

◆ Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	Vade Farkı Kaydı Fatura Münderecatından Sayılır mı?
◆ Doç. Dr. Vahit DOĞAN	Vatandaşlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştiril-mesine İlişkin Kanun Tasarısı Çerçevesinde Bir Değerlendirme
◆ Yrd.Doç.Dr. Veysel BAŞPINAR	Yeni Türk Medeni Kanunu Hakkında Bazı Düşünceler
◆ Yrd. Doç. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikme-sine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları
◆ Av. Dr. Refik KORKUSUZ	Avustralya'da İşçi Sendikalarının Yapısı ve Faaliyetleri
◆ Seldağ GÜNEŞ CEYLAN	Roma Hukuku'ndan Günümüze İstihkak Davası (Rei Vindicatio)
◆ Yrd.Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK	Geçici Sigorta Himayesi (Geçici Güvence) Die Vorläufige Deckungszusage
◆ Prof. Dr. Hasan TUNÇ	2001 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Milli Güvenlik Ve İnsan Hakları İlişkisi
◆ Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ	CMUK Tasarısı (2002) Üzerine Düşünceler
◆ Doç. Dr. Vahit BIÇAK	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Terörizm

BASKI HAZİRAN 2003

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

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

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

Dergi Hakemleri

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK		
Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	Vade Farkı Kaydı Fatura Münderecatından Sayılır Mı?	1-26
Doç. Dr. Vahit DOĞAN	Vatandaşlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Çerçevesinde Bir Değerlendirme	27-47
Yrd.Doç.Dr. Veysel BAŞPINAR	Yeni Türk Medeni Kanunu Hakkında Bazı Düşünceler	48-62
Yrd. Doç. Dr.Hasan Seçkin OZANOĞLU	İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteah-hidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikme-sine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları	63-121
Av. Dr. Refik KORKUSUZ	Avustralya'da İşçi Sendikalarının Yapısı ve Faaliyetleri	122-151
Seldağ GÜNEŞ CEYLAN	Roma Hukuku'ndan Günümüze İstihkak Davası (Rei Vindicatio)	152-168
Yrd.Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK	Geçici Sigorta Himayesi (Geçici Güvence) Die Vorläufige Deckungszusage	169-199
KAMU HUKUKU		
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	2001 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Milli Güvenlik Ve İnsan Hakları İlişkisi	200-207
Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ	CMUK Tasarısı (2002) Üzerine Düşünceler	208-234
Doç. Dr. Vahit BIÇAK	Avrupa İnsan HaÖkları Mahkemesi Kararlarında Terörizm	235-283

**VADE FARKI KAYDI FATURA
MÜNDERECATINDAN SAYILIR MI?
İS THE TERM DIFFERENCE RECORD
REGARDED AS AN INVOICE CONTENT?**

Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal*

ÖZET

Bu makalede öncelikle TK. hükümleri bakımından fatura kavramı ve hukuki niteliği hakkında özet bilgiler verilecektir. Daha sonra kanunun ifadesiyle “fatura münderecatı” (fatura kapsamı – fatura muhtevası) kavramı açıklanacak ve “vade farkı”nın bu münderecattan sayılıp sayılmadığı doktrin ve Yargıtay kararları ışığında tahlil edilecektir. Son olarak da vade farkına 8 gün içinde itiraz etmemenin, vade farkının kabulü sonucu doğurup doğurmadığı, bir başka deyişle vade farkı kaydının fatura münderecatından olup olmadığı doktrin ve Yargıtay kararları nazara alınarak tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Fatura, Fatura münderecatı, Vade farkı

SUMMARY:

In this article, first a summarized information about the concept of invoice in terms of the provisions of the Turkish Trade Law, and its legal characteristic will be given. Later, the statement of “invoice content” (invoice scope, invoice extend) as stated by the law will be explained and whether the “term difference” is regarded as a such content will be analyzed in the light of the doctrine and Supreme Court resolutions. Finally, whether not objecting to the “term difference” in 8 days shall construe as an acceptance of the term difference or not, in other words, whether the record of term difference is included in invoice content or not be discussed in consideration of doctrine and Supreme Court resolutions.

Keywords:

Invoice, Invoice contend, Term difference

I. TK. ‘NDA FATURA KAVRAMI VE HUKUKİ MAHİYETİ

Türk Ticaret Kanununda, m.23, 66, 1147, 1150, 1154, 1157, 1208, 1443 hükümlerinde faturadan bahsedilmektedir.

TK.m.23 hükmü, kanunun birinci kitabı birinci faslında yer alan tacirle ilgili hükümlerden “tacir olmanın hükümleri” başlığı altındadır. TK.m.66

* Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

hükümü de kanunun birinci kitabının beşinci faslında yer alan“defter tutma mükellefiyeti” başlığı altında düzenlenmiştir. TK.m.1147, 1150, 1154, 1157 hükümleri, Kanunun dördüncü kitabının deniz ticareti mukaveleleriyle, TK.m.1208 deniz kazalarıyla ve TK.m.1443 ise deniz rizikoları ve sigortasıyla ilgili hükümlerdir.

TK.m.23 f.1,2 hükmüne göre;

"Ticarî işletmesi icabı bir mal satmış veya imal etmiş veyahut bir iş görmüş yahut bir menfaat temin etmiş olan tacirden, diğer taraf kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir.

Bir faturayı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde münderecatı hakkında bir itirazda bulunmamışsa münderecatını kabul etmiş sayılır.

Bu hüküm münhasıran fatura münderecatı ve ispat kuvveti ile ilgili olan tek hükümdür. Diğer hükümler ise dolaylı olarak faturadan bahsetmektedir. Faturaya dolaylı olarak değinen TK.m.66 hükmü, "Tacirlerin işletmeleriyle ilgili işler dolayısıyla aldıkları mektup, yazı, telgraf, **fatura**, cetvel, senet gibi vesika ve kâğıtlarla ödemelerini gösteren vesikaları ve yazdığı mektup, yazı ve telgrafnamelerin kopyalarını ve mukaveleleri, taahhüt ve kefalet ve sair teminat senetleri ve mahkeme ilâmları gibi belgeleri muntazam bir tarzda dosya halinde saklamaları mecburidir." şeklindeki ifadesiyle, faturanın ticarî defterlerindeki kayıtların mesnedini gösteren belgelerden biri olduğunu ifade etmekte ve saklama mecburiyetini düzenlemektedir. Bu hükme göre de fatura bir ispat vasıtasıdır.

Türk Ticaret Kanununda fatura kavramı tarif edilmemiş, sadece tacir olmanın hükümleri arasında tacirin fatura tanzimi ile verme mükellefiyetini, faturanın münderecatının kabulünü ve faturaya itirazı düzenleyerek, dolaylı olarak faturanın ispat kuvvetine değinilmiştir. TK.'ndaki bu hükümler, bir ticarî işletme ile ilgili olarak tacirin;

a- Bir mal satması,

b- Bir mal imal etmesi,

c- Bir iş görmesi,

d- Bir menfaat temin etmesi,

hallerinde karşı tarafa vermesi ve bedeli ödenmiş ise karşı tarafın talebi halinde bunun faturada gösterilmesi gereğini ve aldığı faturaları muntazam bir tarzda dosya halinde saklama mecburiyetini ve faturaya itiraz edip etmemenin hükümlerini düzenlemektedir.

TK.m.23 f.1 hükmündeki ifadelerden de anlaşılacağı üzere faturadan söz edilebilmesi için, taraflar arasında daha evvel bir akdî ilişkinin bulunması gereklidir. Bu ilişki, satım, hizmet, istisna ve benzeri sözleşmelerden doğabilir. Fatura, sözleşmenin yapılması değil, yerine getirilmesi safhası ile ilgili ticarî bir belgedir¹. Bu bakımdan da fatura akdin şartlarını tespit eden değil², tespit edilmiş olan şartların bir kısmını gösteren ve bunları belirli şartlarla tevsik eden bir belgedir.

Ticarî bir belge olarak fatura, tacirin ticarî işletmesinin temel işlemlerini (bir mal satması, imal etmesi, bir iş görmesi ve bir menfaat temin etmesi gibi) belgelendiren, işlemlerinin takibini sağlayan, muhasebeleştirilen kayıtların tevsikinde, kazancını vergilendirmesinde ve işlemlerini gerek maliyeye gerek ihtilaf halinde işlem yaptığı kimselere karşı ispatta delil olarak kullanılan bir temel belge niteliğindedir.

Faturanın hukukî mahiyetini tespit, belgeyi tek bir müessesesyle açıklamak mümkün olmadığı gibi, her faturaya da aynı hukukî mahiyeti tanımak da doğru değildir. Çünkü ;

a. Fatura, düzenlenmesine sebep olan akdî ilişkiden farklı olarak taraflardan yalnızca birisi tarafından tanzim ve imza olunan bir belgedir. Bu bakımdan faturayı tanzim edenin iradesini açıklamakla birlikte, adına tanzim olunanın iradesini açıklamaktan uzaktır.

Bu bakımdan faturayı tanzim eden için, söz konusu belgeyi ispat hukuku yönünden aleyhine kullanılabilecek bir senet olarak nitelendirmek mümkündür. Söz konusu ettiğimiz senet tabiri, hukuki işlemin geçerlik şartı olan yazılı şekil değil, bir ispat vasıtası (şekli) olarak kullanılmaktadır. Burada tarafların her ikisinin de tacir olup olmamasının bir farkı yoktur. Zira senet, bir kimsenin vücuda getirdiği (veya getirttiği) ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir ve açıklanan irade beyanını gösterir³. Buna karşılık, bir kimsenin düzenlemiş olduğu belgenin kendi lehine (senet) delil sayılması kural olarak mümkün değildir⁴. Ticarî defterlerin sahibi lehine delil olması (TK.m.85) bu kuralın bir istisnası olduğu gibi, fatura da belirli şartlar altında

¹ **ARKAN**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, İkinci Baskı, Ankara 1995, s.139; **ÖZDEMİR**, Necdet / **KINACIOĞLU**, Naci: Türk Ticaret Hukuku, Ankara 1978, s.64 ; **ARSLANLI**, s.56; **AYHAN**, Rıza: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 1992, s.115.

² **POROY**, Reha : Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1987, s.108.

³ "..... Usulün, senede bağlı olan her türlü iddiaya karşı ileri sürülecek savunmaların tanıkla ispatını yasaklayan 290. maddesinde anılan senetler, davalı ile davacı arasındaki bir hukuk münasebetini belgelendirmek üzere düzenlenmiş ve sözü edilenlerden biri tarafından öbürüne yöneltilmiş, yahut sözü edilenlerce birbirlerine karşılıklı olarak yöneltilmiş irade beyanlarını kapsayan kâğıttır." [HGK. 18.9.1963, T/10-27 (KURU, s1632, dipnot 814)].

⁴ KURU, s.1427.

bu kuralın bir diğer istisnasını teşkil eder. Şöyle ki, fatura adına düzenlenen tarafından defterlerine kaydedilir veya delil olarak faturaya dayanılır yahut bunlara benzer bir şekilde adına düzenlenen tarafından fatura muhteviyatı zımnen kabul edilirse veya TK.m.23 hükmünün uygulanabildiği hallerde de faturayı alan kimse (tacir) 8 gün içinde fatura muhteviyatına itiraz etmezse, adına fatura düzenlenen tacirin de iradesini açıklayıcı bir niteliğe sahip olur. Zira bu halde faturayı alan tacir de fatura münderecatını kabul etmiş sayılır. Aksi takdirde fatura TK.m.23 hükmü anlamında bir karine doğurmaz. Ayrıca akdi ilişkinin taraflarından birisice tanzim ve imza olunan fatura ister itiraz edilmiş isterse kabul edilmiş olsun, ne akdin hazırlık ve müzakere safhasını ne icap ve kabulü, ne de bir akdin kurulduğunu göstermez. Çünkü fatura akdin ifası ile ilgilidir⁵.

b. Adına fatura tanzim edilen tarafından sarahaten veya zımnen kabul edilmiş faturanın, açık veya kapalı fatura olmasına göre de faturalar değişik hukukî niteliği haizdir. Bu faraziyede kapalı fatura, taraflar arasındaki karşılıklı edimlerin ifa edildiğini gösteren bir belgedir. Başka bir deyişle fatura verenin sattığı malı teslim ettiğini veya taahhüt ettiği malı ürettiğini ve teslim ettiğini yahut taahhüt ettiği hizmeti gördüğünü ve bunların bedelini kabz ettiğini ifade eden bir belgeyi ifade ederken, fatura alanın da karşı edimi olan, satın aldığı veya üretimini talep ettiği malı teslim aldığını yahut talep ettiği hizmeti kabul ettiğini ve bedelini de ödediğini gösteren makbuz niteliğindedir. Görüldüğü gibi bu faraziyede fatura karşılıklı edimlerin ifa edildiğini, dolayısıyla akdî ilişkiden doğan borçların sona erdiğini gösteren bir makbuz mahiyetindedir. Adına fatura tanzim edilen için aynı zamanda bir ödeme makbuzudur.

Aynı faraziyede (faturanın fatura alan tarafından sarahaten veya zımnen kabul edildiği yahut TK.m.23 hükmüne göre fatura münderecatına itiraz edilmediği hallerde) açık fatura ise, kapalı faturada olduğu gibi fatura tanzim edenin; sattığı malı teslim ettiğini veya taahhüt ettiği malı ürettiğini ve teslim ettiğini yahut taahhüt ettiği hizmeti gördüğünü, adına fatura tanzim edilenin de karşı edimi olan; satın aldığı veya üretimini talep ettiği malı teslim aldığını yahut talep ettiği hizmeti kabul ettiğini gösteren makbuz niteliğindedir. Bu faraziyede açık fatura, fatura tanzim edenin akitten doğan borcunu ifa ettiğini gösteren makbuz niteliğinde olmasına rağmen, faturayı alan için artık bir ödeme makbuzu mahiyetine haiz değildir. Aksine semeni ödeme borcundan dolayı temerrüde düştüğünü gösteren ve tevsik eden bir belgedir.

⁵ Domaniç 'e göre de "bir akdin icra safhasına taallük eden fatura, mutlaka mevcut ve evvelce tamamlanmış bir anlaşmaya dayalı olması gerektiğinden, bir icap bile değildir. Kaldı ki icabı reddetmemek kabul niteliğinde de değildir, BK.m.3-5 (**DOMANIÇ**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. bası, İstanbul 1988, s.192-193).

c. Adına fatura tanzim edilen tarafından sarahaten veya zimnen kabul edilmemiş yahut TK.m.23 hükmüne göre tacir tarafından münderecatına itiraz edilmiş açık veya kapalı fatura ise, artık ne fatura tanzim eden ne de adına fatura tanzim edilen için akdin kısmen veya tamamen ifasını gösteren yahut temerrüdü tevsik eden veyahut taraflar arasındaki akdi ilişkinin şartlarını gösteren bir belge özelliği yoktur. Bu halde fatura, tanzim eden aleyhine kullanılabilen bir senet (delil)ten öteye geçemez.

d. TK.m.23 hükmünün uygulama alanı içinde, hazır olmayanlar arasında kurulan bir akdi ilişkide gönderilen açık veya kapalı fatura “teyit mektubu mahiyetinde” kabul edilemez. Zira teyit mektubu akdin veya beyanların muhtevasıyla ilgilidir (TK.m.23 f.3).

I. FATURA MÜNDERECATI VE ŞEKLİ

TK.m.23 hükmü faturanın şeklini açıklamamış ancak ikinci fıkrasında “faturanın münderecatı”ndan bahsetmiştir. Faturanın kapsamı, şekli ve faturanın düzenlenmesinde uygulanacak esaslar Vergi Usul Kanununun uygulanması bakımından VUK.m.230 ve 231 hükümlerinde teferruatlı bir tarzda ele alınmıştır.

Vergi Usul Kanunu faturayı sıkı sıkıya şekle bağlı evrak olarak nitelendirmiş, şekle uygun olmayan faturaları ise vergi cezaları bakımından suç saymış ve bunun cezaî müeyyidelerini düzenlemiştir. Buna karşılık Ticaret Kanunu faturayı kıymetli evrakta olduğu gibi sıkı sıkıya şekle bağlı evraktan saymamış, hatta şekli ve muhtevası bakımından açıklayıcı hükümlere de yer vermemiştir. Bu bakımdan faturanın münderecatından sayılan hususların belgede bulunmamasının TK.m.23 hükmündeki kanunî karinenin mevcut olup olmaması sonucundan başka bir müeyyideye de bağlamamıştır.

Doktrinde faturanın şekli ve muhtevası konusunda VUK.'na atıf yapılmakta ve faturanın şekli ve muhtevasının da bu kanuna uygun olması gerektiği ifade edilmektedir⁶. Ancak söz konusu şekil şartlarına uymamanın da müeyyideler bakımından her iki kanun uygulamasının farklı olduğu da belirtilmekte, imzanın bulunmaması, satılan malın nev'inin gösterilmemesi, bedelinin belirtilmemesi, yapılan işin nitelik ve niceliği ile ücretinin gösterilmediği faturaların geçersiz sayılması hem VUK.m.229 hem de TK.m.23 hükümleri gereğince zorunlu olduğu, buna karşılık malın teslim edildiği veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde düzenlenmeyen faturaların hiç düzenlenmemiş sayılmasının sadece VUK.m.30, 352, 353 gereği vergi ve usulsüzlük cezalarının uygulanması bakımından geçerli olup, Ticaret Kanunu bakımından faturanın yok sayılmasını gerektirmeyeceği savunulmaktadır⁷.

⁶ DOĞANAY, s.39 vd.; ALVER,s.46 vd.; UÇAR, s.46; DOMANIÇ, s.189 vd.

⁷ DOMANIÇ, s.190,191.

Fatura vergi mükelleflerinin ticarî defterlerine geçireceği kayıtlarını tevsik edecek vesikalardan birisidir. Bunun anlamı bir taraftan faturanın mesnedi olan akdin icra edildiğini (malın satıldığını, imal edildiğini, işin yapıldığını veya menfaatin sağlandığını ve bedelin ödenip ödenmediğini) diğer taraftan akdin yapıldığı hususunda da ispat vasıtası oluşturur. İşte bu hususları gösterecek kayıtların tamamının da VUK. bakımından faturada bulunması gerekir. VUK. ayrıca faturaların nizamını ve bastırılmasını da düzenlemiştir.

Her iki kanunun düzenleme amaçları ve uygulama alanları farklı olduğu için VUK.m.230 ve 231 hükümlerinin TK.m.23 hükmünde düzenlenen kanunî karine yönünden boşluk doldurucu niteliğini kabul etmemekteyiz. Bu sebeple faturanın kapsam ve şekli konusunu da her iki kanun yönünden ayrı ayrı incelemeyi uygun görüyoruz. Çalışmamızda faturanın nizamı ve bastırılması konusunda TK.'nda hüküm bulunmadığı ve VUK.'na özel olarak düzenlendiği için ayrı başlık altında ele alınmıştır.

A. TK.'na Göre Faturanın Kapsamı ve Şekli

Ticaret Kanunumuzda faturanın şekli ve kapsamı hususunda özel bir hüküm olmadığı gibi faturayla ilgili TK.m.23, 66, 1147, 1150, 1154, 1157, 1208, 1443 hükümlerinde de bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece TK.m.23 hükmünde "faturanın münderecatı"ndan bahsedilmiş ve konu doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Ticaret Kanununun bu hükümlerinden, doktrin ve Yargıtay kararlarından çıkarılabilecek sonuca göre faturanın münderecatında bulunması mutlak olan bu asgarî bilgi ve kayıtlar şunlardır;

1. Faturayı Düzenleyen Tacirin Ticaret Unvanı ve İmzası
2. Faturayı Alan Tacirin Ticaret Unvanı
3. Tanzim Tarihi
4. Satılan veya Üretilen Malın veya Yapılan İşin yahut Sağlanan Menfaatin Nevi, Miktarı, Fiyatı ve Tutarı
5. Talep Halinde Bedelin Ödendiği Kaydı

B. VUK.'na Göre Faturanın Kapsamı ve Şekli

Vergi mevzuatı ve uygulanmasında, faturanın şekli ve kapsamı VUK.m.230 hükmünde düzenlenmiştir. VUK.'nda yer alan hükümler yalnız vergi hukuku bakımından değil, dolaylı olarak, özel hukuk bakımından, özellikle muhasebe hukuku yönünden önemlidir ve Ticaret Kanununun bu alandaki boşluklarını da tamamlamaktadır⁸. Ancak kanaatimizce bu tamamlama, TK.m.23 hükmünün belirttiği "fatura münderecatı" uygulanması yönünden değildir. Faturanın kapsamı ve şekli konusundaki açıklamalarımızı

⁸ KARAYALÇIN (Muhasebe), s,67.

yukarıda yaptığımızdan bu kısımda tartışmalara girmeden vergi mevzuatının faturanın şekli ve kapsamı konusundaki düzenlemelerini belirtmekle yetineceğiz.

VUK.m.230 hükmüne göre; “Faturada en az aşağıdaki bilgiler bulunur⁹:

1. Faturanın düzenlenme tarihi, seri ve sıra numarası
2. Faturayı düzenleyeninin adı, varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası
3. Müşterinin adı, ticaret unvanı, adresi, varsa vergi dairesi ve hesap numarası
4. Malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarı
5. Satılan malların teslim tarihi ve irsaliye numarası .

Görüldüğü gibi VUK. m.230 hükmü, faturanın şeklini düzenlerken, yukarıda açıkladığımız Ticaret Kanununa göre faturada bulunması zorunlu kayıtları da açıkça belirtilmiştir. Ancak TK.’nun açık veya kapalı bir şekilde öngörmediği bazı kayıtlar da VUK.’nda yer almıştır. Meselâ, seri ve sıra numarası, faturayı verenin ve alanın bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası, satılan malların teslim tarihi ve irsaliye numarası gibi.

VUK.m.230 hükmü, faturanın asgarî şekil şartlarını düzenlemiştir. Böylece fatura düzenleyen mükelleflerin faturalara, kanun ve mevzuata aykırı olmamak ve fatura ile bağdaşmak şartıyla VUK.m.230 da belirtilenden başka kayıtları da faturaya yazmaları mümkündür. Uygulamada vade farkıyla ilgili kayıtlar bu mahiyettedir. Ayrıca TK.’nun öngördüğü talep halinde “fatura bedelinin ödendiğinin” faturada gösterilmesi kaydı da bu mahiyette kabul edilebilir.

Buna karşılık, VUK.m.230 hükmünde belirtilmiş olan hususlardan birinin eksik olması halinde, düzenlenen belgenin VUK. bakımından fatura olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemektedir¹⁰. Vergi mevzuatı bakımından öngörülen şekil şartlarından birisinin eksik olması halinde diğer

⁹ Geniş bilgi için bkz. KIZILOT, s.1898 vd.; **KENT**, Necdet: Fatura Düzenlenmesinde 10 Günlük Süre, Yaklaşım Dergisi, Y.1, sa.4, Nisan 1993, s.70 vd.

¹⁰ "..... Fatura ve diğer tevsik unsuru belgelerin Kanunun öngördüğü şekilde düzenlenmemesi; diğer bir ifadeyle, gerekli bilgileri ihtiva etmemesi, bunların hiç düzenlenmemiş olması hükmündedir" [Danıştay 4.D., 14.6.1973, E. *972/2952, K. 1973/3384 (ÖZER/ DOĞAN / ARICA, S.28)].

“.....Üzerinde tarihi yazılı olmayan belge fatura nizamına uygun bir belge olarak kabul edilemez” [Danıştay 13. D. t.17.4.1975, E. 1974 / 520, K.1975 /1401 (KIZILOT, s.1900)].

Ancak Danıştay şekil şartlarından bazılarına ilişkin olarak bu görüşünün aksi kararlar da vermiştir.

şekil şartlarını haiz olsa bile “fatura” olarak kabulü mümkün değildir. Çünkü VUK.m.230 hükmü; “faturada en az aşağıdaki bilgiler” bulunur demekle bu husus açıkça belirtmiştir. Ayrıca, VUK.m.227 f.3 hükmüne göre de, "Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşınamaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır" denmektedir. Bu ağır sonucun TK. açısından kabulü ise bize göre mümkün değildir. Zaten söz konusu ettiğimiz VUK.m.227 f.3 hükmü de bu hususu sadece vergi kanunlarına hasretmiştir.

Kanaatimizce VUK. da şekil şartları eksik faturayı, fatura olmaktan çıkarma kastında olmayıp, fatura nizamına uymamayı usulsüzlük suçu oluşturacağını hükme bağlayarak (VUK.m.353) vergi ziyasını önlemeye çalışmaktadır. Ancak ifade tarzı yanıştır ve yumuşatılmaya ve yoruma açık değildir.

