anda 15 Kasım 2001 tarihinde İstanbul'da iki Sinegoga (Neva Şalom ve Beth İsrael), 20 Kasım 2001 tarihinde ise İngiliz Başkonsolosluğuna ve HSBC Bank Genel Müdürlüğüne bombalı intihar saldırıları düzenlendi. Sinegog patlamalarında 26 kişi hayatını yitirdi ve 300 kişi de yaralandı. İngiliz Başkonsolosluğuna ve HSBC Bank Genel Müdürlük binasına yapılan saldırılarda da 32 kişi hayatını kaybetti, 400'ün üzerinde kişi yaralandı. 70'in üzerinde araç kullanılmaz hale geldi.

11 Mart 2004 tarihinde ise İspanya'nın Başkenti Madrid'de 3 tren istasyonuna bombalı saldırıda bulunuldu. Saldırıda, 198 kişi hayatını kaybederken, 1500 kadar kişi yaralandı. ETA'ya yakınlığı ile bilinen yasaklı Batasuna partisi ETA'nın olaylarla ilgisinin olmadığını açıkladı. İspanya İçişleri Bakanı Acebes saldırıyı El Kaide (Usame Bin Ladin) veya başka bir radikal İslami Grubun düzenlemiş olabileceğini ifade etti. Londra'daki bir Arap Gazetesine gönderilen elektronik postalarla El Kaide'nin bu eylemleri üstelendiğine

---

* Bu yazı, "güncel hukuk" dergisinde yayınlanan "Hukuk Devletinde (!) Terörle Mücadele", başlıklı yazıdan geliştirilmiştir. Bak.H.Zafer, "Hukuk Devletinde (!) Terörle Mücadele", "güncel hukuk", 21(Eylül 2005) 12-17.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

dair bir posta aldıklarını bildirdi.

7 Temmuz 2005 tarihinde Londra'da üç metro istasyonu ile bir otobüse bombalı saldırı düzenlendi ve bu saldırıda 56 kişi hayatını kaybetti 700'den fazla kişi de yaralandı. Saldırılar El Kaide'ye bağlı Ebu Hafs El Mısri Tugaylarınca üstlenildi. İngiltere'de bu saldırının şaşkınlığı yaşanırken 21 Temmuz 2005 günü ikinci bir saldırı daha yaşandı. Dört bombadan sadece biri patladı, bu saldırıda bir kişi hafif yaralandı. Saldırıyı da El Kaide'ye bağlı Ebu Hafs El Mısri Tugayları üstlendi[1].

11 Eylül 2001 tarihinden itibaren terörle mücadele gerekçesiyle çeşitli güvenlik yasaları çıkartılmış ve temel haklar dünya çapında erozyona uğramaya başlamıştır. Bu yazıda, Amerika, İngiltere ve Almanya gibi hukuk devleti olma iddiasında bulunan ülkelerin bu olaylara hukuki tepkileri ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

II-ABD

11 Eylül saldırılarının ardından 26 Ekim 2001 tarihinde "The USA Patriot Act" (Yurtseverlik Yasası) George W. Bush tarafından imzalanmıştır[2]. Bu Yasa güvenlik güçlerine, şüphelilerin evlerini onların bilgisi dışında ve mahkeme kararı olmaksızın arama, basit şüphe ile tutuklama, her türlü iletişimi denetleme gibi yetkiler vermektedir.

ABD'de 11 Eylül tarihinden itibaren 1100'den fazla Arap ve Asyalı saldırı ile bağlantılı olabileceği düşünüldüğü için milli güvenlik gerekçesi ile gözaltına alınmıştır[3]. Bu gözaltı işlemleri ve kişilerin gözaltında tutulduğu yerler gizli tutulmuştur. Bu kişilerin isimleri soruşturmanın selameti gerekçesi ile kamuya açıklanmamıştır. Gözaltına alınanlardan hiç kimseye karşı iddianame düzenlenmemiştir. 11.9.2002 tarihinden itibaren, ABD'ye giriş yapmak isteyen tüm Iran, Irak, Libya, Sudan ve Suriyelilerin parmak izleri ve fotoğrafları çekilmiştir. Aynı usul, güvenlik rizikosu taşıdığı düşünülen tüm yabancılara da uygulanmıştır. İddiaya göre, yaklaşık 600 tutsak, Küba'da Guantanamo Bay'daki Amerikan-Askeri Destek noktalarındaki kafes gibi hapishanelerde toplanmışlar ve Cenevre Konvansiyonun hükümlerinden yararlandırılmamak için "düşman savaşçılar" olarak nitelendirilmişlerdir[4]. 13 Kasım 2001 tarihinde terör eyleminde bulunmakla suçlananları yargılamak üzere özel yetkilerle donatılmış askeri mahkemelerin kurulması karara bağlanmıştır. Bu askeri mahkemelerin askeri gemilerde

[1] www.cnnturk.com.tr (10 Ağustos 2005)

[2] Yasa metni için bak. http://jurist.law.pitt.edu

[3] Düx, Heinz; "Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten- Statt "Feindstrafrecht" globaler Ausbau demokratischer Rechte", ZRP 2003, Heft 06, 191. Bu rakamlar makale tarihi olan 2003 yılı itibariyle geçerli olan rakamlardır.

[4] Düx, 190.

ve üslerde görev yapması kabul edilmiştir[5]. Hakim Colleen Koller-Kotell, bu tutsakların süresiz özgürlüğünün kısıtlanabileceğine ve bu kişilerin Guantanamo'nun Amerikan toprakları dışında bulunması nedeniyle Amerikan Mahkemelerinde yargılanma hakkına sahip olmadıklarına karar vermiştir. Böylece, gelecekte de, terörizm şüphesi altında olan yabancıların askeri mahkemelerde iddianamesiz olarak yargılanma ve süresiz tutulma yolu açılmıştır. Ayrıca, bu mahkemelerde ilgililerin suçsuzluğunu ispatlamak için delil getirme imkanı zorlaştırılmıştır. 3 hakimli askeri mahkeme önündeki duruşma kural olarak gizli yapılır. Mahkemenin kararına karşı bir kanun yolu bulunmamaktadır. Sadece Başkanın affetme yetkisi bulunmaktadır. Başkan, eyaletin en yüksek dereceli hakimi de olabilir[6]. Bu mahkemelerde sanık hakkında ölüm cezası verebilmesi için oybirliği gerekli değildir. Sanığın müdafi ile görüşmeleri izinsiz olarak dinlenebilir[7]. Terör şüphesi altında olanların özel yetkilerle donatılmış askeri mahkemelerde teminatsız olarak yargılanması sözkonusudur.

Bu Terörle Mücadele Yasasında (Patriot Act) ayrıca, terörist olarak kabul edilen ya da şüpheli görülen şiddet faillerinin DNA bilgilerinin elde edilmesi ve bu bilgilerin bir DNA Bankasında depolanması da öngörülmüştür. Bu Yasayla terör eylemleri için yeni ölüm cezaları düzenlenmiş ve belirli bir siyasi gruba mensup olan kişilerin vatandaşlıktan çıkartılması için imkan yaratılmıştır. Bir kişinin bir terör örgütünün üyesi olduğu veya terör örgütünü desteklediğine dair bir belge varsa veya Adalet Bakanlığı böyle bir şüphe duyuyorsa ilgili ABD vatandaşlığından çıkartılabilecektir[8].

3 Ekim 2001 tarihinde Mali Terörle Mücadele Yasası (Financial Anti-Terrorism Act of 2001) kabul edilmiştir. Bu Yasa ile kara para hareketlerinin izlenerek terörle mücadele edilmesi amaçlanmıştır[9].

Aslında bu güvenlik politikası, 11 Eylül'e şok reaksiyon olarak değerlendirilemez. Bu durum, ABD'nin son 20 yılda ekonomik açıdan zayıf olan ve toplumdan dışlanmış grupları sert cezalandırma politikasının bir sonucudur[10].

ABD'de 90'lı yıllardan itibaren güvenlik ve suçluluk alanında devletin donanımlı hale getirilmesine ilişkin modeller üretilmektedir. Örneğin, Mannhatten Enstitüsü (yeni

[5] Yıldırım, Nazım; "Terörizm Heyulası ve Burjuvazının "Terörle Mücadele" Terörü", www.marksist.com

[6] Bu bilgiler yazar tarafından Alman gazetelerinden toplanmıştır. Düx, 191.

[7] Yıldırım, www.marksist.com

[8] Yıldırım, www.marksist.com

[9] http://thomas.loc.gov (http://jurist.law.pitt.edu/terrorism üzerinden ulaşılabilir)

[10] Düx, 191.

konservatif okul) Polis ve adalet politikasında "Sıfır Tolerans" şeklinde bir parola geliştirmiştir. Bu model tüm dünyada da hızla yayılmaktadır. İlginçtir ki, ABD'de suçluluk oranının düşmesine rağmen tutuklu ve hükümlülerin sayısı artmaktadır[11]. Kanaatimizce, bu durum bireysel temel hak ve özgürlükler açısından bir tehlike sinyalidir.

III-Almanya

Almanya'da son 25 yıldan beri anayasayla garanti altına alınmış olan özgürlükler sistematik olarak kısıtlanmaktadır. Hızlandırılmış muhakemenin kabul edilmesi, belirli suçlar için tutuklama şartlarının yumuşatılması, önleyici yakalama, kamu tanıklarının korunması, sanıkla müdafiin doğrudan yüzyüze görüşmesinin engellenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, gizli soruşturmacının muhakemede tanık olarak dinlenmesi, gizli izlemeye alma, bankalar için hesap hareketlerini bildirme yükümlülüğü öngörülmesi, kişinin kapalı ve açık yerlerde konuşmalarının dinlenmesi, yabancı ülke ile yapılan telefon görüşmelerinin denetlenmesi gibi[12].

Bir kişinin gelecekte suç işleyecek bir kişiliğe sahip olduğuna dair bilgilerin depolanması, yabancıların şüphe üzerine sınırdışı edilmeleri, sınırdışı etme sürecinde ilgilinin gözaltına alınması gibi araçlar daha 11 Eylül 2001 tarihinden önce kabul edilmişti. Bu tedbirlerin başarısı, etkinliği hiçbir şekilde kontrol edilmemiştir. Almanya 1.4 milyon[13] telefon dinlemesiyle bu konuda "demokratik ülkelerin" (!) başında gelmektedir.

11 Eylül 2001 tarihinde New York ve Washington'da gerçekleştirilen terör saldırıları Alman yasakoyucusunu derhal harekete geçirmiştir. Güvenlik Paketi şeklinde 9.1.2002 tarihli "Uluslararası Terörizmle Mücadele Kanunu" hazırlanarak kabul edilmiştir. Bu Yasa öğretide zaman zaman Terörle Mücadele Yasası, zaman zaman da Antiterör Yasası olarak anılmaktadır. Yasa ile 20 yasada değişiklik öngörülmüştür. Değiştirilen yasaların büyük bir kısmı yabancılar ve mülteci hukukuyla ilgilidir. Yabancılar ve mülteci hukukunda yapılan bu değişiklikler, bir yönüyle Adalet ve İçişleri Konseyinin 20.9.2001 tarihli olağanüstü toplantısında kararlaştırılan terörle mücadeleye yönelik tedbirler listesine, diğer yönüyle de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 28.9.2001 tarihli ve 1373 sayılı Kararına dayanmaktadır[14]. Bu kararlarda, diğer bir çok hususun yanısıra uygun

[11] Düx, 191.

[12] Düx, Heinz; "Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten- Statt "Feindstrafrecht" globaler Ausbau demokratischer Rechte", ZRP 2003, Heft 06, 189.

[13] Düx, 189, bu veri yazar tarafından Hirsch, Terror und Antiterror, Grunrechterreport,2002 tarihli eserden alınmıştır.

[14] Kararlar hakkında bak.Zeitler, Helge Elisabeth; "Intelligente Sanktionen "zur Terrorismusbekampfung in der EU", EuZW 2003 Heft 23, 712-714.

tedbirlerle:

-Teröristlerin bir ülkeye giriş yapmadan önce teşhis edilmelerinin,

-Kimliklerin korunması ve kötüye kullanılmasının engellenmesinin,

-Mülteci statüsünün terörist faaliyetler için kötüye kullanılmasının engellenmesinin,

-Teröristler, teröristlerin faaliyetleri ve sahte belgeler hakkında ülke içinde ve ülkeler arasında hızlı bir bilgi akışının,

sağlanması istenmiştir[15].

Almanya'da Terörle Mücadele Yasasında yer verilen tedbirlerin tümünün 11 Eylül'ün bir sonucu olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu tedbirler, kısmen, ülke mevzuatı ile Avrupa Birliğinin yabancılar ve mülteci hukukuna ilişkin düzenlemelerinin uyumlaştırılması amacı ile kabul edilmiştir. Yabancılara ve mültecilere ilişkin belgelerin tanzim edilmesi ve kimliği tespite yarayan sorulara ilişkin kurallar sertleştirilmiştir. Bu yasal değişiklikle, yeni sınırdışı etme sebepleri veya talepleri red sebepleri yaratılmıştır[16]. Örneğin oturma izni talep edilirken veya oturma izni uzatılırken, gerekli vizeyi almadan ülke içine girilmesi, sahte pasaport kullanılması, vatandaşlığın açıklanmaması veya geri dönülecek ülkenin belirtilmemesi talebin ret sebebidir[17]. Yabancıların dernek kurma hakları sınırlandırılmıştır. iltica başvurularına ilişkin prosedür zorlaştırılmış, Yabancıların Kaydına İlişkin Merkezi Sicil Yasası ve Yabancılar Hakkındaki Verilere İlişkin Düzenlemelerin kapsamı genişletilmiştir. Terörle Mücadele Yasası ile, halkın sayımı, yerleşimi ve kişisel verilerin toplanmasına ilişkin kurallar öngörülmüştür[18]. Kişilerin izlemeye alınarak haklarında bilgi toplanmasına ilişkin kurallar çeşitli eyaletlerde farklı kapsamlarda uygulanmaktadır. Bu uygulamalar Anayasa açısından tartışmalıdır[19]. Terörle Mücadele Yasasının bu hükümlerinin yürürlüğü bir süreye bağlanmamıştır[20]. Görüleceği üzere, yabancıların Federal Alman Cumhuriyetindeki hakları sıfırlanmıştır.

Ayrıca, Terörle Mücadele Yasası ile, Anayasayı Koruma Teşkilatının, Federal İstihbarat Teşkilatının, Askeri Güvenlik Konseyinin ve Federal Suç Bürosunun müdahale

---

[15] Huber, Bertold; Die Änderungen des Ausländer-und Asylrechts durch das Terrorismussbäkampfunggesetz", NVwZ 2002 Heft 07, 787.

[16] Huber, 787.

[17] Huber, 788.

[18] Düx, 190.

[19] Saurer, Johannes; "Die Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Kontex der Terrorismusbekämpfung", NVwZ 2005, Heft 3, 278.

[20] Düx, 190.

yetkileri ve görev alanları önemli ölçüde genişletilmiştir. Özellikle de Gizli Teşkilatların, Almanya'da yaşayan her kişiye ilişkin verilerden bilgi edinme imkanı önemli ölçüde iyileştirilmiştir. Gizli Teşkilatlar artık, Banka- ve Kredi Kurumlarından[21], Hava Yollarından, Posta-ve Telekominikasyon Kurumlarından herkes hakkında arzu edilen her türlü bilgiyi elde etme hakkına sahiptirler. Bu bilgi edinme hakkı hiçbir şarta bağlı tutulmamıştır. Yani, suç işlendiğine dair bir başlangıç şüphesi olmasa dahi bu teşkilatlar bu kurumlardan bilgi isteyebileceklerdir. Gizli Teşkilatlar, faaliyetlerini gerekçelendirmek zorunda değillerdir. Bu sistemde, hukuki bir kontrol de mümkün değildir. Çünkü, ilgili kişiler, kendilerine karşı yürütülen tedbirlerden haberdar olmamaktadırlar (Antiterör Yasası m.1-6)[22]. Tarihte Gestapo ile yaşanan tecrübeler nedeniyle Anayasada, yürütme yetkisi olmayan İstihbarat Teşkilatları ile polisiye teşkilatların kesin olarak birbirinden ayrılması öngörülmüştür. Terörle Mücadele Yasası ile bu teşkilatlar arasındaki kesin ayrılık sorgulanır hale gelmiştir[23]. Güvenlik güçleri arasındaki bilgi alışverişi güçlendirilmiş, güvenlik güçlerinin yetkileri arttırılmış, Federal Sınır Korumadan silahlı bir personelin uçaklara yerleştirilmesi öngörülmüştür[24]. Ayrıca kişisel verilerin belirli denetim kriterlerine göre otomatik olarak karşılaştırılması mümkün kılınmıştır. Terörle Mücadele Yasası ile Pasaport ve Kimlik Kanunlarında da değişiklik yapılmıştır[25]. Bu yasalarla daha güçlü bir kimlik kontrolü öngörülmüş ve bu sayede pasaport ve kimliklerde kişisel biyolojik unsurlara yer verilmesine ilişkin hukuki temeller atılmıştır[26]. Artık, pasaport ve kimliklerde fotoğraf ve imzanın yanısıra parmak, el veya yüze ilişkin özelliklere de yer verilecektir. Temmuz 2004 tarihinde İçişleri Bakanları Konferansında DNA Analizlerinin tekrar tanımaya yarayan tedbirler içinde değerlendirilmesi konusunda fikir birliğine varılmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu duruma nasıl bir tepki vereceği merakla beklenmektedir[27].

İstihbarat teşkilatlarına ve veri toplanmasına ilişkin kuralların 11.7.2007 tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir (Antiterör Yasası m.22 III)[28].

Belirtelim ki, Terörle Mücadele Yasası ile kabul edilen ev telefonlarının dinlenmesine ilişkin hükümler Anayasa Mahkemesinin 3.3.2004 tarihli kararı ile Anayasaya aykırı

[21] Böylece para akışı sıkı bir kontrole tabi tutulmuştur. Saurer, 279.
[22] Düx, 190.
[23] Düx, 190.
[24] 18.6.2004 yılında Hava Güvenliği Yasasında ağır kazaların yaşanmasını engellemek için askeri güçlerin kullanılması hükme bağlanmıştır. Saurer, 279.
[25] Huber, 787; v.Bubnoff, 2676.
[26] v.Bubnoff, 2676.
[27] Saurer, 277.
[28] Düx, 190.

bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, özel hayatın mutlak korunmaya değer çekirdek alanına müdahale gerekçesi ile bu kararı vermiştir. Yasakoyucu 30.6.2005 tarihine kadar Anayasaya uygun bir düzenleme yapmak zorundadır[29].

26.4.2002 tarihli Ceza Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile de Alm.CK'na 129b maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre, bu maddede sayılan fiilleri işlemek için örgüt kurmak suçtur. Bu örgütlerin hangi amaçla kurulduğu önem taşımamaktadır. Suç ve terör örgütleri bu madde kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak, Alm.CK m.129a'ya göre, bir örgütü kuranların veya örgüte üye olanların veya böyle bir örgüte yardım edenlerin cezalandırılabilmesi için o örgütün ülke içinde yapılanmış olması gerekir. Alm.CK'na eklenen 129b maddesi ile bu sınırlama kaldırılmıştır. Bu değişikliğin sebebi, teröristlerin uluslararası bir örgütlenmeye gitmeleri, terörist hareketlerin dünya çapında yayılması, teröristlerin gittikçe artan oranda ülke dışından yönlendirilmesidir. Alm.CK m.129b, grupların terörist amaçlarını gerçekleştirmelerine yardımcı olan veya organizasyonu destekleyici sınıraşan faaliyetleri yaptırıma bağlamaktadır[30]. Örneğin, Almanya dışında kurulmuş tamamen yabancı bir örgüte, o örgütün amaçlarını gerçekleştirmesi için Almanya'da yapılan her türlü yardım artık 129b'ye göre cezalandırılabilecektir. Bu fiillerin takibi Adalet Bakanının iznine bağlanmıştır. Soruşturma makamları kendiliğinden soruşturma yapamazlar. Böylece siyası bir kurum doğrudan cezai soruşturma yapma yetkisine sahip olmuştur[31].

8.8.2002 tarihli Yasa ile Kredi ve Finans Kurumları için öngörülmüş olan kara parayı aklama şüphesini bildirme yükümlülüğü, avukatları, noterleri, patent avukatlarını, maliyecileri ve aracı kurumları kapsayacak şekilde genişletilmiştir[32].

Belirtelim ki, 22.6.2004 tarihli Yeni Telekominikasyan Yasası ile de haberleşme kurumlarının kaydettikleri verilere müdahale arttırılmıştır. Yeni Yasanın özellikle 110-113. maddeleri arasında dinleme tedbirinin hukuki şartları belirlenmiştir. Haberleşmeyi sağlayan kamusal tesislerin işletmecilerine yasaya göre öngörülen tedbirlerin yerine getirilebilmesi için teknik aletleri yerleştirme yükümlülüğü getirilmiştir (m.110)[33].

---

[29] Saurer, 277.

[30] v.Bubnoff, Eckhart; Terrorismusbekämpfung-eine weltweite Herausforderung", NJW 2002,Heft 37, 2632; Düx, 190.

[31] Düx, 190.

[32] Saurer, 279.

[33] Saurer, 277.

IV- İngiltere

7 Temmuz ve 21 Temmuz 2005 saldırılarının ardından İngiltere'de de Terörle Mücadele Yasasının serleştirilmesi için girişimlerde bulunulmaya başlanmıştır. Her ne kadar İçişleri Bakanlığınca bu çalışmalara daha önce başlandığı söylenmekte[34] ise de 7 Temmuz 2005 tarihinden sonra bu çalışmaların hızlandığı konusunda şüphe yoktur. Yeni Terörle Mücadele Yasa Tasarısı kapsamında, bombalı saldırıları ve benzeri terör eylemlerini övmenin suç olarak Terörle Mücadele Yasasına alınması[35], terör eylemlerini öven kişilerin vatan hainliği ile suçlanarak ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmesi[36] ve bu kişiler hakkında yürürlükte olan ancak uygulanmayan Vatana İhanet Yasasının uygulanması (İngiltere'de Vatana İhanet Yasası en son 1946 yılında uygulanmıştır)[37] önerilmektedir.

Öte yandan, Göçmen Yasasında yapılacak değişiklikle teröre karışmış olan kişilerin sınırdışı edilmesi, vatandaşlıktan çıkartılması veya ülkeye sokulmaması amaçlanmaktadır[38].

Ayrıca, özel gizli Terör Mahkemelerinin kurulması ve bu mahkemelerde görev yapan hakimlerin güvenlik soruşturmasından geçirilmesi[39]; bu mahkemelerde yargılanacak olan terör suçlarında özel soruşturma ve yargılama usullerinin kabul edilmesi de önerilmektedir. Gizli mahkemelere gizli servislerin topladığı istihbarat da delil olarak sunulabilecektir[40]. Yasa tasarısında, olağanüstü sorgulamaya, bilgi ve delil toplamaya ilişkin özel soruşturma kurallarına, müdafiin sanıkla görüşme ve dosyadan bilgi edinme hakkının kısıtlanmasına, İngiltere'de yasak olan elektronik cihazlarla gizli telefon dinlemelerinin yapılabilmesine, gözaltı süresinin iki haftadan üç aya çıkartılmasına[41] olanak sağlanmıştır. Ayrıca, polis arama konusunda daha geniş yetkilerle donatılmıştır[42].

Tony Blair bu yasal değişikliklerin hayata geçirilebilmesi için gerekirse insan hakları yasasını bile değiştirebileceklerini beyan etmiştir[43].

---

[34] www.cnnturk.com.tr (16 Temmuz 2005)
[35] www.cnnturk.com.tr (16 Temmuz 2005)
[36] www.kanand.com.tr (10 Ağustos 2005)
[37] www.cnnturk.com.tr (10 Ağustos 2005)
[38] www.cnnturk.com.tr (10 Ağustos 2005)
[39] www.zaman.com.tr (10 Ağustos 2005)
[40] www.zaman.com.tr (10 Ağustos 2005)
[41] www.cnnturk.com.tr (10 Ağustos 2005)
[42] www.cnnturk.com.tr (16 Temmuz 2005)
[43] www.cnnturk.com.tr (10 Ağustos 2005)

İngiltere'de 10 kişi Göçmen Bürosunca gözaltına alınmıştır. Bu kişilerin varlıklarının kamuya zararlı olduğu gerekçesi ile sınır dışı edilmeleri için çalışmalar başlatılmıştır. Radikal dinci olarak bilinen kişilerin (suç işlediklerine dair haklarında somut şüphe bulunmamasına rağmen) güvenliği tehdit ettikleri gerekçesi ile sınırdışı edilmeleri planlanmaktadır[44].

V- Hukuki Yaklaşımdaki Değişiklikler

11 Eylül 2001 tarihi yeni bir hukuk devleti tartışmasını da beraberinde getirmiştir. Bu tarihten itibaren, bireyin özgürlükleri ile toplumun güvenlik ihtiyacı arasındaki dengeler değişmiştir.