Fatura tanzim edenin kimliği imzası, fatura alanın kimlik bilgileri, faturanın ne için verildiğine ilişkin; satılan veya üretilen malın cinsi, miktarı, tutarı, yapılan hizmetin niteliği ve niceliği ve ücreti gibi unsurların yokluğu belgeyi fatura olmaktan çıkarmakla birlikte bize göre diğer unsurların yokluğu belgenin hukukî niteliğini değiştirmez. Fatura olarak kabul edilemeyecek belgeler ise ihtiva ettikleri bilgiler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Taraflarının belirtilmediği ve imzanın bulunmadığı, malın veya hizmetin ücret ve miktarlarının yer almadığı bir yazı fatura olarak nitelendirilemeyeceği gibi, ispat kuvvetini haiz herhangi bir belge niteliğinde de olmaz. Buna karşılık tanzim tarihinin yazılmaması gibi unsurların eksikliği halinde de fatura olarak kabul edilmeyen belge muhtevasına uygun yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilir.

Doktrinde de, hangi bilgilerin bulunmadığı hallerde düzenlenmiş olan belgenin geçersiz sayılması gerektiği konusunda bir karar verebilmek için o belgenin düzenleniş amacına bakılması gerektiği, eksik şekil şartlarına rağmen belgeden umulan amaç gerçekleşmişse veya gerçekleşmesi mümkünse o belgenin geçerli sayılmasının zorunlu olduğu savunulmak-

"..... Faturalardan birinde tarih yazılmamış olması halinde, bu faturanın düzenlenmemiş hükmünde sayılarak özel usulsüzlük cezası uygulanması mümkün olmayıp, fiile genel usulsüzlük cezasının uygulanması gerekir." [Danıştay 4 D. t. 20.1.1992 , E. 1991/1687, K. 1992/122 (ÖZER / DOĞAN / ARICA, s.70)].

"..... Faturada müşterinin vergi dairesi ve hesap numarasının yazılmamış olması, faturanın geçersiz olduğu anlamına gelmez, faturayı geçersiz kılmayacak şekil ve muhteva noksanlıklarına ikinci derece usulsüzlük cezası uygulanması gerekir [Danıştay 3 D. t. 14.4.1994, E. 1993/1374, K. 1994/1176 (ÖZER / DOĞAN / ARICA, s.73)].

tadır¹¹. Uygulamada da VUK.m.227 f.3 hükmünün bazı şekil noksanlıklarının faturanın hiç düzenlenmemiş sayılmasına gerek olmadığı vurgulanmaktadır. Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın yayınladığı iç genelgeye göre bazı şekil noksanlıkları halinde VUK.m.227 f.3 hükmünün getirdiği hiç düzenlenmemiş sayılma sonucunun doğmayacağı belirtilmektedir¹².

VUK.m.277 f.3 hükmünün uygulanmasında idarenin ve Danıştay'ın bu şekildeki değişik uygulamalarının, vergi kanunlarının amacı doğrultusunda hakkaniyet ve adalete uygun olduğu savunulabilir. Ancak kanaatimizce bu uygulamaların maddi hukuka uygun olduğunu söylemek zordur. Bu bakımdan kanun hükmünün uygulama yönünde değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bahis konusu ettiğimiz yukarıdaki bilgi ve kayıtları haiz belgeler VUK.'nun düzenlediği şekil ve nizama uygun olmasa dahi TK. uygulamasında fatura olarak kabul edilebilir. Bu meyanda şu hususu da belirtmek gerekir ki, tacir de bir vergi mükellefi olarak düzenleyeceği faturalarda aşağıda açıklayacağımız VUK.m.230 ve 231 hükümlerine uymak ve bu hükümlerin düzenlediği şekil ve nizama riayet etmek zorundadır. Aksi hareketin müeyyideleri ise yine VUK. hükümlerinde düzenlenmiştir. VUK.'na muhalif hareketin TK.m.23 hükmü açısından bir sonuç doğurması söz konusu değildir. Bir belgenin aynı ülkenin bir kanununda fatura, diğer bir kanununda ise fatura olarak kabul edilmemesi ise kanunlar arasında çelişki olduğu görünümünü verse dahi bize göre bir çelişki değil iki ayrı kanunun değişik amaçlarla değişik neticeler doğuracak hükümler ihtiva etmesinin bir sonucudur..

II. VADE FARKI

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği üzere doktrinde fatura münderecatı açıklanırken vade farkı kaydından söz edilmemekte, Yargıtay kararları ise bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu bakımdan öncelikle “vade farkı” kavramının açıklanması ve hukuki mahiyetinin tespiti gerekmektedir.

“Hilâfına mukavele mevcut değil ise, satılan alıcının yedine girince satıcı semene müstahak olur”(BK.m.210 f.1). Bu hükme göre satılan malın alıcının eline geçmesiyle satıcı bedele hak kazanır ve alıcının da bu anda bedeli ödemesi gerekir. Ancak yine kanun hükmü, sözleşme ile bunun aksinin kararlaştırılmasını da mümkün kılmaktadır. Bundan maksat ödemenin ileriki bir tarihte kısım kısım veya defaten ödenmesinin kararlaştırılmasıdır. İşte bu halde geç ödeme dolayısıyla ödenecek ilâve miktar vade farkı olarak

¹¹ ŞEKER, s.85.

¹² 1990 /1 nolu VUK. İç Genelgesi , 157 Nolu VUK. Genel Tebliği ; ŞEKER, s.41.

adlandırılır. Başka bir deyişle peşin ödenmesi gereken semenin belirlenen tarihte ödenmemiş olması nedeniyle, faiz ödeme borcunun dışındaki ek külfet ve nakdi ödemeye “vade farkı” adı verilmektedir¹³. Alacaklının vade farkı talep edebilmesi için;

a. Taraflar arasında bir fatura verilmesini gerektiren¹⁴ akdi bir ilişki bulunmalı,

b. Bu akitte bedelin peşin veya belli bir tarihte ödenmesi kararlaştırılmış olmalı,

c. Bedel henüz ödenmemiş bulunmalı,

d. Süresinde ödenmeyen semen ile ilgili vade farkının alınacağına dair alım satım **sözleşmesinde açık hüküm bulunmalı** (zira TK.m.10 hükmüne göre aksine mukavele yoksa ticarî bir borcun faizi, vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlar.) veya,

¹³ **ŞİRİN**, Şerafettin : Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması, İstanbul 1994, s.28.

¹⁴ Fatura bir akit olmayıp, akdin ifasını gösteren bir belge olduğundan, verilmesi; bir mal alınması veya imal edilmesi yahut bir iş görülmesi veyahut bir menfaat temin edilmesi (TK.m.23) gibi bir akdin yani muteber bir temel borç ilişkisinin varlığı şartına bağlıdır. Fatura tanzim eden ve faturayı alan kimse arasında böyle bir temel borç ilişkisinin bulunmadığı hallerde faturanın hukukî bir sonuç doğurması da söz konusu değildir. Geçersiz bir sözleşmeye 8 gün içinde itiraz etmeme, muteber olmayan sözleşmeye geçerlilik de sağlamaz. "... Alınan bir faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemesi halinde, o faturanın münderecatının kabul edilmiş sayılacağına dair olan TK.m.23 f.2 hükmü, sadece geçerli akitler hakkında uygulanabilir. Batıl olan akitler için, böyle bir şey düşünülemez. çünkü, bizatihi hükümsüz olan bir akit, faturaya itiraz edilmemekle, geçerli hale dönüşemez [Yarg. 11. HD. 23.5.1978 gün , E. 1978/2562, K.1978/ 2717 (**DOĞANAY**, İsmail (Ticarî) : Ticarî Alım ve Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 1993, s.50, dipnot 104)]. Böyle bir faturaya itiraz edilip edilmemesinin de bir kıymeti yoktur. Demek oluyor ki, TK.m.23 hükmünün düzenlediği ve madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, faturanın, onu teslim alan muhatabı borç altına sokabilmesi için evvel emirde borç doğurucu bir hukukî ilişkinin (ki bu hukukî ilişki kanun metnine göre bir akit) bulunması ve faturanın bu hukukî ilişkiye istinaden verilmesi şarttır. Yargıtay da, tazminat niteliğindeki alacakların fatura konusu olamayacağına karar vermiştir (11.HD., 17.1.1968, E.3605, K.4337 (**ERİŞ**, Gönen, Madde Açıklamalı - En Son içtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. bası, Adana 1992, 1. cilt., s.279). Bu husus doktrinde de tartışmadan uzaktır (**DOMANIÇ**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. bası, İstanbul 1988, s.193; **ARKAN**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, İkinci Baskı, Ankara 1995, s.139; **ALVER**, Cemil: Ticaret Kanunu Genel Esasları, Ankara 1988.s.49; **POROY**, Reha : Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1987, s.109; **UÇAR**, Salter: Hukukumuzda Ticaret Sicili Tacir ve Esnaf Kavramı, İstanbul 1993, s.46; ve ilgili sayfalardaki Yargıtay kararları). Yargıtay'a göre de "sözleşmesi olmayan işlerde faturaya itiraz edilmemiş olmasının bağlayıcı değildir"(15.HD. 1.4.1998 gün , 1998/928 E, 1998/1319 K.).

e. Bir cari hesap sözleşmesi bulunmalı, yahut

f. Vade farkı uygulaması, taraflar arasında sürekli uygulama şeklini almış ve bu uygulama taraflarca benimsenmiş olmalıdır.

Yargıtay 11.HD. “ne göre ise vade farkı, bazen “hukuken ödenmesi gereken ve oranı sözleşmeyle belirlenen bir temerrüt faizi niteliğinde” kabul edilmekte¹⁵ bazen de “vade farkına temerrüt faizi denmesi mümkün olmadığı, mal bedelinin geç ödenmesi nedeniyle borçluya tanınan vade nedeniyle, satış bedelini yapılan ilave olup, vade farkı ile birlikte satış bedeli oluşturduğu görüşü hakim olmakta, ilgili kararın karşı oy gerekçesinde de bu vade farkı, satış bedeli olmayıp, satış bedelinin sermaye faizidir ve sözleşme faizi niteliğinde olduğu ve vade farkının satış bedelinin belli taksitlerde ödenmesi nedeniyle taraflarca kararlaştırılan bir sözleşme, değişik bir anlatımla "kapital faizi" olduğu savunulmaktadır¹⁶. HGK. ise vade farkını temerrüt faizi olarak

¹⁵ "..... Taraflar arasındaki sözleşmede semen borcunun belli sürede ödenmemesi halinde geciken her ay için %5 vade farkı ödeneceği öngörülmüştür. Peşin satış bedelinin belirli sürede ödenmemesi halinde gecikilen ödeme dönemleri için borçlunun yapması gereken munzam ödemeler uygulamasında vade farkı, finansman masrafı vs. adlarla ifade edilse bile bunların, hukukî nitelikçe, dönem ve oranı sözleşmeyle belirtilmiş temerrüt faizi olduğunda kuşku yoktur [11.HD. 29.4.1991 gün, 1990/965 E., 1991/11 K. (ŞİRİN, s.55)].

"..... satış bedelinin ödenmesi şartlarına ilişkin taraflar arasında düzenlenen sirkülerde, emtianın teslimini izleyen (40) gün içinde ödenmeyen satış bedeline, geçen her ay için fatura bedelinin %6 oranında vade farkı ekleneceği öngörülmüştür. Öngörülen vade farkı; hukuken ödenmesi gereken ve oranı sözleşmeyle belirlenen bir temerrüt faizi niteliğindedir. BK. 104/3 maddesine göre birikmiş temerrüt faizine yeniden faiz yürütülmesi yasaktır. Bu durumda temerrüt faizi (vade farkı) nın tahsiline karar verilmesi gerekirken, bu alacağa yeniden faiz yürütülmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir [11.HD.28.3.1991 gün, 1991 / 9073 E.,1991 / 2221K. (ŞİRİN, s.54)].

¹⁶ “ ... Taraflar arasındaki davadan dolayı (Şişli Beşinci Asliye Hukuk Mahkemesi)nce verilen 24/06/1997 tarih ve 1253-803 sayılı hükmün temyizden tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:
Davacı vekili, davalının müvekkil şirketten çeşitli tarihlerde satın aldığı malların bedellerini faturalarında gösterilen ödeme tarihlerinde ödenmediğini, bunun üzerine taraflar arasında imzalanmış bulunan satış sirküleri uyarınca vade farkı tahakkuk ettirilerek, vade farkı faturaları düzenlendiğini davalının faturalara itirazının bulunmadığını ileri sürerek, (222.406.693) TL lık vade farkı fatura alacağının faturalarda belirtilen ödeme tarihlerinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.
Davalı vekili davaya cevabında; davacının asıl alacağı tahsil ederken fer'ileri için ihtirazi kayıt koymaması nedeniyle faiz talep etme hakkı bulunmadığını, davanın reddini savunmuştur.

nitelemektedir¹⁷. Söz konusu ettiğimiz bu kararlarda vade farkının hukuki niteliği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır.

IV. FATURADAKİ VADE FARKI KAYDINA TK.m.23

HÜKMÜNDEKİ KARİNENE UYGULANABİLİR Mİ?

Yukarıda söz konusu ettiğimiz Yüksek Mahkeme kararları, fatura da vade farkı kaydının bulunması halinde bir taraftan vade farkı kaydının fatura münderecatından sayılmayacağı diğer taraftan da bu kaydın geçerli olduğunu

Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki kanıtlara nazaran, davanın asıl alacağın vade farkından kaynaklanan alacak davası olup, BK.nun 113. maddesi uyarınca asıl borç ödenirken ferileri saklı tutulmadığı veya itirazi kayıt ileri sürülmeksizin alındığı takdirde, ferilerinin talep edilmesinin mümkün bulunmadığı, halin icabından da anlaşılmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında TTK.nun 25. maddede yazılı ticari satım akdi bulunduğu davalının davacıdan çeşitli tarihlerde almış bulunduğu malların bedellerini faturalarda gösterilen tarihlerde ödemediği, vade farkı ile ilgili olarak davalıya gönderilen 11 adet faturaya davalının itiraz etmediği tartışmasız bulunmaktadır.

Davalı vekili de aşamalardaki savunmalarında %9 vade farkının anlaşmalardan doğan bir hak olduğunu, ancak asıl alacağın ödenmesi ve davacının asıl alacağını alırken çekince koymadan alması nedeniyle vade farkının istenemeyeceğini ileri sürmüştür.

Doğru bir sonuca varılabilmesi için **vade farkının hukuki mahiyetinin tartışılması gerekir**. Bilindiği gibi temerrüt (gecikme) faizi, bir para meblağını talep hakkına sahip bulunan alacaklıya, bu paradan belli bir süre yoksun kalması sebebiyle ödenen karşılık olarak tarif edilmektedir. Faiz esas itibarıyla para borçlarında söz konusu olur. Faiz, ana paraya ilişkin alacağın bir parçası olmayıp, ondan ayrı bir talep hakkı meydana getirir, bununla birlikte faiz kural olarak asıl alacağa bağımlı (fer'i) bir karakter arz eder. Faiz, işlevi ve oluşum tarzı bakımından "Kapital faizi" ve "temerrüt faizi" olarak ayırma tabi tutulur. Sözleşme uyarınca, alacaklıya ait bir para meblağının faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüşse kapital faizinden söz edilir (Bak. Dr. Nami Barlas-Para Borçlarının ifasında borçlunun temerrüdü 1992 sh: 124 vd). Diğer taraftan bunlardan ayrı olarak gecikme tazminatı olarak anılan bir tazmin türü daha vardır. Bu da müttemerrit olan borçlunun borcunu geç ödenmesi sebebiyle alacaklının zararını gidermek için tediye mecbur olduğu bir eda olarak tanımlanmaktadır. Gecikme faizi talep edebilmek için zarara uğramak şart olmadığı halde gecikme tazminatı talep edebilmek için alacaklının gecikmiş ifadan dolayı bir zarara maruz bulunmuş olması gerekir. Temerrüt faizinde para borcunun geç ödenmesinden doğan zararı kanun tarafından tespit edildiği 324 halde gecikme tazminatında zararı ya alacaklı ispat edecek veya tazminat miktarı sözleşmede kararlaştırılacaktır. Burada cezai şartın asli gayesine benzer bir gaye güdülmektedir. **Görüldüğü gibi vade farkına temerrüt faizi denmesi mümkün olmamaktadır** (Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi Dr. Akar Öcal İst. 1965 Sh. 36 vd). Bu durumda olayın akışına göre bazen asıl alacağa eklenen zarar karşılığı maktu bir tazminat bazen de satış bedelinin

ve faturaya itiraz edilmemekle birlikte vade farkının da kabul edileceği sonucuna varmaktadır. Bu ise bizim katılmadığımız bir görüş olup, fatura münderecatında bulunması mutlak olmayan bir kayda, TK.m.23 hükmündeki karinenin uygulanmasının hukuki mesnedinin olmayacağı kanaatindeyiz. Zira vade farkı, böyle bir kayıt nedeniyle değil sadece temel borç ilişkisini gösteren sözleşmede mevcut olması halinde istenebilir bir haktır. Vade farkının hukuki niteliğinin de bunda bir etkisi yoktur. Çünkü fatura bir sözleşme olmadığı gibi, faturaya itiraz edilmemesi ona sözleşme niteliği vermez. Bu haliyle fatura tebliği, teyit mektubu tebliğinden farklı bir sonuç

hesaplanmasında bir unsur olmaktadır. Somut olayın anlaşılabilmesi için taksitli satışın ne olduğu da irdelenmelidir. Taksitli satışlar BK.nun 222-224-4077 sayılı Kanununun 6. ve İsviçre BK.nun 226/a maddesinde düzenlenmiştir. BK. da bir tarif verilmemiş olmakla birlikte İsviçre BK.nun 226/a ve 4077 sayılı Yasaya istinaden Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılan TRKGM-94 /23 sayılı "Taksitli, Kampanyalı ve Kapıdan Satışlar Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ" de taksitli satışların; bir veya birden fazla taksit ile satış bedelinin ödendiği ve malın satış sözleşmesinin düzenlendiği anda teslim edildiği satış türü olarak tanımlanmaktadır. İster kampanyalı ister normal menkul satımında olsun, mal sözleşme ile teslim edilmekte malın teslimi ile birlikte satış bedelinin belli bir kısmı tahsil edilmekte bakiye ise bir veya birden fazla taksitlerle satıcıya ödenmektedir. Uygulamada çoğu zaman bir kısım peşin ödemedens sonra kalan borç kambiyo senedine bağlanmakta, satıcı bunları 3. şahıslara ciro ederek kredi kullanmaktadır. İşlemin somut olay bakımından değerlendirilmesine gelince, taraflar arasında tanzim edilen satış protokolünde aynen (peşin ödemelerde fatura tarihinden başlayarak 5 iş günü içerisinde yapılacak ödemede % 12 peşin ödeme ıskontosu uygulanır. Geç ödemelerde, saptanmış vadeleri aşan gecikme ödemeleri için ayda %9 oranında hesap edilecek vade farkı uygulaması yapılır. Tahakkuk edecek vade farkı ödemesinin 30 gün içerisinde yapılması bu sürede ıskontolar iptal edilerek vade farkı ile birleştirilir) hükmü yer almaktadır. Dosya kapsamına göre davalı, davacıdan belli zamanlarda ilaç vs. almakta irsaliye ile teslimden sonra alınan emtia için fatura gönderilmekte ve satış protokolünde açıklandığı gibi faturanın tebliğinden itibaren 5 gün içinde ödeme yapılması halinde belli oranda peşin ıskonto işlemi uygulanmakta, fatura tebliğinden itibaren belli sürede ödeme yapılmaması halinde; sözleşme satış bedeli tespit edilmektedir. **Yargıtay'ın kökleşen uygulamasına göre vade farkı mal bedelinin geç ödenmesi nedeniyle borçluya tanınan vade nedeniyle, satış bedelini yapılan ilave olup, vade farkı ile birlikte satış bedeli oluşmaktadır. Vade farkı alınmadan mal bedelinin tamamen ödendiğinin kabul edilemeyeceği benimsenmektedir.** Böylece mal bedelinin bir kısmının çekince konulmadan alınmasının BK.nun 113. maddesi uyarınca vade farkı istenmesi engel teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Görüldüğü gibi somut olayda taksitli satıştan söz etmeye olanak bulunmamaktadır (Y. 11. H. D. 23/10/1997 gün, 1997/7632-7311, 06/10/1997 gün, 1997/6058-6694, 22/12/1997 gün, 1997/9692-9504, Y. 12. H. D. nin 15/04/1997 gün 1997/3424-4642, Y. 19. H. D. nin 16/11/1995 gün, 1995/1918-9774, 05/11/1996 gün, 1996/1521-9702 (YKD. Şubat 1997).

Diğer taraftan Almanya'da Tüketicinin Korunması hükümlerini de düzenleyen 09/12/1976 tarihinde yürürlüğe giren (Genel İşlem Şartları Hukuku Hakkında

doğurur. Söz konusu kanuni karine sadece faturaya yazılması mutat olan hususlarda ispat külfetinin yer değiştirmesine neden olur.

Vade farkının temerrüt faizi olduğu kabul edildiği takdirde, BK.m.104 f.3 hükmüne göre de faize faiz yürütülemeyeceğinden, vade farkında temerrüt halinde faiz uygulanması da mümkün değildir¹⁸. Ayrıca, keşide edilen fatura ile hem gecikme zammı hem de temerrüt faizi istenemez¹⁹. Ancak cari hesap sözleşmesinin varlığı halinde (TK.m.94f.1) ve borçlu tacirin ticarî işletmesi

Kanun (AGBGB) nin 24, 2, 10, 11 ve 12 nci paragrafları ve Türk Hukuku bakımından 4077 sayılı Yasanın 3-f maddesi bakımından, 4077 sayılı Yasanın 3/f maddesi uyarınca tacirin ticari işletmesi ve bu işletmenin faaliyetiyle ilgili olarak taraf olduğu sözleşmelerde tüketicinin korunması mevzuatından yararlanamayacağı kabul edilmiştir.

(Y. 11 H.D. 26/06/1997 gün, 1997/40595152). O halde, 4077 sayılı Yasanın Tüketiciler için benimsediği hükümlerin kıyasen dahi ticari satımda uygulaması olasılığından söz etmeye olanak bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Yukarıda anılan ilkeler doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından davacının temyiz itirazının kabulü gerekmiştir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına (BOZULMASINA), ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 01/05/1998 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava konusu satışla ilgili vade farkı" yönünden doğru bir çözüme ulaşabilmek için her şeyden önce, "vade farkı" kavramının hukuki niteliği üzerinde durmak gerekmektedir. **Yargıtay Özel Daire kararlarında "vade farkı"nın, bazen ana para ve bazen de faiz olarak benimsendiği gözlenmiş ve uygulama birliğinin sağlanamadığı anlaşılmıştır. Bu nedenle de, vade farkı"nın hukuki niteliği bakımından yeniden bir değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna varılmış bulunmaktadır.**

Satış sözleşmesi, BK.nun 182 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, satış sözleşmesi, alıcının vermeyi yükümlendiği bir miktar para karşılığı, satıcı yönünden satışın konusu malı alıcıya teslim ederek mülkiyeti ona geçirme borcu doğuran bir sözleşmedir. Genellikle satış sözleşmesinde, mal alıcıya teslim edilir ve alıcı da satış bedelini hemen peşin olarak satıcıya tediye eder.

Ancak, satış bedeli her zaman alıcı tarafından satıcıya peşin verilmeyebilir. Bu halde taksitle satım, değişik bir söyleyişle, kredili satım söz konusu olur. Taksitle satım, ayrıca veresiye satımın da bir türüdür. Taksitle satımda, satış konusu mal tümüyle ve bazen de bir bölümü alıcıya teslim edilmesine karşın, satış bedeli taksitler halinde ve zaman içinde belli süre sonunda alıcıya ödenmektedir. Öncelikle, enflasyonun varlığını hissettirdiği ülkemizde, satıcılar, satış bedelinin geç ödenmesi nedeniyle kendilerini korumak istemişler ve uygulamada da "vade farkı" adı altında bir bedel öngörmüşlerdir. Uygulamada ortaya çıkan ve aylık belli bir oranda istenen bu bedelin hukuki niteliği hakkında öğretide bir görüşe rastlanmamakla beraber, dava dosyalarında alınmış bulunan bilirkişi

ile ilgili borçlarında asgarî 3 aylık dönemler için mürekkep faiz (TK.m.8 f.1) uygulanabilir²⁰.

Görüldüğü gibi **vade farkının talep edilebilmesi için mutlaka bu konuda bir sözleşme bulunmalı** veya taraflar arasındaki daha önceki ticarî ilişkilerde bu husus teamül haline gelmiş, başka bir deyişle benimsenmiş olmalıdır.

Tacir “verdiği avanslar veya yaptığı masraflar için ödeme tarihinden itibaren faize de hak kazanır, ancak bu hak TK.m.22 c.2 hükmünde öngörülen

raporlarında, değişik görüşlerin ortaya çıktığı anlaşılmıştır.

Acaba, "vade farkı" nedir? "Vade farkı" adı altında istenen para, bir ana para yani satış beledi mi, yoksa satış bedelinin sözleşme faizi mi veya bir temerrüt (gecikme) faizi midir? **Kanımızca "vade farkı", satış bedelinin belli taksitlerde ödenmesi nedeniyle taraflarca kararlaştırılan bir sözleşme, değişik bir anlatımla "kapital faizi"dir.**Bu sonucun gerekçelerini açıklamak için "vade farkı" kavramını biraz daha yakından incelemek gerekmektedir. Taraflarca satış bedeli olarak belirlenen alacağın, yani satış bedelinin taksitler halinde belli süreler içinde alıcıdan istenmesi hususunun kararlaştırılması nedeniyle, alıcının bir tür kredilendirilmesi söz konusudur. Bu kredilendirilen satış bedeline bağlı olarak, genellikle belli bir oranda ve aylık biçimde ek bedel istenmesi ve bu işlemin adı "vade farkı" da olsa, bu ek bedelin, sözleşme faizi olduğunu baskın biçimde ortaya çıkarmaktadır. Yani, vade farkı" olarak istenen para taraflarca kararlaştırılmış bir sözleşme (kapital-sermaye) faizidir. "Vade farkı" faiz olunca da, bu faizin ana para, yani satış parası ile birleşmesi de söz konusu olamaz. Başka bir söyleyişle, satış bedeli ile vade farkı, yani sözleşme faizi ayrı kavramlar olup, tek bir alacak kalemi halinde istenemez.

Şu halde, yukarıdan beri açıklanan hususları özetlediğimiz takdirde, taraflarca belirlenen satış bedeli taksitlere bağlanabilir. Satış bedeli taksitlere bağlandığı takdirde, bu taksitlerde öngörülen satış bedeli için vade farkı öngörüülebilir. **Bu vade farkı, satış bedeli olmayıp, satış bedelinin sermaye faizidir ve sözleşme faizi niteliğindedir.** Eğer, kesin vadelere bağlanan taksitler, öngörülen vadelerde ödenmez ise, bu takdirde de vade tarihinden itibaren gecikme, yani temerrüt faizi ortaya çıkar.

"Vade farkı" kavram olarak yasalarımızda da öngörülmemiştir. Her ne kadar tüketiciler yönünden öngörülen 4077 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinde taksitli satış koşulları ve faiz yönü düzenlenmiş ise de; bu anılan Yasa ile yasa koyucunun temayülü de ortaya çıkmıştır. Bu Yasa, tacirler yönünden uygulanamaz. Ancak, 4077 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinin son fıkrasında; taksitli satışlar yönünden, peşin satış fiyatı, vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek toplam satış fiyatı ve ayrıca faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve gecikme faiz oranının gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu fıkrada öngörülen, "vadeye göre faiz" ile "faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran" sözcüklerinin, uygulamada benimsenen "vade farkı" kavramını ifade etmek istediği anlaşılmıştır. Bu itibarla, yasa koyucunun tüketiciler yönünden "vade farkı" kavramına benzer bir biçimde, taksitli satışlar için sözleşme faizi ve taksitlerin vadesinden sonra ödenmesinde de, ayrıca gecikme faizinin öngörüldüğü gözlenmiştir. Böylece, taksitli satışlarda yasa koyucu tarafından genel bir temayül belirlendiği için, bu kuralın tacirler yönünden, vade farkı

“verilen avans ve masraflarla” sınırlı olup diğer hususlardan doğan fatura alacakları için aynı sonuç çıkarılması kanunun lafzına ve ruhuna aykırıdır. Sonuç itibarıyla vade farkının talep edilebilir olması ile fatura tebliği nedeniyle faturaya tanınan kanuni karine farklı olgulardır. Yüksek mahkemenin öncelikle bu husus dikkate alması gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay 11.HD. fatura arkasında yazılmış olan vade farkının ödeneceğine dair kaydın geçerli olduğuna, aksi kanıtlanamadığı için de, vade

istemlerinde de, gözönüne alınması gerekir.

Yukarıdan beri açıklanan hususlar çerçevesinde yerel mahkemece vade farkının taksitlere bağlanan satış bedelinin ödenmesinde, **sözleşme faizi olarak kabulü** ve faturalarda öngörülen kesin vadelerde ödeme yapılmaması durumunda da temerrüt (gecikme) faizinin gözönüne alınması ve 3095 sayılı Yasanın 2/son maddesi de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması ve karar verilmek üzere yerel mahkeme kararının bozulması gerekmele, sayın çoğunluğun değişik gerekçeli kararına katılmıyorum.[HD 11 Esas : 1997/010031 Karar: 1998/002995 Tarih: 01.05.1998,(C) 2000, **Corpus, CD-Medya**]

17 “ Dava; satımdan kaynaklanan alacağa yönelik olarak yapılan icra takibine vaki kısmi itirazın iptaline ilişkindir. Borçlu davalı, faturaya süresi içinde itiraz etmemiştir. Fatura içeriğinde vade tarihinde borcun ödenmemesi durumunda %15 vade farkı uygulanacağı belirtilmiştir. O halde borçlu davalı, faturada gösterilen vade tarihinden itibaren fatura bedeli üzerinden ödeme tarihine kadar olan süre için %15 **vade farkından sorumlu tutulması gerekir.** (İİK. m. 67, BK. m. 101)

Taraflar arasındaki "İtirazın İptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 3 Asliye Ticaret Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 16.5.1997 gün ve 1996/91 E. 1997/304 K. sayılı kararın incelenmesi Taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.1.1998 gün ve 1997/9411 E. 1998/78 Karar sayılı ilamı ile,(...Davacı vekili; müvekkilden lastik alan davalının fatura bedellerini ödemediğini, aleyhine girilen icra takibine de kısmi itirazda bulunduğunu ileri sürerek itiraz edilen %15 vade farkına ilişkin itirazın iptalini, takip tarihine kadar işlemiş %15 vade farkı 140.000.000 TL.nin takip tarihinden itibaren aylık %15 vade farkı ile birlikte davalıdan tahsilini, %40 inkar tazminatının davalıya yüklenmesini istemiştir.

Davalı vekili; davacının talep ettiği %15 vade farkının hiçbir yasal ve sözleşme dayanağı bulunmadığını ileri sürerek davanın reddi ile %40 haksız takip tazminatının davacıdan tahsilini istemiştir.

Mahkemece; toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre; davacı tarafından teslim edilen mal bedeline ilişkin olarak keşide edilen 1.8.1995 tarihli faturada ödeme tarihinin 30.9.1995 olarak gösterildiği, faturanın tebliğ edilip itiraz edilmediği, faturada %15 vade farkı uygulanacağını belirtildiği gibi, davalı tarafından verilen sipariş emrinde de fatura teslimini müteakip 60 gün sonra bedelin ödeneceğinin de belirtildiği temerrüdün bu nedenle 1.10.1995 tarihinde oluştuğu ve takip tarihi olan 27.10.1995 tarihine kadar vade farkı işleminin haklı olduğu gerekçesiyle 26 günlük vade farkı olan 48.647.366 TL. üzerinden itirazın iptaline, faize faiz yürütülemeyeceğinden %15 faiz ile ilgili istemin reddine,

farkından sorumlu olunacağına karar vermiştir²¹. Yine 11.HD. sine göre “Faturaların altında yer alan ve gecikme halinde vade farkı veya faiz alınacağına dair kayıtlar fatura muhteviyatından olmamakla beraber, böyle bir kaydı içeren faturanın karşı tarafa tebliğ halinde, bu kayda itiraz edilmezse taraflar arasında bu hususta anlaşma oluştuğunun kabulü gerekmektedir”²². Vade farkının hem faturanın muhteviyatından kabul etmeyen hem de buna rağmen itiraz edilmemek suretiyle vade konusunda taraflar arasında anlaşma olduğunu kabul eden bu Yargıtay kararına katılmak mümkün değildir. Zira TK.m.23 hükmünün öngördüğü karine kanun lafzında

%40 inkar tazminatı 19.469.746 TL.sının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava; satımdan kaynaklanan alacağa yönelik olarak yapılan icra takibine vaki kısmi itirazın iptaline ilişkindir. Davalı borçlu, icra takibinde istenen ve alacağın %15 oranında uygulanan vade farkı kalemine itiraz etmiş ve bu kısma ilişkin takip durmuştur. Mahkemece; faturada yazılı olan ve taraflar arasında saptanan vade tarihinden itibaren icra takip tarihine kadar oluşan %15 vade farkı üzerinden davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Borçlu davalı, faturaya süresi içinde itiraz etmemiştir. Fatura içeriğinde vade tarihinde borcun ödenmemesi durumunda %15 vade farkı uygulanacağı belirtilmiştir. O halde borçlu davalı, **faturada gösterilen vade tarihinden itibaren fatura bedeli üzerinden ödeme tarihine kadar olan süre için %15 vade farkından sorumlu tutulmak gerekir iken**, yazılı şekilde takip tarihine kadar olan süre ile sınırlı olarak yapılan hesaplamaya dayanılarak hüküm kurulması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.

2- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava konusu alacağın icra takibine konulması sebebiyle düzenlenen icra takip taleplerinde, davacı taraf 374.418.150 lira ana alacak talep ettikten sonra buna işlemiş aylık %15 vade farkını 140.406.000 lira olarak talep etmiş ve ayrıca toplam alacağa yine aylık %15 temerrüt faizi talep etmiş bulunmaktadır.

Mahkemece ise, hem ilk kararda, hem de direnme kararında davalıdan faturadaki kayda göre istenen vade farkının bir temerrüt faizi alacağı olduğu kabul edilerek bu alacak, takip tarihi itibarıyla 26 günlük bir hesaplama ile 48.647.366 lira olarak dondurulmuş ve buna ve ana alacağa ayrıca faiz istenemeyeceğini kabul ederek BK. 104. maddesine dayanılarak takip talebindeki temerrüt faizi istemi reddolunmuş bulunmaktadır. Dahası davacı yerel mahkemenin direnme kararına karşı temyiz dilekçesinde Özel Dairenin bozma nedenlerine dayanarak direnme kararının bozulmasını istemiştir. **Şu durum karşısında, vade farkı olarak talep edilen alacağın temerrüt faizi olarak kabulü zorunlu görülmüştür** (HUMK. m. 74). BK. nun 101 ve devamı maddeleri ile 3095 sayılı Yasanın 2 ve devamı maddelerine göre, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu bu borcunu ifa edinceye kadar

açıkça “fatura münderecatı” na hasredilmiştir. Fatura münderecatında bulunması olağan olmayan ve bu konuda teamülde bulunmayan hususlara itiraz edilmemesi kanuni karinenin uygulanmasına imkan tanımaz.

Uçar’a göre “faturada ve arka kısmında vade farkı alınacağı ve ölçüsü belli ise ve davalının buna itiraz etmediği (yasal süre olan sekiz günlük süre içinde) veya kanıtlayamadığı hallerde de vade farkının hüküm altına alınması mümkündür²³. Buna karşılık İmregün²⁴; Yargıtay’ın bu kararına katılma imkânı olmadığı, söz konusu kaydın faturanın mecburî münderecatından say-

yasada veya taraflar arasında ön görülmüşse sözleşmede belirtilen bir oranda temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. **Hal böyle olunca mahkemece takip konusu alacağı yürütülecek temerrüt faizinin takip tarihinde kesilmesi isabetli değildir.** İcra takibi sırasında ana alacağı ödeme tarihine kadar temerrüt faizi yürütülmesi gerekir.

Yerel Mahkeme kararı anlatılan değişik gerekçe ile usule ve yasaya aykırı bulunduğundan bozulmalıdır.

SONUÇ : Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 14.4.1999 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davacı alacaklı; ilamsız icra takip talebi ile 1.8.1995 günlü 795072 nolu faturada belirtilen; 374.418.150 TL. asıl alacak, takip tarihine kadar aylık % 15 vade farkı 140.406.800 TL. toplamı 514.824.950 TL. alacağının takip tarihinden itibaren aylık % 15 faizi, masraf ve ücreti vekalet ile birlikte tahsilini talep etmiştir.

Davalı borçlu vekili, 3.10.1995 tarihli itiraz dilekçesinde, sadece vade farkı ve takipten sonra istenen faiz oranına itiraz etmiştir.

Davacı vekili 6.2.1996 tarihli dava dilekçesi ile borçlunun, takip tarihine kadar işlemiş faturada yazılı aylık % 15 vade farkı tutarı 140.406.800 TL. ile takipten sonra istenilen aylık % 15 vade farkına yaptığı kısmi itirazın iptali ile % 40 inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Dosya içeriğinden davalının vade farkını içeren faturaya TTK. nun 23/2. madde de belirtilen sürede itiraz etmediği anlaşılmaktadır.

Mahkemece, davacının isteği faiz olarak nitelendirilip son ödeme tarihi ile takip tarihi arasında geçen gün için 48.647.366 TL. faiz hesap edilip, % 40 inkar tazminatı ile hüküm altına alınmıştır.

Hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Yüksek 11. HD.si, 19.1.1998 gün ve 1997/9411-1998/78 sayılı ilamı ile; davalı taraf vekilinin temyiz itirazlarını reddetmiş, faturaya itiraz edilmediği için % 15 vade farkı isteğinin ödeme tarihine kadar sürdürülmesi gerektiği nedenleri ile davacının temyiz itirazını kabul ederek hükmü davacı yararına bozmuştur.

Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararı davacı vekilince temyiz edilmekle dava Hukuk Genel Kurulunca incelenmiş ve davacının alacağı BK. nun 101. maddesine göre bir para borcu olarak kabul edilip borç ödeninceye kadar temerrüt faizinin devam ettirilmesi gerektiği nedeni ile direnme kararı bozulmuştur. Yüce Kurulun çoğunlukla aldığı bozma kararına aşağıdaki nedenlerle katılmıyoruz.

mayıp, yine de süresinde itiraz edilmedi diye geçerli kabul etmek ağır bir netice olduğu kanaatindedir.

Diğer taraftan Yargıtay 15 HD. si ise vade farkını fatura yer alması olağan hususlardan saymamakta ve ayrı bir anlaşma olmadığı sürece vade farkına ilişkin olarak TK.m.23/II hükmündeki karinenin uygulama alanı bulamayacağı görüşündedir²⁵. Bize göre de vade farkı fatura için mecburî bir unsur olmadığı gibi olağan da değildir ve arada bir sözleşme yoksa faturaya yazılması ve faturaya itiraz edilmemesi hakkı talebe yeterli olmadığı gibi,

Davacı alacaklı, ilamsız icra takip taleplerinde ve dava dilekçesinde davalı tarafın süresinde itiraz etmediği faturada yazılı son ödeme tarihinden sonra ve takip tarihine kadar oluşan aylık % 15 vade farkı ve bu alacağı ile birlikte asıl alacak toplamına da takip tarihinden sonra yine aylık % 15 faiz istemiştir.

Davacı ve davalının yargılama aşamalarında vade farkı ile faizi eş anlamlı kullandıkları gözlenmekte ise de, davanın hukuki niteliğini tayin ve tespit, HUMK. nun 76. maddesine göre taraflara değil mahkemelere aittir. **Nitekim yüce kurul yukarıdaki bozma ilamında vade farkının faiz olarak nitelendirilemeyeceğini de kabul etmiştir.**

Kanımızca, davacı isteğinin takip tarihine kadar vade farkı, takip tarihinden sonra da faiz olduğunda duraksama yoktur.

O halde, bu iki tanımdan vade farkının ne olduğunu açıklamak gerekmektedir.

Vade farkının ne olduğu yönünde yasalarımızda bir açıklama yoktur. Ticari hayatta uygulanan biçimi ve Dairemiz ile 11. Hukuk Dairesinin istikrar bulan kararlarında vade farkı; "Borçluya, malın bedelinin geç ödenmesi imkanına karşılık belirli bir vadeden sonra mal bedeline yüklenen ilave ..." olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre vade farkı temerrüt faizi de değildir. Şimdi vade farkının hukuki niteliğini biraz daha açıklığa kavuşturalım. Kural olarak vade farkının istenebilmesi için taraflar arasında yazılı bir sözleşme veya teamül oluşması gereklidir. Ancak vade farkını içeren faturaya TTK. m. 20/2. hükmü gereği süresinde itiraz edilmemiş olması halinde de vade farkı istenebilir. Vade farkı ödenmeden mal bedelinin tahsili vade farkından vazgeçildiği anlamına gelmez ve BK. nun 113. maddesinin tatbikini de gerektirmez. Temerrüt ihtarı, icra takibi ve davanın açılması, davalıyı muaccel bir borç yönünden mütemerrit duruma düşüreğinden artık vade farkının yürütülemeyeceği ve asıl alacak sayılan bu meblağ için 3095 Sayılı Yasa 2/3. maddesi uyarınca faiz, istenebileceği kuşkusuzdur. Böylece BK. nun 104/son maddesi hükmü de bu halde uygulanmaz.

Yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular karşısında davacının isteği hukuki niteliği itibariyle bir vade farkı olup faturada gösterilen son ödeme tarihinden itibaren takip (temerrüt) tarihine kadar mal bedeline % 15 vade farkı hesap edilip, asıl alacak miktarı saptandıktan sonra, takip tarihinden itibaren 3095 Sayılı Yasanın 2/3. maddesi hükmüne göre faize hükmetmek suretiyle davanın oluşacak sonuç çerçevesinde kabulü gerekirken, davacı isteğinin faiz olarak kabulü ile eski hükümde direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, yerel mahkeme kararının bu nedenlerle bozulması gerekir.

Yüce kurulun bozma gerekçelerine yukarıda açıklanan nedenlerle katılmıyoruz." [HGK. Esas: 1999/11-207 Karar: 1999/000215 Tarih:

karşı tarafça kabul edildiği ve aksini ispat yükü altına soktuğu anlamına gelmez. Açık faturaya benzer böyle bir örf ve adet de henüz yoktur. Ancak taraflar arasında ayrı bir anlaşma varsa talep edilebilir. Aksi takdirde fatura esas borç ilişkisinin (akdin) şartlarını değiştiremeyeceğinden TK.m.23 hükmündeki karine temel borç ilişkisine dayanmayan bir husus için geçerli olamaz. Bu bakımdan söz konusu Yargıtay 15. HD. nin kararlarının varlığı sonuç TK.m.23/II hükmünün hem lafzına hem de ruhuna uygun düşmektedir.

14.04.1999 (Corpus Arşiv No: HG-693 (C) 2000, Corpus, CD-Medya)]

¹⁸ Faiz konusunda geniş bilgi için bkz. **EREN**, Fikret : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler c.1, Ankara 1991, s.162 vd.; **DOMANIÇ**, Hayri; Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1988, s.40 vd., s.303 vd., **UÇAR**, s.108 vd.

¹⁹ ".... Davacı TEK, ödenmeyen ceryan bedeli ile ilgili olarak hem temerrüt niteliğindeki gecikme zammını hem de temerrüt faizini istemiş ise de, her ikisinin birlikte istenmesi mümkün değildir. Davacı ancak gecikme zammını isteyebileceğinden, mahkemece, faturalardaki son ödeme tarihlerine göre sözleşme hükümleri ile faturalardaki gecikme zammı oranları dikkate alınarak icra takip tarihine kadar geçen süre için işlemiş gecikme zammı oranları dikkate alınarak icra takip tarihine kadar geçen süre için işlemiş gecikme zammı miktarı hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken, bu istemin reddi doğru değildir [11.HD. 20.6.1991 gün, 991/4602 E., 1991/ 4216 K. (**ERİŞ**, s.252)].

²⁰ "..... TK.'nun 87. maddesi anlamında yazılı bir cari hesap sözleşmesi bulunmadıkça vade farkına faiz uygulanması TK. 8/2 maddesine aykırılık teşkil eder [11. HD. 6.3.1986 gün, E. 986/762, K. 1986/1212 **ŞİRİN**, s.55)].

²¹ ".... Taraflar arasında vade farkı uygulanacağına dair yazılı bir anlaşma yoktur. Ancak davacı tarafından, davalıya kesilen faturaların arkasında kaşe ile basılan yazıda, vade farkının uygulanacağı yazılıdır. Her ne kadar fatura arkasındaki kayıt, faturanın mecburî münderecatından sayılmaz ise de, davalı bu kayda itiraz ettiğini kanıtlamadığına göre vade farkından sorumlu olmalıdır [11.HD. 25.4.1986 gün,1986 / 2016E, 1986 / 2477K (**UÇAR**, s.56)].

²² "..... Taraflar arasında açılan davadan dolayı Ankara Asliye 3.ticaret Mahkemesince verilen 18.12.1997 tarih ve 639-562 sayılı hükmün temyizden tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili,davalının müvekkilinden aldığı mal bedellerini süresinde ödemesinden doğan vade farkını ödemekten kaçındığını ve aleyhine açılan takipte vade farkından kaynaklanan borcuna itiraz ettiğini ileri sürerek,borçlunun itirazının 406.078.000.TL.için iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, faturada yer alan vade farkına itiraz edilmesinin bu hususu kesinleştirmeyeceği,vade farkı kayıtlarının fatura münderecatına dahil olmadığı taraflar arasında vade farkı uygulanmasına ilişkin sözleşme veya teamül bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece toplanan deliller ve yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre, taraflar arasında vade farkı uygulanacağına dair bir sözleşme olmadığı gerekçesiyle davanın reddine ve davalı lehine 162.931.200 TL. tazminatın hükmedilmesine karar verilmiştir.

Taraflar arasında vade farkına ilişkin yazılı bir sözleşme bulunduğu takdirde faturaya vade farkının yazılması halinde esasında faturaya böyle bir kaydın yazılmasının olağan olup olmadığının tartışılmasına da gerek yoktur. Ancak yazılı sözleşmenin bulunmadığı hallerde ise sadece faturaya böyle bir kaydın konması nedeniyle ispat yükü de yer değiştirmez. Faturayı tanzim edenin böyle bir kaydın dayanağı olan sözleşmeyi ayrıca ispat etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla TK.m.23/ II hükmündeki karine vade farkı konusunda sadece faturada bulunan vade farkı kaydıyla uygulama alanı bulmaz. TK.m22 hükmünün öngördüğü faiz de sadece tacirin verdiği

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyada bulunan ve davacı tarafından düzenlenen vade farkı faturasının altına matbu olarak yazılmış "iş bu fatura...gün içinde nakden ödenmediği takdirde fatura tarihinden itibaren aylık %...gecikme masrafı KDV ile birlikte fatura edilecektir" meşruatı olduğu görülmüştür.

Faturaların altında yer alan ve gecikme halinde vade farkı veya faiz alınacağına dair kayıtlar fatura muhteviyatından olmamakla beraber, böyle bir kaydı içeren faturanın karşı tarafa tebliğ halinde, bu kayda itiraz edilmezse taraflar arasında bu hususta anlaşma oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Mahkemece dava konusu takipteki alacak aslına yönelik bir çekişme olmadığı gözetilerek, asıl alacağın dayanağı olan ve davalıya tebliğ edilmesi gereken faturaların davalı kayıtlarından araştırılması, bu faturaların davalıya tebliğ edildiğinin ispatlanmaması veya faturalarda yukarıda sözü edilen türde bir kayıt olmaması veya faturalarda yukarıda sözü edilen türde bir kayıt olmaması halinde şimdiki gibi davanın reddine karar verilmesi, aksi takdirde ise yukarıda açıklanan esaslar dairesinde inceleme ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir" (11. HD., 14.9.1998, E. 1998 /4095, K.1998 / 5507, BATİDER, Aralık 1998, c. XIX, sa. 4, s.279 – 280)

²³ UÇAR, s.55.

²⁴ İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994, s.54, dipnot 15.

²⁵ "Fatura, sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olduğu için, TTK 23/II.ye göre itiraz olunmamak suretiyle kabul edildiği varsayılan fatura içeriği de ancak sözleşmenin ifasıyla ilgili olarak faturada yer alması olağan sayılan hususlara - satılan malın veya yapılan işin adedi, türü, bedeli, ücreti gibi - ilişkin olabilir. Faturaya itiraz edilmemesi, faturada yer almakla birlikte taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmemiş bir hususa ilişkin fatura kaydının da kabul edildiği anlamına gelmez. Somut olayda taraflar arasında "vade farkı" uygulanacağına dair bir anlaşma yapılmamasına rağmen, faturaların alt kısmına matbu şekilde "15 gün içinde ödenmeyen faturalara % 15-20 vade farkı uygulanır" ibaresinin yazılması halinde TTK 23/II. maddesindeki karine uygulama alanı bulamaz. Fatura altındaki böyle bir kayıt faturanın zorunlu içeriğine dahil olmayıp bu yolda fiili bir uygulamanın varlığı da iddia ve ispat edilebilmiş değildir. o halde, mahkemece icra takibine dayanak yapılan 11 adet fatura bedelinden, takip tarihinden önce yapıldığı ihtilafsız olan ödeme tutarı mahsup edilmek ve takip tarihinden önce 27.7.1997 tarihli ihtarname ile oluşan temerrüt durumu da

avanslar ve yaptığı masraflar için ödeme gününden itibaren talep edebileceği kanuni faiz olduğundan faiz şartının (veya vade farkının) faturaya yazılmasının olağan olduğu sonucu çıkmaz.