Terörle mücadele politikası çerçevesinde yasal değişikliklerde iki husus dikkati çekmektedir: 1)Artık terör eylemeleri ile sadece ceza-ceza usul-ve polis hukukunun klasik çerçevesi içinde mücadele edilmemektedir. 2001 yılının Eylül ayından itibaren bu klasik alanın dışına çıkılarak tüm mevzuat terörle mücadeleye yönelik olarak gözden geçirilmekte ve yeniden yapılandırılmaktadır. Haberleşme mevzuatı, mali kazançların kontrolüne ilişkin mevzuat, hava trafiğine ilişkin mevzuat[45] gibi. 2)Örgütlü suçluluk, uyuşturucu suçları, terörist örgütlenmeler ve cinsel suçlar hararetli güvenlik tartışmalarının sembolleridir. Bu suçlarda, cezanın arttırılması hiçbir şekilde caydırıcı olmamaktadır. Cezaların sertleştirilmesi ile hiçbir şey elde edilemeyeceği artık bilinmektedir[46]. Bu nedenle tüm dünyada, bu tür suçlarla bastırıcı tedbirlerden ziyade önleyici tedbirle mücadeleye ağırlık verilmektedir. Terör eylemleri gerçekleşmeden, potansiyel failleri hazırlık aşamasında yakalamak ön planda tutulmaktadır. "Yeni Yöntemlerle Önleyici Koruma" şeklindeki sloganlarla kontrol ve koruma mekanizmalarının kaldırılmasından endişe duyulduğunu da belirtmeliyiz. Artık suçluluk tehlikesinin yüksek olduğunu somut olarak ispatlamak zorunluluğu bulunmamaktadır. Sadece ihtimal dahilinde olan soyut bir tehlikeye dikkat çekilmesi "Önleyici Koruma" tedbirleri alınması için yeterli görülmektedir[47]. Bu da temel hakların güvenlik gerekçesi ile önemli derecede sınırlandırılmasına yol açmaktadır.

VI- Sonuç

"Terörizm" kelime olarak sihirli bir sözcüktür. En azından iç güvenlik politikasında bu sözcük "açıl susam açıl" etkisi yaratmaktadır. Sadece, terör eylemleri ile etkin ve

[44] www.cnnturk.com.tr (11 Ağustos 2005)

[45] Saurer, 275.

[46] Düx, 192.

[47] Hetzer, Wolfgahg; "Terrorabwehr im Rechtsstaat", ZRP 2005, Heft 4, 133.

mümkün olduğunca önceden mücadelenin gerekliliğine işaret edilmiş olması bile birçok kapıyı aralamaktadır. Terörden korku o derece büyüktür ki, anayasayla korunmuş olan alanlara basit bir şüphe üzerine yapılan müdahaleler dahi parlamentoda ve hukuk siyasetinde meşru görülmektedir[48].

Antiterör uzmanları bu yasal değişikliklerin etkinliğinin tartışmaya açık olduğunu belirtmekte; ancak bu programların halkı sakinleştirici fonksiyonunu ve o andaki sosyal güvenlik ihtiyacındaki boşlukları doldurduğunu inkar etmemektedirler. Güvenlik yasalarının siyasi anlamı pratik anlamından daha fazladır. Bireyleri tek tek terör eylemlerinden korumak çok zor görünmektedir[49].

Özellikle 11 Eylül 2001 tarihinden itibaren özgürlüklerle güvenlik arasında bu zamana kadar oluşturulan hukuki dengedeki koordinatlar sistemi esaslı bir şekilde altüst olmuştur.

Suç ve terör örgütleriyle, organize suçlulukla, cinsel suçlarla ve uyuşturucu madde suçları ile mücadelede yeni modeller yaratılmaya çalışılmaktadır. Günter Jakobs, ceza hukukunda güvenlik ve özgürlüğün iki izli olduğunu belirtmektedir. Jakobs'a göre, Ceza hukuku iki izli olmalıdır. Bir normal vatandaşlar için uygulanan hukuk devleti esaslarına uygun "Vatandaş Ceza Hukuku" bir de ve toplum düşmanları için uygulanan "Düşman Ceza Hukuku" olmalıdır. Her kim bir birey olarak muamele görmek isterse, kendisi bir birey olarak muamele görmesini sağlayacak bazı garantileri taahhüt etmelidir. Kişi bu garantileri vermekten kaçınırsa ceza hukuku, bu suça karşı bir düşmana reaksiyon gösterir gibi tepki gösterir. "Düşman Ceza Hukuku"nun bir "hukuk devleti ceza hukukundan" farklı kurallara sahip olması gerekir. Bu ceza hukukunda hazırlık hareketleri cezalandırılır, tüm cezalar çok yüksektir ve usuli garantilere yer verilmez. Ayrıca bu hukuk, suç ve terör örgütlerine, organize suçluluğa, cinsel suçlara ve uyuşturucu madde suçlarına uygulanır. Jakobs, bu hususların kendi kişisel buluşu olmadığını, aksine bu yöndeki eğilimin somut bir şekilde göründüğünü belirtmektedir. Ayrıca Jakobs kendisi de bu şekilde bir nitelendirmenin ve ayrımın kulağa itici geldiğini ve itici de olduğunu kabul etmekte; ancak yine de bilimin görevinin "Düşman Ceza Hukukunu" tanımlamak ve "Vatandaş Ceza Hukukundan" ayırmak olduğunu belirtmektedir[50]. İfade edelim ki, bu yaklaşımlar ya da bu yöndeki talepler öğretide sert bir şekilde eleştirilmektedir. İnsan

[48] Hetzer, 132.

[49] Düx, 192.

[50] Jakobs, Günter; Das Selbstverständnis der Strafrechswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart": in Die deutsche Strafrechtswissenschaf vor der Jahrtausendwende, 2000, 47 vd.51, Düx, 194-195.

olanlar ve düşman olanlar, diğer bir ifade ile insan olmayanlar ayırımı öngören böyle bir düşünce tarzı insanı endişeye sevk etmekte ve ortaçağ uygulamalarını akla getirmektedir. Ancak öğretide kabul görmemesine rağmen, uygulamada böyle bir ceza hukukunun çoktan geliştiğini de söylemeliyiz. Sadece bu alanın öğretisi yazılmayı bekliyor. Belki de, "Düşman Ceza Hukuku" başlığı altında ve bir sistem içersinde olmasa da organize suçlulukla mücadele başlığıyla bu öğreti yazılmaya başlandı.

Kanaatimizce, "Düşman Ceza Hukuku", "Teröre Karşı Savaş" gibi terimler, ilgilinin tüm haklarının elinden alınmasına hizmet etmektedir. Bu halde artık, işlenmiş olan cezai bir fiilin soruşturulması için bir şüphenin açıklanması gerekmez; ayrıca hüküm verilinceye kadar usuli insan haklarına sahip veya hüküm verildikten sonra maddi insan haklarına sahip bir şüpheliyle mücadeleden de sözedilemez. Kötüyle savaşılmalıdır. İnsan böyle bir durumda savaştaki düşmanına tanınmış olan hakları kabul etme zorunluluğunda olmadığına inanır[51]. Bir hukuk devletinde yasaların bu ruh haliyle yapılma lüksü yoktur.

Belirtelim ki, 11 Eylül 2001 tarihindeki saldırıların ardından BM ve Avrupa Konseyi de bir dizi karar almış ve Terörle Mücadeleye ilişkin ilkeleri tespit etmiştir[52]. Bu ilkeler ve kararlar çerçevesinde iç hukuk sistemlerinin güçlendirilmesi öngörülmüştür. Bu çalışmalar sonucunda, Avrupa Konseyince, 15.5.2003 tarihli "Terörizmin (Tedhişçiliğin) Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolü" hazırlanmıştır. Belirtelim ki, 27 Ocak 1977 tarihli Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi adının yaptığı çağrışımın aksine ne terörü tanımlamakta ne de açıkça burada belirtilen eylemleri terör eylemi olarak nitelendirmektedir. Ancak, dolaylı olarak Sözleşmenin 1. maddesinde sayılan eylemlerin terör eylemi sayılacağını kabul etmek gerekir[53]. Bu Ek Protokolle, Roma' da 10 Mart 1988' de akdedilen, Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme'nin uygulama alanındaki suçlar; Roma'da 10 Mart 1988'de akdedilen, Kıta Sahanlığında Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Protokol'ün uygulama alanındaki suçlar; New York'ta 15 Aralık 1997'de kabul edilen, Terörist Bombalamalarının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin uygulama alanındaki suçlar; New York'ta 9 Aralık 1999'da kabul edilen Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin uygulama alanındaki suçlar." Sözleşme kapsamına alınmıştır[54].

[51] Hetzer, 133.

[52] Bak.Saurer, 281; Zeitler, Helge Elisabeth; "Intelligente Sanktionen "zur Terrorismusbekampfung in der EU", EuZW 2003 Heft 23, 712,713.

[53] Bak.Zafer, Hamide; Ceza Hukukunda Terörizm, İstanbul 1999, 260-261.

[54] Protokolün onaylanması Bakanlar Kurulu'nca 15/3/2005 tarihinde kararlaştırılmıştır. (RG. 8 Nisan 2005, No. 25780)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

ŞEVK / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no:4528/02)
11 Nisan 2006

Bu hüküm Sözleşmenin 44. Maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen koşullar altında kesinleşecektir. Hüküm, yazımı açısından yeniden gözden geçirilebilir.

Çeviren: Stj. Av. Alper Can AYKAÇ*

Şevk / Türkiye davasında

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire) Heyetini oluşturanlar,

Başkan	Bay	J.-P. Costa,
Yargıçlar	Bay	A.B. Baka,
	Bay	R. Türmen,
	Bay	K. Jungwiert,
	Bay	M. Ugrekhelidze,
	Bayan	A. Mularoni,
	Bay	D. Popović,

Yazı İşleri Müdürü Bayan S. DollÉ,

21 Mart 2006 tarihlerinde özel bir şekilde görüşerek,

Kabul edilen aşağıdaki hükmü belirtilen tarihte göndermişlerdir.

USULÎ İŞLEMLER

1. İki Türk vatandaşı Bay Murat Şevk ve Bay Mehmet Şahin Şevk ("başvuranlar") tarafından İnsan Haklarına ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı yapılan başvuru (no:

* Stajyer Avukat, Eskişehir Barosu.

4528/02) üzerine 4 Ocak 2002 tarihinde dava ikame edildi.

2. Başvuranlar İzmir'de avukatlık yapan Bay O. K. Cengiz tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti ("Hükümet") mahkeme önündeki işlemler için bir ajan görevlendirmemiştir.

3. Başvuranlar, sözleşmenin 5. maddesi uyarınca kendi yakalama işlemlerini meşru kılan makul şüphenin bulunmadığını ve polis gözetimindeki alıkoyma süresinin çok uzun olduğunu iddia etmişlerdir. Ayrıca birinci başvuran, tutuklu olarak alıkonuluşunun aşırı olduğundan ve kendi alıkonuluşunu hızlı ve hukukî bir biçimde yeniden gözden geçirme konusunda makamların başarısız olduğundan yakınmıştır.

4. 13 Aralık 2004 tarihinde mahkeme, başvuruyu Hükümete iletme kararını almıştır. Sözleşmenin 29. maddesinin 3. fıkrası uyarınca başvurunun esasının, kabul edilebilirliği ile aynı zamanda incelenmesi kararı da alınmıştır.

OLGULAR

I. DAVANIN OLAYLARI

5. Başvuranlar, sırasıyla, 1951 ve 1979 yıllarında doğmuşlardır ve Bodrum'da yaşarlar. İkinci başvuran, birinci başvuranın oğludur.

6. 28 Haziran 2001 tarihinde Muğla Emniyet Müdürlüğü, suç işlemek için çete örgütlemekten şüphelendikleri on altı kişinin yakalanması için Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan yakalama emri istemiştir. İddiaya göre çete memurlara rüşvet verme, insanları malvarlıklarını satmaları için tehdit etme ve para kaçakçılığı işlerine karışmıştır. Birinci başvuranın ismi, liste içerisinde yer almaktadır. Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine, Bodrum Sulh Ceza Mahkemesi, polisin şüpheli kişilerin evlerinin aranmasını yürütmesi için ve sorgulama amacıyla onları yakalaması için izin veren emri çıkarmıştır.

7. Aynı gün iki başvuran da Bodrum'da gözaltına alınmıştır. Birinci başvuran evinde yakalanmıştır. Evinin arandığı sırada, polis iki tabanca, beş av tüfeği, bir telden boğma kordonu, bir tereyağı bıçağı, dört kelepçe takımı, beş komando bıçağı, iki fişek şarjörü ve 20 fişek bulmuştur. Polis, başvuran tarafından imzalanan, arama ve yakalama zaptı hazırlamıştır.

8. Çetenin elebaşı olmasından şüphelenilen kişinin, Ö.A.nın, sahibi olduğu döviz bürosunda ikinci başvuran güvenlik görevlisi olarak çalışmaktaydı. Polis Ö.A.yı yakalamak amacıyla döviz bürosunda bir arama yürütüyorken, ikinci başvuran olay

yerine vardı ve sorgulama için gözaltına alındı.

9. 30 Haziran 2001 tarihinde Muğla Emniyet Müdürlüğü, Bodrum Cumhuriyet Savcılığı'ndan, birkaç şüphelininkinde olduğu gibi, başvuranların da polis gözetimindeki alıkonma sürelerinin uzatılması için onay talebinde bulundu.

10. 4 Temmuz 2001 tarihinde iki başvuran da polise ifade verdi. Kendileri çeteye dâhil olduklarını reddettiler. Kendi ifadesinde, birinci başvuran, Ö.A.yı tanıdığını ve ara sıra ona ödünç para verdiğini açıklamıştır. Ayrıca Ö.A.dan dükkan satın aldığını doğrulamıştır. Ancak, birinci başvuran insanları tehdit etmek için Ö.A. tarafından talimat aldığı iddiasını reddetmiştir.

11. 5 Temmuz 2001 tarihinde başvuranların ikisi de Bodrum Cumhuriyet Savcısı tarafından sorgulandı. Sorguları sırasında, başvuranlar polise verdikleri ifadelerini tekrarladılar. İkinci başvuran daha sonra serbest bırakıldı. Aynı gün birinci başvuran, sonrasında tutuklu olarak alıkoyma kararını veren Sulh Ceza Mahkemesindeki soruşturma yargıcının önüne çıkarıldı.

12. 11 Temmuz 2001 tarihinde birinci başvuran tutuklama kararına karşı itiraz etti.

13. 23 Ağustos 2001 tarihinde İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne başvuranları ve diğer on altı kişiyi suç işlemek için çete kurmak eylemlerine yani insanları tehdit ve memurlara rüşvet vermek karışmakla itham ederek bu kişilerin aleyhine iddianame gönderdi.

14. 17 Eylül 2001 tarihinde birinci başvuran tahliye talebiyle mahkemeye dilekçe sundu.

15. 17 Ekim 2001 tarihinde başvuranların duruşması İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde başlamıştır. Oturumun sonunda, dava dosyası içerisindeki delillerin ve suçun ciddiyetini hesaba katarak, mahkeme birinci başvuranın tutuklu olarak alıkonması gerektiğini hükme bağlamıştır.

16. 23 Ekim 2001 tarihinde birinci başvuran vekili, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin Yazı İşleri aracılığıyla, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde birinci başvuranın tutukluluk halinin devamı kararına karşı çıkmıştır. Vekil, müvekkilinin tutuklu kalması için yeterli delilin olmadığını iddia etmiştir. İstanbul Devlet Mahkemesi'nin talebi üzerine, Cumhuriyet Savcısı 19 Ekim 2001 tarihinde görüş bildirmiştir.

17. 22 Kasım 2001 tarihinde mahkeme birinci başvuranın tahliye talebini reddetmiştir. Bu karar İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin Yazı İşlerine 3 Aralık 2001

tarihinde gönderilmiştir.

18. 13 Aralık 2001 tarihinde İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi ikinci oturumu düzenlemiş ve duruşma süresince birinci başvuranın serbest bırakılmasına karar vermiştir.

19. 2 Mayıs 2002 tarihinde mahkeme birinci başvuranın beş ay mahkûmiyetine ve ikinci başvuranın beraatine hükmetmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

20. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (18 Kasım 1992 tarihli 3842 sayılı Kanunun 9. maddesi ile değişen) 128. maddesinin dördüncü paragrafı, yakalanan ve/veya hakkında Cumhuriyet Savcısı tarafından tutukluluğun devamı emri çıkarılan kişinin, Sulh Ceza Yargıcı huzurunda bu tedbire karşı çıkabileceğini ve eğer başarılı olur ise salınabileceğini sağlamıştır.

21. 466 sayılı Kanundışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Karşı Tazminat Verilmesi Hakkında Kanunun 1. maddesi:

"(1) Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut tutukluluklarının devamına karar verilen;

(2) Yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyen;

(3) Yakalanıp veya tutuklanıp da kanuni süresi içinde hakim önüne çıkarılmayan;

(4) Hakim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun kılınan;

(5) Yakalanıp veya tutuklanıp da bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyen;

(6) Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahut beraetlerine veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen;

(7) Mahkum olup da tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkum edilen;

kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar, bu kanun hükümleri dairesinde devletçe ödenir."

HUKUK

22. Başvuranlar, polis gözetimindeki çok uzun süren alıkoyma işlemini ve yakalanışlarını meşru kılan makul şüphenin var olmadığından yakınmıştır. Ayrıca birinci başvuran yaklaşık beş ay süren tutuklu olarak alıkoyma süresinin uzunluğu hakkında ve tutukluluğunun İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından hızlı bir biçimde yeniden gözden geçirilmediği olgusu hakkında yakınmıştır. Başvuranlar Sözleşmenin 5. madde 1(c), 3. ve 4. fıkralarına dayanmışlardır.

I. KABUL EDİLEBİLİRLİK

A. Hükümetin İlk İtirazı

23. Hükümet kendi sunumunda, başvurunun Sözleşmenin 35. maddesi tarafından iç hukuk yollarındaki çarelerin tüketilmesindeki başarısızlık nedeniyle başvurunun reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Hükümet, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 128. maddesine uygun olarak polis gözetimindeki alıkonmasına karşı çıkabileceğini öne sürmüştür. Ayrıca başvuranların 466 sayılı Kanundışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Karşı Tazminat Verilmesi Hakkında Kanuna uygun olarak tazminat isteyebileceklerinin de üzerinde durmuşlardır.

24. Mahkeme, benzer davalarda Hükümet'in ilk itirazlarının incelendiğini ve reddedildiğini hatırlatmıştır (bkz. özellikle, *Öcalan / Türkiye* [GC], no. 46221/99, §§ 66-71, ECHR 2005-...). Mahkeme örnek davadaki yargılama felsefesinden sapmayı gerektiren özel koşulların bulunmadığını saptamıştır.

25. Sonuç olarak, mahkeme hükümet'in ilk itirazlarını reddetmiştir.

B. Kabul Edilebilirliğin Diğer Temelleri

26. Sözleşmenin Madde 5/1 (c) hükmü altındaki yakınmaya gelince, mahkeme, suç işlemek için örgütlenmiş çetenin eylemlerine karışmaktan şüphelenilen kişileri yakalamak için Muğla Emniyet Müdürlüğü tarafından yürütülen bir operasyona bağlı olarak bu başvuranların yakalandığını belirtmiştir. Birinci başvuranın evinin aranması sırasında, polis memurları çeşitli silahlar bulmuşlardır (yukarıdaki 7. paragraf). Ayrıca çetenin elebaşı olmasından şüphelenilen Ö.A.nın sahibi olduğu bir döviz bürosunda, ikinci başvuran bir güvenlik görevlisi olarak çalışıyorken yakalanmıştır (yukarıdaki 8. paragraf). Başvuranların çete işlerine bulaşmalarına dair şüpheleri doğrulamak veya def etmek amacıyla, Madde 5/1 (c) hükmünün koşullarını yerine getirmek için, bu koşullar içerisinde onlara karşı şüphe duyulabileceği düşünülebilir.

27. Başvuranın tutukluluk süresinin uzunluğu ile ilgili olan Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası hükmündeki birinci başvuranın yakınmalarına gelince, mahkeme, birinci başvuranın yaklaşık beş ay boyunca tutuklu olarak alıkonduğunu ve İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından düzenlenen ikinci oturumda serbest bırakıldığını not etmiştir. Ona karşı delil ve isnatların ciddiyeti sonucu bazı ithamlar bakımından, mahkeme, birinci başvuranın tutuklu olarak alıkonmasının toplam uzunluğunun Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası anlamında aşırı boyuta varmadığını düşünmüştür.

28. Bu yüzden Mahkeme, birinci başvuranın tutuklu olarak alıkonmasının uzunluğu ile ilgili yakınmaların yanı sıra, başvuranların yakalanmalarını meşru kılan makul şüphe eksikliğine dair yakınmalarını dayanaktan yoksun olduğu ve bu konunun kabul edilemez olması gerektiği sonucuna varmıştır.

29. Mahkeme daha sonra, başvurunun geri kalanının herhangi bir temelde kabul edilemez olmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle geri kalanının kabul edilebilir bulunması gerekir.

II. SÖZLEŞMENİN 5/3. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

30. Başvuranlar, aşağıda yazılı olan Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasında sağlandığı gibi yargısal gücü uygulayacak yargıç veya hukuken yetkili bir memur huzuruna çıkarılmaksızın kendilerinin yedi gün boyunca polis gözetiminde alıkonduklarını iddia ettiler.

> "Bu maddenin 1.(c) paragrafı hükümleri doğrultusunda yakalanan veya alıkonulan herkes yargısal gücü uygulayacak yargıç veya hukuken yetkili bir memur huzuruna derhal çıkarılır."

31. Hükümet başvuranların polis gözetiminde alıkonmalarının uzunluğunun, o zamanki yasalara uygun olduğunu ileri sürmüştür. Bilindiği gibi ilgili hukuk mahkeme içtihatları doğrultusunda önceden değiştirilmiştir, başvuranların iddiaları temelsizdir.

32. Mahkeme, başvuranların polis gözetimindeki alıkonmalarının 6 gün aştığını belirtmiştir. Mahkeme, *Brogan* ve *diğerleri / Birleşik Krallık* davasında (29 Kasım 1988 tarihli hüküm, Series A no. 145 B, pp. 33-34, § 62) yargısal denetim olmaksızın dört gün altı saat aşılan polis gözetimindeki alıkoymanın amacı terörizme karşı tam olarak kamuyu korumak olmasına rağmen Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasındaki sıkı sınırın dışına çıktığını karar vermiştir (bkz. *Brogan* ve *diğerleri / Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1988 tarihli hüküm, Series A no. 145 B, pp. 33-34, § 62).

33. İtham edilen başvuranların dayandığı eylemlerin ciddi olması beklense de Mahkeme başvuranların yargısal gücü uygulayacak yargıç veya hukuken yetkili bir memur huzuruna çıkarılmaksızın yedi gün boyunca alıkonmalarının gerekli olduğunu kabul etmemiştir.

34. Dolayısıyla Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası ihlal edilmiştir.

III. SÖZLEŞMENİN 5/4. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

35. Birinci başvuran yerel makamların yeterli hızda serbest bırakılma talebini değerlendirmediklerinden yakınmıştır. 5. maddenin 4. fıkrası aşağıda yazılıdır:

> "Yakalama veya alıkonma suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse, alıkonmasının hukukiliği hakkında hızla karar verebilecek ve alıkonması hukuki değilse serbest bırakılmasına hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."

36. Hükümet, mahkeme'nin içtihat hukuku ışığı içerisinde (yukarıda sözü edilen *Brogan ve Diğerleri*, 59. par), yerel makamların, 5. madde 4. fıkranın koşulu olan hıza uygun olduğu yönünde değerlendirilme yapılması gerektiğini belirterek bu iddiaya karşı çıkmıştır.

37. Mahkeme, yakalanan ya da alıkonulan kişilerin kendi alıkonmalarının hukukîliğine karşı çıkmak için işlem yapma hakkını teminat altına alan 5. maddenin 4. fıkrasını anımsatmıştır ve ayrıca bu tür işlemlerin kuruluşunu izleyerek, başvuranların alıkoymayla ilgili hızlı biçimde bir yargısal karar alma haklarının olduğunu duyurmuştur (bkz. *Musial / Polonya* [GC], no. 24557/94, § 43, ECHR 1999-II). 5. maddenin 4. fıkrası hükmündeki kişinin hakkına saygı gösterilip gösterilmediği sorunu, her bir olayın kendi koşulları ışığında belirlenmek zorundadır (bkz. *Rehbock / Slovenya, 29462/95*, § 84, ECHR 2000-XII). Mahkeme, işlemlerin genel yürütmesini ve gecikmelerin başvurana ya da yasal temsilcisine mal edilebilen sınıra kadar olan uzunluğunu hesaba katmalıdır. Ancak, ilke olarak, kişinin özgürlüğünün şansa bağlı olması nedeniyle, devlet, gecikmelerin en az yaşanabileceği bu tür işlemleri kendi usul kurallarında oluşturmalıdır (bkz. *Zamir / Birleşik Krallık,* no. 9174/80, 11 Ekim 1983 tarihli Komisyon Raporu, DR 40, p. 42, §§ 107108; *Mayzit / Rusya*, no. 63378/00, § 49, 20 Ocak 2005).

38. Mahkeme daha sonra, Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasının anlamı içerisindeki gecikmenin, başvurunun yerel makamlardaki ikamesi ile başladığını ve kararın başvurana ya da onun yasal temsilcisine iletildiği günde bittiğini tekrarlamıştır (see, *mutatis mutandis Koendjbiharie / Hollanda*, 25 Ekim 1990, Series A no. 185-B, § 28; *Singh / Çek*

Cumhuriyeti, no. 60538/00, § 74, 25 Ocak 2005).

39. Mevcut davada başvuran 23 Ekim 2001 tarihinde tutukluluk halinin hukukîliğine karşı çıkmak için dilekçe sunmuştur. Başvuranın talebi 22 Kasım 2001 tarihinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından reddedilmiştir ve bu karar 3 Aralık 2001 tarihinde İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Yazı İşleri'ne gönderilmiştir.

40. Mahkeme, geride bırakılan 41 günlük gecikme döneminin Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasının anlamı içerisinde, hızlı bir yargısal kararın gereklerine yanıt vermediğini düşünmüştür (*Kadem / Malta*, no. 55263/00, § 44, 9 Ocak 2003, ve *Rehbock / Slovenya*, no. 29462/95, § 87, ECHR 2000-XII). Mahkeme ayrıca, denetimi engellenen, başvuruyu yapan başvurana öneride bulunulmaması nedeniyle, gecikme dönemini tümüyle makamlara mal edilebilir bulmuştur.

41. Dolayısıyla Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrası ihlal edilmiştir.

IV. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULAMASI

42. Sözleşmenin 41. maddesi şunu öngörür:

> "Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse ve ilgili sözleşmeci devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder."

A. Zarar

43. Her bir başvuran, Cumhuriyet Savcısı önüne çıkarılmadan önce yedi günlük dönemde polis gözetiminde alıkoymaya dair 10.000 Avro (EUR) tutarında manevî zarar istemiştir. Ayrıca birinci başvuran duruşma sırasında tahliyesi için yaptığı başvurunun gözden geçirilmesindeki gecikmeden doğan 10.000 Avro (EUR) tutarında manevî karşılık talep etmiştir.

44. Hükümet, başvuranlarca istenen miktarlara itiraz etmiştir ve ihlal bulgusunun yeterli bir karşılığı kendi içerisinde bulundurduğunu ileri sürmüştür.

45. Mahkeme, başvuranların, sözleşmenin ihlali bulgusu tarafından yeterli biçimde karşılanamayacak bazı manevî zararlara maruz kaldığını düşünmüştür. Tarafsız bir temelde değerlendirme yaparak, Mahkeme bu başlık altında birinci başvurana 2.500 Avro ve ikinci başvurana 1.400 Avro verilmesine hükmetmiştir.

B. Harcama ve Giderler

46. Başvuranlar harcama ve giderler için de 5.000 Avro talep etmişlerdir.

47. Hükümet aslında yalnızca giderlerin geri ödenebilir olduğunun üzerinde durmuştur. Bu bağlamda, hükümet tüm harcama ve giderlerin başvuranlar veya yasal temsilcileri tarafından belgelerle gösterilmesinin gerektiğini ve yaklaşık rakam ve listelerin giderleri kanıtlamak için ilgili ve gerekli belgeler gibi göz önünde tutulamayacağını arz etmiştir.

48. Mahkeme, bir avukat tarafından temsil edilen başvuranların adlî yardımdan yararlanmadıklarını belirtmiştir. Mahkeme, tarafsız bir temelde karar vererek ve kendi içtihat hukukunun dayandığı kıstaslara saygı göstererek, başvuranlara harcama ve giderleri için müştereken 1.500 Avro verilmesinin makul olduğunu düşünmüştür.

C. Gecikme Faizi

49. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankasının en düşük kırdırma (ıskonto) oranına yüzde üç puanlık bir ekleme ile belirlenmesi gerektiğini düşünmüştür.

BU NEDENLERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE

1. Birinci başvuranın duruşma sırasında tahliyesi için yeniden gözden geçirmedeki gecikmenin yanı sıra, başvuranların polis gözetimindeki alıkonmalarının uzunluğu ile ilgili, Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrası hükmündeki yakınmaları kabul edilebilir ve başvurunun geri kalanını kabul edilemez *bulmuştur*.

2. Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine *karar vermiştir*.

3. Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiğine *karar vermiştir*.

4. (a) Sözleşmenin 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hükmün kesinleşme tarihinden itibaren üç ay içinde davalı devletin başvuranlara, çözümleme tarihindeki geçerli oran üzerinden Yeni Türk Lirasına çevrilecek ve Türkiye'deki başvuranların banka hesabına yatırılacak aşağıdaki tutarları ödemesine:

i. Manevî zararı için birinci başvurana 2.500 (İkibinbeşyüz) Avro

ii. Manevî zararı için ikinci başvurana 1.400 (Bindörtyüz) Avro

iii. Harcama ve giderler için başvuranlara müştereken 1.500 (binbeşyüz) Avro

iv. Yukarıdaki tutarlara yüklenebilecek herhangi bir vergi miktarı

(b) Yukarıda sözü edilen üç aylık dönemini bitimden itibaren çözümleme tarihine kadar gecikme döneminde yukarıda belirtilen Avrupa Merkez Bankasının en düşük

kırdırma oranına yüzde üç puanlık ekleme ile doğan oranda artırım yapılmasına *karar vermiştir.*

5. Adil bir tatmine yönelik başvuran taleplerinin geri kalanını *reddetmiştir*.

İngilizce yazıldı ve Mahkeme İçtüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak 11 Nisan 2006 tarihinde yazılı olarak bildirildi.

S. DollÉ
Yazı İşleri Müdürü

J.-P. Costa
Başkan

ESKİ YUGOSLAVYA İÇİN MİLLETLERARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN BANOVİÇ DAVASI KARARININ ÇEVİRİSİ

Çeviren: Ar. Gör. Elif UZUN*

GİRİŞ

25 Ocak 1991'de Hırvatistan ve Slovenya'nın Yugoslavya'dan bağımsızlıklarını ilan etmesinin ardından, Yugoslavya topraklarında, Avrupa tarihinin İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gördüğü en kanlı olaylar meydana gelmiştir. Olaylar sonucu hayatını kaybedenlerin sayısı yüz binlerle, mültecilerin sayısı ise milyonlarla ifade edilmektedir. Kamplarda toplanan insanlar yiyeceksiz ve ilaçsız bırakılmış, pek çok yerde sistematik bir şekilde kadınlara tecavüz edilmiştir. Yugoslavya'daki vahşetin medya aracılığıyla tüm dünyaya duyurulması, milletlerarası toplumun tepkisini çekmiştir[1]. 25 Mayıs 1993 tarihli 827 Sayılı Karar ile, BM Şartı'nın VII. Bölümüne dayanılarak, bu insanlık dışı olayların faillerini cezalandırmak için Milletlerarası Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi kurulmuştur.

Mahkeme ve mahkemenin verdiği kararlar, ne yazık ki sadece birkaç ismin yargılanma süreciyle ilgili olarak gündemimize girmiştir. Bununla birlikte, sonuçlanmış ve sonuçlanmayı bekleyen pek çok karar, milletlerarası hukuk açısından taşıdığı önemin yanında tarihi belgeler olarak da kayıtlara girmek zorundadır. Aşağıda sunduğumuz Banoviç Davası hakkındaki kararın çevirisi, belleğimizi tazelemeye de hizmet ederse, amacına ulaşmış olacaktır.

Çeviriye, kararın aslında bulunan dipnotları dahil etmedik. Mahkemenin vermiş olduğu diğer kararlara ve milletlerarası bazı belgelere gönderme yapan bu dipnotlara kararın aslından ulaşmak mümkündür[2].

---

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

[1] RANCILIO, Peggy E. (1999) "From Nuremberg to Rome: Establishing an International Criminal Court and the Need for U.S. Participation", University of Detroit Mercy Law Review, Vol. 77, s. 165.

[2] Bkz. PROSECUTOR v. PREDRAG BANOVIC, http://www.un.org/icty/banovic65-1/trialc/judgement/ban-sj031028e.htm.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

1991'den beri Eski Yugoslavya Bölgesinde İşlenen Milletlerarası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlalleri Nedeniyle Sorumlu Olan Kişilerin Yargılanması için Milletlerarası Mahkeme	**Dava no.** IT-02-65/1-S **Tarih:** 28 Kasım 2003 **Orijinal:** İngilizce

DAVA DAİRESİNDE

Huzurunda: **Yargıç Partick Robinson, Başkan**
Yargıç Richard May
Yargıç O-Gon Kwon
Yazman: **Hans Holthuis**
Karar: **28 Kasım 2003**

SAVCI

v.

PREDRAG BANOVIC

KARAR YARGILAMASI

Savcılık Makamı

Joanna Korner
Sureta Chana

Sanık için Dava Vekili

Jovan Babic

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER 145

I. GİRİŞ 146

A. Tarihçesi 146

B. Suç Kabulü Sözleşmesi [Plea Agreement] 147

II. OLGUSAL TEMELLER 150

III. UYGULANAN HUKUK 152

A. Statü ve İçtüzük 152

B. Genel Değerlendirme 153

IV. KARAR ETMENLERİ 154

A. Suçun Ağırlığı 154

B. Ağırlaştırıcı Sebepler 157

C. Hafifletici Durumlar 158

1. Suç Kabulü [Plea of Guilty] 160

2. Pişmanlık 161

3. Sanık'ın Kişisel Halleri 162

D. Eski Yugoslavya Mahkemeleri'ndeki Hüküm Uygulamaları 164

V. CEZANIN BELİRLENMESİ 165

VI. KARAR 167

YARGIÇ PATRICK ROBINSON'UN KARŞI OYU 168

I. GİRİŞ

A. Tarihçesi

1- Predrag Banovic 28 Ekim 1969'da Bosna-Hersek'in kuzeybatısında bulunan Prijedor kasabasında dünyaya gelmiştir. Çatışmalardan önce garson olarak çalışmıştır.

2- Hakim Lal Chand Vohrah, Banovic'e karşı olan "İlk İddianame"yi [original indictment], 25 Temmuz 1995'te kabul etmiştir. İnsanlığa ve savaşın teamülüne aykırı veya İçtüzük ihlaline karşılık olan 25 kalem suçla itham edilmiştir. Bu suçlar, 1992 yazı boyunca Prijedor bölgesinde meydana gelen olaylarla ilgilidir. Banovic ve diğerleri için olan ilk iddianame alenileştirilmiş ve aynı gün tutuklama kararı verilmiştir.

3- Sanık 9 Kasım 2001'de, 1991 yılından beri Eski Yugoslavya Bölgesinde İşlenen Milletlerarası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinden Dolayı Sorumlu Olan Kişilerin Yargılanması için Milletlerarası Mahkeme'ye (Mahkeme) gönderilmiştir. 8 Kasım 2001'de Sırbistan'da yakalanmıştır. 16 Kasım 2001'de Mahkemenin önüne ilk çıktığında Sanık, kendisine karşı ileri sürülen bütün suçlamalardan dolayı suçlu olmadığını iddia etmiştir.

4- Predrag Banovic'e karşı olan "İlk İddianame" birçok kez değiştirilmiştir. En son şekli olan Birleştirilmiş İddianame [Consolidated Indicment] 5 Temmuz 2002'de kabul edilmiştir.

5- Birleştirilmiş İddianame'de ("İddianame"), 30 Nisan 1992'de sabahın erken vakitlerinde Bosnalı Sırp polisi ve ordu güçlerinin Prijedor kasabasının fiziksel kontrolünü ele geçirdiği belirtilmiştir. Prijedor'un zorla alınmasını takiben, Prijedor Bosnalı Sırp Kriz Yöneticisi, Sırp olmayanlar için, kural olarak Bosnalı Müslüman ve Bosnalı Hırvatlara dolaşım ve çalışmaları da dahil olmak üzere yaşamlarının her yönünü kapsayan sınırlamalar getirmiştir. İddianame'ye göre, 1992 Mayısı ve Ağustosu arasında, Prijedor kasabasındaki Bosnalı Sırp otoriteleri hukuka aykırı olarak 7,000'den fazla Bosnalı Müslüman, Bosnalı Hırvat ve diğer Sırp olmayanları Prijedor bölgesinden Omarska, Trnopolje ve Keraterm kamplarına ayırarak toplamış ve orada alıkoymuştur. Bosnalı Müslümanların, Bosnalı Hırvatların ve diğer Sırp olmayan kişilerin daimi olarak zorla dışarı çıkartılmasının, Bosnalı Sırp liderlerinin ortak suç girişimi [joint criminal enterprise] amaçlarının bir parçası olan Prijedor kasabasında Bosna Hersek bölgesinden ayrı bir Sırbistan'ın ortaya çıkarılması ve kontrolünü temin etmeyi başarabilmek için bu olayların Bosnalı Sırp liderleri tarafından organize edildiği ve yönetildiği iddia edilmiştir.

6- Savcı'nın Predrag Banovic'e karşı olan davası, Keraterm kampında bir gardiyan

olan Predrag Banovic'in diğerleriyle birlikte, Keraterm kampı içersinde işlenilen ortak suç girişiminde yer almış olmasıdır. 24 Mayıs 1992 ve 30 Ağustos 1992 tarihleri arasında, Keraterm kampında, Sırp olmayanlara Prijedor ve diğer bölgelerden çıkartmak veya boyun eğdirmek için kötü muamele ve zulmetme eylemlerinde, diğerleriyle birlikte, bulunmuştur. Sorgular sırasında şiddetli dayakların, ırza tecavüzün ve öldürmelerin Keraterm kampında günlük olarak yer aldığı ileri sürülmüştür. Yaşam koşulları sert ve acımasızdır. Predrag Banovic'in ortak suç girişimine katılımı Keraterm kampındaki hareketleriyle -ki bunlar dövme, suiistimal ve mahkumların öldürülmesidir- sınırlıdır.

7- İddianamede, Suçlama 1'le [Count] bağlantılı olarak (din, ırk ve siyasi temellerde zulüm, Mahkemenin Statüsü'nün 5 (h) maddesi kapsamında cezalandırılan insanlığa karşı bir suç) 24 Mayıs 1992 ve 30 Ağustos 1992 arasında, Predrag Banovic, diğerleriyle birlikte, Bosnalı Müslümanlara, Bosnalı Hırvatlara ve diğer Sırp olmayanlara Keraterm kampında ırksal ve dinsel temelde zulmettiği yer almıştır. Sanık Banovic'le ilgili olarak Birleşik İddianame'de ileri sürülen zulüm eylemleri şunlardır: a- 7 mahkumun öldürülmesi, b- İddianameye eklenen Liste D ve İddianame'nin 15. ve 16. maddelerinde belirtilen Keraterm kampında birçok Sırp olmayanın dövülmesi, c- İddianame'nin 15. ve 16. paragraflarında belirtilen Keraterm kampında Bosnalı Müslüman, Bosnalı Hırvat ve diğer Sırp olmayan mahkumların acımasız koşullarda, taciz, aşağılama ve psikolojik kötü muamele altında hapsedilmeleri. Predrag Banovic aynı zamanda, ortak suç girişimindeki diğer iştirakçilerin ihmal ve fiilleri nedeniyle de cezai sorumlulukla itham edilmiştir.

8- İleri sürülen bu eylemlerle ilgisi nedeniyle ve Milletlerarası Mahkemenin Statüsünün 7. maddesinin 1. paragrafı kapsamında bireysel cezai sorumluluk temelinde, İddianame'de Predrag Banovic'in 4 ek maddeden daha bireysel cezai sorumluluğu olduğu ileri sürülmüştür. Bunlar: cinayet, Statünün 5 (a) maddesiyle uyumlu olarak insanlığa karşı bir suç; Statünün (İddianame Suçlamalar 2 ve 3) 3. maddesine uygun olarak savaş teamülünün veya hukukunun ihlali; acımasız eylemler, Madde 5.(i)'ye (İddianame Suçlama 4) uygun olarak insanlığa karşı bir suç; ve kötü muamele, Statü Madde 3' e (İddianame Suçlama 5) uygun olarak savaş teamülü veya hukukunun ihlali.

B. Suç Kabulü Sözleşmesi [Plea Agreement]

9- 18 Haziran 2003, Savcılık Makamı ("Savcılık") ve davavekili tarafından temsil edilen sanık Predrag Banovic, Milletlerarası Mahkeme Usul ve Kanıt Kuralları (İçtüzük) Kural 62'ye uygun olarak, gizli bir "Savcılık Makamı ile Predrag Banovic arasında bir Suç Kabulü Sözleşmesi'nin Değerlendirilmesi için Ortak Önerge [Joint Motion]" yapmışlardır. 5 Haziran 2003 tarihinde, Ortak Önerge, Sanık'ın İddianame'nin 1.

Suçlamasındaki, Mahkeme Statüsü'nün 5(h) ve 7(1)'inci maddelerini kapsamında cezalandırılabilecek insanlığa karşı bir suç olan siyasi, ırksal ve dinsel temelde zülüm suçunun açıklanması amacıyla taraflar arasındaki Suç Kabulü Sözleşmesi'ni sunmuştur.

10- Suç Kabulü Sözleşmesi Predrag Banovic'in, insanlığa karşı bir suç olan zulmetme suçlamasının hukuki niteliğinden ne anladığını yansıtan hükümler içermektedir. İddianame'nin 1. Suçlamasında anlatılan şekilde zulümden dolayı suçlu bulunması için Savcının şu makul şüpheleri ispatlaması gerektiği şekilde anladığı belirtilmiştir; 1- Söz konusu zamanlarda ve yerlerde, bir silahlı çatışmanın varlığı; 2- Söz konusu zamanlarda ve yerlerde, sivil halka karşı doğrudan yaygın ve sistematik saldırı; 3- Sanığın eylemlerinin sivil bir topluluğa karşı doğrudan yapılan yaygın ve sistematik saldırı ile bağlantılı olması; 4- Eylemlerin meydana geldiği bağlamda geniş bilgisinin olması; 5- Sanığın, mağdur veya mağdur topluluğuna karşı eylemlerini veya ihmallerini temel veya esaslı hak ihlal etmek için işlemiş olması; 6- Sanığın ihlali işlemeyi amaçlamış olması; 7- Sanık'ın eylemlerinin siyasal, ırksal ve dinsel temellerle işlenmiş olması; ve, 8- Sanık'ın eylemlerini ayırımcı veya zulmedici amaçla işlemiş olması.

11- Savcı ve Savunma, Savcı'nın Yargılama Dairesi'nden toplam 8 yıl hapis cezası isteme konusunda anlaşmışlardır. Her iki taraf da, Predrag Banovic'in, İçtüzüğün 101. Kuralında belirtildiği gibi, geri kalan hayatını hapiste geçirme kavramıyla karşılaşabileceğini; Yargılama Dairesi'nin sunulan öneriyle bağlı olmadığını ve gerçekte, uygun gördüğü şekilde hapsetmede serbest olduğunu; en uygun hapsi belirlerken Yargılama Dairesi'nin bu tarz unsurları bir suçun ağırlık derecesi, mahkum kişinin kişisel hali, ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler, ve eski Yugoslavya'daki hapis cezasıyla ilgili olarak genel uygulamayı göz önüne aldığını anladığını kabul etmiştir. Predrag Banovic aynı zamanda suçu kabul ederse, Statü tarafından garanti edilen usule dair bazı mutlak haklardan gönüllü olarak feragat etmiş olacağını da anlamıştır.

12- Suç Kabulü Sözleşmesinde Savcı, suçun itirafını ve mahkumiyetini takiben, Sanık'a karşı olan ve Suç kabulü Sözleşmesi'nde belirtilmeyen, Ek D'de olan, aynı şekilde İddianame'nin C ve F Ekinde belirtilen Keraterm kampında diğerlerinin yaptığı eylemler nedeniyle cezai sorumluluğun, diğer bütün suçlamaların geri çekilmesini talep edeceğini kabul etmiştir.

13- 26 Haziran 2003'te yapılan Ortak Önerge ile ilgili duruşmada, Sanık Birleşik İddianame'nin 1. Suçlaması dolayısıyla suçlu bulunmuştur. Suç Kabulü Sözleşmesi yeniden gözden geçirilince Yargılama Dairesi İçtüzüğün 62 bis Kuralının gerekliliklerinin yerine getirildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, Yargılama Dairesi suçlu bularak sonlanmıştır.

14- Aynı duruşmada, Savcı Sanığa karşı olan diğer suçlamaları geri çekme niyetini teyit etmiştir. Dolayısıyla Yargılama Dairesi, Sanık'a karşı ileri sürülen bütün diğer suçlar ve Suç kabulü Sözleşmesinde belirtilmeyen Ek D'de olan diğer olayları, aynı şekilde İddianame'nin C ve F Ekinde belirtilen Keraterm kampında diğerlerinin yaptığı eylemler nedeniyle cezai sorumluluğu, Predrag Banovic'le ilgili olarak reddetmiştir.

15- Predrag Banovic'e karşı olan yargılama usulü, İddianame'de belirtilen diğer sanıklardan, aynı gün sözlü Karar'da [Order] resmi olarak ayrılmıştır. Dolayısıyla Predrag Banovic'e karşı olan dava Savcı v. Meakic et al.'dan ayrılmış ve tekrar düzenlenerek Dava No: IT-02-65/1-S olmuştur. 27 Haziran 2003 tarihli Karar'da, Suç Kabulü Sözleşmesi 4 Temmuz 2003'ten itibaren resmi belge olarak ibraz edilecektir.

16- Yargılama Dairesi 17 Temmuz 2003'te "Predrag Banovic için Soruşturma Hüküm Lahiyası"nı ["Prosecution Sentencing Brief"] kabul etmiştir. Savunma 27 Ağustos 2003 tarihinde Yargılama Dairesi'nde istendiği gibi, kısmen gizli olan "Predrag Banovic için Savunma Hükmü Lahiyası" sunmuştur.

17- Bu meseleyle ilgili olan Karar Duruşması 3 Eylül 2003'te yapılmıştır. Bir ön savunma konuşması olarak, Savcı Savunma Hüküm Lahiyası'ndaki bazı iddiaların suç kabulüyle tutarsız olarak değerlendirilebileceğini veya suç kabulünün yapıldığı zamanla ilgili bilgi vermediğini veya anlamının açık olmadığının ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Savcı özellikle, Savunmanın, Sanık Predrag Banovic'in, inter alia, düşük rütbeli ve bağımlı durumu dolayısıyla, üstlerinin ve suçu işleyen diğerlerinin ve onu ve diğerlerini suç işlemeye zorlayanların gücüne karşı direnemeyeceğini kanıtlamaya çalıştığını ileri sürmüştür. Savcı buna rağmen suç kabulünün kasten yaşamları almak için bir savunma olmadığını, kamptakileri dövmekle ilgili olarak bir savunma olup olmayacağının da belli olmadığını belirtmiştir. Savunma, Yargılama Dairesi nezdinde ifadesinin, hiçbir zaman, "hem kısmî hem de tam savunma olarak görülmesini, fakat hafifletici neden gibi" görünmesini gerçekten amaçlamadığını açıklamıştır. Tarafları dinledikten sonra Yargılama Dairesi, suç kabulün şekillendiği ve belirsiz olmadığı sonucuna varmıştır.

18- Yargılama Dairesi aynı zamanda, Savunma Hüküm Lahiyası'na eklenen, delil olarak sunulan bir dizi belge ve bildiriyi kabul edip etmeyeceği konusunda karar vermeye çağrılmıştır. Karar duruşmasında, Savunma aynı koşullarda kabul edilecek olan bir ek doküman (Sanığın vazifesinin sunumu) sunmuştur. 5 Eylül 2003, Yargılama Dairesi Savunmanın isteğini bahşetmiş ve Savunma Hüküm Lahiyası'na eklenen, vazifesinin sunumunu içeren, bütün belgeleri ve bildirileri kabul etmiştir. Yargılama Dairesi belgelerin ve bildirilerin "uygun kararı verirken Yargılama Dairesi'ne yardımcı olacak

bilgileri içerdiğini" belirtmiştir.

19- Taraflar, kararı belirlemede göz önüne alınacak etmenlerle ilgili olan ayrı ayrı lahiyalarında belirtilen delilleri Karar duruşması boyunca genişletmişlerdir. Hem Savunma hem de Savcı Yargılama Dairesi'nin 8 yıllık hapis cezasına karar vermesini talep etmiştir. Yargılama Dairesi Kararını başka bir güne ertelemiştir.

II. OLGUSAL TEMELLER

20- İddianame'de açıklanan suçlar ve Sanık'ın iştiraki için yazılı bir "Suç kabulü Sözleşmesinin Olgusal Temelleri" Suç Kabulü Sözleşmesi'yle birlikte kayıt edilmiştir. Olgusal Temeller Sanık tarafından davavekiliyle birlikte kabul edilmiştir ve Yargılama Dairesi karara ulaşırken dayanacağı temeli oluşturmuştur. Olgusal Temeller'de detaylı olarak düzenlenen, üzerinde anlaşılmış olaylar aşağıda özetlenmiştir.

21- Prijedor Yerel Hükümetinin 30 Nisan 1992'de devrilmesini takiben, Bosnalı Sırp güçleri, Sırp olmayanların yaşadığı köylere ve alanlara, birçok sayıda erkeğin, kadının ve çocuğun yakalanmasına ve yer değiştirmesine neden olan bir dizi saldırılar düzenlemiştir. Prijedor Bosnalı Sırp Kriz Heyeti bu insanlarla ilgilenmesi için üç büyük kamp -bunlardan biri Criekin Polje'de Prijedor kasabasının doğu yakalarındaki seramik fabrikasında kurulan Keraterm kampıydı- oluşturmuştur.

22- Diğerlerinin yanında Keraterm ve Omarska kamplarının kurulması, ortak suç girişiminin Bosna ve Hersek içinde planlanan Sırp Devletinin bölgesinden Sırp olmayanların daimi olarak çıkartılması amacının zorunlu özelliklerinden biridir. Keraterm ve Omarska kampları Prijedor ve diğer alanlardaki Sırp olmayanları bölgeyi Sırp olmayanlardan kurtarmak veya kalanları boyun eğdirmek amacıyla kötü muamele ve zulmetmek için tasarlanmıştır. Kamptaki Sırp olmayanların tutukluluğu, onların öldürülmesi veya Sırp olmayan alanlara transfer edilmeleri için bir başlangıçtır.