SONUÇ

Sonuç itibariyle TK.m.23/II hükmündeki karine, vade farkı konusunda, sadece faturada bulunan vade farkı kaydıyla uygulama alanı bulmaz. TK.m.22 hükmünün öngördüğü faiz de sadece tacirin verdiği avanslar ve yaptığı masraflar için ödeme gününden itibaren talep edebileceği kanuni faiz olduğundan, faiz şartının (veya vade farkının) faturaya yazılmasının olağan olduğu sonucunun çıkmayacağı ve Yüksek mahkemenin 11 ve 15. HD. nin bu konudaki görüş farklılığının içtihadı birleştirme yoluyla giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

gözetilerek reeskont faizi uygulanmak suretiyle sonucu gidilmesi gerekirken faturalara vade farkı uygulanacağı kabul edilerek düzenlenen bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” (15.HD. 15.11.1999 gün, 1999/4192 E, 1999/4070 K, Yargıtay Kararları Dergisi, c.26, sa.4, Nisan 2000, s.574,575);

“ Mahkemece ayrıca takip tarihinden aylık % 9 faize hükmedilmiş olup, bunun dayanağı olarak faturadaki vade farkına ilişkin kayıt gösterilmiş ise de, taraflar arasında ödemede gecikme halinde vade farkı ödeneceğine ilişkin bir sözleşme olmadığı gibi, fatura da itiraza uğramıştır. Bu nedenle davacı takip tarihinden sonraki dönem için aylık % 9 faiz talep edemez. Ancak 3095 Sayılı yasanın 2/3 maddesi uyarınca T.C. Merkez Bankasının kısa vadeli kredilere uygulanan reeskont faiz oranına göre temerrüt faizi isteyebilir. Mahkemece bu yönün de göz ardı edilmesi doğru değildir” (15.HD. 3.12.1997 gün, 1997 / 4406 E., 1997 / 5191 K.).

“Davacı ve karşı davalı yüklenici şirket davalının ödemelerini zamanında yapmaması nedeniyle 367.236.158 TL. vade farkı talep etmiştir. Bununla ilgili düzenlenen faturalara itiraz edilmemiş olsa bile bu durum sadece faturanın münderecatının kesinleşmesi sonucunu doğurur, yoksa vade farkının ödenmesini zorunlu hale getirmez. Vade farkı istenebilmesi için ya taraflar arasındaki sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmalı veya böyle bir durum olmakla birlikte geç ödeme halinde vade farkı ödenmesine ilişkin bir sözleşme bulunmamakla birlikte, geç ödemelerde vade farkı uygulanıp uygulanmadığı konusunda aralarında bir teamül oluşup oluşmadığı incelenmemiştir. Mahkemece bu doğrultuda bir inceleme yapılmalı ve gerekirse bilirkişilerden ek rapor alınarak sonucuna göre vade farkı istemi bakımından bir karar verilmesi gerekirken bu hususta eksik inceleme ile karar verilmiş olması da doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir” (15. HD. 2.6.1997 gün, 1997 / 1761 E., 1997 / 2886 K.).

**VATANDAŞLIK KANUNUNUN BAZI MADDELERİNİN
DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN KANUN TASARISI
ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME
(VORBEREITUNG ZUR ANDERUNG IM
STAATSANGEHÖRIGKEITSGESETZES)**

Doç. Dr. Vahit DOĞAN*

ÖZET

1964 yılında yürürlüğe giren TVK'da, 13.2.1981 T. ve 2383 S.K.; 20.4.1989 T. ve 3540 S.K.; 27.5.1992 T. ve 3808 S.K. ve 7.6.1995 T. ve 4112 S.K. değişiklik yapılmıştır. 13.1.2003 tarihinde yeni bir değişiklik tasarısı TBMM'ne sunulmuştur. Mevcut tasarıda iki noktada önemli değişiklikler öngörülmektedir:

İlk olarak, evlenme ile vatandaşlığın kazanılabilmesi için, üç yıldan beri evlilik birliği içinde yaşamış olmak ve talepte bulunmak şartı ile Türk vatandaşlığı kazanılabilecektir. Ayrıca, evlenme ile vatandaşlığın kazanılmasında, kadın erkek eşitliği nazara alınmıştır.

İkinci olarak, yeniden vatandaşlığa alınmada değişiklikler öngörülmektedir.

Öngörülen değişiklik çalışmasında, yargı yolu hususunda bir değişiklik öngörülmemesi bir eksikliktir.

Bu çalışmada, mevcut kanun ile tasarı arasında bir karşılaştırma yapmaya ve tasarı hakkında genel bir değerlendirme yapmaya çalışacağız.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Staatsangehörigkeitsgesetz hat am 11.1.1964 in Kraft getreten. Dieses Gesetz wurde schon durch Gesetz (am 13.2.1981-2383, am 20.4.1989-3540, am 27.5.1992-3808, am 7.6.1995-4112) geändert. Jetzt gibt es die Vorbereitungen zur Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes, die am 13.1.2003 **dem Antrag Innenministerium Kommission** überprüft. **Der Entwurf enthält zwei wichtige Änderungen:**

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi

Erstens; ein Ausländer oder Ausländerin kann nach der Eheschliessung mit einem türkischen Bürger ein Gesuch um Einbürgerung stellen, wenn er/sie seit drei Jahren in ehelicher Gemeinschaft mit dem türkischen Bürger lebt.

Zweitens; wer aus der türkischen Staatsangehörigkeit verloren worden ist, kann ein Gesuch um Wiedereinbürgerung stellen. Dh. durch Wiedereinbürgerung im ordentlichen Verfahren wird die türkischen Staatsangehörigkeit erworben.

Im Rahmen der laufenden Entwurf des Staatsangehörigkeitsgesetzes verändert Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht. Nach meiner Meinung soll Gesetzgeber um Verwaltungsgerichtsbarkeit verändern.

Ich bin der Meinung, daß am 13.1.2003 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts nicht reicht.

Der vorliegende Vergleich wird dem Leser ermöglichen, die neue Vorbereitungen zur Änderung im Staatsangehörigkeitsgesetzes im Vergleich zu den bisher gültigen Bestimmungen objektiv zu bewerten und über die Reichweite der Änderung ein eigenes Urteil zu bilden.

VATANDAŞLIK KANUNUNUN BAZI MADDELERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN KANUN TASARISI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

1964 tarihinde yürürlüğe giren 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu 1981 yılından sonra farklı tarihlerde dört önemli değişikliğe konu olmuştur²⁶. Şu anda Mecliste Vatandaşlık Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında yeni bir tasarı bulunmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle mevcut tasarı hakkında bir değerlendirme yapıldıktan sonra önceki dönemlerde yapılan değişiklikler sebebi ile oluşan uyumsuzluklara ana hatları ile temas edilmeye çalışılacaktır.

I. Tasarının Değerlendirilmesi

13.1.2003 tarihinde Meclis Başkanlığına sevk edilen ve 8 maddeden oluşan “Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” tasarısında “Evlene İle Türk Vatandaşlığının Kazanılması”nı düzenleyen 5 inci ve “Yeniden

²⁶ 13.2.1981 T. ve 2383 S.K.; 20.4.1989 T. ve 3540 S.K.; 27.5.1992 T. ve 3808 S.K. ve 7.6.1995 T. ve 4112 S.K.

Vatandaşlığa Alınma”yı düzenleyen 8 inci maddelerinde köklü değişiklikler öngörülmektedir. Bu hükümlere paralel olarak diğer bazı maddelerde de kısmî değişiklikler yapılması düşünülmektedir.

A) Evlenmenin Vatandaşlığa Etkisi

1. Genel Olarak

Evlenme, “tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, cinsiyetleri farklı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmeleri” olarak tanımlanmaktadır¹.

Evlenmenin vatandaşlığa etkisi hususunda, karşılaştırmalı hukukta iki temel tez kabul edilmektedir; “ailede tek vatandaşlık” esasını benimseyen “klasik tez” ve “kadın erkek eşitliğini” esas alan modern tez².

Klasik teze göre, kadın eş, ailenin reisi olan erkeğin tâbiyetini de almalıdır. Ailede tâbiyet birliğini sağlama düşüncesinden hareket eden klasik tez, kadının kocası ile aynı vatandaşlığa sahip olması esasını kabul etmektedir. Dolayısıyla, kadın eş, rızasına gerek olmadan evlenme ile birlikte kocasının vatandaşlığını kazanmalıdır.

Kadın erkek eşitliğini savunan modern teze göre, yabancı erkekle evlenen kadının vatandaşlığının evlenme ile otomatik olarak değişmesi kabul edilmemektedir. Ancak, kadına, kocasının vatandaşlığına geçme hususunda bir irade tanınmaktadır.

Birinci Dünya Savaşından sonra, kadın erkek eşitliği zaman içinde hakim olmaya başladıkça, evlenmenin vatandaşlığa etkisi hususunda da modern tezin üstünlüğü kabul edilmeye başlanmıştır. Yabancı kadın eş, kocasının vatandaşlığını kazanmak istiyor ise, bu yöndeki iradesini beyan etmelidir. Zira, kadın eşin vatandaşlığının evlenmeye bağlı bir hukukî sonuç olarak değişmesi kabul edilmemektedir. Ancak, son dönemlerde yapılan değişikliklerde evlenmenin vatandaşlığa etkisi hususunda, kadın erkek eşitliğine riayet edildiği görülmektedir. Başka bir ifade ile, evlenmenin yalnızca kadın eşin vatandaşlığına değil, aynı zamanda erkek eşin vatandaşlığına da etki edebileceği kabul edilmektedir.

Evlenmenin vatandaşlığa etkisi karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda en fazla tartışılan konulardan birisidir. Tartışmalar, kadın

¹ **VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet:** *Türk Medenî Hukuku, C.II, Aile Hukuku*, b.5, İstanbul 1965, s.45.

² **ULUOCAK Nihal:** *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul 1986, s.30; **NOMER Ergin:** *Vatandaşlık Hukuku Dersleri*, b.11, İstanbul 1997, s.62.

erkek eşitliği ve özellikle cali evlenmeler yolu ile vatandaşlığın kazanılması konularında yoğunlaşmaktadır. Mevcut tasarıda da, bu iki noktada önemli değişiklikler öngörülmektedir.

2. Evlenme İle Vatandaşlığın Kazanılma Hâlleri

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda evlenme ile vatandaşlığın kazanılabilmesi iki temele dayanmaktadır: Yabancı eşin talebi ve vatansızlığın önlenmesi³.

a) Yabancı Eşin Talepte Bulunması

Kanundaki mevcut düzenlemeye göre, Türk vatandaşı erkekle evlenen yabancı kadının Türk vatandaşlığına geçmek istemesi ve bu isteğini kanunda öngörülen sürede ve öngörülen makamlara bildirmesi hâlinde, Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Kadının Türk vatandaşlığını beyan yoluyla kazanabilmesi için, taraflar arasında kanunen geçerli bir evliliğin varlığı ve usulüne uygun talepte bulunulması yeterli görülmekte, başkaca bir şart aranmamaktadır⁴.

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda, evlenme yolu ile

³ “Madde 1- 11.2.1964 tarihli 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 5 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 5 Bir Türk vatandaşı ile evlenme, kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahsetmez. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülkî idare âmirine, yurt dışında ise Türk konsoloslarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar.

Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı vatansızsa veya evlenmekle eski vatandaşlığını kaybediyorsa Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır.

Evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar, evlenmenin butlanına karar verilmesi hâlinde, akitte hüsnüniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler”.

Butlanına karar verilmiş evlenmelerden olan çocuklar ana veya babaları hüsnüniyetli olmasalar dahi Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca çıkartılacak Yönetmelikle belirlenir.

⁴ Yabancı ile yapılan evliliğin onun vatandaşlığına etki edebilmesi için ön şart; evlilik hukuken geçerli olmalıdır. Bir erkek ve bir kadının hukuken geçerli bir evlenme yapabilmeleri için, bir kısım maddî ve şekli şartların yerine getirilmiş olması gereklidir. Türk Medenî Kanunu bakımından geçerli bir evlenmenin yapılabilmesi için, evlenme ehliyetine sahip olunması ve evlenme engellerinin bulunmaması gerekir. Ayrıca, kanunun aradığı şekli şartların yerine getirilmiş olması da gereklidir(MK. m.124 vd.). Kanunun aradığı şartları taşımayan birliktelikler evlenme olarak kabul edilmediğinden, vatandaşlık hukuku bakımından her hangi bir etkisinin olması da mümkün değildir.

vatandaşlığın kazanılması, en fazla ihlâl edilen ve dolayısıyla en fazla eleştirilen hükümlerin başında gelmektedir. Özellikle, yabancı kadının salt beyanda bulunması sonucunda vatandaşlık kazanması bir kısım suiistimallere sebep olmaktadır. Şöyle ki, sırf vatandaşlık kazanma amacına hizmet eden muvazaalı evliliklerde artış görülmeye başlanmıştır. Muvazaalı (calî) evlenme; “ tarafların ciddî surette tam ve sürekli bir evlilik birliği kurmak ve çocuk yetiştirmek istemedikleri hâlde, evliliğin sağladığı bazı hak ve imkânlardan yararlanmak için yaptıkları bir evlenmedir”⁵. Uygulamada muvazaalı evlenmeler, genellikle vatandaşlık hakkı kazanabilmek, ikamet hakkı elde etmek gibi amaçlara ulaşmak için yapılmaktadır. Özellikle, evlenme sonucunda yabancı kadın eş, kocanın vatandaşı olduğu ülkenin kanunlarından yararlanarak kocanın vatandaşlığını kazanmaktadır. Vatandaşlığın bu şekilde kazanılmasında kanunen bir mahsur gözükmemektedir. Çünkü, tarafların evlenmeleri kendi iradelerine bağlı olmasına rağmen, evlenmenin sonuçları onların iradesinden bağımsız olarak, kanun hükmü gereği ortaya çıkmaktadır.

Muvazaalı evlenmelerde, tarafların gerçek amacı evlilik birliği kurmak ve sürekli birlikte yaşamak değildir⁶. Başka bir anlatımla, taraflar evlendikten sonra, boşanma işlemlerine başlayıncaya kadar bir araya gelmezler. Ancak, tâbiidir ki, evlenmek isteyen kişilerin gerçek amaçlarını tespit edebilmek güç, hatta imkânsızdır. Evlenmede muvazaanın tespitindeki zorluklar sebebi ile, bu tür evliliklere müeyyide uygulamak evlenmenin mahiyetine ters düşecektir⁷. Bu sebeple, kanun koyucular doktrindeki haklı eleştirilere uygun olarak, vatandaşlık hukuku alanındaki suiistimleri bertaraf etmek isteyen bir düzenleme yapma gayretindedirler⁸. Yapılan pozitif düzenlemelerde, evlenmeden belli bir süre geçmesinden sonra vatandaşlığın talep edilebilmesi, vatandaş ile evlenen kişilerin istisnâî yoldan vatandaşlığa alınmalarının kabul edilmesi gibi bir kısım tedbirlerin alındığı

⁵ **AKINTÜRK Turgut**: *Türk Medenî Hukuku-Aile Hukuku*, C.2, b.6, İstanbul 2002, s.179.

⁶ Muvazaalı evlenmelerin hukukî akıbeti hususunda karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda ileri sürülen görüşler hakkında bkz. **AKINTÜRK**, 179 vd.

⁷ 2.HD.11.4.1974 T. ve 1315/2185 (İBD.1975, sy.1-2, s.79).

⁸ Günümüzde evlenme gibi kolay yoldan vatandaşlık kazanma, zaman zaman kötüye kullanılmaktadır. Bu sebeple bir kısım ülke hukuklarında, sırf vatandaşlık kazanmak amacı ile yapılan evlenmelere mahal vermemek için çeşitli tedbirler alma yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda akla gelen ilk tedbir İsviçre Medeni Kanununda sırf vatandaşlık kazanmak amacı ile yapılan evlenmelerin batıl olduğunu kabul eden hükümdür(İMK. m.120/4). Bkz. **AKINTÜRK**, 179. Ancak, İsviçre kanun koyucusu zaman içinde bu çözümden vazgeçmiştir.

görülmektedir⁹.

Kanunda yer alan mevcut düzenlemeye göre, yabancı bir kadın için Türk vatandaşlığını kazanmanın en kolay yolu, bir Türk erkeği ile, göstermelik de olsa, evlenmesidir. Ancak, taraflar arasında gerçekte evlenme iradesinin bulunmadığı muvazaalı evlenmeler yolu ile ve salt talebe dayalı vatandaşlık kazanılması hukuken savunulamaz. Dolayısıyla, kanundaki boşluğun doldurularak hileli yoldan Türk vatandaşlığının kazanılmasına engel olunması bir gerekliliktir. Mevcut pozitif düzenlemeye göre, yabancı kadının evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. TVK., Türk vatandaşı ile evlenen yabancı kadının vatandaşlık durumunu düzenlerken modern tezi kabul etmiş ve kadına Türk erkekle evlenmesinin bir sonucu olarak vatandaşlık bahsetmemiştir. Ancak, Türk vatandaşı erkekle evlenen yabancı kadının Türk vatandaşlığına geçmek istemesi ve bu isteğini kanunda öngörülen sürede ve öngörülen makamlara bildirmesi hâlinde, Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Kadının Türk vatandaşlığını beyan yoluyla kazanabilmesi için, taraflar arasında kanunen geçerli bir evliliğin yapılmış olması yeterlidir. Hatta bu evlilik taraflar arasında göstermelik olarak yapılmış olsa da, yapılan evlilik hukuken geçerli

⁹ Bu bağlamda Alman ve İsviçre Vatandaşlık Kanunları örnek olarak verilebilir. Alman Vatandaşlık Kanununda, Eşin Vatandaşlığa Alınmasını düzenleyen 9. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde genel prensip tespit edilmiştir. Buna göre, yabancı eşin Alman vatandaşlığını kazanabilmesi için, yabancıların vatandaşlığa alınmasını (ikamet şartlı vatandaşlığa alınma) düzenleyen 8. maddede aranan şartları gerçekleştirmelidir. Alman vatandaşı ile evlenen yabancı kadın ise, 1) Alman vatandaşı ile evlenmesiyle eski vatandaşlığını kaybediyor ise veya terk ediyor ise ya da Yabancılar Kanununun 87. maddesi gereğince çok vatandaşlığın kabulü için bir sebep var ise, 2) Almanya ile entegrasyon sağladığını tekeffül ediyor ise, Almanya'nın önemli menfaatleri, özellikle iç güvenliği veya devletlerarası ilişkilerdeki güvenliğini tehlikeye koymuyor ise, Alman vatandaşlığına alınabilir(art. 9 StAG.). İsviçre Vatandaşlık Kanununda ise, İsviçre'de oturan İsviçrelinin yabancı eşi ile yabancı ülkede oturan İsviçrelinin eşi arasında bir ayırım yapılmıştır. Buna göre; Toplam olarak beş yıl İsviçre'de oturmuş ve son bir yıldan beri İsviçre'de oturuyor ise ve üç yıldan beri İsviçre vatandaşı ile evlilik birliği içinde yaşayan İsviçre vatandaşı ile evlenen bir yabancı, istisnaî vatandaşlığa alınma talebinde bulunabilir(art. 27 BüG). Yabancı eşin istisnaî vatandaşlığa alınabilmesi için, İsviçre ile intibak sağlamış olması, İsviçre hukuk düzenini ihlâl etmemesi ve İsviçre'nin iç ve dış güvenliğini tehlikeye koymaması şartları aranmaktadır(art. 26 BüG). Yabancı ülkede yaşayan İsviçrelinin eşinin İsviçre vatandaşlığını kazanabilmesi için, altı yıldan beri İsviçre vatandaşı ile evlilik birliği içinde yaşıyor olması ve İsviçre ile sıkı bağlantısının bulunması şartıyla istisnaî vatandaşlığa alınmadan yararlanarak İsviçre vatandaşlığına alınabilecektir(art. 28 BüG).

ise, yabancı kadına Türk vatandaşlığını kazandırmaya yetecektir.

Türk hukukunda, muvazaalı evlenmelerle ilgili olarak ne Medenî Kanunda ne de Vatandaşlık Kanununda bir müeyyide öngörülmüştür. Bu sebeple, muvazaalı evlenmeler, diğer muvazaalı işlemlerden farklı olarak, geçerli bir evlenmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu durum, tarafların gerçekte evlenme iradeleri olmamasına rağmen, sırf Türk vatandaşlığını kazanmak amacı ile göstermelik evlilikler yapmasına ortam hazırlamaktadır. Özellikle, eski doğu bloğu ülkelerinden gelen bir kısım kadınların, Türkiye’de daimi ikamet sahibi olmak ve sınır dışı edilme korkusu yaşamamak için, Türk erkekleri ile muvazaalı evlilik yaptıkları ve bu şekilde Türk vatandaşlığını kazandıkları görülmektedir. Vatandaşlık Kanunda bu tür evlilikler yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasına engel olucu bir kısım tedbirlerin alınmasına ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir¹⁰.

13.1.2003 tarihili tasarıda muvazaalı evlenmeler yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasını önlemeye yönelik bir kısım tedbirler öngörülmektedir. Buna göre, “Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülkî idare âmirine, yurt dışında ise Türk konsoloslarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar”.

Tasarı, mevcut düzenlemeye göre, önemli farklılıklar içermektedir.

İlk olarak; yalnızca yabancı kadın eşler değil, aynı zamanda yabancı erkek eşler de, evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanabileceklerdir. Dolayısıyla, mevcut pozitif düzenlemeden farklı olarak, evlenmenin vatandaşlığa etkisi bakımından kadın erkek eşitliği nazara alınmaktadır. Başka bir ifade ile, evlenme ile vatandaşlığın kazanılmasında cinsiyetten kaynaklanan eşitsizlik bertaraf edilmektedir. Bu yönü ile yapılması öngörülen değişikliğin isabetli olduğunu söylemek gerekir.

İkinci olarak, Türk vatandaşlığının evlenme anında “salt beyana dayalı” kazanılma ihtimali bertaraf edilmiştir.

Evlenmeye bağlı olarak Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen mevcut pozitif düzenlemede en fazla ihlâl edilen ve dolayısıyla yoğun eleştiri konusu yapılan düzenleme kaldırılmaktadır.

¹⁰ DOĞAN Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, b.2, Ankara 2002, s.75; NOMER, 67.

Tasarıya göre, yabancı eşin evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, tarafların;

- üç yıldan beri evli olması,
- birlikte yaşamaları ve

- evliliğin devam ediyor olması gerekli görülmüştür. Ancak, tasarıda tespit edilmiş olan şartların gerçekleşmesi ve yabancı eşin talepte bulunması onun Türk vatandaşlığını kazanması için yeterli olmayacaktır. Ayrıca, ilgili hakkında bir soruşturma yapılması ve soruşturma sonunda vatandaşığa alınmasında herhangi bir engelin bulunmaması da gereklidir. Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı eşin talepte bulunması hâlinde, öngörülen şartların yerine gelip gelmediği İçişleri Bakanlığınca resen araştırılacaktır. Şayet, şartların gerçekleştiği tespit edilir ise, kişi Türk vatandaşlığını kazanacaktır.

Tasarıda, kişinin Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için önemli bir şart daha öngörülmektedir. Kişi hakkında yapılacak soruşturma sonunda, kişinin vatandaşlığına alınmasında bir engelin bulunmaması gereklidir. Tasarıda soruşturmanın kapsamı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, TVK. m.11/3 çerçevesinde soruşturma yapılacağı kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla yapılacak soruşturma, kişinin ülke güvenliği bakımından tehlike teşkil edip etmemesi noktasında olacaktır. Şayet, yapılan soruşturma sonunda, kişinin ülke güvenliği bakımından tehlike teşkil ettiğine kanaat getirilir ise, öngörülen şartlar gerçekleşmiş olsa da, evlenme yolu ile Türk vatandaşlığı kazanılamayacaktır.

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen yeni hüküm, karşılaştırmalı hukukta kabul edilen esaslara uygun bir düzenleme içermektedir. Ancak, evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin hükmün uygulanmasını göstermek üzere bir yönetmelik çıkarılmasından bahsedilmektedir. Buna göre, “Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca çıkartılacak Yönetmelikle belirlenir”(m.5/5). Öngörülen yönetmeliğin gereğini anlamak güçtür. Çünkü, yürürlükte bulunan “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”, Kanunda yapılacak değişiklikler çerçevesinde revize edilecektir. Hâl böyle iken, bir yönetmelik daha çıkarılması, karışıklığa sebep olmaktan başka bir anlam ifade etmeyecektir.

b) Vatansızlığın Önlenmesi

Türk vatandaşı ile evlenen kişinin, vatansız olması veya evlenmekle eski vatandaşlığını kaybetmesi hâlinde, vatansızlığı önlemek amacı ile bu gibilerin evlenmeye bağlı olarak kendiliğinden vatandaşlık kazanması kabul edilmiştir. Mevcut düzenlemede, Türk erkeği ile evlenen yabancı kadının vatansız olması veya evlenmekle eski vatandaşlığını kaybetmesi hâlinde, vatansız kalmasını önlemek için, kanun hükmü gereği, Türk vatandaşlığı bahşedilmiştir. Başka bir ifade ile, vatansız olan veya evlenmekle vatansız kalan kadın, Türk erkeği ile evlendiğinde, kendi iradesi olmasa dahi, Türk vatandaşlığını kanun hükmü gereği kendiliğinden kazanacaktır. Ancak, kadın belli bir ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı ise ve bu ülke vatandaşlık hukukunda kadının vatandaşlıktan ayrılabilmesi, yabancı bir ülke vatandaşlığını kazanmasına bağlanıyor ise, kanunun 5. maddesinin aradığı manada vatansızlık hâli oluşmamaktadır. Çünkü, kadın evlendiği anda belli bir ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlıdır ve Türk vatandaşı ile evlenmesi onun vatandaşlığını kaybetmesine neden olmamaktadır. Bu hâlde, kanun hükmü gereği kendiliğinden Türk vatandaşlığının kazanılması kabul edilemez.