23- Keraterm kampı 23 Mayıs 1992 yılında işlemeye başlamıştır ve 1.500 tutuklu barındırmıştır. 23 Haziran ve 6 Ağustos 1992 arasında, Predrag Banovic düzenli olarak Keraterm kampında gardiyan olarak görevlerini yerine getirmiştir. Dusko Sikirica kampın kumandanıdır. Keraterm kampındaki gardiyanlar yedek polis personelini de içermektedir ve 10-15 gardiyan vardiyalı olarak organize olmuştur, bütün gardiyanlar vardiyalı kumandanlar olan Dragan Kolundzija, Damir Dosen ve Dusan Fustar tarafından idare edilmektedirler. Predrag Banovic, Damir Dosen'in kumandasında, vardiyalı olarak bulunan, emri altındaki bir gardiyandır.

24- Keraterm kampındaki tutuklular, tutuklulukları boyunca, aşağılanmış, taciz

edilmiş, fiziksel ve psikolojik suiistimalde bulunulmuş ve bunlara ilaveten vahşi, acımasız ve haysiyet kırıcı koşullarda yaşatılmışlardır. Kamp, Sırp olmayan tutukluların ölümleriyle veya psikolojik takatsizlikleriyle sonuçlanacak şekilde yönetilmektedir. Keraterm kampında tutuklular geldiklerinde aranmaktadır ve bütün kişisel eşyalarına el konulmaktadır. 1992'nin sıcak yaz ayları boyuca metal kapıların ardında olan dört depo odalarından birine alınmadan önce birçoğu dövülmüştür.

25- Olgusal Temeller, kamptaki acınacak haldeki yaşam koşullarını anlatmaktadır. Kamptaki yaşam koşulları çok sağlıksızdı. Odalar çok kalabalıktı, genellikle tutukluların yatması veya hareket etmesi için yeterli alan yoktu. Tutukluların giysilerini veya kuru ottan yapılmış yataklarını değiştirme şansları yoktu ve tıbbi bakım sınırlıydı. Kabaca yetersiz porsiyonda yiyeceklerle besleniliyorlardı ve su almaları sınırlıydı. Tuvalet ve kişisel temizlik olanakları yetersiz ve gayet sağlıksız durumdaydı. Tutukluların egzersiz yapma şansları yoktu ve temiz hava almak için düzenli olarak açık havaya çıkmalarına izin verilmemekteydi.

26- Tutuklulukları boyunca, Keraterm kampındaki çoğu tutuklu birçok kez, Banja Luka ve Prijedor'dan gelen "müfettişler" tarafından yürütülen sorgular için çağrılmışlardır. Tutuklular, sorgulara giderken ve gelirkenki yolculuklarında dayaklara maruz kalmıştır.. Böyle tutuklular ya yakın mesafedeki Omarska kampına transfer edilmek ya da Keraterm'de özel bir odaya yerleştirilmek için sınıflanlandırılmışlardır.

27- Keraterm yetkilileri, aynı şekilde "ziyaretçiler", düzenli olarak tutuklulara birçok kez vurmuş, kaba ve küçültücü muameleye maruz bırakmıştır ve tutukların birçoğu ölmüştür. Polis copu ve beysbol kriketini de içeren silahların ve araçların bütün çeşitleri dövme eylemlerinde kullanılmıştır. Dövmeler genellikle diğer tutukluların gözü önünde küçültücü ve haysiyet kırıcı emirler eşliğinde yapılmıştır. Sırp olmayan politikacıları, önde gelen liderleri ve Sırplara direndikleri bilinenleri özellikle dövmeler ve öldürmeler için hedef almışlardır. Dövmeler fiziksel ve ruhi ciddi zararlara neden olmuştur. Dayaklardan sonra tıbbi bakım ya yetersiz yapılmıştır ya da hiç yapılmamıştır. Birçok tutuklu kampta sağ kalamamıştır. Cesetler sık sık araçlara yüklenip, uzağa götürülüp Prijedor'daki Pasinac Mezarlığı'nda yakılmıştır. Diğer tutuklular hapis odalarından görevlerini yerine getirmeleri için alınmışlardır ve bir daha hiç görülmemişlerdir.

28- Olgusal Temellere göre, Predrag Banovic ve İddianame'de onunla ortak olarak belirtilen sanıklar önemli ölçüde ortak suç girişiminde yer almışlardır. Keraterm kampında görevlerini yerine getirirken, Predrag Banovic herhangi bir rütbeye ve kamptaki diğer gardiyanlar üzerinde kontrol yetkisine sahip olmamıştır. Bunun yanında,

Predrag Banovic 20 Haziran 6 Ağustos 1992 arasında Keraterm kampında gardiyan olarak, kamptaki kötü muamele sistemini biliyordu, kıyımlarda, tutukluların dövülmesi ve öldürülmelerinde yer aldı ve ortak kararlaştırılmış kötü muamele sistemine yardım etmeyi amaçlamıştı. Bütün bu zamanlarda, Sanık Suç Kabulü Sözleşmesi'nde listelenen suçların her birinin işlenmesi için gerekli ruh haline sahipti.

29- Diğerleriyle birlikte Predrag Banovic, Keraterm kampında tutukluların ölümle sonuçlanan dövülmelerinde yer almıştır. Predrag Banovic beş cinayette yer almaktan dolayı sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Aynı zamanda Sanık'ın suçlu olduğunu itiraf ettiği İddianame'nin Ek D'sinde yer alan bu beş cinayet, Olgusal Temellerin içinde listelenmiştir. Mağdurların isimleri karar duruşmasının kamuya açık oturumunda okunmuştur, şöyle ki bu isimler Jovo Radocaj, Drago Tokmadzic, Jasmin a/k/a "Zvjezdas", Dzevad Karabegovic ve Dzemal Mesic.

30- Ek olarak, Predrag Banovic yirmi beş tutuklunun dövülmesinden ve diğer ikisine ateş etmekten dolayı sorumlu olduğunu kabul etmektedir, şöyle ki Ramadan Bahonjic, Meho Kapetanovic, Faruk Hrncic, Enver Modronja, Adib Bajric, Uzeir Causevic a/k/a Zejro, Saban Elezovic, Edin Ganic'i dövme, üç Alisic erkek kardeşi dövme, Armin, Edo ve üçüncü erkek kardeşin ilk adı bilinmiyor, Ismet Garibovic, Vasif Mujkanovic, Mujo Sivac, Sulejman Sivac, Misrad Karagic, Esad Islamovic, aile adıyla Mesic olan mahkum, Jasmin Ramadanovic a/k/a "Sengin", Suad Halvadzic, Besim Fazlic, Mehmed Avdic, Muharem Sivac, Mirsad Crljenkovic, Ismet Bajic; "Smail" diye çağrılan bir tutukluya ve diğer kimliği belirlenmemiş tutukluya ateş edilmesi.

III. UYGULANAN HUKUK

A. Statü ve İçtüzük

31- Uygun olan hükmü belirlemede, Yargılama Dairesi'ne Milletlerarası Mahkeme'nin Statüsü ve İçtüzük rehberlik etmiştir. Hükümle ilgili olarak Statü'nün ve İçtüzük'ün ilgili hükümleri aşağıda verilmiştir:

Madde 24
Cezalar

1. Yargılama Dairesi tarafından verilen ceza hapis cezası ile sınırlıdır. Hapis cezasının koşullarını belirlemede Yargılama Daireleri eski Yugoslavya'daki mahkemelerce verilmiş hapis cezalarının genel uygulanışına başvurmak durumundadır.

2.Yargılama Dairesi, cezayı belirlerken, suçun ağırlığı ve mahkum edilen kişinin

kişisel durumları gibi unsurları göz önüne alır.

[...]

Kural 100
Suç Kabulü Üzerine Cezalandırma Usulü

(A) Yargılama Dairesi sanığı suç kabulü üzerine mahkum etmişse, Savcı ve Savunma, Yargılama Dairesi'ne uygun bir ceza belirlemesinde yardımcı olacak her türlü bilgiyi sunabilir.

[...]

Kural 101
Cezalar

(A) Bir mahkum, ömür boyu hapis de dahil olmak üzere hapis cezasına çarptırılabilir.

(B) Cezanın belirlenmesinde Yargılama Dairesi Statü madde 24 paragraf 2'de belirtilen etkenlerle birlikte aşağıdaki etkenleri de dikkate alır:

(i) Her türlü ağırlaştırıcı neden

(ii) Suçlanan kişinin suçlamadan önce ya da sonra Savcı ile yaptığı işbirliği de dahil olmak üzere her türlü hafifletici neden

(iii) Eski Yugoslavya'daki mahkemelerce verilmiş hapis cezalarıyla ilgili genel uygulama.

[...]

(C) Mahkumun, eğer varsa, yargılama ya da temyiz için beklerken gözetimde tutulduğu dönem hapis cezasından düşülür.

32- Böylece, uygun olan hükmü vermede, Yargılama Dairesi'nin değerlendirmesi gereken unsurlar şunları içermektedir: suçun ağırlık derecesi, cezayı ağırlatıcı herhangi bir neden, cezayı hafifletici herhangi bir neden ve eski Yugoslavya mahkemelerinde hapis kararı vermekle ilgili genel uygulama.

B. Genel Değerlendirme

33- Cezalandırmanın amaçları kararı belirlerken ek bir rehber sağlamaktadır. Bu bağlamda, Yargılama Dairesi ve Milletlerarası Mahkeme'nin Temyiz Dairesi tekrar tekrar cezalandırıcı ve caydırıcı ilkelere vurgu yapmıştır.

34- Cezalandırma ilkesi, intikam amacını yerine getirmek için değil, milletlerarası

topluluğa yaşanmış rezaleti ifade etmek içindir. Bu bir suçlunun cezalandırılması, kendine has suç hareketi ile orantılı olmalıdır anlamına gelmektedir. Diğer taraftan, caydırma ilkesi karar vermede yasal bir değerlendirmedir. Gerçekten, Temyiz Organı Mahkeme'nin amaçlarından biri olan milletlerarası insancıl hukukun ciddi ihlalleri nedeniyle bireylere adil sorumluluk getirmenin gelecek ihlalleri caydırmak için olduğunu belirtmiştir. Böylece "milletlerarası suçlar için karar vermede caydırıcılığın göz önüne alınacak genel etkisi" olduğu kabul edilmiştir. Yargılama Dairesi, caydırıcılık ilkesinin, verilen herhangi bir cezanın benzer suçları işlemeyi düşünenleri bunu yapmaktan vazgeçirecek kadar yeterli caydırıcılık değerinde olmasını sağlamak anlamına geldiğini anlamıştır. Dolayısıyla, Yargılama Dairesi verilen hükmü belirlerken caydırıcılık ilkesine başvurmuştur. Bununla beraber, bunu yaparken, Daire, Tadic'de vurgulandığı gibi, caydırıcılık ilkesinin uygunsuz üne kavuşmasını sağlamamaya dikkat etmiştir.

35- Bu değerlendirme Sanık'a karşı belirlenen hükümde zemin oluşturmuştur. Verilen hapis cezasıyla ilgili olarak Savunma tarafından sunulan diğer "karar amaçları"nın - manevi ihtar (tazyik) ve eski hale iade- , bu dava ile sınırlı şekilde ilintili olduğu düşünülmüştür.

36- Bununla beraber, suçun öz ağırlığının değerlendirilmesinde kararda üstün yükümlülük değişmeden kalmaktadır. Etmenler "ilk değerlendirme" ve "belli başlı özellik" olarak tanımlanmıştır. "Suçlanan eylemin ağırlığının değerlendirilmesi, normal olarak uygun bir hükmün incelenmesi için başlangıç noktası" olduğu söylenmiştir. Fakat Yargılama Dairesi bunu kabul etmemiştir. Gerçekten, cezayı belirlemede üstün yükümlülük, cezanın suçlu eylemin ağırlığına uygun olmasıdır.

IV. KARAR ETMENLERİ

37- Bu nedenle Yargılama Dairesi, bu çeşitli etmenleri incelemesine, ilk olarak suçun ağırlığını göz önüne alarak başlamıştır. Bu bağlamda, Yargılama Dairesi'nin bu yükümlülüğü Kupreskic de biçimlendirilmiştir ve akabinde Temyiz Dairesi'nin çeşitli kararlarında onaylamıştır.

Verilen ceza suçlanan cezai eylemin öz ağırlığını yansıtmalıdır. Suçun ağırlığının tespiti davanın belirli durumlarının, aynı şekilde suçta sanığın iştirakinin biçim ve derecesinin değerlendirmesini gerektirmektedir.

A. Suçun Ağırlığı

38- Savcı, zulmetme suçunun cezai eylemlerin çeşitli biçimlerini de kapsayan bir "şemsiye" suçu olduğunu belirtmiştir. Mevcut davada, zulmetme suçunu temel alan

suçlar, Sanık'ın suçlu bulunduğu beş cinayet ve Keraterm kampında hapsedilen yirmi yedi mahkumun dövülmesidir. Savcı bu suçların niteliği itibariyle ağır olduğunu ileri sürmüştür: cinayet her milli yargı sistemindeki en ciddi suçlardan biridir; birden çok cinayetten mahkum olma özellikle ciddi gözükmektedir.

39- Suçların işlendikleri durumlar Olgusal Temeller'de açıklanmıştır. Bu belgeye göre, Keraterm kampı, etnik durumları nedeniyle Sırp olmayanları bölgeden temizlemek için onları rezil durumlara sokan ve insanlıktan çıkartan koşullarda hapsetme amacıyla ortak suç girişiminin bir parçası olarak kurulmuş ve işletilmiştir. Predrag Banovic tarafından işlenen suçlar, ayrımcı bir amaçla, sivil halka karşı yaygın ve sistematik eylemlerin bir parçası olarak ortaya çıkmıştır.

40- Keraterm kapındaki tutukluluk koşulları bütün mahkumlar için vahşi, acımasız ve haysiyet kırıcı olarak anlatılmaktadır. Kamptaki yetkililerin merhametinde tutuklular sürekli fiziksel ve psikolojik dehşet halinde tutulmaktadır. Küçük düşürme, cinsel taciz ve tutukluların psikolojik olarak suiistimali ortak noktadır. Predrag Banovic'in Keraterm kampındaki gardiyan olarak pozisyonunu tutukluları keyfi ve devamlı küçük düşürmeye, cinsel tacize ve şiddete boyun eğdirerek kötüye kullandığı söylenmiştir. Sanık beş kişinin ölmesiyle ve diğer yirmi yedisine ağır bedensel zararla sonuçlanan dövmeye doğrudan katıldığını kabul etmiştir.

41- Todorovic' in Yargılama Dairesi'nin belirttiği gibi, zulmetme suçu "niteliği gereği çok ciddi bir suç"tur. Benzersiz karakteri özel bir ayrımcılık amacına gereksinim duyulmasından gelmektedir. Bu nedenle, suç özellikle ciddi bir suç olarak kabul edilmektedir. Bu davada, Sanık aşağıdaki zulmetme eylemlerine katıldığını kabul etmiştir:

(a) beş mahkumun öldürülmesi

(b) yirmi yedi tutuklunun dövülmesi

(c) Keraterm kampında Bosnalı Müslümanları, Bosnalı Hırvatları ve diğer Sırp olmayanların acımasız koşullarda, cinsel taciz, küçük düşürme ve psikolojik suiistimal içinde hapsetme.

42- Yargılama Dairesi bu eylemlerin hem tek başına hem de birleşmiş şekilde düşünülmüş olduğunu ve kendi içlerinde incelendiğinde de son derece ağır olduklarını kabul etmiştir. Taraflar da bunu kabul etmiştir ve Yargılama Dairesi Sırp olmayanların Keraterm kampında acımasız koşullarda hapsedilmeleri ve alıkoyulmalarının, Sırp olmayan tutuklulara karşı ayrımcılık amacıyla yapıldığı sonucuna ulaşmıştır. Tutukluluk

boyunca, tutuklular en vahşi ve elverişsiz yaşam koşullarına dayanmaları için zorlanmıştır. Tutuklular, Keraterm kampı gardiyanları ve aynı şekilde "ziyaretçiler" tarafından düzenli olarak dövülmüş ve kötü muamele görmüştür.

43- Sanık, beyzbol sopalarını, cop, kablo ve demir toplarını içeren çeşitli aletlerle tutukluların dövülmesine katıldığını ve böylece mağdurlar üzerinde şiddetli fiziksel ıstırap veren yaralamaya neden olduğunu ve bu eylemlere maruz kalanlara ruhsal zarar verildiğini kabul etmiştir. Sanık'ın bilgisi olduğunu kabul ettiği bu suçlar Sırp olmayan nüfusa karşı yapılan bütün suiistimallerin bir parçasıdır. Bu suçların işlenmesinde Predrag Banovic'in doğrudan iştiraki, aynı şekilde bilgisi dahilinde diğer suçlar işlenirkenki varlığı, Yargılama Dairesi'nin hüküm verirken göz önüne aldığı unsurlardır.

44- Savunma, suçun ağırlığını ve Sanık'ın rolünü tayin ederken, Yargılama Dairesi'nin başka birkaç unsuru daha göz önüne alabileceğini ileri sürmüştür. İlk olarak, Savunma, Sanık'ın Keraterm kampındaki yetkililerin genel yapısı içindeki en düşük rütbede olduğunu ileri sürmüştür. Ne aynı vardiyadaki gardiyanlardan sorumludur, ne de kampta suç işleyen "ziyaretçiler" üzerinde yetkisi vardır. Keraterm kampında bir gardiyan olarak, Sanık tutukluların koşullarını düzeltecek pozisyonda değildi. İkinci olarak, beş kişinin ölmesine neden olan dövmelere katılmasına rağmen, hiç kimseyi öldürmeye niyetlenmediğini kanıtlanmaya çalışmaktadır. Üçüncü olarak, Savunma bu suçlara iştirakin, özellikle Keraterm kampı ve Prijedor bölgesinde bütün bölgeye hakim olan saldırgan savaş zamanı propagandası nedeniyle daha geniş anlama gelebileceğini iddia etmiştir. Genç, eğitimsiz ve toy bir insan olarak, Sanık propagandalara yenilmiştir.

45- Bu meselelerin ilki tartışmalı değildir. Sanık hiçbir rütbe almamıştır ve Keraterm kampında sadece bir gardiyandır. Sanığın, genel olarak Prijedor Sırp liderlerinin cezai planlarında önemli bir rol oynadığı söylenemez. Ayrıca, suçların işlenmesine Sanık'ın iştiraki, bölgesel olarak, Keraterm kampında görevde olduğu zamandaki aktiviteleri ile sınırlıdır. Bununla beraber, Keraterm kampında veya Prijedor'daki yetkililerin genel yapılarıyla ilgili olarak düşük seviyeli bir suçlu olduğu gerçeği, Sanık'ın mahkum edildiği suçların ciddiyetini veya onları işlediği durumları değiştirmez. Sonuçta, Sanık'ın rolünün göreceli değeri, herhangi bir olayla ilgili olarak hükmün belirlenmesinde sonuca götüren değildir. Celebici'de Temyiz Dairesi bu değerlendirmeyi aşağıdaki gibi yorumlamıştır:

> Bir derecelendirme yapmak, bütün bir emir komuta zinciri içerisinde düşük seviyede olanların hepsi için düşük bir ceza verilmesi sonucunu doğurmaz. Aksine, bir ceza "sanığın suça katılım biçim ve derecesi kadar olayların tekil sonuçlarını da dikkate almayı gerektiren", suçun ağırlık seviyesini daima

yansıtmalıdır. Belirli durumlarda, suçun ağırlığı herhangi bir hafifletici sebebiyle ilgili değerlendirmeden bile daha ağır olabilir, ve sanığın sözde genel yetki yapısında kıdemli olmadığı gerçeğine rağmen, bununla birlikte şiddetli bir ceza adil olabilir.

46- Keraterm kampındaki hiyerarşi içersindeki düşük rütbesine karşılık, Sanık, özellikle ciddi suçlar için sorumluluğunu kabul etmiştir. Keraterm kampında acımasız koşullardaki tutukluluğun sonuna kadar tutukluların cinayet, dövme, küçültme, cinsel taciz ve güçsüzlüklerini psikolojik olarak suiistimal etmeye iştirak ettiğinin kabul etmiştir. Yargılama Dairesi suçun ağırlığı nedeniyle bu unsurları dikkate almıştır.

47- İkinci konu, Sanık'ın ruh halinin, tespit edilse bile, suçun ciddiliğini değiştirebileceği söylenemez. Bu davada, Sanık beş kişinin ölümüne neden olan dövmelere iştiraki de içeren zulmetme suçundan mahkum edilmiştir. Yargılama Dairesi, Sanık'ın bu dövmelere, ciddi bedensel zarara veya mağdurların ölümüne neden olma amacıyla iştirak ettiği sonucuna ulaşmıştır.

48- Üçüncü konu, savaş propagandasının rolü, açık olarak, Sanık'ın cezai eylemlerinin ağırlığını etkilemez ve hafifletici nedenlerle bağlantılı olarak göz önüne alınması daha uygundur.

49- Savcı suçun ağırlığını tayin ederken, Yargılama Dairesi'nin, aynı zamanda mağdurların durumunu, sağlıklarını da içeren şekilde, değerlendirmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Savcı sucun ağırlığının değerlendirilmesiyle ilgili olarak üç aya kadar tutuklu kalan tutukluların sivil olduklarını ileri sürmüştür. Yargılama Dairesi bu unsurun suçun ciddiyetini etkilediğini kabul etmiştir. Bununla beraber, mağdurların sivil olması durumu zorunlu olarak suçu ağırlaştırmaz. Statü'nün 5(h). maddesinde düzenlenen Sanık'ın mahkum edildiği zulmetme suçunda, mağdurların sivil karakterde olması zorunlu yasal parçası olmadığından ağırlaştırmaz.

50- Savcı sonra, mahkumların, acımasız koşullarda tutuklu iken Sanık tarafından kasten dövmeler ve aşağılamalar için seçilmiş, özellikle savunmasız, korkutulmuş bireyler olduğunu ileri sürmüştür. Yargılama Dairesi mağdurların aşağı ve savunmasız konumlarının, aynı şekilde suçların işlendiği çevrenin, suçun ağırlığını tayin ederkenki ilgili etmenler olduğunu kabul etmiştir.

B. Ağırlaştırıcı Sebepler

51- Savunma, ağırlaştırıcı sebeplerde hesaba katılabilecek olan bütün durumların suçun genel ağırlığı içinde sınıflandırıldığını ileri sürmüştür. Sanık'ın cezai sorumluluğu

öldürme, dövme ve Keraterm kampında Bosnalı Müslümanlar, Bosnalı Hırvatlar ve Sırp olmayanlarca çekilen aşağılama, cinsel taciz ve psikolojik suiistimali içeren acımasız durumlara iştirakini ihtiva etmektedir.

52- Savcı bu davada mağdurların savunmasız olmasının ağırlaştırıcı bir sebep olduğunu ileri sürmüştür. Mağdurların temel haklarından tutukluluk hallerinde, birlikte toplandıkları diğer binlercesiyle beraber mahrum bırakıldıkları; acımasız durumlara ve tekrar eden saldırılara ve terör havası içersinde yaşamaya tabi tutuldukları kanıtlanmıştır. Tutuklular sürekli tacizlere ve kesinlikle ruhsal ıstırabı ve duygu bozukluklarını artıran psikolojik kötü muamelelere boyun eğdirilmiştir.

53- Yargılama Dairesi, tamamen suçla ve Sanık'ın iştiraki ile doğrudan bağlantılı olan, bu durumların suçun bir ağırlaştırıcısı olarak göz önüne alınabileceğini düşünmüştür. Bununla beraber, Yargılama Dairesi'ne göre, bu hususlar çoktan suçun ağırlığı tayin edilirken dikkate alınmıştır.

54- Savcı sonradan, Keraterm kampında bir gardiyan olarak, Sanık tarafından işlenen suçların, kampta tutukluları koruma görevini kasten ihmal olduğunu ileri sürmüştür. Savcı, Keraterm kampında bir gardiyan olarak, Sanık'ın bu koşullar altında tutukluların durumunu olabildiğince rahatlatabileceğini; bununla birlikte Sanık'ın onları kötü duruma düşürmeyi tercih ettiğini kanıtlamaya çalışmıştır

55- Yargılama Dairesi, insan yaşamı ve haysiyeti için bütünüyle saygısızlık olan kötü davranma ve dövme ile, Sanık'ın görev esnasında tutuklular üzerindeki yetkili pozisyonunu suiistimal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Yargılama Dairesi bunu, ağırlaştırıcı sebep olarak görmüştür.

C. Hafifletici Durumlar

56- İçtüzüğün 101 (B)(ii). Kuralı kapsamında istendiği gibi, Yargılama Dairesi şimdi, "tutukluluklarından önce veya sonra mahkum edilmiş kişice Savcıyla önemli işbirliğini içeren herhangi hafifletici durumları" incelemeye geçmiştir.

57- Savcı suçun ve sorumluluğun kabulünün cezayı hafifletici olarak düşünülebileceğini ileri sürmüştür. Savunma, Yargılama Dairesi'nin aşağıdaki unsurları cezayı hafifletici olarak dikkate alabileceğini belirtmiştir: (i) suç kabulü; (ii) pişmanlık; (iii) Predrag Banovic'in rütbesi ve kolluk yetkilerindeki alt pozisyonu; (iv) kişisel durumlar ve Sanık'ın karakteri; ve (v) Birlemiş Milletler Tutuklu Birimi ("UNDU") içinde Sanık'ın davranışı.

58- Bu unsurları göz önüne almadan önce, hukuku hafifletici durumlara uygulandığı

gibi değerlendirmek gerekmektedir. Bir sanığın Savcı ile "önemli" işbirliği, İçtüzük'te açıkça değinilen tek hafifletici durumdur. Sırasıyla, bir sanığın işbirliğinin önemli olup olmadığını tespit etme, bayan veya bayın sağladığı bilginin kapsamına ve niteliğine dayanmaktadır.

59- Mevcut davada, Savcı bazı işbirliğinin olduğunu ve gelecekteki işbirliği içinde söz verildiğini kabul etmiştir. Bununla beraber, Savcı işbirliğinin seviyesinin "önemli" olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Diğer taraftan Savunma, sanığın suç kabulünün, Savcı ile görüşme, ve gelecek işbirliği için söz vererek önemli işbirliğini sağladığını ileri sürmüştür. Savcı ile görüşmelerin içeriğinin bir taslağı gizli bir ek içersine koyulmuştur.

60- Savunma, polis yetkilileri içindeki verilen düşük rütbe ile Sanık'ın, zorunlu olarak Savcı' yı ilgilendirebilecek özel bilgilere sınırlı olarak ulaşabildiğini gözlemlemiştir. Bununla beraber, Savunma Sanık'ın, Prijedor'da ve Keraterm kampında bilgisi dahilinde olan olayların, sağladığı bilginin sınırlı da olsa neden "önemli" işbirliği olarak nitelendirilmediğinin bir sebebi olmadığını belirtmiştir. Bu durumda, Yargılama Dairesi işbirliğini önemli bulmuştur.

61- Yargılama Dairesi Savcı ile işbirliğinin genel olarak cezanın hafifleticisi olarak değerlendirildiğini gözlemlemiştir. Bununla beraber, Plavsic'te belirtildiği gibi, bunu yapmadaki başarısızlık ağırlaştırıcı bir durum değildir. Bu davada, Yargılama Dairesi, Savcı tarafından da kabul edildiği gibi, Sanık'ın, Savcı ile görüşmeyi kabul ederek işbirliği için istekli olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Görüşülebileceğini kabul etmesi, kendi içinde, bazı olaylarda işbirliğine delalet edebileceği, bununla beraber iddiasız olduğu bir gerçektir. Sonradan Savcı ile gelecekte işbirliği için taahhüdü, bu şartlar altında Suç Kabulü Sözleşmesi ile şart koşulmuştur, aynı zamanda Yargılama Dairesi tarafından cezayı hafifletici olarak dikkate alınmıştır.

62. Bir Yargılama Dairesi hafifletici niteliği olabilir diye düşünülebilecek diğer bütün unsurları göz önüne alacak takdire sahiptir. Bu unsurlar her bir olayın koşullarına göre değişmektedir. Savcı ile önemli işbirliğine ek olarak, Milletlerarası Mahkemenin Daireleri aşağıdaki unsurları bu olayla bağlantılı olarak hafifletici olarak bulmuştur: bir suç Suç kabulü; pişmanlığın beyanı; daha önce cezai tutukluluğu olmamasıyla iyi karakter. Dava aynı zamanda hafifletici bir nitelikte görülen diğer unsurları göz önüne alma takdirini haizdir.

63- Yargılama Dairesi suçların ağırlığını değerlendirirken Sanık'ın düşük rütbesini zaten incelemişti. Polis güçü içindeki düşük rütbesinin hafifletici olarak düşünülebilecek

bir etmen olduğuna dair Yargılama Dairesi'nin kanaati tartışılmamıştır. Ayrıca, Sanık'ın meşru müdafaa altında hareket ettiğine dair bir delil yoktur.

64- Yargılama Dairesi Savunma'nın Sanık'ın Mahkeme'nin nezaretindeyken ki iyi ve işbirlikçi tavırda olduğu iddiasını kabul etmiştir ve bu etmeni dikkate almıştır.

65- Dolayısıyla, Yargılama Dairesi hükmün hafifletilmesinde aşağıda belirtilen etmenleri değerlendirecektir: (1) suç kabulü, (2) pişmanlığın belirtilmesi, (3) Sanık'ın kişisel hali.

1. Suç Kabulü [Plea of Guilty]

66- Savunma, içtihatları temelinde Mahkeme'nin suç kabulü, Sanık aşağıdaki nedenlerle yapıldıysa indirim sebebi olarak kabul ettiğini ileri sürmüştür: (1) dürüstlüğü gösterir ve sonradan gelecek faili suçlanmış ya da bilinmeyen durumlarda itham edilen kişileri cesaretlendirir; (2) Mahkemenin kendi yargı yetkisindeki suçlarla ilgili olarak gerçekleri bulma önemli misyona katkıda bulunur; (3) barışı kurmaya ve bu Mahkemenin misyonunun dahili bir bölümü olan yapay topluluklarla uzlaşmaya katkıda bulunur; (4) diğerlerinin yanında incelemeler, vekalet ücreti ve davanın genel için önemli bir kaynağı kurtarmaktadır; (5) bazı mağdurların ve tanıkların vermede strese girdikleri kanıtlarda yardımcı olabilen.

67- Savunma, Predrag Banovic'in davanın başlamasından önce suç kabulünde bulunan Pridejor'dan itham edilen ilk kişi olduğunu ve bu nedenle bu Suç kabulü için bütün itibari alabileceğini belirtmiştir. İlaveten, Savunma Kasım 2002'nin başlarında, Savcılık Makamı ile bir görüşmenin akışı boyunca, Sanık'ın suçlara iştirak ettiğini kabul ettiğini ileri sürmüştür. Savunma, uzlaşma yöntemi için kritik önemde olduğu ileri sürülen suç kabulüyle, Sanık'ın, "dürüstlüğünü ve gerçek ile ilgili olarak ahlak anlayışını" gösterdiğini belirtmiştir.

68- Bir suç kabulünün kural olarak cezanın hafifletilmesinde etmen olarak değerlendirilmesi genellikle kabul edilmektedir. Bu ilke Mahkeme'den önce birçok davada kabul edilmiştir. Böylece, Erdemovic'de, Yargılama Dairesi "suçun kabulünün dürüstlüğü gösterdiğini ve Milletlerarası Mahkeme için önemli olan, insanlar çoktan yakalanmış olsalar da ya da bilinmeyen failler de olsalar, diğer kişileri cesaretlendirmesidir" e karar vermiştir. Benzer biçimde, Todorovic'de, Yargılama Dairesi "kural olarak bir suç kabulü sanığın başka türlü alacağı cezayı indirmeye neden olduğu"na karar vermiştir. Hiç kuşkusuz, suçun kabulü Mahkeme'nin doğruyu bulma temel görevine sıkı olarak katkıda bulunmaktadır. Bir suç kabulü, bu davada olduğu gibi, mahkemenin

başlamasından önce yapıldığında Mahkeme'nin zamanını ve uzun bir davanın kaynaklarını kurtardığından kamu yararı meydana getirmektedir. Ayrıca, mağdurları ve tanıkları mahkemede şahitliğin olabilecek stresinden kurtarmaktadır.

69- Yargılama Dairesi böylece Predrag Banovic'in suç kabulünü hafifletici bir etmen olması için bütün itibari elde ettiğine karar vermiştir.

2. Pişmanlık

70- Savunma Mahkeme'den ve Ruanda için Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nden ("ICTR") önceki birçok davada pişmanlığın hafifletici bir etmen olarak dikkate alındığını ileri sürmüştür. Savunma, Savcı ile görüşmesinde, Predrag Banovic'in doğru ve samimi pişmanlığını ve "kendini içinde bulduğu seferberliği veya durumu önlemek veya herhangi bir şeyi değiştirmeye ehil olmadığı için" üzüntü duyduğunu ifade ettiğini belirtmiştir. Karar duruşmasında, Sanık "suç kabulünün Prijedor'da, özellikle Keraterm kampında, meydana gelen olaylarla ilgili olarak samimi pişmanlığının da bir ifadesi olduğunu" açıklayan bir beyanat vermiştir. Sanık savaş sürecini onaylamadığını ve düşmanlık duyduğunu belirtmiştir. "seferberliği ve kamptaki rolünü engellemek için bir yol bulamadığından" dolayı üzüldüğünü ifade etmiştir. Sanık bütün mağdurlar için üzgün olduğunu eklemiş ve af dilemesinin ve pişmanlığını dile getirmesinin, "bu yaraların bir merhemi olarak ve Prijedor'daki bütün insanların uzlaşması ve savaştan önce var olan durumun yeniden kurulmasına bir katkısı olarak anlaşılmasını" vurgulamıştır.

71- Savcı Sanık'ın pişmanlığını ifade ettiği gerçeğine itiraz etmemektedir. Bununla beraber, Savcı, Savunma Hüküm Lahiyası'nda yapılan iddiaya karşı olarak, Sanık "işlediğini şimdi kabul ettiği suçlar için çok az bir sorumluluk aldığını" ileri sürmüştür. Bu bağlamda, Savcı Kasım 2002'de araştırmacılarla yapılan görüşmeler boyunca, Sanık'ın suçları kabul etmediğini ve kendini haklı çıkaran ifadeler verdiğini göstermiştir.

72- Pişmanlığın hafifletici bir etmen olarak dikkate alınabilmesi için, Yargılama Dairesi'nin pişmanlık ifadesinin samimi olduğu konusunda ikna edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargılama Dairesi, Sanık'ın Savı ile beraber 2 Haziran 2003'de Suç kabulü Sözleşmesi imzaladığını gözlemlemiştir. 26 Haziran 2003'de suç kabulüne dayanan mahkumiyetinden önce, Sanık, suçu ispatlanana kadar masum farz edilmesi hakkı dahil, Statü kapsamındaki bütün haklara, aynı şekilde sahip olmuştur. Sanık eğer sorumluluğu kabul etmeseydi, sadece Statü tarafından ona tanınan temel bir hakkı kullanabilecekti. Böylece Yargılama Dairesi, Sanığın hem Savcı ile görüşmeler ve hem de Karar Duruşması boyunca verdiği ifadenin samimi bir pişmanlığın ifadesi olduğu sonucuna ulaşmıştır.

3. Sanık'ın Kişisel Halleri

73- Yargılama Dairesi'nden "mahkum edilen kişinin kişisel hallerine" ait etmenleri dikkate alması istenmiştir. Savunma, cezayı hafifletebileceği ileri sürülen, hepsi Sanık'ın kişisel hali ile bağlantılı olan birkaç tane etmeni ortaya koymuştur.

74- Savunma Predrag Banovic'in yaş ve aile durumunun, karar verilirken dikkate alınabileceğini ileri sürmüştür. Predrag Banovic 28 Ekim 1969'da doğmuştur. Halen işsiz olan eşi ve üç yaşındaki oğlu Sırp Cumhuriyeti'nde olan Obrenovac'dadır. Savunma, ıslah ilkesini dikkate alarak, bu Mahkeme'nin uygulamasının gençliği hafifletici bir hal olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür. Sonra Savunma Sanık'ın ne daha önceden cezai bir mahkumiyetinin olduğunu, ne de siyasete katıldığını belirtmiştir. Sunulan bu etmenler, hafifletmede göz önüne alınabilir.

75-Yargılama Dairesi, belirli davalarda, yaşın cezayı hafifletmede ilgili bir etmen olarak göz önüne alındığını gözlemlemiştir. Bu davada Daire, suçlar işlendiği zaman Sanık'ın 23 yaşında olduğunu belirtmiştir. Çatışmadan önce, Predrag Banovic garson olarak çalışmaktaydı. Savunma tarafından sunulan bir çok ifade, savaştan önce Sanık'ın iyi karakterde olduğunu kanıtlamaya çalışmaktadır. Prijedor'da başlayan çatışmadan kısa bir süre sonra, Sanık polis gücünün içine alındı ve akabinde Keraterm kampına gardiyan olarak görevlendirildi. Çok tecrübeli değildi ve görevden önce eğitim almadı.

76- Yargılama Dairesi bu etmenleri, daha önceden cezai mahkumiyetinin olmamasıyla beraber, cezanın hafifletilmesiyle bağlantılı olarak değerlendirmiştir. Bununla beraber, bu etmenler milletlerarası bir suçun hafifletilmesinde herhangi önemli bir rol oynayamaz. Gerçekten, birçok sanık bu kişisel etmenlere sahiptir ve Yargılama Dairesi'nin görüşünde bu etmenlere uygun olan ağırlık sınırlıdır. Ayrıca, cezalandırmanın bir amacı olan ıslahın önemini hatırlarken, aşırı ağırlık verilecek bir şey olmadığı da açıktır.

77- Savunma, Novi Sad Üniversitesi'nde klinik psikoloji profesörü olan Dr. Miklos Biro tarafından hazırlanan Sanık'ın kişiliğiyle ilgili olan raporu delil olarak sunmuştur. Bu raporun, İddianame'de tanımlanan gibi, "olay günü"ne ve Savunma ekibinden elde edilenlere, yanında Sanık ve ailesiyle görüşmelere dayandığı söylenmektedir. "Adli psikolojik inceleme"nin özeti Sanık'ı vasatın altında zekaya sahip, duygusal toyluk işaretleri gösteren, özellikle, "kötü tahrik kontrolü" diye karakterize edilebilen, normal bir kişi olarak tanımlamaktadır. Sanığın babasının otoriter tutumunu: üstündekilere uysal, altındakilere ise şiddetli, model olarak aldığı söylenmiştir. Bununla birlikte rapor "Sanık'ın genel sosyal ve hukuk kurallarını anlayabilecek, aynı şekilde ihlallerinin

sonuçlarını tahmin edebilecek durumda olduğu" ile sonuçlanmıştır.

78- Bununla beraber, Dr. Biro Sanık'ın yukarıdaki kişisel durumu onun suçlu tavırlarını anlamaya yardımcı olduğunu açıklamıştır. Rapor düşük eğitimle ve iddiasız zeka kapasitesi ile Sanık'ın, düşmanın vahşiliği hakkında söylentiler ve toplu nefret yayan savaş propagandasına kolayca yenileceğini gözlemlenmiştir. Dr. Biro'nun görüşünde, savaş propagandasının birleşik etkisi ve otoriter tavır, psikolojik olarak, Sanık'ın davranışlarının suçluluğunu neden anlamadığını açıklamaya yardım etmektedir. Dr. Bino son olarak, Sanık'ın, ona ve tutukluluğuna karşı yapılan kavuşturmalar neticesinde "eylemlerinin sosyal, ahlaki ve hukuki bağlamlarının tamamen farkında" olduğunu gözlemlemiştir. Ayrıca, Dr. Biro'ya göre, evlenerek ve bir çocuk sahibi olarak, Sanık sorumluluk ve olgun davranışlar için daha hazır hale gelmiştir.

79- Yargılama Dairesi Dr. Biro'nun raporunda bulunan delilleri ileri götürerek, Savunma'nın hafifletmede zihinsel nedenlerle sorumluluğun azaltılması savunmasından geride kaldığını belirtmiştir. Yargılama Dairesi Dr. Biro'nun raporundaki Sanık'ın davranışlarının yasal olmadığını algılayamayacak durumda olabileceği etkisi yaratan değerlendirmelerini ret etmektedir. Dr. Biro tarafından ortaya çıkartılan sonuç, kendi anlamı içinde olsun, pek az spekülatiftir:

> Bu bağlamda, Predrag'ın, onun gözünde düşman olan tutuklulara işkencenin, insani kabul edilemezliğinin ve suçluluğunu anlamadığını psikolojik olarak açıklamak muhtemel hale gelmiştir. Diğer bir deyişle Predrag'ın bu genel hukuki ve sosyal normları anlayabilecek olmasına rağmen, neyin sosyal norm olmadığını ayırt etmek için kapasitesi; neyin suç davranışı olduğunu neyin olmadığını, somut olarak suçlu olmayan durumların çaprazlaştırıldığını söyleyebilme ihtimalinin olduğunu gösteren psikolojik göstergeler vardır.

80- Yargılama Dairesi aynı zamanda Dr. Biro tarafından varılan sonuçlar içinde tezatlar olduğunu belirtmiştir. Her nasılsa, herhangi suçlayan açıklama olmadan, Dr. Biro Sanık'ın "eylemlerini ve sonuçlarını anlayabilme"den birden Sanık eylemlerinde "suçluluğunu anlayamaması" muhtemeldir- sonucuna ulaşmıştır. Yargılama Dairesi, Dr. Biro'nun raporundan Sanık'ın, ruhsal maluliyetin bir şeklinden dolayı ceza çektiğini, bunun hafifletici bir durum olarak dikkate alınabileceğini kabul ettirmekte olduğundan dolayı memnun olmamıştır.

81- Yargılama Dairesi ortalamanın altında zeka veya olgunlaşmamış veya tahrik edilebilir kişiliği temelinde, Sanık'ın, cezanın hafifletilmesinin, mevcut olayda, uygun

olmadığı yönünde değerlendirme yapmıştır. Yargılama Dairesi Sanık'ın savaş propagandasına direnecek güçlü karakterde olmadığı argümanını da kabul etmemiştir. Daha önce belirtildiği gibi, Sanık çok ciddi suçlar işlemiştir. Aynı zamanda Yargılama Dairesi Sanık'ın Keraterm kampında tutukluları öldürme, dövme ve kötü muamelede bulunmaya gönüllü iştirak ettiğine ikna olmuştur. Ne Sanık'ın ikrah altında eylemde bulunduğu konusunda bir şüphe, ne de bu etkide herhangi bir kanıt vardır. Sonra Yargılama Dairesi, suç kabulünde, Sanık'ın eylemleri için tam sorumluluğunu kabul ettiğini belirtmiştir.

82- Kunarac' da Temyiz Dairesi'nin verdiği kararla uyumlu olarak, Yargılama Dairesi tarafından Sanık'ın evli ve bir çocuklu olması gerçeği hafifletici bir sebep olarak dikkate alınmıştır.

83- Savunma, Sanık'ın yalnız olan bazı tutuklulara, akrabaları veya arkadaşlarından belirli talepler geldiği zaman yardım ettiğini gösteren tanık ifadeleri sunmuştur. Aynı zamanda Sanık'ın savaş boyunca bazı Bosnalı Müslümanlara ve diğer Sırp olmayan ailelere yardım ettiğini gösteren bazı ifadeler vardır. Genel olarak bu eylemlerin Keraterm kampında Sırp olmayan tutukluların refahının üzerinde herhangi bir önemli etkisi olduğu söylenmemesine rağmen, Sanık'ın suçluluğunu hafifletmiştir.

D. Eski Yugoslavya Mahkemeleri'ndeki Hüküm Uygulamaları

84- Statünün 24. maddesi ve İçtüzüğü'nün 101. Kuralı Yargılama Dairesinden eski Yugoslavya mahkemelerinin genel uygulamalarını dikkate almasını istemektedir.

85- Savcı Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti (SFRY) Ceza Kanunu'nun 41 (1). maddesinin hükmü belirlerken dikkate alınabilecek çeşitli etmenleri göz önüne serdiğini ileri sürmüştür. Bunlar suçun işlenmesinden sonra davranışlarını veya failin kişisel hallerini içermektedir. SFRY Ceza Kanunu madde 41 (1) de verileni dikkate almayı gerektirmektedir:

> [...] cezalandırmanın önemine dayanan durumlar, (hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepler) ve uygulamada, cezai sorumluluğun derecesi, eylemin işlenmesine neden olan güdü, failin eski tavırları, kişisel durumu ve suç eylemini işledikten sonraki davranışı, aynı şekilde faillin kişiliğiyle ilgili diğer durumlar.

86- Savcı, savaş suçlarını ve insanlığa karşı suçları cezalandıran "İnsanlığa Karşı Cezai Suçlar ve Milletlerarası Hukuk" diye adlandırılan, SFRY'nin Ceza Kanunu'nun 142. maddesine atıfta bulunmuştur. Savcı bu hükmün, İddianame'nin 1. Maddesinde

düzenlenen ve şiddetli cezalar öneren, bunlara benzeyen suçları da kapsadığını belirtmiştir. Savcı, SFRY Ceza Kanunu kapsamında, eski Yugoslavya'daki mahkemelerin öldürme, işkence, sivil halka karşı vücuda ve sağlığa ciddi zararlara veya büyük ıstıraba neden olan acımasız muamele, ve hukuk dışı yakalama için failleri maksimum ceza ve en az beş yıl hapis cezasına hükmettiğini ileri sürmüştür.

87- Savunma, yukarıda belirtilen hükümlere ek olarak, Yargılama Dairesi'nin, buna göre, bir Hakimin "kararının amacına uygun olarak cezanın azaltılmasıyla iyinin başarılabileceğini gösteren herhangi bir hafifletici durumun" olup olmadığını belirleyebilmelidir, SFRY Ceza Kanunu'nun 42. maddesini dikkate almasını talep etmiştir. Sonra Savunma SFRY cumhuriyetlerinde ölüm cezasının yürürlükten kaldırılmasını takiben, diğer Bosna ve Hersek dışında, en ciddi suçlar için yeni maksimum hüküm 20 yıl hapis cezası olduğunu belirtmiştir.

88- Hem Savcı hem de Savunma eski Yugoslavya mahkemelerindeki hüküm uygulaması dikkate alınırken, Yargılama Dairesi'nin böyle uygulamalarla bağlı olmadığını kabul etmiştir.

89- Yargılama Dairesi, eski Yugoslavya mahkemelerinin hüküm uygulamalarının dikkate alınması zorunluluğuna rağmen, Yargılama Dairesi'nin el değememiş bırakan büyük bir hüküm verme yargısını belirtmiştir. Yargılama Dairesi SFRY'nin Ceza Kanunu'nun hem madde 142'nin hem de madde 41 (1) hükmü belirlerken yararlı bir şekilde rehberlik yapacağını değerlendirmiştir. Madde 142 Sanık'ın tutuklandığı zulüm suçuna tekabül eden suç eylemlerini yasaklamaktadır. Böylece Yargılama Dairesi, suçların işlenmesi anında SFRY'de geçerli olan hukuk kapsamında, Sanık'ın maksimum 20 yıl için hapsedilebileceğini gözlemiştir. Madde 41 (1)' de, genel olarak Statü madde 24 paragraf 2 ve İçtüzük Kural 101 (B) deki karar hükümleri ile benzerdir, "kişisel durum" ve "suç eylemini işledikten sonraki davranışı, aynı şekilde failin kişiliğiyle bağlantılı diğer durumları" değerlendirmeyi gerektirmektedir. Yargılama Dairesi hükmü belirlerken eski Yugoslavya'daki hüküm uygulamalarını göz önüne almıştır.

V. CEZANIN BELİRLENMESİ

90- Davadaki belli durumları aynı şekilde sanığın suça iştirakinin derecesini ve şeklini incelemeyi gerektiren, suçun ağırlığını değerlendirme öncelikli yükümlülüğünü aklında tutarak, Yargılama Dairesi bu davada karar verirken, herhangi bir hafifletici veya ağırlaştırıcı sebebi içeren, diğer bütün ilgili etmenleri değerlendirmiş ve değer atfetmiştir. Aynı zamanda Yargılama Dairesi, cezalandırmanın ilgili amaçlarını, aynı şekilde eski

Yugoslavya'nın mahkemelerinin hapis kararlarıyla ilgili genel uygulamalarını dikkate almıştır.

91- Sanık Predrag Banovic, belirgin özelliğinden dolayı, şiddetli cezayı haklı çıkardığı anlaşılan, insanlığa karşı bir suç olan zulümden mahkum olmuştur. Sanık'ın mahkum olduğu suç, cezai suçların temeli tamamen değerlendirildiğinde daha ciddi hale gelmektedir. Sanık Keraterm kampında tutuklulara karşı, şiddetli acı ve fiziksel zarar veren vahşi dövmelere doğrudan kişisel bağlantısını kabul etmiştir. Daha önemli ölçüde, Predrag Banovic beş tutuklunun ölmesine sebep olan dövmelere iştirakten de mahkum olmuştur. Onun suçları, ihlal ettiği korunan çıkarlar anlamında özellikle ciddidir: mağdurların hayatı aynı şekilde fiziksel ve ruhsal bütünlüğü, mağdurların akıbeti (beşinin ölümü ve yirmi yedi tutuklu için büyük ıstırap) ve suçların işlenme nedenleri. Herhangi bir hüküm bu etmenleri zorunlu olarak yansıtmalıdır.

92- Yargılama Dairesi Sanık'ı kamptaki görevi boyunca pozisyonunu, insan yaşamına ve haysiyetine tümüyle aldırmayarak tutuklulara kötü davranarak ve küçük düşürerek, suiistimal ettiğine karar vermiştir. Keraterm kampındaki yetkililerin genel yapısıyla ilgili olarak düşük seviyede bir fail olduğu gerçeği, mahkum edildiği suçların ağırlığını değiştirmez.

93- Predrag Banovic'in suçu kabul etmesi ve pişmanlığını dile getirmesi, daha önce cezai kaydının olmaması ve UNDU'daki tavırları Yargılama Dairesi'nin hafifletici olarak değerlendirdiği durumlardır. Sanık'ın kişisel durumu da aynı zamanda değerlendirilmiştir. Hafifletmede aile durumlarını dikkate alırken, Yargılama Dairesi, suç zamanında Sanık'ın herhangi bir çeşit ruhsal yetersizlik nedeniyle zarar gördüğünün hafifletmede dikkate alınması talebini ret etmiştir.