Mevcut pozitif düzenlemede, vatansızlığın önlenmesi amacı ile Türk vatandaşlığının kazanılması, yalnızca yabancı kadın eş bakımından kabul edilmiş olmasına rağmen, tasarıda bu ayırım ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla, Türk vatandaşı ile evlenen yabancı kadın veya erkek, vatansız olur veya evlenmekle eski vatandaşlığını kaybederse, evlenmeye bağlı olarak kanun hükmü gereği, Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanacaktır.

3. Batıl Evlenmelerin Vatandaşlığa Etkisi

Yabancı kadına Türk vatandaşlığını kazandıran evlenme batıl ise, butlan kararının kadının kazanmış olduğu Türk vatandaşlığına etkisi ne olacaktır? Kanunda yer alan düzenlemeye göre, “Evlenmenin butlanına karar verilmesi hâlinde akitte hüsnüniyetli olan kadın, Türk vatandaşlığını muhafaza eder”(TVK. m.5/2). Bu hükme göre, butlan sebeplerini bilen, başka bir ifade ile akitte hüsnüniyetli olmayan kadın, evliğin butlanına karar verilmesiyle birlikte, Türk vatandaşlığını herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kaybedecektir. Ancak, kaybın söz konusu olabilmesi için, evlenmenin batıl olduğunun hâkim kararı ile hüküm altına alınması gereklidir. TVK.’da Türk vatandaşlığının hangi anda kaybedilmiş olacağı hususunda her hangi bir hüküm yoktur. Ancak bu bir boşluk yaratmaz. Zira, MK.’da, batıl evlenmelerin, butlanına karar verinceye kadar

geçerli bir evlenmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin hüküm ve evliliğin butlanının ancak hâkim kararı ile hüküm ifade edeceğine dair hükümleri birlikte düşündüğümüz takdirde, batıl evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanan kadın hüsnüniyetli değil ise, kazanmış olduğu Türk vatandaşlığı, hâkimin butlan kararı vermesi ile kendiliğinden ve hüküm anından itibaren sona erecektir.

Batıl evlenmelerde, yabancı kadın eş iyi niyetli ise, yani, evlenmenin batıl olduğunu bilmiyor ise, butlan kararı verilmesi kadının evlenmeyle kazanmış olduğu Türk vatandaşlığına etki etmeyecektir. Bu hâlde evlenmenin boşanma veya ölüm sebebi ile sona ermesinde olduğu gibi, kadın Türk vatandaşı olarak kalmaya devam edebileceği gibi, seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından da ayrılabilir.

Batıl evlenmelerden olan çocukların durumu ise, kanunda açık olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “Butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuklar, ana veya babaları hüsnüniyetli olmasalar dahi Türk vatandaşlığını muhafaza ederler”(m.5/3) hükmüne yer vermiştir. Bu hükümden hareket edildiğinde, ana veya babalarının iyi niyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın batıl evlenmelerden doğan çocuklar, Türk vatandaşı olarak kalmaya devam edeceklerdir. Bu sonuç, Medenî Kanunda batıl evlenmelerin, butlan kararı verilinceye kadar geçerli bir evlenmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağına dair hükmü ile uyumludur.

Batıl evlenmelerin vatandaşlığa etkisi hususunda mevcut düzenleme ile esasta uyum vardır. Ancak, tasarıda evlenme ile vatandaşlığın kazanılması bakımından kadın erkek eşitliği nazara alındığından, batıl evlenmelerin vatandaşlığa etkisi bakımından da kadın erkek eşitliği nazara alınmıştır. Dolayısıyla, batıl evlenmeye dayanarak vatandaşlık kazanan yabancı eş, kadın veya erkek olmasına bakılmaksızın evlenmede iyi niyetli ise, kazanmış olduğu Türk vatandaşlığına etki etmeyecektir.

B) Yeniden Vatandaşlığa Alınma

Yeniden vatandaşlığa alınma, vatandaşlığını herhangi bir şekilde kaybetmiş kişilerin tekrar vatandaşlığa alınmalarını sağlayabilmek için kabul edilmiş bir kurumdur¹¹. Bu esas TVK.’da, “Bu kanuna göre

¹¹ Bir kısım ülke hukuklarında da yeniden vatandaşlığa alınma müessesesine yer verildiği görülmektedir. İsviçre hukukunda yeniden vatandaşlığa alınmak için gerekli şartlar, kanunda tespit edilen (art.21 veya 23) kişi gruplarından olmalı, İsviçre ile bağlılığı devam ediyor olmalı, yeniden vatandaşlığa alınmaya layık olmayan kişilerden olmamalı ve İsviçre’nin iç ve dış güvenliğini tehlikeye

Türk vatandaşlığını kaybetmiş olanları, Bakanlar Kurulu ikamet şartı aranmaksızın yeniden vatandaşlığa alabilir. 35 inci madde hükmü saklıdır”(TVK. m.8) şeklinde ifade edilmiştir.

Türk Vatandaşlık Kanununa göre yeniden vatandaşlığa alınma hakkından yararlanacak olanlar 35 inci madde hükmü saklı kalmak şartı ile bu kanuna göre vatandaşlığını kaybetmiş olan kişi gruplarıdır. Başka bir ifade ile, vatandaşlığı “*çıkarma*” müeyyidesi haricinde herhangi bir sebeple kaybetmiş olan kişiler, yeniden vatandaşlığa alınma yolundan istifade ederek Türk vatandaşlığına dönebilirler¹². Ancak, Vatandaşlık Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte, yeniden vatandaşlığa alınma hakkından yararlanabilecek kişi grupları sayılmıştır. Buna göre,

“a) Türk Vatandaşlığı Kanununun 19 uncu maddesi uyarınca yabancı erkekle evlenmek ve kocasının uyrukluğunu seçmek suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kadınlardan bu Yönetmeliğin 20 inci maddesindeki seçme hakkı süresini geçirenler.

b) Resmî izinle Türk vatandaşlığından çıkanlar,

c) Türk Vatandaşlığı Kanununun 25 inci maddesi gereğince Bakanlar Kurulunca Türk Vatandaşlığını kaybettiklerine karar verilenler”(m.12).

Görüldüğü gibi, Yönetmelikte, Türk vatandaşlığının kaybı sebeplerinin bir kısmı sayılmamıştır. Bunlar; seçme hakkına sahip çocuklardan süreyi kaçırınlar, vatandaşlığı iptal edilenlerden sınırdışı işlemine tabi tutulmayanlar.

Tasarıda yeniden vatandaşlığa alınmayı düzenleyen 8. maddede¹³ öngörülen değişiklikte esas itibarıyla iki husus önem arz etmektedir. İlk olarak, yeniden vatandaşlığa alınma hakkından

koymuyor olması şartları aranmaktadır(art. 18 BüG.). Alman hukukunda ise, kişinin fiil ehliyetine sahip olması, Yabancılar Kanununa göre sınır dışı etmek için aranan sebeplerin bulunmaması şartlarının varlığı aranmaktadır(art. 13 StAG).

¹² **ULUOCAK**, 113.

¹³ “Madde 2- 11.2.1964 tarihli 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 8 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 8- Bu Kanuna göre Türk vatandaşlığını kaybetmiş olanlardan; 19 uncu madde uyarınca yabancı erkekle evlenmek ve kocasının uyrukluğunu seçmek suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden ve 13 üncü maddede öngörülen süreyi geçiren kadınlar ile 20 inci madde uyarınca izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanlar İçişleri Bakanlığınca, 25 inci madde uyarınca Bakanlar Kurulunca Türk vatandaşlığını kaybettiklerine karar verilenler ise Bakanlar Kurulu kararıyla, ikamet şartı aranmaksızın, yeniden vatandaşlığa alınabilir”.

yararlanacak kişi grupları, kanundan farklı ve fakat mevcut yönetmeliğe uygun olarak sayma suretiyle tespit edilmektedir. Tasarının kanunlaşmasıyla, Türk vatandaşlığını “çıkarma” müeyyidesi ile kaybedenler haricinde herhangi bir sebeple kaybetmiş olanlar, yeniden vatandaşlığa alınma müessesesinden yararlanarak Türk vatandaşlığını kazanamayacaklardır.

İkinci olarak, yeniden vatandaşlığa alınacak kişi gruplarına göre vatandaşlığa alma kararını verecek makam da değişmektedir. İzin almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanlar ile evlenme yolu ile Türk vatandaşlığından ayrılan ve kendisinin Türk vatandaşlığını kaybetmesini sağlayan evlenmenin sona ermesinden itibaren kanunî süresinde seçme hakkından yararlanamayan kadının Türk vatandaşlığına alınmasında İçişleri Bakanlığı yetkili kılınmışken, kaybettirme yolu ile Türk vatandaşlığından ayrılanların yeniden vatandaşlığa alınmasında yetki Bakanlar Kuruluna verilmektedir. Tasarıda bu ayırımın gerekçesi, işlemlerin hızlandırılması olarak kabul edilmiştir.

TVK. m.10 vd.’da öngörülen usule uygun olarak talep üzerine ilgili şahıs yeniden Türk vatandaşlığına alınabilecektir.

C) Diğer Hükümler

Tasarıda öngörülen diğer değişiklikler ise, esasa ilişkin olmayıp karar almaya yetkili makamlarda değişiklik öngörmektedir.

Vatandaşlıktan çıkma iznini vermeye yetkili makam hususunda da değişiklik öngörülmektedir. Mevcut düzenlemede, çıkma iznini vermeye yetkili makam Bakanlar Kuruludur. Kanunda yer alan hükme göre, öngörülen şartları şahsında taşıyan kişilere Bakanlar Kurulu çıkma izni verecektir(m.20). Başka bir anlatımla, Bakanlar Kurulunun bağlı yetkisi kabul edilmiştir. Öngörülen şartların gerçekleşmesi ile çıkma izni verileceğine göre, yetkinin Bakanlar Kurulunda olması işlemi uzatacağından, çıkma talebinde bulunan kişinin mağdur olmasından başka bir anlam taşımamaktadır. Bakanlar Kurulu, şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmekte ve şartların gerçekleşmesi hâlinde, çıkma iznini vermektedir¹⁴. Dolayısıyla, bu

¹⁴ “Madde 3- Türk Vatandaşlığı Kanununun 20 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 20- Türk vatandaşlığından çıkma izni, aşağıdaki şartların varlığı hâlinde İçişleri Bakanlığınca verilebilir.

a) Mümeyyiz ve reşit olmak,

c) Herhangi bir nedenle yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya başka bir devlet vatandaşlığını kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler

tespitinin İçişleri Bakanlığınca yapılmasında bir mahsur olmadığı gibi, işlemleri de hızlandıracaktır. TVK. m.20’de öngörülen değişikliğe paralel olarak TVK. m.29’da da¹⁵ değişiklik yapılması doğaldır¹⁶.

Ancak, vatandaşlıktan çıkmayı düzenleyen 20. maddede değişiklik öngörüldüğüne göre, doktrinde yapılan eleştirilerin de nazara alınması isabetli olurdu. Doktrinde, haklı olarak, yabancı devlet vatandaşlığının kazanılacağına ilişkin inandırıcı emarelerin aranmasının gereksiz olduğu savunulmaktadır¹⁷. Çünkü, kişiye yabancı devlet vatandaşlığının kazanılması yönünde izin verilmiş olması, kişinin Türk vatandaşlığını kaybetmesi sonucunu doğurmamaktadır. Kişi, izin belgesinin süresi içinde yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanır ise, ancak bu durumda kendisine çıkma belgesi verilmektedir. Bu sebeple, kişiye çıkma izni verilebilmesi için, yabancı bir devlet vatandaşlığının kazanılacağına ilişkin inandırıcı emarelerin aranmasına gerek yoktur. Dolayısıyla, talepte bulunan reşit ve mümeyyiz herkese çıkma izninin verilmesi yönünde bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Diğer bir değişiklik de, TVK. m.32’de öngörülmektedir. Mevcut düzenlemeye göre, çocuğun velâyetine sahip ana veya babanın Türk vatandaşlığından çıkması hâlinde, çocuklar da ona bağlı olarak Türk vatandaşlığından çıkmaktadırlar. Dolayısıyla, çocuğun vatandaşlığında Türk vatandaşlığından çıkan ana veya babaya bağlı olarak ve diğer ebeveynin iradesi nazara alınmadan değişiklik olmaktadır. Özellikle, 15 yaşından büyük çocukların vatandaşlığı kaybetmesi için yazılı muvafakatine ihtiyaç olmasına rağmen, küçük çocuklar, velâyet hakkına sahip ebeveyne bağlı olarak, Türk vatandaşlığından çıkmaktadırlar. Bu sonuç, ana baba arasında ihtilâfların

bulunmak”.

¹⁵ Madde 4- 403 Sayılı kanunun 29 uncu maddesinde yer alan “Bakanlar kurulundan” ibaresi “İçişleri Bakanlığında” şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁶ TVK. m.29’da yapılan değişiklik hususunda İçişleri Bakanlığı Vatandaşlık İşleri genel Müdürlüğünün uygulamaları kanundan beklenen amacı sınırlayıcı niteliktedir. Genel Müdürlük, ilgili maddeyi lafzî yorma tabi tutmaktadır. Buna göre, “Türk vatandaşlığından çıkma izni almak üzere müracaat ettiklerinde herhangi bir şekilde yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olan kişiler bu hüküm dışında kalmakta ve belirtilen haklardan yararlanmaları kanunen mümkün olmamaktadır” şeklinde bir yorum yapmaktadır (www.nvi.gov.tr/vatand/vatandaslik.html). Bize göre, kanunun amacı yabancı devlet vatandaşlığını kazanma hakkına sahip olan kişilerin, Türkiye’deki haklarının hâeldar olmasına engel olmak ve bu gibilerin yabancı devlet vatandaşlığını kazanmalarını bir nevi teşvik etmektir. Hâl böyle olunca, lafzî yorum yerine gaî yorum yapılmalıdır. Dolayısıyla, herhangi bir yolla yabancı bir devlet vatandaşlığını kazandıktan sonra, Bakanlar Kurulundan çıkma izni olarak Türk vatandaşlığından çıkan kişiler de TVK. m.29’da getirilmiş istisnâ nitelikli haklardan yararlanacaklardır. Danıştay’ın da aynı yönde kararları bulunmaktadır. Danıştay 10. D., E.2000/3814, K.2002/1250.

¹⁷ **NOMER**, 101.

çıkmasına sebep olmaktadır. Mevcut tasarıda, velâyet hakkına sahip olan ana veya babanın Türk vatandaşlığından çıkması hâlinde, diğerinin muvafakat etmesi ile çocukların vatandaşlığında değişiklik olacaktır. Diğer ebeveynin muvafakat etmemesi hâlinde, mahkemeden alınacak karara göre işlem yapılacağı kabul edilmektedir¹⁸. Öngörülen bu değişiklik, mevcut düzenleme sebebi ile ortaya çıkan ihtilâfları önemli ölçüde bertaraf edecektir.

II. Değerlendirme

Mevcut tasarıda olumlu hükümler bulunmasına rağmen, yeterli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu sebeple, Türk Vatandaşlık Kanununda 1981 yılından beri yapılan değişiklikler ve son değişiklik tasarısı çerçevesinde genel bir değerlendirme yapılması isabetli olacaktır. Bu bağlamda önceki dönemde yapılan değişikliklerden 20.4.1989 tarih ve 3540 sayılı Kanun, 27.5.1992 tarih ve 3808 sayılı Kanun ve nihayet yapılan değişikliklerden etkilenen TVK. m.40'ın özel olarak ele alınmasında fayda görmekteyiz.

A) Vatandaşlığı Kazanma Anı, Şartlı Vatandaşlık

20.4.1989 tarih ve 3540 sayılı kanunla Türk Vatandaşlık Kanununda yapılan değişiklikle birlikte, yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınan kişilerin, vatandaşlığı kazanma anının tespitinde “şart” kavramına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, vatandaşlığın kazanılma anı da, şartlı veya şartsız vatandaşlığa alınmaya göre farklılaşmaktadır.

Bakanlar Kurulu, kanunda öngörülen şartları şahsında taşıyan kişiyi şartsız olarak vatandaşlığa alır ise, vatandaşlığın kazanılma anı,

¹⁸ “Madde 32- Türk vatandaşlığından çıkan babanın küçük çocukları,
a) Ananın ölmüş bulunması,
b) Ananın yabancı olması,
c) Velâyetin babada bulunması ve ananın yazılı muvafakatinin alınması,
Hallerinde babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybederler. Ancak, ananın muvafakat etmemesi durumunda mahkemeden alınacak karara göre işlem yapılır.
Türk vatandaşlığından çıkan ananın küçük çocukları;
a) Babanın ölmüş bulunması,
b) Babanın belli olmaması,
c) Babanın yabancı olması,
ç) Velâyetin anada bulunması ve babanın yazılı muvafakatinin alınması,
Hallerinde, analarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybederler. Ancak, babanın muvafakat etmemesi durumunda mahkemeden alınacak karara göre işlem yapılır.
Baba ve anaya bağlı olarak vatandaşlığın kaybı, çocuk 15 yaşından büyük ise yazılı muvafakatine bağlıdır.
Bu madde hükümleri gereğince vatandaşlığın kaybı çocukları vatansız kılacak ise çocuklar Türk kalır”.

Bakanlar Kurulu karar tarihidir (TVK. m.10/1). Şartlı olarak vatandaşlığa alınmada ise, “Bakanlar Kurulunca bir şarta bağlı olarak vatandaşlığa alınmasına karar verilenler için vatandaşlığa alınma kararı, bu şartın yerine getirildiğinin İçişleri Bakanlığınca tespit edildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder”(TVK. m.10/2). Bu düzenlemeye göre, Türk vatandaşlığına geçmek isteyen kişiyi, Bakanlar Kurulu vatandaşlığa alırken bir kısım şartlar ileri sürebilecektir. Vatandaşlığa alınma talebinde bulunan kişi, öngörülen süre içinde tespit edilen şartları yerine getirmez veya getiremez ise, vatandaşlığa alınma kararı iptal edilecektir. Kanunda yer alan düzenlemeye göre, “iki yıl içerisinde şartların yerine getirilmemiş olması hâlinde İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine vatandaşlığa alınma kararı Bakanlar Kurulunca iptal edilir”(TVK. m.10/3)¹.

Kanunda yer alan bu düzenlemede, Bakanlar Kurulu kişiyi vatandaşlığa alırken bir kısım şartlar ileri sürebilecektir. Ancak, kanunda nelerin “şart” olarak ileri sürülebileceği hususunda bir açıklık yoktur. Kanunun gerekçesinden, çifte vatandaşlığın önlenmesi gayesiyle şartlı vatandaşlığın kabul edildiği anlaşılmaktadır². Ancak, kanun koyucunun amacının kanun metnine yansıdığını söyleyebilmek

¹ 3540 sayılı Kanunla getirilen şartlı olarak vatandaşlığa alınmanın gerekçesinde, “kişilerin bazı hâllerde Bakanlar Kurulu kararı verilmeden önce, vatandaşlığa alınabilmesi için, özellikle çifte tâbiyetin önlenmesi bakımından ilgilinin aslı vatandaşlığından çıkması istenmektedir. Bunun için İçişleri Bakanlığınca kendisinin vatandaşlığa alınacağı, ancak aslı vatandaşlığından çıkması gerektiği bildirilmekte ve çıktığını gösterir belgeyi getirmesi hâlinde vatandaşlığa alınma işlemi sonuçlandırılmaktadır”, ifadesine yer verilmiştir.

² Danıştay kararına konu olan bir olayda, Ankara 8. İdare Mahkemesi 9.6.1999 T. Ve E. 1998/1293, K.1999/611 sayılı kararında, “Azerbaycan vatandaşı olan davacının Türk vatandaşlığına alınma talebinin davalı idarece “Vatandaşlıkla İlgili Konuların uygulanmasına ilişkin Yönerge” hükümleri uyarınca verilen süre içerisinde Azerbaycan vatandaşlığından çıkmadığından bahisle reddedilmesinde, Üst Hukuk normu olan 403 sayılı yasada öngörülen şartlar haricinde Yönetmelikle ya da Yönergeyle kısıtlayıcı hükümler getirilmesinin mümkün olmadığı, davacının vatandaşlığa alınma şartlarını taşıdığı, salt yönerge hükmünden bahisle işlem tesis edilemeyeceği” gerekçesi ile işlemi iptal etmiştir. Kararı temyiz üzerine inceleyen Danıştay ise, “403 sayılı Kanunda yer alan koşulların varlığı hâlinde vatandaşlığa alınma konusunda Devletin egemenlik hakkına dayalı takdir yetkisi bulunmaktadır.

... Bu durumda, egemenlik hakkı kapsamında bulunan bir olaya dayalı takdir yetkisinin kullanımındaki kriterlerin yönergeyle belirlenmesinde üst hukuk normuna aykırılıktan bahsedilemeyeceği gibi, Türk vatandaşlığına geçebilmesi için kendi vatandaşlığından ayrılması konusunda tanınan süre içinde bu yönde girişimde bulunmayan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukukî isabet bulunmamaktadır”. Danıştay 10.D., E.1999/5039, K.2000/2825.

mümkün değildir. Kanunda yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınma ile ilgili hükümlerde, şart kavramından bahsedilmemektedir. Bu durum, Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Anayasada yer alan hükme göre, “Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır”(m.66/3-c.1). Kanunda, yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınmaya ilişkin hükümlerde olmayan bir hususun, Bakanlar Kurulunca şart olarak ileri sürülmesi, kanunilik esası ile çelişmektedir. Çünkü, mevcut düzenlemede, Bakanlar Kurulunun hangi hususları şart olarak ileri süreceğine dair bir açıklık yoktur. Mevcut tasarıda bu çelişkinin giderilmesi yönünde düzenlemeler yapılması isabetli olacaktır. Başka bir ifade ile, şartlı vatandaşlığa alınmanın gerekçesi olan, çifte vatandaşlığa mahal verilmemesi esasının Kanuna açıkça dercedilmesi isabetli olacaktır.

B) Vatanda Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler Sebebi İle İrade Dışı Kayıp

1. Genel Olarak

Devletler, güvenliklerini veya menfaatlerini ağır biçimde zedeleyen kişilere, prensip itibarıyla maddî hukukları çerçevesinde müeyyide uygulama yoluna giderler. Ancak, bazı hâllerde bu tür kişilere iç hukuk kurallarından hareketle maddî bir müeyyide uygulama imkanı olmayabilir. Bu gibi hâllerde, kişiye, vatandaşlık hukuku anlamında müeyyide uygulama yoluna gidilmekte ve kişinin vatandaşlığına son verilmektedirler. Karşılaştırmalı hukukta bir kısım eylem ve davranışlarda bulunan kişilere maddî hukuk anlamında müeyyide uygulanmadığı hâllerde, vatandaşlık hukuku anlamında müeyyide uygulama yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, kişinin iradesi dışında bir müeyyide olarak vatandaşlığına son verilebilecektir. Yetkili makam kararı ile kişinin iradesi dışında vatandaşlığına son verilmesi, insan haklarına ve vatandaşlık hukukunun genel prensiplerinden “herkesin bir tâbiyeti olmalıdır” ve “kişi tâbiyetini seçmede serbest olmalıdır” direktif ilkelerine aykırı olduğu kabul edilmektedir. Buna rağmen, günümüzde hemen bütün hukuk sistemlerinde “vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler”den dolayı kişinin iradesi dışında vatandaşlığına son verilebileceği kabul edilmektedir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, şahısların keyfî olarak vatandaşlıktan çıkarılmayacakları kabul edilmiştir(m.15). Dolayısıyla, milletlerarası hukukta, “keyfî” olmamak şartıyla, devletin tek yanlı olarak, kişinin iradesi dışında vatandaşlığına son verebileceği kabul edilmektedir. Vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemlerin neler olduğunun önceden objektif olarak tespit edilmesi ve verilen kararların yargı denetimine tabi olması “keyfî” olmama kriteri için gerekli görülmektedir³.

³ NOMER, 121 vd.; ULUOCAK, 80 vd.; DOĞAN, 131 vd.

Türk hukukunda vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler “kaybettirme” ve “çıkarma” olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiştir. Bu hükümler nazara alındığında, milletlerarası hukukta kabul edilen “keyfi” olmama kriterine uygun olduğu söylenebilir.