94- Suç Kabulü Sözleşmesi ve İçtüzük'ün Kural 62 ter (A) (ii)'ne uyumlu olarak, taraflar ortaklaşa sekiz yıllık bir hapis cezası verilebileceğini tavsiye etmişlerdir. Daha önce belirtildiği gibi, Yargılama Dairesi bu Sözleşme ile bağlı olmamasına, yargılamada ortaya koyulan çeşitli etmenlere gereken ağırlığı vermesine rağmen, Yargılama Dairesi sekiz yıllık bir mahkumiyetin bu dava için uygun olacağına karar vermiştir.

95- Predrag Banovic, tutuklanmasından ve 9 Kasım 2001'de transfer edilmesinden beri Birleşmiş Milletler Tutuklama Birliği'nde (UNDU) alıkoyulmuştur. İçtüzüğün Kural 101 (C)' sine uygun olarak, Sanık 716 gün tutan tutuklulukta harcadığı zaman cezasından düşecektir. Kural 102 (A)'ya göre, hüküm bugün işlemeye başlamıştır.

VI. KARAR

96- Yukarıda anılan nedenlerle, tarafların iddialarını, Karar Duruşmasında sunulan delilleri, Statü ve İçtüzük hükümlerini dikkate alarak, YARGILAMA DAİRESİ Predrag Banovic'in sekiz yıl hapse MAHKUM EDER ve Yargılama Dairesi tarafından verilen hükümle bağlantılı olarak, bu ceza kararının verildiği gün itibariyle, 716 günün cezadan düşürüleceğini BEYAN EDER.

97- İçtüzüğün Kural 103'üne uygun olarak, Predrag Banovic, şu anda askıda olan, bu kararı çekeceği Devlete nakli için düzenlemelerin kesinleşmesine kadar Mahkeme'nin nezaretinde kalacaktır.

İngilizce ve Fransızca yapılmıştır, İngilizce metin geçerlidir.

Patrick Robinson, Başkan

Richard May

O-Gon Kwon

Tarih 2003 Kasım'ın yirmi sekizinci günü
La Haye'de
Hollanda

Yargıç Robinson bu Yargı'ya Ayrı Fikir ilave etmiştir.

YARGIÇ PATRICK ROBINSON'UN KARŞI OYU

Bu davadaki Yargı'da belirtilen bütün durumların, hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepleri de içeren, beş cinayetle sonuçlanan beş kişinin öldürülmesine ve diğer yirmi yedisinin dövülmesine iştiraki kapsayan Sanık'ın suçluluğunun, sekiz yıldan daha fazla sürede hapsi gerektirdiğini kabul ediyorum.

İngilizce ve Fransızca yapılmıştır, İngilizce metin geçerlidir.

Patrick Robinson

Tarih 2003 Kasım'ın yirmi sekizinci günü
La Haye'de
Hollanda

ELSA AVRUPA GENÇ HUKUKÇULAR DERNEĞİ
ORD. PROF. DR. HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU
KURGUSAL DURUŞMA YARIŞMASI*
(2005 2006)

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Takımının
Dava Dosyaları**

Hazırlayanlar:***

Ali BAŞBUĞ

Devran GÜNDAY

Mehmet Emin ELÇİ

Reyhan SAĞDIÇ

Özlem MERİÇ

Keziban KEBAPÇI

OLAY

Ankara'da bir özel okulda öğretmenlik yapmak üzere 2003 yılında Türkiye'ye gelen ve bir Türk'le evli olan Yeni Zelanda vatandaşı Elenor Lane Özsekili tasarruflarının bir kısmını Türkiye'de Borsa'daki şirketlerin hisse senetlerine yatırım yapmak suretiyle degerlendirmek istemiş ve merkezi İstanbul'da olan CRM Bankası A.S.'nin (CRMBANK) % 92 ortagı olduğu, merkezi yine İstanbul'da olan CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.S.'nin (Aracı Kurum) Ankara'daki şubesine bu amaçla 25 Mayıs 2005 tarihinde başvurmuştur. Şubede çalışan Aysın Korkmazoglu kendisini portföy yöneticisi olarak tanıtmış; Özsekili'nin çok fazla riskli olmayan ancak kısa vadede kazandırabilecek birkaç hisse senedine yaklaşık 120000,- YTL'lik bir yatırım yapma isteğini, X, Y ve Z şirketlerinin hisse senetlerinin uygun senetler olduğunu belirterek 15000 lot X şirketi (25 Mayıs 2005 tarihi itibariyle değeri 30000,- YTL), 10000 lot Y şirketi (25 Mayıs 2005 tarihi

---

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencileri Ali Başbuğ, Devran Günday, Mehmet Emin Elçi, Reyhan Sağdıç, Özlem Meriç ve Keziban Kebapçı'dan oluşan takım, yarışmada takım halinde TÜRKİYE BİRİNCİSİ olmuştur.

** Bu metinler yarışma hakem heyetinin incelemesinden geçmiştir.

*** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. ve 3.sınıf öğrencileri.

itibariyle değeri 50000,- YTL), 5000 lot Z şirketi (25 Mayıs 2005 tarihi itibariyle değeri 40000,- YTL) hisse senetlerinden alınması için alım emrini doldurmuş ve Özsekili'ye imzalatmış; Özsekili'nin kimlik ve imza bilgilerini almış; ayrıca, 703 numaralı müşteri olarak Aracı Kurum kayıtlarına aldığı Özsekili'ye internet ve telefon üzerinden işlem yapabilmesi için şifre vermiş; bu arada, hisse senetlerinin alım satım işlemlerinin yapılabilmesi için "Sermaye Piyasası Araçlarının Alım Satımına Aracılık Sözleşmesi"ni (Ek 1); portföyün yönetilebilmesi için "Portföy Yönetim Sözleşmesi"ni (EK 2) hazırlayıp Özsekili'ye imzalatmış ve Özsekili'nin imzalamış olduğu sözleşmelerin fotokopilerini çekerek kendisine vermiştir. Alınacak hisse senetlerinin karşılığını da, 120000,- YTL'lik bir makbuz kesip altını kendi adıyla imzalayarak, Özsekili'den nakit olarak almıştır. Yaklaşık iki ay sonra, Özsekili X ve Y şirketlerinin hisse senetlerindeki değer artısını değerlendirmek üzere Korkmazoglu'nu telefonla arayarak 20 Temmuz 2005 tarihinde, bu hisse senetlerinin satısı ve bakiye ile daha sonra değerinin artacağını düşündüğü Z şirketinin hisse senetlerinin alınması emrini vermek istemiş; telefona çıkan şube çalışanlarından Ali Kırıklı, Aracı Kurumun Ankara Şubesinin kapandığını, aradığı telefon numarasının artık CRMBANK'ın Ankara Şubesine ait olduğunu; ancak Aracı Kurumun yaptığı tüm işlemleri Aracı Kurum adına CRMBANK şubesi olarak kendilerinin yaptıklarını; Özsekili'nin portföyüne ilişkin işlemleri birlikte yapabileceklerini; Korkmazoglu'nun Aracı Kurum'un İstanbul'daki merkezine başka bir görevle tayin edilmesi üzerine Ankara'daki görevinin yaklaşık bir ay önce sona erdiğini; kendisinin yatırım uzmanı olduğunu söyleyerek Özsekili'nin emirlerini aldığını ve yerine getirileceğini belirtmiştir. Özsekili, on beş gün sonra ev adresine gelen hesap ekstresinde, portföyündeki tüm hisse senetleri üzerinde satış işlemi yapıldığını ve son olarak portföyünde tamamen farklı bir hisse senedinin mevcut olduğunu görmüş (Ekstreden anlaşıldığı kadarıyla, 21 Temmuz 2005 tarihi itibariyle, 15000 lot X 2 şirketi hisse senedi 60000,- YTL'den, 10000 lot Y şirketi hisse senedi 100000,- YTL'den, 5000 lot Z şirketi hisse senedi 45000,- YTL'den satılmış ve hesapta halen, satın alınan 200000,-YTL değerindeki 80000 lot C şirketi hisse senedi ve 5000 YTL'lik CRM B Tipi Likit Fonu bulunmaktadır); hemen evinde, Aracı Kurum internet sayfasından şifresini girerek hesabına ulaşmış, oradaki bilgilerin Ekstredeki bilgilerle aynı olduğunu görmüştür. Ertesi sabah Özsekili, ne olduğunu anlamak için önce Aracı Kurum'un çağrı merkezini aramış; karsısına çıkan müşteri yetkilisi, aracı kurum kayıtlarında alım satım işlemlerinin Özsekili'nin sözlü emri üzerine yapılmış göründüğünü söylemiş; Özsekili'nin "ben öyle bir emir vermemiştim" demesi üzerine, kendisinin herhangi bir şey yapamayacağını, bu konuda ayrıntılı olarak şube ile görüşmesi gerektiği cevabını almıştır. Özsekili, CRMBANK'ın Ankara Şubesini aradığında da Kırıklı telefonda kendisine, C şirketi

hisselerinde önemli bir artış beklediklerini, dolayısıyla portföyünde yer alan Z şirketi hisse senetlerini de satarak hesaptaki nakit ile önemli bir Özelleştirme ihalesine girecek olan C şirketinin hisse senetlerinden aldıklarını söylemiştir. Bu duruma önce kızan Özsekili Kırıklının telefondaki açıklamaları üzerine ikna olmuş, hatta sonradan öğrendiği Türkçesi ile "iyi olmuş" diyerek bu duruma sevinmiş; ayrıca teşekkür ederek telefonu kapatmıştır. Ancak bu görüşmeden yaklaşık bir hafta sonra yapılan Özelleştirme ihalesinde C şirketi ihaleyi alamamış ve hisse senetleri Borsa'da önemli ölçüde değer kaybederek bir hafta önceki değerinin yaklaşık üçte birine inmiştir. Bunun üzerine 15 Ağustos 2005 tarihinde Özsekili CRMBANK'ın Ankara Şubesine giderek portföy değerinin çok düştüğünü (80000 lot C şirketi hisse senedinden oluşan portföyün değeri 15 Ağustos 2005 tarihi itibariyle 80000,- YTL'dir. Bu arada Aracı Kurum tüm yaptığı işlemlerden komisyon olarak toplam 2500,- YTL' yi, Özsekili'nin hesabındaki CRM B Tipi Likit Fonlarından satarak tahsil etmiştir), oysa emrine uygun olarak Z şirketinin hisse senetlerinden almış olsalardı portföyünün değerini halihazırda koruyor olacağını (bu dönem içerisinde Z şirketinin hisse senetlerinin değerinde, küçük artış ve azalışlar dışında hemen hemen hiçbir değişiklik olmamıştır), verdiği emre aykırı davrandıklarını, verdiği bir emir olmadığı halde hesabında işlem yapıldığını söylemiş; Kırıklı da kendisi ile telefonda konuştuklarını ve yapılan isleme bu konuşma ile de onay vermiş olduğunu; bu aşamada yapılabilecek herhangi bir şeyin bulunmadığını söylemiştir. Özsekili Aracı Kurumu Sermaye Piyasası Kurulu'na şikayet edeceğini ve zararının tazmini için dava açacağını söyleyerek oradan ayrılmış ve ertesi gün bir avukata giderek tazminat davası açması için vekalet vermiştir.

DAVACI

ELENOR LANE ÖZSEKİLİ DOSYASI

İSTANBUL[1] NÖBETÇİ ASLİYE TİCARET[2] MAHKEMESİ[3]

SAYIN BAŞKANLIĞI'NA

İhtiyatî Haciz ve Delîl Tespiti Taleplidir

DAVACI :Elenor Lane ÖZSEKİLİ

ADRES :.....

VEKİLİ :**********

DAVALILAR :CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş., CRMBANK A.Ş.[4]

ADRES :.....

DAVA KONUSU :Müvekkilimiz Elenor Lane ÖZSEKİLİ'nin uğramış olduğu zarar nedeniyle CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş. ve CRMBANK A.Ş. aleyhine açmış olduğumuz tazminat davasıdır.

---

[1] Davada İstanbul mahkemeleri yetkilidir. Çünkü taraflar, imzaladıkları portföy yönetim sözleşmesinin 26. ve aracılık sözleşmesinin 18.maddesine yetki şartı koyarak İstanbul mahkemeleri ve İcra dairelerini yetkili kılmışlardır. Ayrıca genel yetki kuralı (HUMK m.9) gereğince de aracı kuruluşun merkezinin bulunduğu İstanbul mahkemeleri bu davaya bakmakta yetkilidir.

[2] TTK'nın 4.maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi, ayrıca aynı fıkranın beşinci bendinin TTK'nın 135.maddesine yaptığı atıf doğrultusunda dava mutlak ticari davadır. Dolayısıyla davamızı Asliye Ticaret Mahkemesi'nde açtık. Sermaye Piyasası Kanunu ve Sermaye Piyasası Kurulu tebliğ ve yönetmelikleri, borsa ile ilişkileri bakımından hususi hükümler olarak mütalaâ edilmeli ve Sermaye Piyasası Mevzuatından doğan davalar mutlak ticari dava olarak addedilmelidir. Bkz. **Sumer,** "Sorumluluk Davası" (Oğuz İMREGÜN'e Armağan, s.525548), s.544.

[3] Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 13.maddesi ile İMKB Yönetmeliği'nin 42.maddesi uyarınca, müşterilerle borsa üyeleri arasında borsa işleminden kaynaklanan ihtilaflar başvuru halinde borsada çözümlenir. Borsa uyuşmazlıklarının çözümü için borsa yönetim kurulunun görevlendirilmesi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur; Yargıtay, bu yolu tahkim usûlü olarak kabul etmektedir.Müvekkilimizin menfaati açısından, çabuk ve masrafsız olan bu yola başvurmak yerinde görülmüş, bu konuda şikayet dilekçesi hazırlanmış ancak kelime sınırlaması nedeniyle dilekçeye eklenmemiştir.

[4] Daha sonra metinde de ayrıca belirtileceği üzere SPK'nın Ser:V, No:46 sayılı tebliğinin 28. maddesi uyarınca acente ile aracı kurum, müşteriyle yaptıkları işlemlerden dolayı müteselsilen sorumludurlar. Bu nedenle dava, aracı kurum ve acenteye karşı birlikte açılmıştır. Bu anlamda, HUMK'un 43. maddesinin birinci fıkrası gereğince, davalı CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş ile CRMBANK A.Ş ihtiyarî dava arkadaşıdırlar. Söz konusu maddenin birinci fıkrasındaki 'iştirak halinde' ifadesini hak veye borcun ortak olması şeklinde anlamak gerekir (Bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** Medenî Usûl Hukuku, İzmir 2005, s.178).

AÇIKLAMALAR

Müvekkilimiz, birikimlerini borsada değerlendirmek amacıyla, 25.5.2005 tarihinde CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş.'nin(aracı kurum) Ankara şubesine başvurmuş ve portföy yöneticisi Ayşin KORKMAZOĞLU'yla görüşmüştür.

Müvekkilimizin, 120.000,-YTL. yatırım yapma isteğini portföy yöneticisi Korkmazoğlu'na iletmesi üzerine, Korkmazoğlu, X,Y,Z şirketlerine ait hisse senetlerinin uygun senetler olduğunu ifade ederek alım emri doldurmuş ve bu emri müvekkilimize imzalatmıştır. Korkmazoğlu, davalı aracı kurumla müvekkilimiz arasında yer alan "Aracılık Sözleşmesi" ile "Portföy Yönetim Sözleşmesi"ni de hazırlayıp imzalatmıştır.

20.7.2005 tarihinde müvekkilimiz, X ve Y şirketlerinin hisse senetlerinin satılıp bundan elde edilecek nakitle Z şirketi hisse senedinin alınması emrini vermek için Korkmazoğlu'nu aramış ancak telefona, kendisini CRMBANK'ın Ankara şubesinde yatırım uzmanı olarak tanıtan Ali KIRIKLI çıkmıştır. Kırıklı telefon görüşmesinde müvekkilimize, davalı aracı kurumun Ankara şubesinin kapandığını, müvekkilimizin portföyüne ilişkin işlemleri birlikte yapabileceklerini ifade etmiştir.

Müvekkilimiz görüşmeden 15 gün sonra adresine gelen hesap ekstresinde portföyündeki tüm hisse senetlerinin satıldığını ve emrinden farklı olarak C şirketi hisse senedi ve CRM B Tipi Likit Fonu alındığını görmüştür. Bir gün sonra Kırıklı ile görüşen müvekkilimiz, verilmiş bir emir bulunmamasına rağmen daha kârlı olacağını düşündükleri için böyle bir işlemin gerçekleştirildiği cevabını almıştır. Ancak müvekkilimizin emir ve talimatlarından bağımsız olarak alınan C şirketi hisse senetleri bir hafta sonra değerinin 1/3'üne gerilemiştir. Ayrıca müvekkilimizden, yapılan alım satım işlemlerine karşılık olarak müvekkilimizin mevcut fonlarından satılmak suretiyle aracılık komisyonu (kurtaj) adı altında 2.500,-YTL kesinti yapılmıştır.

Anlatılan olaylar neticesinde, bu davayı açmak zorunluluğu doğmuştur.

DAVAYA İLİŞKİN İDDİALARIMIZ VE GEREKÇELERİMİZ:

1. DAVANIN AÇILMASINDA MÜVEKKİLİMİZİN TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ BULUNMAMAKTADIR.

Müvekkilimiz Yeni Zelanda vatandaşıdır[5]. MÖHUK'un teminatı düzenleyen 32.maddesinde yabancıların Türkiye'de dava açabilmeleri için teminat göstermeleri gerekliliği belirtilmiş, hatta bunun dava şartı olduğu hem doktrinde, hem de yargı kararlarında[6] yer almıştır. Ancak, bu dava açısından MÖHUK'un 32.maddesinin ikinci fıkrasına göre, müvekkilimizin teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Söz konusu hükme göre, hâkim, davanın niteliğini ve durumu göz önünde bulundurarak davacıyı karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir.

Yerleşim yeri, teminat gösterme yükümlülüğü bakımından önemli bir yere sahiptir. Hatta, HUMK'un teminatı düzenleyen hükümleri(m.96-100), teminat için "ikametgah" ölçütünü esas almıştır. MK'nın 19-22.maddeleri arasında düzenlenen yerleşim yeri kriterine göre; yerleşim yeri, kişinin yaşam ve yaşam faaliyetlerini sürdürme iradesinin bulunduğu yerdir[7]. Hayat merkezinin neresi olduğunun belirlenmesinde nazara alınabilecek en önemli kriterler, aile yaşantısının nerede olduğu ve mesleki faaliyetlerin nerede sürdürüldüğüdür. Müvekkilimizin Türk vatandaşıyla evli olması ve Türkiye'de öğretmenlik yapması Türkiye'de ikâmetgahı olduğunun açıkça göstergesidir. Müvekkilimiz Türkiye'de ikâmetgahı olan yabancı statüsündedir. Yabancılık esasına dayalı teminat yükümlülüğünün amacının 'yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın uğrayabileceği muhtemel zararları karşılamak' olduğu göz önünde bulundurulursa; böylesi bir durumda müvekkilimizin yaşamını Türkiye'de sürdürmesi ve anılan sebeplerle yerleşim yerinin Türkiye'de olması, başvurulabilecek mallarının Türkiye'de bulunması, hisse senetlerinin Takasbank'ta bulunması ve dolayısıyla muhtemel bir zararın teminatının mevcut olması, **MÖHUK'un 32.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davanın niteliğinin ve bu özel durumların** teminat gösterme yükümlülüğünü ortadan

---

[5] Türk Parasının Kıymetini Koruması Hakkında 32 sayılı Kararın (Kabul Tarihi: 7.8.1989, RG T.: 11.8.1989) 15.maddesinin birinci fıkrasının d bendiyle Türkiye'de yerleşik kişilerin dolaylı yatırım yapmaları serbest bırakılmıştır.

[6] 'Davacılar karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutulmazlarsa, taraflarca açılmış davanın görülebilmesi için teminat şartının yerine getirilmesi gerekir. Mahkemece bu husus re'sen gözetilmek ve hesap edilecek teminat döviz olarak bu konudaki mevzuat çerçevesinde mahkeme emrine bloke edilmek ve davaya ondan sonra bakılmak gerekirken, davanın görülmesi koşulunu oluşturan teminat alınmadan davanın esasının incelenmesi kanuna aykırıdır ve bozma sebebidir...' 3.HD, 21.1.1992, 3553/635.

[7] **Oğuzman/Seliçi/Oktay,** Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s.99.

kaldıracak nitelikte olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Tüm bu açıklamaların yanı sıra Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere arasında *1931 tarihli, teminattan muafiyete dair uluslar arası bir antlaşma* bulunmaktadır. Bu antlaşmaya **Yeni Zelanda 1933 yılında katılma yoluyla taraf olmuştur**[8]**. Sözü edilen antlaşmanın uygun bulma kanunu olan, Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Hükümeti Arasında Münakit Müzahereti Adliye Mukavalenamesinin Tasdiki Hakkında Kanunun** (R.G. ile Neşir ve İlanı: 5.7.1932- Sayı:2142, Kanun No:2045) **12.maddesine göre**; *masarif için teminat, masarifin ve harçların tediyesi hakkındaki kararlar, meccanen müzahereti adliye ve deyin için hapis hususlarında yüksek âkit taraflardan her birinin tebaası, diğer akit yüksek taraf arazisinde iş bu yüksek âkit taraf tebaasına tamamen müsavi bir muameleden müsterif olacaklardır.* İlgili maddeden anlaşılacağı üzere taraflar bu antlaşma ile eşit işlem ilkesine dayalı olarak âkit devletlerin vatandaşlarına, kendi ülke vatandaşlarının tâbi olduğu şartlar doğrultusunda muamele etmeyi üstlenmişlerdir. Dolayısıyla müvekkilimizin bu davayı açarken tabî olacağı statü bir Türk vatandaşının tâbi olacağı statüden farksızdır.

MÖHUK'un 32.maddesi ikinci fıkrası uyarınca, hem davanın niteliği ve durumun elverişli olması, hem de Türkiye ile Yeni Zelanda arasınsa ahdî anlamda karşılıklılığın bulunması nedeniyle müvekkilimizin teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulması gerekmektedir.

2. DAVALI, ARACILIK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ YERİNE GETİRMEMİŞTİR.

25.5.2005 tarihinde davalı ile müvekkilimiz arasında imzalanmış olan aracılık sözleşmesi hukukî niteliği itibariyle komisyonculuk sözleşmesidir. Alım satım konusunda, komisyoncu, kendi adına fakat müvekkilin hesabına komisyon hakkı karşılığında, menkul eşya veya kıymetli evrak alımı veya satımı muamelesi yapmayı yüklenen kimsedir[9]. Davalı, aracılık sözleşmesi doğrultusunda, aracılık komisyonu karşılığında kendi adına müvekkilimiz hesabına işlemlerde bulunmaktadır.

Aracılık sözleşmesinin 21.maddesinde aracı kurumun tek taraflı olarak bu

[8] Bu kanun Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere arasında imzalanan 1931 tarihli uluslararası sözleşmenin uygun bulma kanunudur. Söz konusu antlaşmaya 1933 yılında katılma yoluyla Yeni Zelanda'nın taraf olduğu, Yeni Zelanda Büyük Elçiliği tarafından da teyit edilmiştir.

[9] Bkz. **Yavuz,** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2002, s.666; **Poroy,** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1983, s.174; **Serozan/Hatemi/Arpacı,** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.458; **Manavgat**, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991,s.86; 13.HD, 28.3.1996, 2616/3067.

sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlarını temlik etmek suretiyle müşterinin hesabını bir başka aracı kuruluşa devir ve temlik etme hakkını, müşteriye yazılı bildirimde bulunmak kaydıyla haiz olduğu düzenlenmiştir. Komisyoncu, BK'nın 417.maddesinin birinci fıkrası gereğince; *yaptığı muamelenin cereyanından müvekkilini haberdar etmeye mecburdur.* Aksi takdirde komisyoncu BK'nın 96 ve devamı maddelerince sorumlu olur[10]. Ancak davalı, işlemlerini CRMBANK'a devrederken müvekkilimize bildirimde bulunmamış, gerek sözleşmeden gerek kanundan doğan bildirim borcuna aykırı davranmıştır.

Aracılık sözleşmesinin 6.maddesinde "*aracı kurum, portföyün oluşumunda, sermaye piyasası araçlarının seçiminde ve riskin dağıtılmasında yatırımcının belirlediği risk üstlenme anlayışı ve yatırım hedefleri çerçevesinde hareket edecektir*" hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede müvekkilimiz, orta riskli bir yatırım tercihi belirlemesine rağmen, davalı yüksek risk ihtiva eden bir satım işlemi gerçekleştirilmiş ve müvekkilimizi zarara uğratmıştır.

2. *DAVALI PORTFÖY YÖNETİCİSİNİN ARACI KURUMDAN AYRILMASI HALİNDE BU DURUMU MÜVEKKİLİMİZE DERHAL BİLDİRMEK ZORUNDA OLMASINA RAĞMEN, BU ZORUNLULUĞU YERİNE GETİRMEMİŞTİR.*

Portföy yönetim sözleşmesinin 4.maddesinin ikinci fıkrasında *portföy yöneticisinin aracı kurumdan ayrılması veya değiştirilmesi halinde, aracı kurumun durumu, derhâl yazılı olarak yatırımcıya bildireceği* düzenlenmiştir. Ayrıca SPK'nın Seri:V,No:59 sayılı tebliğinin 16.maddesinin üçüncü fıkrasında da bu zorunluluk açıkça düzenlenmiştir. Portföy yöneticiliği, finansal varlıklardan oluşan portföylerin vekil sıfatıyla yönetilmesi olarak tanımlanmaktadır. Yatırımcı, sahibi bulunduğu sermaye piyasası araçlarını veya nakît paraları, kârlı ve emniyetli yatırımlara yöneltmesi için portföy yönetmeye yetkili kuruluşlara bırakmakta ve bu kuruluşlara alım satım yetkisi vermektedir[11]. Portföy yöneticiliğini üstlenen şirket,banka veya aracı kurum bu hizmetleri bizzat yapmakla yükümlüdür[12]. Korkmazoğlu'nun Ankara'daki görevinin sona ermesi ve durumun müvekkilimize bildirilmemesi davalının sözleşmeden ve tebliğden kaynaklanan bildirim borcuna aykırı davrandığının açıkça göstergesidir.

---

[10] **Karahasan,** s.1159.

[11] **İnceoğlu,** Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2004, s.185.

[12] **Kaplan,** Portföy Yönetim Sözleşmesi (BATİDER, C.XVIII, S.1-2, s.43-77) s.59.

kusurundan ve hilesinden sorumludur. CRMBANK, SPK'dan izin almak suretiyle sermaye piyasasında işlem yapabileceğinden BK'nın 99.maddesi gereğince imtiyazlı bir kuruluştur[23]. Aracılık sözleşmesinin 10.maddesine konulan aracı kurum çalışanlarının hafif kusurundan sorumsuzluğa ilişkin kayıtlar geçersizdir[24].

Hesap ekstresinde emrinden farklı işlem yapıldığını gören müvekkilimiz, durumu öğrenmek amacıyla CRMBANK'ın Ankara şubesini aradığında *Kırıklı* müvekkilimize, C şirketi hisselerinde önemli artış beklediklerini, dolayısıyla portföyünde yer alan Z şirketi hisse senetlerini de satarak hesaptaki nakit ile önemli bir özelleştirme ihalesine girecek olan C şirketinin hisse senetlerinden aldıklarını söylemiştir. SPK'nın Seri V,No:46 sayılı tebliğinin 58.maddesinin d bendi uyarınca *aracı kuruluşlar mevzuatın imkân verdiği haller hariç olmak üzere sermaye piyasası araçlarının belli bir getiri sağlayacağı yönünder yazılı veye sözlü taahhütte bulunamazlar.* Ayrıca SPK'nın Seri:V,No:55 sayılı tebliğinin 11.maddesinin b bendi uyarınca yatırım uzmanı, *yatırım tavsiyelerini güvenilir belge, destekleyici rapor ve analizlere dayandırmak zorundadır.* Yatırım uzmanı *Kırıklı* portföy yöneticisi olarak nitelendirilmiş olsa dahi davalı ile müvekkilimiz arasında imzalanmış olan portföy yönetim sözleşmesinin 7.maddesinin onüçüncü fıkrası ve SPK'nın Seri:V,No:59 sayılı tebliğinin 12.maddesinin h bendi uyarınca; *portföy yöneticisi müşterilerine portföyün önceden saptanmış belirli bir getiriyi sağlayacağına dair sözlü veya yazılı garanti veremez. Kırıklı* özelleştirme ihalesine girecek olan C şirketinin hisselerinde önemli artış beklediklerine ilişkin yatırım tavsiyelerini yazılı belge, rapor ve analizlere dayandırmamıştır. *Kırıklı* bu yönde yatırım tavsiyelerinde bulunarak ilgili hükümlere aykırı hareket ettiği gibi müvekkilimizin bilgisizliğinden ve tecrübesizliğinden yararlanarak iradesini sakatlayıcı ifadeler kullanıp, emrine aykırı olarak yaptığı alım satım işlemlerine hileli davranışlarıyla icâzet vermesini sağlamıştır. Hile, bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için kasten hatalı bir kanaat uyandırmaya veya esasen mevcut olan hatalı bir kanaati koruma veya sürdürme fiiline[25] denir. Kırıklı müvekkilimizi iradesi dışında beyanda bulunmaya yönelttiğinden, emrimiz hilafına yaptığı işlemlere ilişkin tavsiyeleri hile kapsamındadır.

---

[23] Aracı kurumlar ise, BK'nın 99.maddesi için öngörülen bu kritere uygun kuruluşlar olup, hafif kusur halinde dahi, katılma sözleşmelerine konulmuş olan bu tür sorumsuzluk şartları bâtıl sayılmalıdır (**Konuralp/Konuralp,** Borsa Uyuşmazlıkları (Ali BOZER'e Armağan, s. 591-608) s.601 dn.5'ten naklen).

[24] **Konuralp /Konuralp,** s.601.

[25] *BK'nın 28.maddesinin birinci fıkrasında taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya sevkedilmişse hata esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı olmaz...*" 1.HD, 26.9.2005, 10098/9491; HGK, 8.6.2005, 1365/380.

Müvekkilimiz X,Y şirketleri hisse senetlerinin satılarak, elde edilen nakitle Z şirketi hisse senedinin alınması yönünde emir vermek için Korkmazoğlu'nu telefonla aramıştır. Telefona çıkan Kırklı, müvekkilimizin portföyüne ilişkin işlemleri birlikte yapabileceklerini ve emirlerini aldığını söylemiştir. Görüşmeden 15 gün sonra kendisine gönderilen hesap ekstresinde,müvekkilimiz, talimatının tamamen dışında, C şirketi hisse senetleri ile CRM B Tipi Likit Fonu alındığını görmüştür.

4. CRMBANK'IN YAPTIĞI İŞLEMLER VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME HÜKMÜNDEDİR.

CRMBANK, *acentelik sözleşmesi*'nin 2.maddesinde belirtildiği üzere, mevduat kabul eden bir bankadır. SPK'nın Seri:V,No:46 sayılı tebliğinin 5.maddesi gereğince mevduat kabul eden bankalar *portföy yöneticiliği ve yatırım danışmanlığına ilişkin faaliyetlerde bulunamaz.* CRMBANK'ın bu işlemleri yetkisi bulunmamasına rağmen yaptığı için, yaptığı işlemler vekâletsiz iş görme hükmündedir. BK'nın 410.maddesi gereğince, *vekâleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufta bulunan kimse, o işi sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmaya mecburdur*[26]. Vekâletsiz iş görmenin unsurları; *iş görme, işin başkasına ait olması* ve işi görenin, bu işi görmek hususunda *vekâletinin olmaması* olup[27], bu unsurlar olayımızda mevcuttur.

CRMBANK vekâleti olmadan müvekkilimizin portföyüne yönelik alım satım işlemlerinde bulunmuş; yetkisi olmadığı halde, X,Y şirketleri hisse senetlerini satıp Z şirketi hisse senetlerinin alınmasını emretmemize rağmen emrimiz hilafına Z şirketi hisse senetlerini de satıp elde edilen nakitle C şirketi hisse senediyle CRM B Tipi Likit Fonu almıştır. Bunun sonucunda 120.000,-YTL zararımız doğmuştur(Zarar tablomuz dilekçemiz eklerinde gösterilmiştir).

5. ARACILIK SÖZLEŞMESİNİN 15.MADDESİNDE YER ALAN MÜNHASIR DELİL SÖZLEŞMESİ GEÇERSİZDİR.

Türk Hukukunda kural olarak serbest delil sistemi geçerlidir. Bu sistem içerisinde, deliller HUMK'da belirtilmiş olsa da deliller konusunda sınırlama yapılmamıştır; yani ispat aracı olabilecek her şey, delil olarak kabul edilebilir. Nitekim Kanunda düzenlenmemiş diğer delillerin özel hüküm sebepleri başlığı altında delil olarak

---

[26] "*İşgören, iş sahibinin çıkarlarına uygun biçimde işi görmekle yükümlüdür. Caiz ve caiz olmayan vekâletsiz iş görmede, işgören, iş sahibinin menfaatine ve gerçek veya tahmin edilen amaca uygun hareket etme borcu altındadır. Kısaca işgören, iş sahibine hesap vermekle yükümlüdür...*" 3. HD, 26.1.2004 T., 2004/000376 E., 2004/000367 K.

[27] **Tandoğan,** s.480.

kurumun elinde bulunduğundan davalı ispat yüküyle birlikte gerek soyut[41] gerek somut delil[42] gösterme yükü altındadır.

Bir tarafın ispat hakkını tamamen ortadan kaldıran delil sözleşmeleri, hukukî dinlenilme hakkının unsuru olan açıklama hakkına ve geniş anlamda[43] Anayasa'nın 36. maddesinde ifade bulan adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eder. Tarafların delil gösterme imkânının ortadan kaldırılması; gereğinden fazla sınırlandırılması; hukuki dinlenilme hakkıyla bağdaşmayan delil yasakları getirilmesi söz konusu hakkın ihlâli anlamına gelmektedir[44]. Nitekim, yukarıdaki paragraflarda yapılan açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde, aracılık sözleşmesinin 15.maddesinde belirtilen '*kesin ve aksi ileri sürülemez delil teşkil edecektir*' ibaresinin müvekkilimizin delil gösterme hakkını bahsedilen şekilde ortadan kaldırdığı sayın Mahkemeniz tarafından da anlaşılabilecektir. Tüm bu açıklamaların sonucu olarak, sözleşmede yer alan delil sözleşmesine ilişkin hüküm geçerli kabul edilmemelidir.

DELİLLER:

1. 'Sermaye Piyasası Araçlarının Alım Satımına İlişkin Aracılık Sözleşmesi' ile 'Portföy Yönetim Sözleşmesinin' fotokopileri[45].
2. X, Y ve Z şirketlerinin hisse senetlerinin alınması amacıyla Ayşin KORKMAZOĞLU tarafından doldurulan ve müvekkilimiz tarafından imzalanmış olan alım emri.
3. X,Y ve Z şirketlerinin hisse senetlerinin karşılığı olarak kesilen ve Korkmazoğlu tarafından imzalanmış olan 120.000,-YTL'lik makbuz.
4. 21.07.2005 tarihi itibariyle müvekkilimize gönderilen hesap ekstresi.
5. Borsa kayıtları ve sair delillerimiz.

---

[41] "Soyut delil ikame yükü mevcut bir davanın gidişatına bağlı olmaksızın, taraflardan birinin aleyhte bir kararla karşılaşma tehlikesini engellemek üzere, belli bir koşul vakıa unsuru hakkında delil ikame etme yükü olarak tanımlanabilir". **Atalay,** s.18.

[42] "Somut delil ikame yükü, hâkimin vakıalar hakkında belli bir derece bilgi sahibi olduğu davanın, ikame edilen delillerin durumuna göre taraflardan hangisinin delil ikâme etmeye davet olunacağıyla ilgilidir". **Atalay,** s.18.

[43] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s.364.

[44] **Özekes,** Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 126.

[45] Fotokopi yargılama hukuku bakımından senet olmamakla birilikte yazılı delil başlangıcı olup olmayacağı tartışmalıdır (Örneğin Bkz. 1. HD, 2.1.1978 10321/11567 (YKD, 1979/5, s.616); 13. HD 17.11.1981, 6777/7320 (Yasa 1982/4, s.607). **Pekcanıtez/Özekes/Akkan,** Medeni Usûl Hukuku Pratik Çalışmalar, Ankara 2005, s.97'den naklen.

HUKUKİ SEBEPLER[46]:

1. Sermaye Piyasası Kanunu.
2. Türk Ticaret Kanunu m.4; 135.
3. Borçlar Kanunu m.28; 96; 99; 389; 390, 391; 410; 417.
4. Medenî Kanun m.19 22.
5. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.9; 96 100; 240.
6. Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m.13.
7. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği.

SPK tarafından çıkarılmış Seri:V,No:46; Seri:V,No:55; Seri:V,No:59 sayılı tebliğler ve ilgili sair mevzuat.

CEVAP SÜRESİ: On gündür[47].

TALEP SONUCU: Yukarıda açıkladığımız haklı ve yasal gerekçelerle fazlaya ilişkin talep ve haklarımız saklı kalmak üzere,

1) CRMBANK'ın emrimiz hilafına yaptığı işlemlerden kaynaklanan 120.000.- YTL'lik müspet zararımızın davalı CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş.'den 15.8.2005 tarihinden itibaren avans faizi[48] ile birlikte tahsiline,

2) CRMBANK tarafından müvekkilimizin CRM B Tipi Likit Fonundan kesilen 2.500,-YTL alacağın 15.8.2005 tarihi itibariyle avans faiziyle birlikte CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş.'den tahsiline,

3) Yukarıdaki (1) ve (2) no'lu taleplerimizde belirtilen alacağın tahsilinin güvence altına alınması amacıyla İİK'nın 257 ve devamı maddeleri gereğince ihtiyatî hacze,

4) Davalı aracı kurumda bulunan telefon kayıtlarının korunması amacıyla HUMK'un 368 vd. maddeleri çerçevesinde delil tespitine,

5) Yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin[49] davalı tarafa yükletilmesine karar

[46] Dilekçemizde olayımız açısından mevcut olduğunu düşündüğümüz hukuki sebepleri ayrı ayrı saymış bulunsak da HUMK'un 76. maddesinde ifadesini bulan '*Iura Novit Curia*' ilkesi gereğince hâkim açılan bir davada uygulaması gereken mevzuatı, bu konuda tarafların ileri sürdüğü hukuki sebeplerle bağlı olmaksızın bulup, uygulamakla yükümlüdür.

[47] HUMK'un 195.maddesi uyarınca kanuni cevap süresi on gündür.

[48] 3095 sayılı kanuna göre T.C Merkez Bankasının kısa vadeli avans işlemlerine uyguladığı reeskont faiz oranı esas alınmıştır.

[49] HUMK'un 427.maddesi ve Avukatlık Kanununun 169.maddesi hükümlerinin uygulanması gerekir.

verilmesini vekaleten arz ve talep ederiz.

1.9.2005

Davacı Elenor Lane ÖZSEKİLİ

Vekilleri

Av.***************

imza

ZARAR TABLOSU

TARİH	HİSSE SENEDİ ADI	DEĞERLERİ
1) 25.5.2005	X	30.000,-YTL.
	Y	50.000,-YTL.
	Z	+40.000,-YTL.
		120.000,-YTL.
2) 21.7.2005	X	60.000,-YTL.
	Y	100.000,-YTL.
	Z	+45.000,-YTL.
		205.000,-YTL.
21.7.2005 tarihi itibariyle elde edilen nakitle emrimiz hilafına alınmış olan hisse senedi:	C	200.000,00 YTL.
	CRM B TİPİ LİKİT FONU	+ 5.000,00 YTL.
		205.000,00-YTL.
3) 15.8.2005	C	80.000,-YTL.
	Z	+45.000,-YTL.
		125.000,-YTL.

A) Müvekkilimizin emri doğrultusunda, 21 Temmuz 2005 tarihi itibariyle, 60.000,-YTL değerindeki X şirketi ve 100.000,-YTL değerindeki Y şirketi hisse senetleri satılıp elde edilen nakitle 40.000,-YTL değerindeki Z şirketi hisse senetleri alınsaydı müvekkilimizin hesabında 205.000,-YTL nakit olacaktı.

B) Müvekkilimizin emri hilafına X,Y,Z şirketi hisse senetleri satılmış ve elde edilen nakitle 21 Temmuz 2005 tarihi itibariyle 200.000,-YTL değerindeki C şirketi hisse senetleri ve 5.000,-YTL. değerindeki CRM B Tipi Likit Fonu alınmıştır. Kırıklı müvekkilimizin emri hilafına yaptığı işlemlerden dolayı CRM B Tipi Likit Fonunda mevcut olan nakittten 2.500,-YTL. Komisyon almıştır.

5.8.2005 tarihi itibariyle 200.000,-YTL değerindeki C şirketi hisse senetleri 80.000,-YTL' ye düştüğünden 120.000,-YTL müspet zararımız doğmuştur[50].

15.8.2005 tarihi (2) no'lu dipnotta da belirtildiği üzere, zararın doğduğu an olarak kabul edildiğinden; bu tarihten itibaren toplam 122.500,-YTL. alacağımızın T.C Merkez Bankası reeskont ve avans işlemlerine 25.5.2005 tarihi itibariyle %30 olarak uygulanan faiz oranı üzerinden, davayı açma tarihimiz olan 1.9.2005 tarihine kadar 1.531,25 YTL. faiz işlemiş bulunmaktadır.

Müvekkilimizin toplam 124.031,25 YTL. tazminat alacağı mevcuttur.

[50] "Müspet zarar; borçlu edimi gereği gibi ve süresinde yerine getirseydi alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktan oluşmaktadır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır..." HGK 7.4.2004, 13-208/211. Tazmin borcunun muacceliyet ânı; zararın doğduğu ândır. Zararın tarifinde yer alan, malvarlığının iki durumu arasındaki fark, zarar verici fiilin meydana gelmesinden itibaren malvarlığında meydana gelen eksilmeye göre hesaplanmaktadır. **Başpınar,** s.207. Müvekkilimizin malvarlığında 15 Ağustos 2005 tarihi itibariyle eksilme meydana geldiğinden bu tarih zararın doğduğu an olarak kabul edilmelidir.

DAVALI
CRM YATIRIM MENKUL KIYMETLER A.Ş. DOSYASI

İSTANBUL[1] (.....) NO'LU ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ[2] SAYIN BAŞKANLIĞI'NA

ESAS No[3]: .....

DAVAYA CEVAP VEREN

(DAVALI) : CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş.

VEKİLİ : **********

ADRES : .....

DAVACI : Eleanor Lane ÖZSEKİLİ

VEKİLİ : **********

ADRES :.....

DİLEKÇE KONUSU : Müvekkilimiz CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş. aleyhine açılan haksız ve yersiz tazminat davasına karşı cevaplarımızın sunulmasından ibarettir.

AÇIKLAMALAR

Yeni Zelanda vatandaşı, davacı Elenor Lane ÖZSEKİLİ 25.5.2005 tarihinde yatırım yapmak amacıyla müvekkilimiz CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş.'ye başvurmuş, portföy yöneticisi Ayşin KORKMAZOĞLU ile görüşmüş ve X,Y,Z şirketleri hisse senetlerinin alımı için alım emri imzalanmıştır. Ayrıca müvekkilimiz ve davacı arasında

---

[1] Taraflar, aralarında imzaladıkları portföy yönetim sözleşmesinin 26. ve aracılık sözleşmesinin 18. maddesine yetki şartı koyarak İstanbul mahkemelerini yetkili kılmışlardır. Ayrıca genel yetki kuralı (HUMK m.9) gereği davalının yerleşim yeri mahkemesi de bu davaya bakmaya yetkili olduğundan (müvekkilimiz aracı kurumun merkezi İstanbul'dadır), davacının davasını İstanbul'da açtığı kabul edilerek cevap dilekçesi buna hitaben yazılmış ve yetki itirazında bulunulmamıştır.

[2] Dava TTK'nın 4. maddesi ve bu maddenin TTK'nın 135. maddesine yaptığı atıf doğrultusunda mutlak ticari dava olduğundan davanın asliye ticaret mahkemesinde açılması yerindedir.

[3] Davalı kendisine tebliğ edilen dava dilekçesi nedeniyle dosya numarasını bildiğinden ve ayrıca dilekçenin ilgili dosyaya konulmasını sağlamak için, mahkemeye sunacağı cevap dilekçesinde dosya numarasını da açıkça belirtmesi gerekir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s.297).

yine aynı tarihte portföyün yönetimine ilişkin bir portföy yönetim sözleşmesi ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına ilişkin bir aracılık sözleşmesi imzalanmıştır.Bir süre sonra müvekkilimiz aracı kurumun Ankara şubesi kapanmış, ilgili faaliyetleri müvekkilimiz adına müvekkilimizin acentesi sıfatıyla CRMBANK A.Ş. sürdürmüştür. 20.7.2005 tarihinde davacı ile yapılan görüşmede bu durum davacıya bildirilmiştir. Bu görüşmeden de 15 gün sonra, davacı hesabına ve davacının yararına olarak mevcut X,Y,Z şirketleri hisse senetleri satılmak suretiyle yapılan C şirketi hisse senetlerinin alımı işlemine icazet veren davacı, söz konusu C şirketinin girdiği özelleştirme ihalesini kaybetmesi sonrasında, müvekkilimizden kaynaklanmayan ve müvekkilimizin sorumluluğu dahilinde de olmayan C şirketi hisse senetlerinin değer kaybı nedeniyle uğramış olduğu zararını, müvekkilimize yükleyebilmek adına tazminat davası açmış ve müvekkilimiz adına bu cevap dilekçesinin hazırlanması zorunluluğu doğmuştur.

DAVAYA CEVAPLARIMIZ VE İTİRAZLARIMIZ

USÛLE İLİŞKİN İTİRAZLARIMIZ VE GEREKÇELERİMİZ

1. DAVACININ MÜVEKKİLİMİZ ALEYHİNE TÜRKİYE'DE DAVA AÇABİLMESİ İÇİN TEMİNAT GÖSTERMESİ ZORUNLUDUR.

MÖHUK'un teminatı düzenleyen 32.maddesi, yabancıların Türkiye'de açmış oldukları davalarda, davacı tarafın haksız çıkması durumunda karşı tarafın veya hazinenin uğrayabileceği muhtemel zararları karşılamayı amaçlar (coutio judicatum solvi). MÖHUK'un 32.maddesinde teminat için temel alınan kriter yabancılık unsurudur[4]. Davacının teminat göstermesi zorunluluğunun gerekçesi yabancı olmasıdır. Davanın davacı tarafını oluşturan yabancı, teminat göstermekle yükümlüdür. Keza bu, yargı mercilerince re'sen nazara alınması gereken bir hususdur[5]. Dolayısıyla davacının teminat göstermesi dava şartıdır[6]. Yargıtay kararları da bu hususun bir dava şartı olduğunu ve re'sen gözetilmesi gerektiğini destekler niteliktedir[7]. MÖHUK'un 32.maddesinin ikinci fıkrası gereği, hâkim, davanın niteliği ve duruma göre davacıyı karşılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir. Davacının, müvekkilimize karşı teminat

[4] **Çelikel,** s.358.

[5] **Özden,** Türk Hukukunda Yabancı Şahısların Teminat Mükellefiyeti, İstanbul 1999, s.64.

[6] **Çelikel,** Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2000, s.360.

[7] "Davacılar karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutulmazlarsa, taraflarca açılmış davanın görülebilmesi için teminat şartının yerine getirilmesi gerekir. Mahkemece bu husus re'sen gözetilmek ve hesap edilecek teminat döviz olarak bu konudaki mevzuat çerçevesinde mahkeme emrine bloke edilmek ve davaya ondan sonra bakılmak gerekirken, davanın görülmesi koşulunu oluşturan teminat alınmadan davanın esasının incelenmesi kanuna aykırıdır ve bozma sebebidir..." Bkz. 3. HD'nin 21.1.1992, 3553/635 no'lu kararı.

göstermeksizin bu davayı açabilmesi için, davanın niteliğinin ve durumun buna elverişli olması ve Yeni Zelanda ile Türkiye arasında her iki ülkenin vatandaşlarının teminat gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldıran ahdi, hukukî veya fiili anlamda bir karşılıklılığın bulunması gereklidir. Öte yandan, bu şartların gerçekleşmesi yanında hâkim de takdir hakkını bu yönde kullanmalıdır[8].

Davacının teminat göstermekten muaf tutulabilmesi için gerekli şartlar oluşmamıştır. Davanın konusu göz önüne alınırsa, davacının haksız çıkması durumunda müvekkilimizin uğrayacağı zarar ortadadır. Dava, teminat gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldıracak bir niteliğe haiz bulunmadığı gibi, burada özel bir durum da söz konusu değildir. Üstelik, Türkiye ile Yeni Zelanda arasında teminat yükümlülüğünü ortadan kaldıran ahdi, kanuni veya fiili anlamda bir karşılıklılık bulunmamaktadır. Bütün bunlar göz önüne alındığında, davacının teminat göstermeksizin müvekkilimiz aleyhine bu davayı açması kanunen mümkün değildir.

2. DAVACININ İHTİYATÎ HACİZ TALEBİNDE BULUNMASI HAKSIZ VE YERSİZDİR.

Davacı, dava dilekçesinde ihtiyatî haciz talebinde bulunmuştur. Ancak bu talep yerinde değildir. İhtiyatî haciz talebi, İİK'nın 257. maddesi uyarınca yalnızca para ve teminat borçlarında, borcun kesin ve muaccel olması halinde kabul edilebilir[9]. Dava dilekçesinde alacağın miktarı belirtilmiş olsa da tazminat alacağı kesin ve muaccel bir alacak olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla davacının böyle bir talepte bulunması haksızdır.

Yabancıların dava açarken olduğu gibi icra takibi yaparken ve ayrıca ihtiyatî haczin tamamlanması ve kesinleşebilmesi için MÖHUK'un 32.maddesi gereği teminat göstermesi zorunludur. Oysa davacı henüz teminat göstermemiş ve bu yükümlülüğünü yerine getirmediği halde ihtiyatî haciz talep etmiştir. Bu talep açıklanan nedenlerle gerek İİK'nın 257.maddesine, gerek MÖHUK'un 32.maddesine açıkça aykırıdır. Dolayısıyla davacının talebinin reddi gerekmektedir.