Ancak, vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemleri düzenleyen hükümlerin uygulanmasıyla ilgili olarak bir kısım hatalar yapılmış, buna bağlı olarak yapılan değişiklikler yeni hataları beraberinde getirmiştir. Bu sebeple, vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler hakkında genel bir değerlendirme yapılmasında fayda görmekteyiz.

2. 27.2.1992 tarih ve 3808 Sayılı Kanun

Önceki düzenlemelerde⁴, ıskat hem Türk vatandaşlığını aslen kazanmış olanlar hem de müktesep vatandaşlar için uygulanabilen bir müeyyide idi. 403 sayılı Vatandaşlık Kanununda çıkarma (ıskat), prensip olarak Türk vatandaşlığını sonradan kazanmış olanlar için kabul edilmiş, aslî vatandaşlar için yalnızca savaş hâlinde müracaat edilebilecek bir müeyyide olarak öngörülüyordu. Ancak, 13.12.1981 tarih ve 2383 sayılı Kanunla TVK.’da yapılan değişiklikle, çıkarmanın kapsamına dahil olan fiilleri işleyen aslî Türk vatandaşları için, normal zamanlarda, kaybettirme müeyyidesi uygulanabileceği kabul edilmişti(TVK. m.25/g). Bu hükme göre; "*Yurt dışında bulunup da Türkiye Cumhuriyetinin iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadî veya malî güvenliği aleyhinde faaliyette bulunan veya yurt içinde bu tür faaliyetlerde bulunup da her ne suretle olursa olsun yurt dışına çıkan ve hakkında kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya hükmün infazına olanak bulunmayan ve gelmesi için yapılan duyuruya rağmen üç ay içinde, sıkıyönetim ve olağanüstü hâllerde bir ay içinde yurda dönmeyen*" kişiler hakkında kaybettirme kararı verilebilmekteydi.

Yürürlükte kaldığı yaklaşık on yıllık süre içinde, uygulamadaki hatalar sebebi ile oldukça eleştirilmiş olan bu düzenleme 27.2.1992 tarih ve 3808 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. TVK. m.25/g bendinin yürürlükten kaldırılmasından önceki dönemde verilen kararlar, genel olarak incelendiğinde şu görülmektedir. Kişi hakkında devletin iç ve dış güvenliği ya da iktisadî ve malî güvenliği aleyhine faaliyette bulunduğu yolunda bir isnat yapılmakta ve bu isnada dayanarak Türk vatandaşlığını kaybettirme kararı verilmekteydi. Ancak, yargılama sonunda, hakkında kaybettirme kararı verilen kişilerin “isnat “edilen fiilî işlemedikleri ortaya çıkmaktaydı. Uygulamadaki bu tür hatalar Danıştay kararlarında da açık olarak

⁴ Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnamesi ve 1928 tarih ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununda ıskat müessesine yer verilmiştir.

görülmektedir⁵. TVK. m.29/g için yapılan eleştiriler aynı şekilde TVK. m.26'da yer alan "çıkarma" bakımından da geçerlidir. Çünkü, iki düzenleme birbiriyle aynı niteliktedir.

Hem kaldırılan TVK. m.25/g ve hem de TVK. m.26'nın uygulanması bakımından, kişiye isnat edilen fiilî işlediği sabit değildir. Bu hükümlere bakıldığında üç değişik hâlin nazara alındığı görülmektedir; "*kamu davası açulamaması*", "*ceza kovuşturması yapılamaması*" veya "*hükümün infazının mümkün olmaması*". Son hâlde, kişinin, isnat edilen fiilî işlediği yargı kararı ile kesinleşmiştir. Ancak ilk iki hâlde, kişinin isnat edilen "suç niteliğinde"ki fiilî işleyip işlemediği ve hatta fiilî suç teşkil edip etmediği belli değildir. Çünkü, kanun kaybettirme veya çıkarma kararının verilebilmesini, kişinin, isnat edilen fiilî işlediğinin yargı kararı ile kesinleşmiş olmasına bağlamamıştır. Kanuna göre, Türkiye Cumhuriyetinin iç ve dış güvenliği ile iktisadî veya malî güvenliği aleyhine kanunun suç saydığı şekilde faaliyette bulunmuş olma yolunda bir isnadın varlığı dahi, kaybettirme veya çıkarma kararının verilebilmesi için yeterli görülmüştür. Kişinin fiilî işlemiş olmasının yargı kararı ile kesinleşmiş olması aranmamıştır.

Bize göre, kanunda yer alan bu düzenleme tarzı yerinde değildir. Çünkü, kişiye "Türkiye Cumhuriyetinin iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadî veya malî güvenliği aleyhinde faaliyette bulunma"

⁵ "Dava dosyasındaki belgelerin incelenmesinden, Cumhuriyet Savcılığınca yapılan sorgulaması sonucunda davacı hakkında TCK'nun 141/1-2, 142/1-4; 311,312, 159, 536. maddelerini ihlal suçundan İstanbul 2 no'lu Sıkıyönetim Mahkemesinde kamu davası açıldığı, sıkıyönetimin kalkması üzerine dava dosyasının İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderildiği, bu mahkemece verilen 6.1.1987 günlü ve E.1986-78; Müt:1987-1 sayılı müteferrik kararı ile, sanığın yurt dışında bulunması sebebiyle savunmasının tespitine ve davanın sonuçlandırılmasına olanak bulunmadığına, hakkında 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu ile yönetmelik hükümlerinin tatbiki gerektiğine karar verilerek gereği yapılmak üzere belgelerin C.Savcılığı tetkik bürosuna gönderildiği, bunun üzerine 403 sayılı Kanun ile buna ilişkin yönetmeliğin öngördüğü biçimde yapılan yurda dön duyurusuna rağmen verilen sürede yurda dönmemesi üzerine Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Ancak, İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen ve sanığın yurt dışında bulunması nedeniyle savunmasının tespitine ve davanın sonuçlandırılmasına olanak bulunmadığı hakkındaki 6.1.1987 günlü ve E.1986-78; K.1990-77 sayılı kararı ile beraat etmiştir.

Bu durumda, 403 sayılı Kanunun 25. Maddesi (g) bendinde öngörülen, çağrıya uymaması nedeniyle kamu davasının sonuçlanmaması durumu olayda söz konusu olmadığı gibi, davanın sonuçlanmasıyla da çağrı sebepsiz kalmıştır.

Hâl böyle olunca, davacının Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine ve mallarının hazinece tasfiye edilmesine ilişkin işlemde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dayanaktan yoksun bulunan dava konusu işlemin iptaline ... oybirliği ile karar verildi". Danıştay 10.D. E.1990/2381, K.1991/2208 (DD. 84-85, 1992, s.787-789).

fiilini işlediği isnat edilmekte, ancak fiilın kişi tarafından işlendiğinin yargı kararı ile kesinleşmesi aranmamaktadır. Dolayısıyla, yürürlükten kaldırılan 25/g’de olduğu gibi, çıkarma kararının gerekçesini de bir “*isnat*” oluşturmaktadır. Bu düzenleme şeklinin doğru olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Olması gereken, isnat edilen fiilın, kişi tarafından işlendiğinin yargı kararı ile kesinleştirilmesidir. Yargı kararı ile kesinleşmeyen isnatlara dayanarak, kişi hakkında vatandaşlık hukuku bakımından bir müeyyidenin uygulanması, hukuk mantığına ters gelmektedir. Çünkü, evrensel bir ilke olan ve Anayasada da kabul edilen (m.38) “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” şeklinde ifade edilen masumluk karinesi açık bir şekilde ihlâl edilmektedir. Burada uygulanan müeyyide her ne kadar ceza hukuku manasında değilse de, cezalandırıcı bir etkiyi haizdir. Dolayısıyla ceza hukuku alanındaki bu prensibe burada da riayet edilmesi uygun olacaktır.

Devletler, varlıklarını tehlikeye koyan fiilleri işleyen kişilere, maddî hukuk bakımından müeyyide uygulama imkanına sahip olamazlar ise, vatandaşlık hukuku bakımından müeyyide uygulayarak, vatandaşlıklarına son vermesi kabul edilebilir. Ancak, aynı nitelikteki fiilî işleyen kişilerden bir kısmına, vatandaşlık hukuku bakımından en ağır müeyyide olan “çıkarma” müeyyidesi uygulanırken, diğer bir kısmına hiçbir müeyyide uygulanmaması doğru olmasa gerekir. Bize göre, aynı tür fiilleri işleyen kişilere aynı veya en azından benzer nitelikli müeyyidenin uygulanması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Türk vatandaşlığını aslen kazananlar ile sonradan kazananlar arasında, uygulanacak müeyyide bakımından, önceki düzenlemede olduğu gibi farklılık getirilebilir. Türk vatandaşlığını aslen kazanan kişilerin öngörülen fiilleri işlemeleri hâlinde, vatandaşlık hukuku bakımından hiç müeyyide uygulamamak değil, eski düzenlemede olduğu gibi kaybettirme kararını uygulanmak isabetli olacaktır. Önceki düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde, uygulamadaki yanlışlıklar eleştirilmekteydi. Çünkü, hakkında kaybettirme kararı verilen kişilerden önemli bir kısmı, isnat edilen fiilleri işlemedikleri için haklarında beraat kararı verilmiştir. Olması gereken, TVK. m.25/g bendinin yürürlükten kaldırılması değil, uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi idi. Kanun koyucu, hatalı uygulamayı önleyecek düzenleme yapmak yerine, hükmü yürürlükten kaldırmayı tercih etmiştir.

Mevcut duruma göre, Türkiye cumhuriyetinin iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadî veya malî güvenliği aleyhine faaliyette bulunan ve yurt dışında olan kişi, Türk vatandaşlığını sonradan kazanmış ise, “çıkarma” müeyyidesi uygulanabilecek, Türk vatandaşlığını aslen kazanmış ise, hiçbir

müeyyide uygulanamayacaktır. İşlenen fiil bakımından herhangi bir farklılık yoktur. Fark, fiilî işleyen kişilerden birisinin Türk vatandaşlığını hasbelkader aslen kazanmış olmasıdır. Eşitliğe ve hukuk devleti ilkesine aykırı bu düzenlemenin mevcut tasarı ile düzeltilmesinde fayda olduğu kanaatindeyiz.

C) Kazaî Kontrol (İdarî Yargı)

Türk hukukunda, vatandaşlığa alınma veya vatandaşlığın kaybında, idare yetkili kılınmıştır. İdare, vatandaşlık hukuku alanında, ya yapıcı (ihdasî) ya da bildirici (izharî) kararlar alabilir. Kişinin Türk vatandaşlığına alınması ya da Türk vatandaşlığını kaybı sonucunu doğuran yapıcı nitelikli kararlar alma yetkisi prensip olarak Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Bildirici mahiyetteki kararlar ise, tamamlanmış bitmiş bir hukukî durumu ifade eden kararlardır. Bu tür kararları alma yetkisi ise, İçişleri Bakanlığına verilmiştir. İdarenin, vatandaşlık hukuku alanında alacağı yapıcı ya da bildirici mahiyetteki kararlarda, aleyhine karar verilen kişi, kararın hukuka aykırı olduğunu iddia edebilir. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak idarî kararlar yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Anayasanın 125 inci maddesinde ifadesini bulan bu ilke, vatandaşlık hukuku bakımından Anayasanın 66 maddesinde özel olarak ifade edilmiştir. Buna göre, “Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz”(m.66/4). Anayasada yer alan bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, sanki, yalnızca çıkarma kararlarına karşı yargı yoluna gidilebilecek, diğer kararlara karşı yargı yoluna gidilemeyecekmiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Tartışmalara neden olabilecek bu durum, Vatandaşlık Kanununun 40 ıncı maddesi ile açıklığa kavuşmaktadır. Buna göre, “Türk vatandaşlığı hakkında idarî makamlarca her ne şekilde olursa olsun verilen kararlar aleyhine Danıştaya başvurulabilir”. Kanunda yer alan bu ifadeden hareket edildiğinde, vatandaşlık hukuku alanında idarenin vereceği yapıcı ya da bildirici nitelikteki kararlara karşı yargı yoluna gidilebilecektir.

403 Sayılı Kanunun kabul edildiği dönemde, vatandaşlıkla ilgili yapıcı karar alma yetkisi Bakanlar Kuruluna, bildirici kararlar alma yetkisi ise İçişleri Bakanlığına verilmişti. Bu dönemde vatandaşlık hukuku alanında verilen kararlara karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay bakmaktaydı. Ancak, 1982 yılında İdarî Yargıda görev alanlarıyla ilgili değişiklikler yapılmış ve Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar, 2575 sayılı 1982 tarihli Danıştay Kanunu ile tespit edilmiştir. 2575 sayılı Kanunda “vatandaşlıkla ilgili kararlar” Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar içinde sayılmamıştır. Danıştay Kanununda, Bakanlar Kurulu kararlarına karşı Danıştay’da dava açılacağına kabul edilmesi sebebi ile, yapıcı kararlar bakımından iki kanun arasında uyum söz konusu idi(m.24/1-a). Ancak, zaman içinde Vatandaşlık Kanununda yapılan

değişikliklerde ve hâlihazırda meclis gündeminde bulunan tasarıda, Bakanlar Kurulunun yanında İçişleri Bakanlığına da yapıcı nitelikli karar alma yetkisi verilmiştir. Hâl böyle olunca, Vatandaşlık Kanununda yer alan hüküm ile Danıştay Kanununda yer alan hüküm arasında çelişki ortaya çıkmıştır. İki kanun arasında çelişkili hükümlerin bulunması hâlinde, kanunların niteliğinden hareketle bir sonuca ulaşılmaktadır. Çatışan kanunlardan önceki kanun genel sonraki özel ise, sonraki özel kanunun önceki genel kanun ile çatışan hükmünü, zımnen yürürlükten kaldırdığı kabul edilmektedir. Danıştay Kanunu, Vatandaşlık Kanunundan sonraki dönemde çıkarılmış özel bir kanundur. Bu sebeple, Vatandaşlık Kanununda yer alan hükmün, Danıştay Kanunca zımnen yürürlükten kaldırdığını kabul etmek gerekir.

Bize göre, TVK. m.40'ın "Türk vatandaşlığı hakkında İdarî makamlarca her ne şekilde olursa olsun verilen kararlar aleyhine İdarî Yargıya başvurulabilir" şeklinde anlaşılması isabetli olacaktır. Dolayısıyla, vatandaşlık hukuku alanında, Bakanlar Kurulunca alınmış yapıcı kararlara karşı, Danıştay'da dava açılacaktır. İçişleri Bakanlığınca alınacak yapıcı veya bildirici nitelikli kararlara karşı ise, İdare Mahkemelerinde dava açılacaktır. Danıştay da bu doğrultuda kararlar vermektedir⁶.

III. Sonuç

Meclis gündeminde bulunan mevcut tasarı, bir kısım sakıncaları içermesine rağmen genelde olumlu hükümler ihtiva etmektedir. Komisyonlarda yapılacak görüşmelerde mevcut olumsuzlukların bertaraf edileceğini ümit ediyoruz. Bize göre, mevcut tasarı, en azından muvazaalı evlenmeler yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasına engel olabilecek niteliktedir. Bu yönü ile olumlu bir gelişme olarak bakmak gerekir. Ancak, öngörülen değişikliklerde, yukarıda da belirttiğimiz gibi, doktrinde yapılan eleştiriler nazara alınmadığından, eleştirileri bertaraf edici nitelikte olmadığı gibi, yeni bir kısım ihtilâfları da beraberinde getirecektir.

Sonuç olarak, renk uyumu olmayan yamalı bohça hâline gelmiş olan Vatandaşlık Kanununun, parça parça değiştirilmesi yerine, günün şartları nazara alınarak bir bütün olarak ele alınıp değiştirilmesi isabetli olacaktır.

⁶ Bu tür kararlara örnek. Danıştay 10. D., E.2000/1466, K.2002/1324; Danıştay 10. D., E.2001/280, K.2001/646; Danıştay 10.D., E.1995/3272, K.1997/1559.

YENİ TÜRK MEDENİ KANUNU HAKKINDA BAZI DÜŞÜNCELER

Yrd. Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR*

ÖZET

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu, eski Medeni Kanunda pek çok değişiklik yapmıştır. Bu değişiklikler başta madde numaraları olmak üzere, birinci maddeden başlayarak, yürürlük maddesine kadar devam etmektedir. Değişiklikler yapılırken daha çok kadın erkek eşitliği dikkate alınarak, bu duruma uygun hükümlere yer verilmiştir. Dernekler Kanunu'ndaki pek çok hüküm Medeni Kanuna alınmıştır. Kanunda İsviçre hukukunda 1988 yılında kabul edilen "edinilmiş mallara katılma" rejimi, kanuni mal rejimi olarak kabul edilmiş; Türk hukukuna yeni bir kavram olarak "aile konutu" getirilmiştir. Evlilik içi nesep-evlilik dışı nesep ayırımına son verilmiştir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, eski kanunda olmayıp, yeni Kanunla getirilmiş bir kurumdur.

Miras hukukunda da önemli değişiklikler yapılmıştır. Gerçekten de yeni düzenleme ile mahfuz hisse oranları azaltılarak, mirisin tasarruf nisabının artırılmıştır. Aynı şekilde sağ kalan eşin mahfuz hissesinde, birinci zümrenin dışındaki mirasçılarla birlikte mirasçı olması halinde, önemli ölçüde artırılma gidilmiştir (m. 506). Miras hukukundaki zamanaşımı süreleri, yeni düzenleme ile hak düşürücü süre haline getirilmiş, ayrıca bunlardan bir kısmı kısaltılmıştır.

Yeni Kanun'unda eşya hukukunda da önemli değişiklikler yapılmış, müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyet konusunda yeni hükümler getirilmiştir. Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı yoluyla iktisabında mülkiyet hakkının, şartların tamamlandığı anda kazanıldığına ilişkin Türk doktrininde hakim görüş aynen kabul edilmiş, taşınmaz rehninin yabacı para üzerinden kurulması sağlanmıştır. Yeni düzenlemedeki önemli değişikliklerden birisi de, yeni bir sicil oluşturularak, motorlu taşıt aracının zilyetliğinin devredilmeden de rehninin mümkün olmasıdır. Uygulamada "yed-i eminlik sözleşmesi" ile ulaşılan sonuç, Kanunla giderilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Cinsiyet değişikliği

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması

Edinilmiş mallara katılma

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Aile konutu

Motorlu taşıt aracı rehni

SUMMARY

Turkish Civil Code applicable in 1 January 2002 made lots of amendment on the former Civil Code. Firstly, number of articles was amended entirely. While making amendment, equality of sex was taken concern and new rules were brought about that. Lots of rules in the Society Code were taken to Civil Code. **Participation in the acquired property** accepted by Swiss Law in 1988 was taken as statutory regime. The institution of family residence was brought to Turkish Law. Discrimination between children born during the marriage and those born outside of marriage was hereby ended. Limitation of freedom for guard was brought by the new Civil Code.

Important amendment was also made in the Law of Succession. The reserved portion in the law of succession is hereby reduced, in order to extend the freedom to dispose of property left by the deceased. But the reserved portion of the surviving spouse inherits together with parental except the first parental was increased importantly (Art.506).

Law of property was also amended importantly. The new rules were brought in the subject of co-ownership and collective ownership. The property right in the extraordinary prescription is owned at the time of completing conditions. In the new Civil Code, mortgage can be created on foreign exchange. The new register was created, so that vehicles can be mortgaged without transferring possession.

Keywords:

Sex changes,

Limitation of freedom for guard.

Participation in the acquired property

Family Residence,

Vehicle Mortgage

YENİ TÜRK MEDENİ KANUNU HAKKINDA BAZI DÜŞÜNCELER

I. TARİHÇE:

Türk hukukunda, teknik gelişmelere paralel olarak, medeni hukuk alanındaki yeni ihtiyaçlara çözüm arayışı 1951 yılında başlamış ve hazırlanan tasarı 1971 yılında yayınlanmış¹ fakat kanunlaşmamıştır.

Aradan uzun bir süre geçtikten sonra, Adalet Bakanlığı tarafından yeni bir komisyon kurulmuş ve öntasarı 1984 yılında yayınlanmıştır². Fakat bu tasarı da kanunlaşmamıştır. 1996 yılında yeni bir komisyon kurularak, bugünkü Medeni Kanun'un ilk tasarısı hazırlanmış ve bu tasarı 1998 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır³. Tasarıda kanuni mal rejimi olan "Paylaşmalı Mal Ayrılığı", Adalet Bakanlığı tarafından "Edinilmiş Mallara Katılma" olarak değiştirilmiş ve böylece Medeni Kanun'un 1999 Tasarısı ortaya çıkmıştır. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Kanun, işte bu son tasarının metnidir⁴.

II. Genel Olarak Yeni Medeni Kanunla Getirilen Değişiklikler:

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu, eski Medeni Kanunda pek çok değişiklik yapmıştır. Bu değişikliklerin başında madde numaraları gelmektedir. Ayrıca içerikte de son derece önemli değişiklik mevcuttur. Oysa, gerek medyada gerek kamuoyunda, yeni Kanundaki en önemli değişikliğin, evlilikte eşler arasındaki mal rejimlerinde yapıldığı intibai uyandırılmıştır⁵. Türk Medeni Kanunu ile medeni hukuk alanında yapılan değişikliklerin tamamının ayrıntılı bir şekilde ele alınması, bu çalışmanın boyutunun çok üzerindedir⁶. Bu nedenle, yeni Kanunla getirilen değişikliklerden bazıları, aşağıda kısaca ele alınmış, bu konudaki düşüncelerimiz açıklanmıştır.

III. Başlangıç hükümleri

Yeni Kanun'un 1. maddesinde, eski Medeni Kanundaki "mesele" yerine "konu" sözcüğü kullanılmıştır. Mesele, üzerinde ihtilâf bulunan,

1

Bkz. Adalet Bakanlığı, Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **ÖZSUNAY Ergun: Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul 1986, s. 162-163.

2 Adalet Bakanlığı, Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1984.

3 Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1998.

4 **Tasarı TBMM Genel Kurulunda birkaç maddede yapılan değişiklikler hariç, komisyondan geldiği şekliyle kabul edilmiştir. Genel Kurulda değişikliğe uğrayan maddeler şunlardır; 78, 274, 289, 463, 465, 559, 571, 707, 851, 970.**

5 Bu konuda geniş bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU Ahmet: Eşler Arasında Yasal Mal Rejimi ve Yeni Bir Öneri, Yargıtay'ın 128., Ankara Üniversitesinin 50. ve Ankara Hukuk Fakültesi'nin 75. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu**, Ankara 1996, (Aşağıda KILIÇOĞLU, Öneri olarak anılacaktır) s. 19 vd.

6 Hatta, Medeni Kanun'un bir bölümünde yapılan değişiklikler, bağımsız bir kitap oluşturacak kadar fazla olabilmektedir. Meselâ bkz. **SUNGURBEY İsmet: Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi**, İstanbul 1972.

ehemmiyetli ve çözülmesi gereken iş, dava, sorun, sorulup cevabı istenen, aranan şey, husus demektir⁷. Türkçe’de kullanılan “mesele” ile, Almanca metindeki “Rechtsfragen” sözcüğü, durumu, eski Kanun’un Fransızca aslındaki “matières (=konu)” kavramından daha iyi ifade etmektedir.

MK. m. 4’te “hak ve nasafet” yerine “hukuk ve hakkaniyet” sözcükleri kullanılmıştır. Eğer, bu sözcükler daha anlaşılır hale getirilmek isteniyorsa, “hakim, takdir yetkisini kullanırken, hak ve adalete göre karar verir” şeklinde olması gerekirdi. Zaten ZGB Art. 4’ün gerek Almanca, gerek Fransızca metinlerinde de hak ve adalet (nach Recht und Billigkeit=soint de justes motifs) kavramları kullanılmaktadır.

IV. Kişiler hukuku

A. Gerçek kişiler

Eski düzenlemede “Her şahıs medeni haklardan istifade eder (jedermann ist rechtsfähig)” ifadesi yer alırken, yeni Kanunda “her insanın hak ehliyeti olduğu (jeder Mensch ist rechtsfähig)” hükmüne yer verilmiştir⁸.

Yeni Kanunda, “sıhrî hısımlık (Schwägerschaft)” yerine “kayın hısımlığı (ersetzende Verwandtschaft)” ifadesine yer verilmiştir (m.17). “Kayın” sözcüğü aslında bir galat olup, Arapça kökenli “kaim (ersetzend)” sözcüğünden gelmektedir. Kayın birader, kayın peder, kayın valide derken, gerçek birader, peder ve validenin yerine geçen kimseleri ifade etmektedir. Bu nedenle, kurumu ifade için, yeni düzenleme de eskiden olduğu gibi, Türk toplumuna da yabancı olmayan, “sıhrî hısımlık (Schwägerschaft)” sözcüğü kullanılmalıdır. Ayrıca söz konusu deyim kurumu daha iyi ifade etmektedir⁹. Yine Kanunda kan hısımlığı tarif edilirken “biri diğerinden gelen” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle yeni Kanunda da doğru ifade hiç olmazsa, “birbirinin soyundan gelenler (die eine von der andern abstammt)” tarzında olmalıydı.