---

[8] Davacı dilekçemizde Türkiye ile Yeni Zelanda arasında teminattan muafiyete ilişkin ulusararası antlaşma belirtildi ise de yarışmanın formatı gereği, davalı, cevap dilekçesini, davacı dilekçesini önceden görerek hazırlamadığından, söz konusu vakıa davacı dilekçesinde bu hususun belirtilmemiş olma ihtimali nazara alınarak kaleme alınmıştır.

[9] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2005, s.308; **Özekes,** İcra İflas Hukukunda İhtiyatî Haciz, Ankara 1999, s.132.

ESASA İLİŞKİN İTİRAZLARIMIZ VE GEREKÇELERİMİZ

1. DAVACI TARAF İLE MÜVEKKİLİMİZ ARASINDA BİR MÜNHASIR DELİL SÖZLEŞMESİ BULUNMAKTADIR. SÖZ KONUSU SÖZLEŞME GEÇERLİ OLUP, UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜNDE BU SÖZLEŞMENİN DİKKATE ALINMASI GEREKMEKTEDİR.

Müvekkilimiz ile davacı arasında 25.5.2005 tarihinde aracılık sözleşmesi ve portföy yönetim sözleşmesi imzalanmıştır.

Her iki sözleşmede de delil sözleşmesi niteliğinde hükümlerine yer verilmiştir.Davacı vekilleri müvekkillerinin portföyünde bulunan hisse senetlerini değerlendirmek amacıyla CRMBANK'ın yatırım uzmanı Kırıklı'ya emir verdiğini ancak bu emirden tamamen farklı işlem yapıldığını iddia etmektedirler. Uyuşmazlık portföyün yönetilmesinden kaynaklandığından uyuşmazlığın çözümü için portföy yönetim sözleşmesinin 20.maddesinde yer alan delil sözleşmesi[10] esas alınmalıdır.

HUMK'un 287.maddesinin ikinci fıkrasıyla taraflara, açıkça, delil sözleşmesi yapma imkânı tanınmıştır. Portföy yönetim sözleşmesinin 20.maddesi HUMK'un 287.maddesi uyarınca münhasır delil sözleşmesi niteliğindedir[11]. 20.maddede portföy yönetim sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklarda aracı kurumun defter, bilgisayar ve bant kayıtlarının delil olacağı düzenlenmiştir. Delil sözleşmesiyle, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yani hukukî uyuşmazlıklarda senetle ispat zorunluluğu kuralına istisna getirilir. Delil sözleşmesi yapılmakla, borsa işlemlerine dair uyuşmazlıkların çözümü ve ispatı sorununa çare bulunmakta ve uygulamada bu husus hem müşterilerin, hem borsa işlemlerine aracılık eden kurumların, hem de mahkemelerin işini kolaylaştırmaktadır[12]. Dolayısıyla bu kayıtların tutulmasında davacının da menfaati bulunmaktadır. Müvekkilimiz ve bankanın şube telefon görüşmeleriyle, telefon çağrı merkezi görüşmeleri, SPK'nın Seri:V,No:6 sayılı tebliğinin 9.maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak müşterilere görüşmenin başında, hatırlatmada bulunmak suretiyle kayda alınmıştır. Mevzuatta öngörülen belgeler dizisine dayanılarak, usulüne uygun tutulan aracı kurum kayıtları ile emrin veya işleme icazetin verildiği ispatlanabilir[13]. Bu nedenle söz konusu telefon kayıtları caiz ve kesin delil niteliğindedir.

---

[10] 13.H.D., T.13.4.1989, E.1988/765, 1988/2165.

[11] **Konuralp,** İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s.62.; **Taşpınar,** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.183.

[12] **Konuralp,** s.198.

[13] **Konuralp,** s.99.

Genel işlem şartları arasında yer alan delil sözleşmesi hükümleri ile hukukî işlemlerin ispatı bakımından HUMK'un öngörmediği ve caiz saymadığı birtakım ispat araçları caiz delil (HUMK m.218) haline getirilmek isteniyorsa genel işlem şartlarına müşterinin verdiği onay geçerli sayılmalıdır[14].

Sonuç olarak telefon kayıtlarının delil olarak kabul edileceği, taraflar arasında yapılan **münhasır delil sözleşme**siyle de açıkça kabul edilmiştir. Eğer bu kabul edilmeyecek olsa bile, bunların en azından takdiri delil olarak Sayın Mahkemenizce değerlendirilmesi gerekmektedir[15].

Davacı X,Y şirketi hisse senetlerinin alınması doğrultusunda emir verdiğini ancak Kırıklı'nın bu emirden tamamen farklı işlem yaptığını iddia etmektedir. Ancak davacı, **Kırıklı tarafından yapılan işleme açıkça icazet vermiştir.** Davacının icazeti müvekkilimizin **telefon kayıtlarından** kolayca anlaşılacaktır. Telefon görüşmeleri müşterilere görüşmenin başında hatırlatmada bulunmak suretiyle sermaye piyasası mevzuatına uygun şekilde kayda alındığından SPK'nın Seri:V, No:6 sayılı tebliğinin 9/A maddesinin birinci fıkrası gereğince geçerli bir delil olduğu tartışmadan uzaktır.

2. DAVACININ, EMRİ HİLAFINA YAPILDIĞINI İDDİA ETTİĞİ İŞLEME İCAZET VERMESİYLE SÖZ KONUSU İŞLEM GEÇERLİ HALE GELMİŞTİR.

Davacı, Kırıklı'nın, emrine aykırı yaptığı işlemin kendisini zarara uğrattığını iddia etmektedir. Kırıklı davacının menfaatini gözetmek amacıyla C şirketi hisse senetlerini almış, bu durum telefon görüşmesinde davacıya bildirilmiş ve davacı işlemlere icazet vermiştir.

İcazet; yetkisiz olarak yapılan bir işlemi yapıldığı andan itibaren geçerli hale getiren tek taraflı irade beyanıdır[16] ve geçmişe etkili olarak söz konusu işlemin hukuk alanında tam anlamıyla hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlar. İcazet için tek geçerlilik şartı tek taraflı irade beyanının, işlemin karşı tarafına ulaşmış olmasıdır. Davacının icazetiyle Kırıklı'nın yapmış olduğu işlemler baştan itibaren geçerli hale gelmiştir. Dolayısıyla davacının, sözkonusu işlemle maddi anlamda zarara uğradığı iddiasıyla tazminat talep

---

[14] **Konuralp,** s.67.

[15] Açıklamalar için bkz. **Konuralp/Konuralp,** Borsa Uyuşmazlıkları (Ali BOZER'e Armağan s. 591-608). S.602.

[16] Bkz. **Oğuzman/Öz,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s.181; **Reisoğlu,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.121; **Feyzioğlu,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s.433; **Tandoğan,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, Ankara 1982, s.480; **Eren,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2001, s.423.

etmesi haksızdır.

Zımni olsa dahi geçerli kabul edilen icazetin[17]; müvekkilimizce usulüne uygun olarak tutulmuş telefon kayıtlarından[18], açık bir şekilde verildiği kolayca anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu iddianın haksız olduğu açıktır. **Yargıtay bir kararında talimatsız veya İMKB yönetmeliğine aykırı talimata göre yapılmış olsa bile, müşterinin, aracı kurumun yaptığı işlemleri hesap ekstrelerinin kendisine tebliği ile veya başka şekillerde öğrenip buna itiraz etmemesi veya icazet vermesi halinde işlemin geçerli sayılacağını, bu anlamda müşterinin önceki işlemlerinin talimatsız veya talimata aykırı olarak yapıldığı iddiasıyla işlemin geçersiz olduğunu savunulmasının objektif iyiniyet kuralıyla bağdaşmayacağını ifade etmiştir[19].**

Aracılık sözleşmesinin 11. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca **müşteri hesap ekstrelerinin kendisine tebliğinden itibaren bir ay içerisinde noter, taahhütlü posta veya telgraf vasıtasıyla ekstrelere itirazda bulunmazsa ekstredeki işlemleri kabul edilmiş sayılır**. Davacı yan, kendisine tanınan bu imkânı kullanmayıp, hareketsiz kaldığı gibi, bir üst paragrafta arz ettiğimiz üzere, yapılan işlemlere açıkça icazet vermiştir. Nitekim Kırıklı da, arz edilen ve kayıtları mevcut telefon görüşmesinde kendisini tanıtmış ve gerekli açıklamalarda bulunmuştur. Davacı vekillerinin iddia ettiği gibi, davacının yanıltıldığı ve yanıltılarak icazetinin alındığı doğru değildir. Davacı tüm olayları bilerek, isteyerek ve özgür iradesi ile yapmıştır. Yapılan hukukî işlemde aldatma fiili olmadığı gibi , aldatma kastıyla yapılan bir fiilde yoktur. İcazet de bu nedenle hilenin etkisiyle verilmemiştir. Kırıklı, davacının iradesini sakatlamak kastı olmaksızın yaptığı işlemin gerekçesini bildirdiğinden söz konusu uyuşmazlık açısından hilenin unsurları oluşmamıştır[20].

Ayrıca iddia edildiği üzere Kırıklı **belirli bir getiriyi garanti etmeyip,** C şirketi hisse senetlerinin değerinde artış beklediklerini ifade etmiştir. Kırıklı'nın bu açıklamalarına istinaden de davacı Özsekili yapılan işleme icâzet vermiştir.

Tüm bunların dışında, davacı, açıkça kötü niyetlidir. Zira hisse senetleri değer kaybedinceye kadar beklemiş; itiraz etmemiş; C şirketi hisse senetlerinin değer kaybetmesinden sonra yapılan işlemlere itiraz etmiştir.

---

[17] **Oğuzman/Öz,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 104-105.

[18] Olay metnini içeren Ek C'de müşterilerle görüşmelerin, SPK'nın Seri:5,No:6 sayılı tebliğinin 9. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca usulüne uygun tutulduğu belirtilmiştir.

[19] 19. HD, 17/10/1997, 6046/8544.

[20] Bkz. **Reisoğlu,** s.90; **Eren,** s.359; **Kılıçoğlu,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2003, s.117; **Oğuzman/Öz,** s.94.

Aracılık sözleşmesinin 4.maddesinin üçüncü fıkrasından, İMKB yönetmeliğinin 28.maddesinden ve SPK'nın Seri:V,No:6 sayılı tebliğinin 9.maddesinden anlaşılacağı üzere bu uyuşmazlıkta telefon kayıtları ispat vasıtası olarak kullanılmalıdır. İcazetin verildiği, müvekkilimizce usulüne uygun olarak tutulmuş telefon kayıtlarından açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu iddianın haksız ve yersiz olduğu aşikardır.

Davacı, CRMBANK'ın yaptığı işlemlerin vekâletsiz iş görme hükmünde olduğunu iddia etmektedir. Vekâletsiz iş görmeye icazet verildiği takdirde, artık iş görmenin ilgili olduğu sözleşmeye, özellikle vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır[21]. Dolayısıyla davacı emri hilafına yapıldığını iddia ettiği işleme icazet vermekle bu işlemi geçerli hale getirmiştir[22].

3. *MÜVEKKİLİMİZ, C ŞİRKETİ HİSSE SENETLERİNİN DEĞER KAYBINDAN SORUMLU DEĞİLDİR.*

C şirketinin özelleştirme ihalesini kaybetmesi sonucu davacının portföyünde bulunan C şirketi hisse senetleri 200.000,-YTL'den 80.000,-YTL'ye düşmüştür.

Davacı, C şirketi hisse senetlerinin değer kaybından müvekkilimizi sorumlu tutmakta ve uğradığı zararın müvekkilimiz tarafından tazmin edilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Müvekkilimizin, iddia edilenin aksine herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Aracılık sözleşmesinin 3.maddesinin birinci fıkrasında *tüm sermaye piyasası araçlarının çeşitli oranlarda risklere tabi olduğu, bir yatırımdan elde edilmesi beklenen kâr payı ve faiz gibi getirilerin gerçekleşmemesi ihtimalinin bulunduğu, hatta bazı hallerde anaparanın bile kaybedilebileceği* belirtilmektedir. CRMBANK çalışanı *Kırıklı*, C şirketi hisse senedinin alınmasına ilişkin analizlerini ve öngörülerini belirtmiş, bunun üzerine davacı yapılan işleme icazet vermiştir. C şirketinin hisse senetlerinin alınması özelleştirme ihalesini kazanma beklentisiyle yapılmıştır. Kaldı ki sektörde yatırım yapmak isteyen yatırımcıların belli bir riski alması işin niteliği gereğidir. Müvekkilimizin yaptığı işlem orta risklidir ve taraflar arasındaki portföy sözleşmesinde belirtilen risk koşullarına da uygundur. Ortaya çıkan olumsuzluk bizatihi yatırım yapılan alanın niteliklerinden kaynaklanmaktadır.

Aynı sözleşmenin 3. maddesinin ikinci fıkrasında *'aracı kurumun ve aracı kurumda alım satım işlemini yerine getiren personel ile şirketlerin mali yapıları veyahut Borsa'daki*

[21] **Tandoğan,** s.480; **Karahasan,** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, İstanbul 2002, s.1152; **Yavuz,** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2002, s.708.

[22] *'İcazet yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olup, sonunda ... İlişkiyi geçerli kılar.'* Bkz. 1. HD, 4.6.1985, 5206/7225., 8. HD, 7.3.1998, 3348/2920.

genel gidişatları hakkında araştırma ve incelemede bulunan ve bu konuda danışmanlık hizmeti sunan personelin hiçbir şekilde belirli bir getiriyi vaad etmediği gibi, müşterinin portföyünde oluşacak zararlardan da sorumlu olmayacağı' açıkça belirtilmiştir. Nitekim doktrinde de portföyün işletilmesinden doğan riskin yatırımcıya ait olduğu belirtilmektedir[23]. Dolayısıyla aracılık sözleşmesindeki açık hükümlere rağmen, müvekkilimizin C şirketi hisse senetlerinin değer kaybından sorumlu tutulmasının ve müvekkilimizden tazminat talep edilmesinin hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. İcazet vermiş olduğu işlemin sorumluluğuna da işin özelliği nedeniyle kendisi katlanmalıdır.

4. MÜVEKKİLİMİZ İMTİYAZLI BİR KURULUŞ OLMADIĞINDAN ARACILIK SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN SORUMSUZLUK KAYITLARI GEÇERLİDİR.

Aracılık sözleşmesinin 3.maddesine sermaye piyasası araçlarının özellikleri göz önünde bulundurularak birtakım sorumsuzluk kayıtları konulmuştur. Bu kayıtların BK'nın 99.maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bu yönde sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz olduğu iddiası haksız olmaktadır.

Sorumsuzluk anlaşması, BK'nın 99.maddesinde düzenlenen mesuliyetten bera'et şartları doğrultusunda, alacaklıyla borçlu arasında açık veya kapalı olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan, bağımsız olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılan anlaşmadır[24]. Taraflar sözleşmeden doğan zararları ve sorumluluğu aynı zamanda sorumluluğun miktarını, tâbi olacağı şekli, zarar meydana gelmeden önce kararlaştırabilirler[25]. Sorumsuzluk anlaşmalarının sınırı, borçlunun kasıt ve ağır ihmal hallerinde zarardan sorumlu olmadıklarına dair kayıtlardır[26]. Ayrıca açık sorumsuzluk kayıtlarına dair taraflar, sözleşme metninin sonuna atacakları imzayla aralarında yapmış oldukları sözleşmeyi yazılı kapsamı geçerli kılmak istediklerine dair iradelerini açıklamış olurlar ve sözleşmenin tarafı artık sözleşmenin kapsamından haberdar olmasa bile sözleşme geçerli olarak kurulmuş olur. Dolayısıyla sözleşmeye taraf olan, sözleşmeyi imzalamakla sorumsuzluk şartlarını da kabul etmiş sayılır[27].

[23] **Sumer,** Portföy Yönetim Şirketlerinin Hukukî Sorumluluğu ve Sorumluluk Davaları (Oğuz İMREGÜN'e Armağan s.525-548), s.526.

[24] **Eren,** s.74.

[25] **Oğuzman/Öz,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s.345; **Şenocak,** Borçlunun İfa Yardımcılığından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s.235.

[26] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.882.

[27] **Erten,** Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, s.95.

Aracılık sözleşmesindeki, *'müvekkilimizin doğabilecek muhtemel zararlardan sorumsuzluğuna ilişkin kayıtların'* geçerliliğine dair bir sorun olmadığı açıktır. Sözleşmeyi kendi iradesiyle imzalayan davacı, makul derecede dikkat ve özeni gösterdiği takdirde söz konusu sorumsuzluk kayıtlarını kabul etmeme iradesine sahiptir[28]. Ayrıca bu kayıtlar alışılagelmişin dışında farkedilemeyecek ve kabul edilemeyecek derecede radikal sorumsuzluk kayıtları olmayıp, borsa yatırımlarının, işin mahiyeti icabı yadsınamaz bir risk içeriyor olmasından ileri gelmektedir. Bu anlamda sözleşmeyi imzalamakla ilgili sorumsuzluk kayıtları üzerinde açıkça mutabakata varılmasından sonra işlerin yolunda gitmediği noktada bunların geçersizliğinin iddia edilmesi MK'nın 2. maddesi çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması durumu teşkil eder.

Müvekkilimizin BK'nın 99.maddesinin ikinci fıkrası anlamında imtiyazlı kuruluş olduğu ve buna bağlı olarak hafif kusurundan dahi sorumlu olabileceği iddiası da kabul edilemez. BK'nın 99.maddesinin ikinci fıkrası, ekonomik açıdan güçlü ve tekel durumunda olan tarafın bu gücü kötüye kullanarak kendi lehine olan hususları zorla kabul ettirebilme ihtimali nazara alınarak kaleme alınmıştır. Madde hükmünün ruhu, tekel durumunun istismarını önlemek yönündedir[29]. Bu anlamda müvekkilimizin imtiyazlı bir kuruluş olduğu iddiası haksızdır. Nihayetinde "aracılık sözleşmesinin" 3.maddesinin sekizinci fıkrasında da aracı kurumun imtiyazlı bir kuruluş olmadığı açıkça ifade edilmiştir.

5. MÜVEKKİLİMİZİN KURTAJ TARİFESİ UYARINCA YAPTIĞI İŞLEMLERDEN DOLAYI 2.500 YTL KOMİSYON ALMASI HAKLIDIR.

Müvekkilimiz, davacı hesabına yapmış olduğu alım satım işlemlerine dair Ağustos 2005'te kurtaj tarifesine uygun olarak 2.500,-YTL. komisyon kesmiştir. Söz konusu komisyon, ilgili mevzuat ve SPK kararları doğrultusunda yasal sınırlar içinde olup, müvekkilimizin bu anlamda davacıyı zarara uğrattığı iddiası haksızdır.

İMKB Yönetmeliğinin 40.maddesinde komisyoncunun, alım satıma ilişkin yaptığı işlemlerden dolayı SPK tarafından belirlenen kurtaj tarifesi uyarınca komisyon alabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 26.maddesi doğrultusunda borsa üyeleri borsada aracı olarak yaptıkları her işlem için, müşterilerden kurtaj adı altında komisyon alırlar. Kurtaj oranları Borsa Yönetim Kurulu tarafından belirlenir ve SPK tarafından onaylanır. Aynı yönde bir düzenleme de Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının

[28] **Erten,** s.97.

[29] **Akman,** Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s.67-68.

Kuruluş ve Esası Hakkında Yönetmeliğin 26. ve 49.maddeleriyle getirilmiştir.

91 sayılı KHK'nın 40.maddesi uyarınca da Türk Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşlar Birliği'nin önerisi üzerine SPK'nın 25.1.2002 tarih, 7/95 sayılı kararıyla onaylanan kurtaj tarifesine göre aracı kurumların ikincil piyasalarda yaptıkları hisse senedi alım satım işlemlerinden elde ettikleri komisyon %0,2'den az olamaz. Bu anlamda aracı kurumların kurtaj adı altında kesecekleri komisyona getirilen tek sınırlama SPK.'nın 30/11/2004 tarih, 47/556 sayılı toplantı kararıyla getirilmiştir. Buna göre, üyelerin borsada yaptıkları işlemler nedeniyle müşterilerine uygulayacakları kurtaj %1'den fazla olmamak kaydıyla serbestçe belirlemelerine imkân veren VOB. Önerisi piyasadaki gelişmeler çerçevesinde 2005 yılı sonunda yeniden görüşülmek üzere onaylanmıştır[30].

Bu durumda müvekkilimiz 25.5.2005 tarhinde X,Y,Z şirketi hisse senetlerinin alımıyla 120.000,-YTL.'lik, 21.7.2005 tarihinde X,Y,Z şirketi hisse senetlerini satarak C şirketi hisse senetlerinin alımıyla 205.000,-YTL.'lik olmak üzere toplam 325.000,-YTL.'lik işlem yapmıştır. 325.000,-YTL. üzerinden 30.11.2004 tarihli SPK kararı göz önünde bulundurulduğunda % 1 üzerinden komisyon hesap edildiği takdirde müvekkilimizin 3.250,-YTL.'ye kadar komisyon alması mümkündür. Dolayısıyla müvekkilimizin kesmiş olduğu komisyon tamamıyla hukukî sınırlar içerisindedir ve müvekkilimizin davacıyı zarara uğrattığı iddiası mesnetsizdir.

DELİLLERİMİZ:

1."Sermaye Piyasası Araçlarının Alım Satımına İlişkin Aracılık Sözleşmesi","Portföy Yönetim Sözleşmesi" ve 'Acentelik Sözleşmesi'

2. X,Y,Z şirketlerinin hisse senetlerinin alınması amacıyla müvekkilimiz CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş. çalışanı Korkmazoğlu tarafından doldurulan ve davacı tarafından imzalanmış olan alım emri.

3. Müvekkilimizce SPK'nın Seri:5,No:6 sayılı tebliğinin 9.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca usulüne uygun olarak tutulan telefon kayıtları.

4. 21.7.2005 tarihi itibariyle davacıya gönderilen hesap ekstresi.

5. Sair delillerimiz.

---

[30] SPK 14/10/2005 tarih, 40 sayılı toplantısında; 1/1/2006 tarihinden itibaren asgari komisyon ve komisyon iadesi uygulamasına son vererek, aracı kurumların ikincil piyasada gerçekleştirecekleri hisse senedi alım satım işlemlerinde müşterilerden tahsil edecekleri aracılık komisyonu oranının serbestçe tayin edilmesine karar vermiştir. Ancak bu davaya ilişkin cevap dilekçesi 2005 yılı itibariyle yazıldığından bu vakıa SPK'nın 30/11/2004 tarihinde vermiş olduğu karara istinaden kaleme alınmıştır.

HUKUKÎ SEBEPLERİMİZ[31]:

1. Sermaye Piyasası Kanunu.
2. Türk Ticaret Kanunu m.4; 135.
3. Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanunu m.9; 32; 49; 76; 218; 287.
4. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m.32.
5. İcra ve İflâs Kanunu m.257.
6. Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m.40.
7. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği m.28
8. Borçlar Kanunu m.99.
9. Türk Medenî Kanunu m.2.
10. Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Esası Hakkında Yönetmelik m.26.
11. Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Esası Hakkında Yönetmelik m.26; 49.
12. Seri V,No 6 Sayılı Tebliğ ve sair ilgili mevzuat.

TALEP SONUCU: Yukarıda belirtilen haklı ve yasal gerekçelerle

1. Müvekkilimiz CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş. aleyhine açılan haksız ve yersiz tazminat davasının reddine,
2. Davacı tarafın haksız olarak talep ettiği ihtiyatî haciz talebinin reddine,
3. Yargılama giderleriyle vekâlet ücretinin davacı tarafa yükletilmesine karar verilmesini vekâleten arz ve talep ederiz.

9.9.2005

Davalı CRM Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş. Vekillleri

****

İmza

EK:

[31] Dilekçemizde olayımız açısından mevcut olduğunu düşündüğümüz hukukî sebepleri ayrı ayrı saymış olsak da, HUMK'un 76.maddesinde ifadesini bulan *Lura Novit Curia* ilkesi gereğince hakim, açılan bir davada uygulanması gereken mevzuatı, bu konuda tarafların ileri sürdüğü hukukî sebeplerle bağlı olmaksızın bulup, uygulamakla yükümlüdür.

İSTANBUL...ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA

Dosya No:.....

DAVAYI İHBAR
EDEN (DAVALI): CRM YATIRM MENKUL KIYMETLER A.Ş.

.....

VEKİLİ :**********
İHBAR OLUNAN : CRMBANK A.Ş.

.....

DAVACI : ELENOR LANE ÖZSEKİLİ
VEKİLİ :**********
KONU : Davanın HUMK'un 49 ve müteakip maddeleri gereğince CRMBANK'a ihbar edilmesi talebinden ibarettir.

AÇIKLAMALAR: Yukarıda belirtilen dosya numarasıyla müvekkilimiz aracı kurum aleyhine açılan dava dilekçesi, mahkemenizce, tarafımıza 6.9.2005 tarihinde tebliğ edilmiştir.

CRMBANK acente sıfatıyla davacıyla işlemlerde bulunmuştur. Davacının ileri sürdüğü iddialar CRMBANK'ın faaliyetlerinden kaynaklandığından davanın CRMBANK'a ihbar edilmesi zorunluluğu doğmuştur.

NETİCE VE TALEP: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davanın HUMK'un 49 ve devamı maddeleri gereğince CRMBANK'a ihbar edilmesine karar verilmesini vekâleten arz ve talep ederiz.

Davalı CRM Yatırım Menkul
Kıymetler A.Ş. Vekilleri
****

Imza