TMK. m. 25 ile, eMK. m. 24/a hükmünden farklı olarak, manevi tazminat talebinin ancak miras bırakan tarafından ileri sürülmesi şartıyla talep edilebileceği belirtilmiştir¹⁰. Böylece yeni metin, eski düzenlemeden ayrılmıştır.

⁷ Bkz. **Milli Eğitim Bakanlığı: Örnekleriyle Türkçe Sözlük**, C. III, Ankara 1996, s. 1952.

⁸ Böylece Kanunda tüzel kişiler (juristische Personen) hak ehliyeti açısından görmezlikten gelinmiştir. Bunların hak ehliyeti m. 48’de yeniden düzenlenmiştir. Oysa gerçek ve tüzel kişiler için ortak olan bir husus, kişiler hukuku ile ilgili genel düzenlemeler arasında yer almalıydı.

⁹ Aksi görüş için bkz. **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA: Zevkliler Medeni Hukuk**, 6. Baskı, Ankara 2000 s. 345 vd.

¹⁰ Oysa 3444 sayılı Kanunla Medeni Kanun’a eklenen 24/a maddesinde, “Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez ancak miras yoluyla intikal eder” hükmü kabul edilmişti. Bu konuda eleştiriler ve ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY S. Sulhi: Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler**, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan, Ankara 1990, s. 60 vd

Kanundaki en önemli ve faydalı yeniliklerden birisi cinsiyet değişikliği konusunda yapılmıştır¹¹.

B. Tüzel Kişiler

TMK. m. 52’de “sona eren tüzel kişinin kişiliği, tasfiye aşamasında, tasfiye amacıyla sınırlı olarak devam eder”, hükmü kabul edilmiştir. Böylece doktrindeki anlayışa uygun bir düzenleme yapılmıştır. Kanunda (m. 53) tüzel kişinin mallarının tasfiyesi terekenin tasfiyesi hükümlerine bağlanmıştır¹².

1) Dernekler

Kanunda derneklerle ilgili düzenlemeler çok ayrıntılı tutulmuştur. Oysa ülkemizin şartları ayrı bir Dernekler Kanununun bulunmasını gerektirmektedir. Böylece toplumsal gelişmelere uygun değişiklikler Dernekler Kanununda yapılmakta, Medeni Kanun’un temel yapısı bozulmamaktadır. Bu metot Batı ülkelerinde de uygulanmaktadır¹³. Bu nedenle, yeni düzenlemede de, dernekler hakkında genel düzenlemelere Medeni Kanunda yer verilmeli, ayrıntılı hükümler ise Dernekler Kanununda yapılmalıydı. Böylece Medeni Kanunda sık sık değişiklik yapma yolunun da önüne geçilmiş olurdu.

2) Vakıflar

TMK. m.115 ile vakıfların faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması kabul edilmiştir. Medeni Kanunda ve daha önceki Kanunlarda böyle bir hüküm, bugüne kadar yer almamıştı. Kanunda söz konusu hükmün sevk amacı olarak; dernek kurma ve faaliyette bulunmanın zorlaştırılması karşısında, vakıf kurmaya daha fazla rağbet edilmesi gösterilmektedir¹⁴.

V. Aile Hukuku

Akıl hastalarının asla evlenemeyeceğine dair hüküm (eMK.m. 89/II) yeni Medeni Kanunda değiştirilmiştir. Yeni Medeni Kanunda, “akıl hastaları

¹¹ Yeni Kanuna göre, cinsiyet değişikliğinin yapılabilmesi için, talepte bulunan kişinin, mahkemeye bizzat başvurması, on sekiz yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, transseksüel yapıda olması, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunması, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunması gerekmektedir (m. 40). Kanımızca, söz konusu hüküm, Medeni Kanun’da değil, Nüfus Kanunu’nda yer almalıydı.

¹² Eski Medeni Kanunda tüzel kişinin mallarının tasfiyesi, kooperatiflerin tasfiyesi hükümlerine bağlanmıştı (m. 51).

¹³ Bkz. ABGB §§ 26-27; ZGB. Art. 52-89bis.

¹⁴ Bkz. TMK. m. 115 Gereğesi. Böyle bir gereğe katılmak mümkün değildir. Gerçekten de, bir kurumun kötüye kullanılması, onun ortadan kaldırılmasına sebep olamaz. Böyle hallerde kurumu ortadan kaldırmak yerine, gerekli tedbirleri alarak suiistimalini ve istismarını önlemek daha isabetli bir çözümdür. Aksine davranış, kaza oluyor diye araçları trafikten menetmeye benzer ki, bunun kabulü mümkün değildir.

evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemez” hükmü yer almaktadır (TMK. M. 133)¹⁵.

Yeni Kanunla kanuni temsilcinin evlenmeye izin verme konusundaki yetkisini kötüye kullanması halinde, mahkemeye başvurarak hâkimden izin alması imkânı getirilmiştir (m.128)¹⁶. Ayrıca evlenme yaşında değişiklik yapılmıştır. Buna göre, gerek erkek gerek kadın için evlenme yaşı 17 olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık, olağanüstü hallerde bu yaş her iki cins için de 16 olarak belirlenmiştir (m. 124)¹⁷.

İsviçre hukukundaki değişikliğin aksine, Türk Medeni Kanunu’nda boşanma sebeplerinin, özel sebepler ve genel sebepler olmak üzere ikiye ayrılması geleneği devam etmektedir. Ayrıca m. 162’ye eklenen “ağır derecede onur kırıcı davranış (=schwere Ehrenkraenkung)” da, “hayata kast” ve “pek kötü davranış” yanına, üçüncü bir sebep olarak eklenmiştir¹⁸.

Evlenme konusunda getirilen başka bir değişiklik ise, yoksulluk nafakası ile ilgilidir (m. 175). Eski Medeni Kanun’da yoksulluk nafakası ödeyen genellikle erkekti¹⁹. Yine eşitlik ilkesine uygun olarak, kadın ve erkeğin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılmaları öngörülmüş (m. 186/III), üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumluluk esası getirilmiştir (m.189). Öte yandan yeni Kanunla, Türk hukukuna ilk defa “Aile Konutu”

¹⁵ Gerekçede bu hüküm ile ilgili olarak, bazı akıl hastalarının tedavi sonucu iyileşebilecekleri belirtilmiştir. Bu sebeple söz konusu kimselerin hepsinin aynı düzenlemeye tabi olmalarının isabetli olmayacağı belirtilmiştir. Geniş bilgi için bkz. Gerekçe, s. 9.

¹⁶ Eski Medeni Kanunda bulunmayan bu maddenin gerekçesinde, kanuni temsilcinin özellikle kız kaçırma ve kocaya kaçma gibi olaylar yüzünden aileler arasında kavgalara sebebiyet verecek sonuçların önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bkz. Gerekçe, s. 9.

¹⁷ Geniş bilgi için bkz. **GEZİCİ, S./KALKAN, B.:** *Aenderungen innerhalb des Eheschliessungsrechts im türkischen Zivilrecht*, Annales de la Faculté de Droit d’ İstanbul, Vol. 34, No. 51, sh. 281 vd; **KILIÇOĞLU, Ahmet:** *Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003, s. 5 vd.

¹⁸ Oysa ZGB Art. 111-116’da onun kırıcı davranış (Ehrenkraenkung) boşanma sebebi olarak yer almamaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **HELVACI Serap:** *İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri*, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 1151 vd; **TEMEL Erhan:** *Ehescheidung, Insbesondere wegen Ehebruchs, nach türkischem und schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen des türkischen Kassationsgerichtshofs und des schweizerischen Bundesgerichts*, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 1241 vd.

¹⁹ Zira, eMK. m. 144’de “ Erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hali refahta bulunması gerekir” hükmü yer almaktaydı. Yeni Kanun, kadın erkek eşitliğine uygun olarak bu hükmü kaldırmıştır. Geniş bilgi için bkz **KILIÇOĞLU**, Medeni, s. 19 vd.

kavramı getirilmiştir. Aile konutu ile ilgili işlemlerde diğer eşin rızasının aranması ilkesine yer verilmiştir²⁰

Aile hukukunda yapılan en önemli değişiklik ise; eşler arasındaki mal rejiminin değiştirilmesidir. Gerçekten de, eski Medeni Kanun'da eşler arasındaki kanuni mal rejimi mal ayrılığı idi. 1998 Tasarısı ile kanuni mal rejimi "Paylaşmalı Mal Ayrılığı" olarak belirlenmişti (m. 202)²¹. Buna karşılık, 1999 Tasarısında, İsviçre hukukunda 1988 yılında kabul edilen "edinilmiş mallara katılma" rejiminin, ülkemizde de kanuni mal rejimi olarak kabul edildiği belirtilmiş, daha sonra bu hüküm kanun metninde aynen kabul edilmiştir²².

Yeni Medeni Kanun'da yapılan olumlu değişikliklerden birisi de evlilik içi nesep-evlilik dışı nesep ayırımına son verilmesidir. Gerçekten de doktrinde sahih nesep- gayrisahi nesep ayırımı sürekli eleştirilmekteydi²³. İşte kanun koyucu söz konusu eleştirileri dikkate alarak, evlilik içi nesep-evlilik dışı nesep ayırımına son vermiştir (m.282 vd.)²⁴.

²⁰ Geniş bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, *Diğer Eşin*, s. 6 vd; **ŞIPKA Şükran**: *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası* (TMK. m. 194), İstanbul 2002, s. 51 vd.

²¹ Hatta, o dönemde bir makalede, bugün kanuni rejim olan "Edinilmiş Mallara Katılma (=Errungenschaftsbeteiligung)" rejiminin neden ülkemize uymayacağı ayrıntılı olarak dile getirilmişti. Bkz. **KILIÇOĞLU**, *Öneri*, s. 41.

²² Bkz. Gerekçe, s. 12. Edinilmiş mallara katılma rejimi konusunda geniş bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 41 vd; **GENÇCAN Ömer Uğur**: *4721 sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Ankara 2002, s. 73 vd.; **CEYLAN Ebru**: *4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 1019 vd. **ACABEY M. Beşir**: *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, İzmir 1998, s. 5 vd.

²³ Özellikle evlilik dışı çocuğun, baba bakımından miras hakkının, evlilik içinde doğan çocuğun yarısı olmasını öngören hüküm (eMK. m. 443/II) Anayasa'nın 10, 12, 35, 41. maddelerine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Kararın gerekçesinde yer alan ifadeler, söz konusu ayırımın kaldırılması gerektiğine işaret etmekteydi. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1987 tarih ve 1/18 sayılı kararı (RG. T. 29.3.1988, S. 19769). Bu konuda geniş bilgi için bkz. **ERMAN Hasan**: *Evlilik Dışı Çocuğun Mirasçılığı*, İBD. 1988, C.62, S.7-9, s.437 vd;

KOÇİSARLIOĞLU Cengiz: *Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık*, AHFD. 1991-1992, S. 1-4, s. 142 vd.; **OĞUZMAN Kemal**: *Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK'a Armağan*, Ankara 1994, s. 303 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip**: *Miras Hukuku*, 2. ve 3. Basılara Ek Kitap, İstanbul 1992, s. 10 vd.

²⁴ Geniş bilgi için bkz. **GENÇCAN, Ömer Uğur**: *743 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması Reddi-Düzeltilmesi İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri*, Ankara 2002, s. 31 vd.; **ACABEY M. Beşir**: *Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı (Eski ve yeni Medeni Kanuna göre karşılaştırmalı)*, İzmir 2002, s. 5 vd.; **KILIÇOĞLU**, *Medeni*, s. 91.

Yeni Kanun'un nesep hukuku alanında getirdiği önemli değişikliklerden birisi de evlat edinme hükümlerinde yer almaktadır²⁵. Bu alanda pek çok değişiklik yapılmıştır (m.305). Eski hükümlerde bulunmayan yeni bazı hükümler öngörülmüştür (m.311). Evlat edinmenin şartları önemli ölçüde değiştirilmiş ve bu konuda pek çok istisna kabul edilmiştir (m. 307/II; 310, 311).

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması (Die fürsorgliche Freiheitsentziehung =De la privation de liberté à des fins d'assistance), eski kanunda olmayan, yeni Kanunla getirilmiş bir kurumdur (m. 432-437)²⁶. Kanunda, koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması sebepleri olarak "akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik²⁷ halleri" sayılmıştır (m. 432)²⁸.

VI. Miras hukuku

Yeni Medeni Kanunla miras hukukunda da önemli değişiklikler yapılmıştır²⁹. Bu alanda ilk sırada, mahfuz hisse oranlarının azaltılarak mirisin tasarruf nisabının artırılması zikredilebilir. Böylece, doktrindeki eğilim, kanun koyucu tarafından da kabul edilmiştir³⁰. Buna karşılık yeni düzenlemede sağ kalan eşin mahfuz hissesi, birinci zümrenin dışındaki

²⁵ Bkz. Gerekçe, s. 16.

²⁶ Buna göre, reşit bir kimse, kanundaki sebeplerden birine yakalanmışsa, koruma amaçlı olarak özgürlüğü kısıtlanabilir. Bunun için koruma talep edenin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması gerekir. Böyle bir kimse bu amaçla tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Geniş bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Medeni, s. 143 vd.

²⁷ Kimlerin serseri olduğuna somut olayda hakim karar vermesi ise, farklı uygulamalara sebep olabilecektir. Oysa 26.04.1325 tarihli "Serseri ve Mazanne-i Sui Eşhas Hakkında Kanun"un 1. maddesinde "serseri" şu şekilde tanımlanmıştır: Hiçbir vasıta maişeti bulunmadığı ve çalışmaya kudretli olduğu halde lâakal iki aydan beri bir gûna, kâr ve kisp veya sanatla meşgul olmayan ve bu müddet zarfında iş bulmak için teşebüsâtı lâzimedede bulunduğunu dahi ispat edemeyen şurada burada dolaşan kimselere serseri itlak olur. Çalışmaya muktedir iken teseül'ü vesilei maişet ittihaz edenler dahi serseri addolunurlar" hükmü yer almaktaydı. Kanun metni için bkz. Sicilli Kavanini, C. 16, s. 17-20. Bu kanun, TBMM tarafından 11.07.1963 tarih ve 272 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır (RG. T. 20.07.1963, S. 11459). Bu konuda gerekçede açıklama bulmak mümkün değildir. Yukarıdaki tanımın bugün için de geçerli olup olmadığına kanun koyucunun yeni düzenlemeyi yaparken açıklık getirmesi gerekirdi. Fakat bunu Kanunda görmek ne yazık ki, mümkün değildir.

²⁸ Hangi hastalıkların toplum için tehlike arzettiği tıp biliminin konusudur. Bununla birlikte söz konusu hastalıklara AIDS, ilerlemiş verem, kolera ve veba misal verilebilir. Geniş bilgi için bkz. Gerekçe, s. 22, 145.

²⁹ Türk Medeni Kanunu ile miras hukukunda yapılan değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ANTALYA Gökhan**: *Miras Hukuku*, İstanbul 2003, s. 50 vd.

³⁰ Gerekçe, s. 161.

mirasçılarla birlikte mirasçı olması halinde, önemli ölçüde³¹ artırılmıştır (m. 506).

Yeni Kanunla, el yazısı³² ile vasiyetnamede (m.538) vasiyetname metninden düzenlendiği “yer” şartı çıkarılmıştır³³. İtalyan Medeni Kanunun’da da (CCİ. Art. 602) el yazısı vasiyetname için yer şartı aranmamaktadır. Buna karşılık, ABGB § 578/I, 2 ve BGB § 2247/II’de³⁴ el yazısı vasiyetnamede “yer” şartı bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir³⁵.

Yeni düzenlemede sözlü vasiyet için, eski Medeni Kanunda yer alan (eMK. m.486/I) şartlardan “bulaşıcı hastalık” sadece “hastalık” olarak değiştirilmiştir (m. 539/I)³⁶. Yine, sözlü vasiyette şahitlerin okur yazar olması şartı da kaldırılmıştır (m.539/III). Sonuç olarak; yeni düzenlemede sözlü vasiyetin şartları azaltılarak, uygulanmasının kolaylaştırıldığı ve yaygınlaştırıldığı söylenebilir.

Yeni düzenlemede, ölüme bağlı tasarrufların iptali sebeplerine³⁷ şekle aykırılık eklenmiştir (m.557, b. 4). Böylece eski düzenlemede m. 500’de yer alan şekle aykırılık da m.557’ye alınarak, iptal sebeplerinin tamamı bir maddede toplanmıştır.

³¹ EMK.m. 453 bent 4’te, sağ kalan eş füru ile birlikte mirasçı olması halinde miras payının tamamının mahfuz hissesi olduğu hükmü yer alırken, yeni düzenlemede buna ana baba zümresi eklenmiş; diğer hallerde ise kanuni miras hakkının yarısı iken, bu miktar kanuni miras hakkının 3/4’üne çıkarılmıştır (m. 506/I, bent 4). Ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Medeni, s. 269 vd.

³² Kanunda buna el yazılı vasiyetname adı verilmiştir (m. 538).

³³ Buna gerekçe olarak, yer şartının Fransız Medeni Kanunu (CC. Art. 970), 1971 ve 1984 Tasarılarında bulunmadığı belirtilmiştir. Gerekçe, s. 24, s. 169. Doktrinde de bir görüş, el yazısı ile vasiyetnamede, yer şartının aranmamasını ileri sürmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **DURAL Mustafa: El Yazısı İle Vasiyetname**, İstanbul 1967, s. 99-100; **DURAL M./ÖZ T.;** *Miras Hukuku Dersleri*, İstanbul 2001, s. 99,101; **AKKANAT Halil: El Yazısı İle Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri**, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 799 vd; **TEKİNAY S. Sulhi: El Yazısı ile Vasiyetnamede Yer ve Tarih Unsurlarının Doğruluğu Sorunu**, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1997 s. 378 vd.

³⁴ Geniş bilgi için bkz. **LEIPOLD Dieter: Erbrecht**, 6. Auflage, Tübingen 1986, Nr. 242; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 205; **DURAL/ÖZ**, s. 101.

³⁵ ZBG. Art. 505/I 2’de de el yazısı ile vasiyetnamede yer şartı mevcuttu. Ancak, 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe giren Federal bir Kanunla, yer şartı el yazısı vasiyetnameden çıkarılmıştır (AS 1995, 4882 4883; BBl 1994 III 516 V 607). Ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Medeni, s. 281.

³⁶ Sözlü vasiyette hastalık, vasiyetçinin diğer vasiyetlerden birine başvurma imkânına sahip olmaması ön şartına bağlıdır. Bu nedenle, trafik kazası sonucunda hastaneye kaldırılan bir kişi de sözlü vasiyet yapabilir. Bkz. Gerekçe, s. 169-170.

³⁷ Geniş bilgi için bkz. **EREN Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası**, Ankara 1966, s. 13 vd.

Türk Medeni Kanunu ile miras hukukunda yapılan önemli değişikliklerden birisi de, sürelerin niteliğinde olmuştur. Gerçekten de, bu konudaki ilk değişiklik, eMK. m.501'de öngörülen zamanaşımı süreleri, yeni düzenleme ile hak düşürücü süre haline getirilmiştir³⁸. İkinci olarak aynı maddede öngörülen süreler kısaltılmıştır³⁹. Nihayet miras hukukundaki önemli değişikliklerden birisi de, miras bırakanın ölümünde sağ kalan eşin aile konutu ile ilgili talebinde görülmektedir. Gerçekten de sağ kalan eşin korumak amacıyla ZGB Art. 612a hükmü esas alınarak⁴⁰ yeni düzenleme yapılmıştır⁴¹. Bu düzeleme, mirasçılık sıfatına dayanan bir hak temin ettiğinden, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun aynen uygulama imkânına sahiptir⁴². Sağ kalan eşin buradaki yetkisi, yasal alım hakkına dayanmaktadır⁴³.

VII. Eşya hukuku

Türk Medeni kanunu ile eski Medeni Kanun'un diğer hükümlerinde olduğu gibi eşya hukuku alanında da pek çok değişiklik yapılmıştır. Bunlar içerisinde en önemlileri kısaca şöyledir:

Yeni Kanun'un getirdiği önemli değişiklikler arasında ilk sırada kısaca "Birlikte Mülkiyet" olarak adlandırılan, müşterek mülkiyet (Miteigentum) ve iştirak halinde mülkiyet (Gesamthandigentum) ile ilgili hükümler gelmektedir⁴⁴. Bu alanda özellikle müşterek (paylı) mülkiyette son derece önemli pek çok değişiklik yapılmıştır (m. 688 vd). Bunlar arasında en önemlisi önalım (şuf'a) hakkı konusundadır⁴⁵.

³⁸ Aynı şekilde eMK. m. 513'te ölüme bağlı tasarrufların tenkisi davası ile ilgili olarak öngörülen 1 ve 5 yıllık zamanaşımı süreleri yeni düzenlemede hak düşürücü süreler olarak kabul edilmiştir (m. 571).Geniş bilgi için bkz **EREN Fikret:** *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası*, Ankara 1973, s. 142 vd; **DURAL/ÖZ** 294 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Ek Kitap, s. 31; **OĞUZMAN M. Kemal:** *Miras Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 251 vd.; HGK. T. 22.11.1989, E. 1989/2-479; K. 608 (İKİD. 1990, S. 353, s. 7197).

³⁹ Gerçekten de eMK. m. 501'de yer alan 1, 5 ve 30 yıllık süreler, 1, 10 ve 20 yıl olarak değiştirilmiştir. Aynı şekilde miras sebebiyle istihkak davasında kötüniyetli kimselere karşı dava açma süresi 30 yıldan 20 yıla indirilmiştir (m. 639). ZGB art. 600'de bu süre 30 olarak devam etmektedir.

⁴⁰ Bkz. Gerekeç, s. 201.

⁴¹ Bu hükme göre, sağ kalan eş, tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine, miras hakkına mahsuben mülkiyet veya haklı sebeplerin varlığı halinde talep üzerine intifa hakkı (Nießbrauch) ya da oturma hakkı (Wohnrecht) tanınmasını isteyebilir (m. 652/I, II).

⁴² **KILIÇOĞLU**, *Diğer Eşin*, s. 53.

⁴³ Geniş bilgi için bkz. **AKINTÜRK**, s.166-167; **ÖZTAN**, s. 573.

⁴⁴ Geniş bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, *Medeni*, s. 305 vd.

⁴⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **KIRCA Çiğdem:** *Önalım Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 1179 vd.

Eşya hukukundaki yapılan önemli değişiklik, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı yoluyla iktisabında (ausserordentliche Ersitzung) mülkiyet hakkının, şartların tamamlandığı anda kazanıldığına ilişkin hükümdür. Türk doktrininde hakim görüş⁴⁶ olan bu sonuç, uygulamada pek taraftar bulamamıştı. Yeni düzenleme ile hakim doktrinin savunduğu görüş aynen kabul edilmiştir (m. 713/V, son cümle). Bu hükümle hâkimin kararı geçmişe etkili (=rückwirkende Kraft haben) sonuç doğuracak hale getirilmiştir⁴⁷.

Eşya hukuku alanındaki değişikliklerden birisi de, sahipsiz yerlerin hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamayacağına ilişkin hükümdür (m. 715/II)⁴⁸. Kanaatimizce bu hüküm karşısında, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 17. maddesinde öngörülen tarıma elverişli olmayan yerlerin ihya (Kultivierung von Grundstücken) yoluyla iktisabı, bundan böyle imkânsız hale getirilmiştir.

Eşya hukuku alanında getirilen yeniliklerden birisi de, taşınmaz rehninin yabancı para üzerinden kurulabilmesidir. Gerçekten de, MK. m. 851/I'de, kural olarak rehinle teminat altına alınan alacağın tutarının tapuda Türk Lirası ile gösterilmesi gerekir. MK.m. 851/I'de yer alan bu hükme, II. fıkra ile bir istisna getirilmiştir. Buna göre, yurt içinde veya yurt dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için, yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir⁴⁹. Teminat yükünün yabancı para ile kurulmasında kredi kuruluşunun yurt içinde veya yurt dışında olması arasında bir fark yoktur. Aynı şekilde m. 851 /II açısından döviz kredilerinin nakdi veya gayri nakdi, vadeli- vadesiz veya ihracaat -ithalat kredisi

⁴⁶ Geniş bilgi için bkz. **SUNGURBEY İsmet**: *İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabı Mürürüzaman*, İstanbul 1956, s. 63 vd; **REİSOĞLU Sefa**: *La prescription extraordinaire et le transfert des immeubles non immatriculés en droit suisse et en droit turc*, Lausanne 1956, s. 81 vd.; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 339; **HATEMİ H./SEROZAN R./ARPACI A.**: *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991, s. 606-607; **AYAN Mehmet**: *Eşya Hukuku*, II. Cilt, Konya 1993, s. 170-171; **SİRMEN A. Lale**: *Dersleri*, Ankara 1995, s. 337; **ERTAŞ**, s. 307 vd.; **BAŞPINAR Veysel**: *Türk Toprak Hukukunda İhya*, Ankara 2000, s. 183 vd.

⁴⁷ Gereke, s. 31; **OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer**: *Eşya Hukuku*, 9. Bası, İstanbul 2002, s. 338; **ERTAŞ Şeref**: *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2002, Nr. 1513; **KARAHASAN M. Reşit**: *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, C. I, İstanbul 2002, s. 681 vd.; **KILIÇOĞLU**, Medeni, s. 311 vd.

⁴⁸ Oysa kaynak Kanunda bu madde (ZGB. Art. 664) ilk hali ile muhafaza edilmiş, hiçbir değişikliğe uğramamıştır. ZGB Art. 664 ile eMK. m. 641 arasındaki farklar konusunda geniş bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, s. 75 vd.

⁴⁹ Bkz. TBMMTD., T. 15.11.2001, B. 21, s. 586-587. 851. maddenin II. fıkrasının ilk cümlesi Hükümet Tasarısında "Yabancı para üzerinden taşınmaz rehni, vadesi beş yıl ve daha fazla olan dış kaynaklı krediler için kurulabilir." şeklinde iken Adalet Komisyonu'nda tasarıda değişiklik yapılarak süre iki yıla düşürülmüştür. Bkz. Gereke, s. 573.

olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁵⁰. Eski hükümde yer alan kredi borcunun en az beş yıl vadeli olması şartı da m. 851/II'ye alınmamıştır. Bütün bu değişikliklerin amacının, rehin kurma imkânının artırılması olduğunu söylemek mümkündür⁵¹.

Yeni düzenlemedeki önemli değişikliklerden birisi de, MK. m. 940/II'de yer almaktadır⁵². Hükümün amacı; ekonomik değeri yüksek taşınır malların (motorlu araçlar gibi), taşınır rehinindeki teslim şartının ortaya çıkardığı sıkıntıları aşmaktır. Gerçekten de, kredi ile motorlu araç satın alan kimse, bunu kredi verene rehnetmek istediğinde, aracın dolaysız zilyetliği devretmek zorundadır (m. 939/I). Oysa aracı kredi ile alan kimse, motorlu aracın dolaysız zilyedi olduğu takdirde, onu çalıştırarak kredi verene borcunu ödeme imkânı elde eder. Kanun koyucu, söz konusu hüküm ile, Yargıtay'ın, motorlu araçlarla ilgili olarak verdiği kararlara hukuki dayanak sağlamıştır. Uygulamada “yed-i eminlik sözleşmesi (Treuhandvertrag)” ile ulaşılan sonuç, Kanunla giderilmiştir⁵³.

Kanımızca, Medeni Kanun değiştirilirken, yeni bazı düzenlemelerin de eşya hukuku alanında yer alması gerekirdi. Başka bir deyişle, aşağıdaki kurumlar da Medeni Kanun kapsamına alınmalıydı.

Medeni Kanunda yer almasını tavsiye ettiğimiz ilk kurum taşınmazların ihya (Kultuvierung) yoluyla iktisabıdır. Gerçekten de, ihya kurumu, yeni düzenlemede tescilsiz iktisap halleri arasında, sıra itibarıyla işgalden hemen sonra yer almalıydı. Üstelik bu kurum düzenlenirken, mevcut düzenlemeden⁵⁴ farklı olarak, ihya fiilinin tamamlanması ile mülkiyetin iktisap edileceği hükmü yer almalıydı. Zira bugünkü düzenlemede yer alan süre şartı, ihya kurumunun bünyesine yabancı olup, unsurlarından biri değildir⁵⁵.

Yeni düzenlemede ikinci olarak, niteliği itibarıyla kendine özgü bir irtifak hakkı olan ve hak sahibine yararlanma ve başkalarına devir yetkisi

⁵⁰ Bu hükmün eleştirisi için bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 687. eMK.m. 766/a maddesi de o tarihlerde özellikle rehin hukukuna hakim olan ilkelere belirlik ilkesini zedelediği gerekçesiyle eleştirilmekteydi, Bu konuda geniş bilgi için bkz. **SEROZAN Rona: Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi**, İBD. C. 65 (1991), S. 1-3, s. 217 vd.

⁵¹ Aynı yönde görüş için bkz. **ERTAŞ**, s. 502-503. Geniş bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Medeni, s. 324 vd.

⁵² MK.m. 940/II, Hükümet Tasarısında yer almamış, Adalet Komisyonu'nda yapılan değişiklikte kabul edilmiştir. Bkz. Gerekçe, s. 593.

⁵³ Geniş bilgi için bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 768-769; **KILIÇOĞLU**, Medeni, s. 330 vd.

⁵⁴ Bkz. 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 17.

⁵⁵ Bu konuda geniş bilgi ve KK.m. 17/I'deki 20 yıllık sürenin eleştirisi için bkz. **BAŞPINAR**, s. 149 vd.

veren devre mülk hakkı (multipropriété), Medeni Kanunda, kaynak hakkından sonra gelecek şekilde yer almalıydı.

Yaşadığımız zaman dilimi elektronik çağdır. Bu nedenle, elektronik tapu siciline ilişkin hükümlere, yeni düzenlemede mutlaka yer verilmeliydi. Bu alanda batı ülkeleri pek çok mesafe almışlardır. Gerçekten de, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 949a maddesi⁵⁶ ile konu pozitif olarak düzenlenmiş, daha sonra İsviçre Tapu Sicili Tüzüğünde⁵⁷ konu ile ilgili olarak yeni bir bölüm hazırlanmıştır⁵⁸. Burada elektronik tapu siciline ilişkin hususlar 16 madde halinde (Art. 111a-111p) düzenlenmiştir⁵⁹. Keza Avusturya'da bu sistem tüm unsurlarıyla uygulanmaktadır⁶⁰. Almanya'da ise bazı eyaletler pilot bölge olarak seçilmiş olup⁶¹, sistem deneme aşamasındadır. Bizde de yeni bir kanun yapılırken bu konuya ilişkin hükümlere mutlaka yer verilmeliydi. Türk Medeni Kanunu, bu yönüyle de ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır.

SONUÇ

Medeni Kanunlar, ülkelerin sıradan kanunlarından biri olmayıp, birkaç yüzyıllık kültürel birikimin ürünüdür. Hatta Medeni Kanunlar Kontinental (Kıt'a Avrupası) hukuk sistemlerinde, Roma hukukuna kadar uzanan bir hukuk geleneğine dayanır. Bu yönüyle Medeni Kanunlar, kıta Avrupasında, dört başı mamur dogmatik temellere dayanır. Medeni Kanun gibi böylesine önemli bir kanunu kökten değiştirmek bir ülkede ancak, ekonomik, sosyal veya siyasal rejimin değişmesi halinde söz konusu olabilir. Böyle bir gerekçe ise ülkemiz için söz konusu değildir. Bu nedenle, Medeni Kanunu şu veya bu gerekçelerle, toptan değiştirmek son derece yanlıştır. Yeni düzenleme ile bu gelenek ortadan kaldırılmıştır.

⁵⁶ Bkz. BG vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Jan. 1994 (AS 1993 1404 1409; BBl 1988 III 953).

⁵⁷ Bkz. Verordnung betreffend des Grundbuch=Ordonnance sur le registre foncier.

⁵⁸ Bkz. XIII, Besondere Bestimmungen zur Führung des Grundbuchs mit elektronischer Datenverarbeitung, Art. 949a ZGB=XIII Dispositions spéciales sur la tenue du registre foncier par traitement informatique, art. 949a CC. (AS 1995 14).

⁵⁹ Geniş bilgi için bkz. **PFÄFFLI Roland**: *Das Grundbuch*, Thun 2001.

⁶⁰ Bkz. Bundesministerium für Justiz; *Das Moderne Grundbuch*, Wien 192; Bundesministerium für Justiz; *Grundbuch*, Skriptum für die Grundbuchsabfrage im Intranet/Internet.

⁶¹ Bkz. Ministerium für Justiz Sachsen Anhalt; *Das Elektronische Grundbuch in Sachsen-Anhalt*, Magdeburg 1998; **BREHM Wolfgang**: *Das elektronische Grundbuch*, in: *Arbeit in der mobilen Kommunikationsgesellschaft* Wiesbaden 1996, 206vd; **LINNENKOHL Karl**: *Mobilitätstechnologie und Mitbestimmung*, in: *Arbeit in der mobilen Kommunikationsgesellschaft* Wiesbaden 1996, 193 vd.

**İSTİSNA VE ÖZELLİKLE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
MÜTEAHHİDİN (YÜKLENİCİNİN) ESERİ TESLİM ZAMANINDA
GECİKMESİNE BAĞLANAN İFAYA EKLENEN CEZAI ŞART
(GECİKME CEZASI) KAYITLARI**

**Kumulativstrafklauseln (Verspätungsstrafklauseln) bei
Verzögerung der Ablieferungspflicht von Unternehmern bei Werk und
insbesondere Bauverträgen Dieser Beitrag befasst sich mit
Verspätungsstrafklauseln bei Bauverträgen.**

Yard.Doç. Dr. Hasan Seçkin Ozanoğlu*

Özet:

Bu çalışmada inşaat sözleşmelerinde gecikme cezası kayıtları ele alınmaktadır. Bu bağlamda, müteahhidin eseri teslim borcu, gecikme cezası ve götürü tazminat kayıtları, sınırları ve yorumu, cezai şart talebinin iş sahibinin diğer talepleriyle ilişkisi ve inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan cezai şart kayıtları üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.

Abstract:

In diesem Zusammenhang ist ausführlich behandelt worden: die Ablieferungspflicht von Unternehmern, die Verspätungsstraf- und pauschalierte Schadensersatzklauseln und deren Abgrenzung und Auslegung, das Verhältnis von Strafanspruch und anderen Ansprüchen von Bauherren sowie Arten der Vertragsstrafe bei Bauverträgen.

Anahtar Kelimeler - Schlüsselwörter:

Verspätungsstrafe: Gecikme cezası

Kumulativstrafe: İfaya eklenen cezai şart kayıtları

Alternativstrafe: Seçimlik cezai şart

Pauschalierte Schadensersatzklauseln: Götürü tazminat kayıtları

Bauverzögerung: İnşaatı teslim borcunda gecikme

§ 1 GİRİŞ

İstisna sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda bir iş görme sözleşmesi

* A.Ü.Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

olarak 355-371. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İstisna sözleşmesi, Borçlar Kanununun 355. maddesinde iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir şey imalini borçlandığı sözleşme olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucu getirdiği bu tanımda edim sonucuna değil edim fiiline, yani iş görme edimine ağırlık verip, eseri teslim yükümüne tanımda açıkça yer vermemiş olmakla birlikte, BK'nunda istisna sözleşmesiyle ilgili pek çok maddede eseri teslim borcundan bahsedilmesi nedeniyle⁶², istisna sözleşmesinin esaslı unsurlarının eserin imali ile iş görme sonucu olduğunu kabul etmek gerekir⁶³. Bu nedenle literatürde istisna sözleşmesinin esasının, ücret karşılığında iş görme faaliyetiyle belirli bir iş görme sonucunun yerine getirilmesinin taahhüt edilmesi olduğu ifade edilmektedir⁶⁴. O halde, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan istisna sözleşmesinde karşılıklılık ilişkisi, iş görme edimi ve eseri teslim borcu ile ücret ödeme borcu arasındadır⁶⁵. Bu nedenledir ki, istisna sözleşmesinde borçlanılan iş görme ediminin belirli bir iş görme sonucuna yönelmiş (*obligation de resultat*) nitelikli bir iş görme edimi olduğu ifade edilmektedir⁶⁶. Bununla birlikte istisna sözleşmesinde müteahhidin taahhüt edilen eserin teslimi yanında imalini de borçlanmasından hareketle istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira, burada edim yükümünün kanunun öngördüğü model itibariyle zaman içerisinde

⁶² Misalen, BK.m.358/I; m.359/I; m.360/I; m.363/II; m.364/I'de teslimden bahsedilmektedir.

⁶³ Müteahhidin eserin meydana getirilmesi (imali) borcu, eserin teslimi borcuyla tamamlanmaktadır (bkz. **ZINDEL GAUDEZ G./ PULVER URS**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1.529 OR, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel 1996, Art. 363, Nr.2; aynı yönde **GAUCH PETER**, Der Werkvertrag, Vierte Auflage, Zürich 1996, Nr.18 vd.; **STOTZ FELIX**, Die Leistungspflicht und die Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Bern-Frankfurt am Main-New York-Paris 1989, 1 vd.).

⁶⁴ **BÖGLI ROMAN**, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag, -Zeitpunkt und Voraussetzungen, Bern/Stuttgart/Wien 1996, 20; **BÜHLER THEODOR**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR, Dritte Auflage, Zürich 1998, Art.363, 191; aynı yönde **BUCHER EUGEN**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, 204.

⁶⁵ Bununla birlikte **GAUTSCHI** (Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2.Abt.,Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Kommentar zu Art. 363-379 OR, Bern 1967, Art.363, Nr.7a; BGE 89 II 235), iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan istisna sözleşmesinde karşılıklılık ilişkisinin (BK.m. 364/I-İsviçre BK. m. 372/I gereğince) teslim borcu (Die Ablieferungspflicht-Sachleistung-obligatio dandi) ile ücret ödeme borcu (die Vergütungspflicht) arasında olduğunu belirtmektedir.

⁶⁶ **GAUCH**, Nr.18 vd.; BGE 115 II 53 vd.

devamlılık gösteren bir ifası değil, edim yükümünün ifa ile neticelenmesi amaçlanmaktadır⁶⁷.

§ 2. MÜTEAHHİDİN ESERİ TESLİM BORCUNU ZAMANINDA İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I- Teslim Borcu Kavramı ve Kanunî Dayanağı

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, istisna sözleşmesinde müteahhit sadece eserin imalini değil, aynı zamanda eserin teslimini de borçlanır. Bu bağlamda eserin imali (meydana getirilmesi) borcu müteahhidin iş görme edimini, eserin teslimi ise maddi edimini (Sachleistungsobligation) oluşturur⁶⁸. İstisna sözleşmesinde, müteahhit eseri zamanında ve eksiksiz olarak, iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. Teslimden amaç, eserin belirlenen yer ve zamanda eksiksiz olarak iş sahibine teslimi suretiyle iş sahibinin ifadaki menfaatini karşılamaktır. Literatürde, müteahhidin eseri teslim borcu, eseri imal etme borcu yanında istisna sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olarak görülmektedir⁶⁹. İstisna sözleşmesi bakımından bu derece önemli olan teslim borcu konusunda, Borçlar Kanunumuzda açık bir hükme rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte BK'nunda teslimden bahseden bir çok maddeden⁷⁰, bu borcun kanun koyucu tarafından zımnen kabul edildiği sonucuna varmak mümkündür⁷¹.

Eserin teslimi, tamamlanan eser üzerindeki tasarruf yetkisinin, müteahhit tarafından, sözleşmeyi ifa amacıyla, iş sahibine geçirilmesini ifade eder⁷². Teslimin yapılabilmesi için öncelikle eserin tamamlanmış olması

⁶⁷ O halde burada işçinin edim yükümü gibi belirli ya da belirli olmayan bir zaman süresince devamlı olarak ifa edilmesi gereken sürekli bir borç söz konusu değildir. Zaman müteahhit tarafından borçlanılan edimin bütünü bakımından bir etki icra etmemektedir. İstisna sözleşmesinin kurulmasıyla tam olarak ifasının uzun bir zamana yayıldığı münferit durumlarda uzun süreli bir sözleşme olabilir de, bu istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu anlamına gelmez (istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmadığı hakkında bkz. BGE 98 II 302 vd.). Uzun süreli istisna sözleşmelerinde (sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden farklı olarak), kanunun ne sürenin sona ermesi ne de fesih gibi olağan sona erme sebepleri öngördüğü belirli ya da belirsiz bir süre kararlaştırılmaz. Hiç şüphesiz istisna sözleşmesinde müteahhidin sözleşmeyi zamanında ifa ile yükümlü olması durumu değiştirmemektedir (bkz. GAUCH, Nr.9).

⁶⁸ Bu konuda bkz. KLAUSER PETER, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Zürich 1973, 2 vd.

⁶⁹ Bkz. GAUTSCHI, Art.363, Nr.4; GAUCH, Nr.8.

⁷⁰ Nitekim, misalen BK.m.358/I, m.359/I, m.360/I, m.363/II, m.364/I'de teslimden bahsedilmektedir.

⁷¹ TANDOĞAN HALUK, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, Ankara 1987, 124.

⁷² GAUCH, Nr.87; KLAUSER, 16; STOTZ, 35; GAUTSCHI, Art.367, Nr. 13a; BECKER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.IV;

gerekir⁷³. Bu kapsamda müteahhit üzerine aldığı bütün işleri tamamlamış olmalıdır⁷⁴. Eserin tamamlanmasıyla birlikte eserin teslimi aşamasına gelinir. Teslimin ne şekilde gerçekleştirileceği, sözleşmenin konusu esere⁷⁵, sözleşmenin niteliğine, sözleşmenin kapsamına ve sözleşmenin tabi olduğu hükümlere bağlı olarak farklılıklar gösterir. İnceleme konumuz olan inşaat sözleşmelerinde teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen iş sahibine geçirilmesi suretiyle gerçekleşmez. Bu bağlamda iş sahibine ait arsa üzerinde ya da inşaat sahibinin oturduğu konutta yapılan inşaat faaliyetinin teslimi, işin sonunda teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen ele geçirilmesi ile değil⁷⁶, müteahhit tarafından eserin tamamlandığının açıkça veya zımni olarak iş sahibine bildirilmesi yoluyla gerçekleşir⁷⁷. Bir başka ifade ile, bu gibi durumlarda, yani iş sahibine ait arsa üzerinde gerçekleştirilen yapı işlerinde, eserin maddi olarak naklinin yerini, müteahhit tarafından eserin

Obligationenrecht II.Abt., Art.184-551 OR, Bern 1934, Art. 367, Nr.2; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V.: Das Obligationenrecht, Teil 2, Zürich 1939, Art.367, Nr.2; **PEDRAZZINI MARIO**, Der Werkvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Siebenter Band, 1. Halbband, Basel und Stuttgart 1977, 523; **KOLLER ALFRED**, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, Herausgeber: Alfred Koller, St. Gallen 1996, Nr.192.

⁷³ **GAUCH, Nr. 101 vd.; Müteahhidin eseri teslim borcunu yerine getirebilmiş sayılabilmesi için, eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermiş olması, onun eser üzerinde doğrudan doğruya zilyet olmasını sağlaması ya da onun zilyetliğini rahatsız edici durumu ortadan kaldırması gerekir (GAUTSCHI, Art.363, Nr. 50-56; TANDOĞAN, 125; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, 1012; karşı.GAUCH, Nr. 87). Bu bakımdan müteahhidin eseri teslim borcunu yerine getirmesi ancak tamamlanmış eserler bakımından söz konusu olur. Henüz tamamlanmamış eserler teslim borcunun konusunu oluşturmazlar(GAUCH, Nr.103; BGE 98 II 116; TUNÇOMAĞ, Borçlar II, 1012; TANDOĞAN, 125).**

⁷⁴ Bunun yanında, örneğin bir ev inşasında bütün işler tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış olsa bile, bu durum, mutlaka evin tesliminin yapıldığı anlamına gelmez (**GAUTSCHI, Art. 367, Nr. 8-12; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.367, Nr.2; TANDOĞAN, 126; karşı. GAUCH, Nr.103.**). Ancak eserin bitmiş sayılması açısından önemsiz ve tali mahiyetteki bir takım işlerin eksik kalması halinde, eğer bunların iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa eser tamamlanmış kabul edilmelidir (**GAUCH, Nr.103 ve özellikle 104**).

⁷⁵ Örneğin, taşınır şeylerin teslimi zilyetliğin fiilen iş sahibine geçirilmesi şeklinde gerçekleşir (**KLAUSER, 17; GAUTSCHI, Art.367, Nr.9**).

⁷⁶ **KLAUSER, 17; GAUTSCHI, Art.367, Nr.9; SELİÇİ ÖZER, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, 36.**

⁷⁷ **GAUCH, Nr. 92; TRÜMPY DANIEL, Abnahme und Genehmigung von Bauwerken, in:Lendi/Nef/Trümpy, Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994,104-105; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.367, Nr.3; BGE 115 II 459.**

tamamlandığının açıkça veya zımni olarak iş sahibine bildirilmesi alır⁷⁸. Ancak teslim borcunun bildirme ile yerine getirildiği bu gibi durumlarda dahi iş sahibinin fiili egemenliği şey üzerinde gereği gibi icra etmesi⁷⁹ veya bu egemenliği engelleyici durumların ortadan kaldırılması⁸⁰ sağlanmadıkça, teslim borcu eserin tamamlandığını bildirme ile ifa edilmiş sayılmaz⁸¹.

O halde genel olarak inşaat sözleşmelerinde eserin tesliminin yapılabilmesi ve buna bağlı olarak eserin teslim alınabilmesi için (Abnahme; réception; tesellüm)^{82, 83} inşaatın tamamlanmış olması ve inşaatın tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi gerekir⁸⁴. Bununla birlikte sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar eserin teslimini farklı şartlara bağlayabilirler. Bu bağlamda, yukarıdaki şartlara ilave olarak resmi bir makam ya da kurulun onaylaması ya da tarafların birlikte yaptıkları muayenenin olumlu çıkması koşulunu öngörebilecekleri gibi⁸⁵, eserin tamamlanmış olması koşuluna istisna getirmek suretiyle eserin kısım kısım teslimini kararlaştırabilirler⁸⁶.

II- Teslim Zamanı ve Yeri

⁷⁸ GAUCH, 92; KLAUSER, 17; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.367, Nr.3; TANDOĞAN, 125; SELİÇİ, İnşaat, 36-37.

⁷⁹ Örnek olarak biten yapının anahtarları verilmedikçe (TANDOĞAN, 126).

⁸⁰ Örnek olarak iskelelerin sökülmesi, getirilen araç ve gereçler ile artan malzemenin geri götürülmesi, bir mecranın tamiri için açılan çukurun kapatılması(TANDOĞAN, 126).

⁸¹ GAUCH, Nr.93; TANDOĞAN, 126.

⁸² Teslim ve tesellüm kavramları birbirine sıkı surette bağlı (korrelativ) olan iki kavramdır. Zira, eserin tesellümü, eserin teslimi olayını iş sahibi açısından açıklayan bir kavram olup, zaman itibariyle eserin teslimini takip eder. Bir başka ifade ile teslim ve tesellüm kavramları, aynı olayı sözleşmenin iki tarafı açısından ifade eden kavramlardır (GAUCH, Nr.97; TRÜMPY, 105; TANDOĞAN, 127). Bu nedenle, tesellüm teslimle aynı anda gerçekleşir ve tesellüm teslimden sonraki bir aşamayı oluşturmaz. Tesellüm ya ifa amacıyla sunulan eserin maddi olarak teslim alınması ya da eserin tamamlandığına ilişkin açıklamanın iş sahibine ulaşmasıyla gerçekleşir. Eserin teslim alınması için iş sahibinin eseri teslim almasıyla bağlantılı hukuki sonuçların meydana gelmesine yönelmiş özel bir teslim alma iradesine sahip olmasına lüzum yoktur (GAUCH, Nr.98; TANDOĞAN, 127).

⁸³ Ayrıca burada eserin iş sahibi tarafından teslim alınmasının, BK'nun 362. Maddesi anlamında eserin iş sahibi tarafından kabul edildiği (acceptation; Genehmigung) anlamına da gelmeyeceğini belirtmek gerekir (GAUCH, Nr.99; TANDOĞAN, 127). Eserin teslim alınması için iş sahibinin eseri teslim almasıyla bağlantılı hukuki sonuçların meydana gelmesine yönelmiş özel bir teslim alma iradesine sahip olmasına lüzum yoktur (GAUCH, Nr.98; BGE 115 II 459; TANDOĞAN, 127). Halbuki, eserin kabulü, müteahhidin imal ettiği eserin sözleşmeye uygun ve ayıpsız olduğu konusunda iş sahibinin iradesini açıklaması anlamını taşır (GAUCH, Nr.2070; BGE 115 II 459; TANDOĞAN, 127 ve 217).

⁸⁴ TRÜMPY, 104.

⁸⁵ GAUCH, Nr.107; TRÜMPY, 105.

İstisna sözleşmesinde iş görme edimi, edim sonucunu oluşturan eserin ortaya çıkarılması yükümlülüğünün ifasından önce gelir. Bir başka ifadeyle istisna sözleşmesinde müteahhidin maddi edimini ifa etmesi sözleşmenin kuruluşunda gerçekleşmez. Bu sonucun gerçekleşmesi için müteahhidin kendisine tanınan uygun bir zaman süresi içerisinde bir iş görme faaliyetinde bulunması gerekir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde diğer istisna sözleşmelerine göre bu süre daha uzun bir zamana yayılabilir. Normal şartlar altında müteahhidin edim sonucunu gerçekleştirebilmesi için gerekli olan bu süre belirlenirken, inşaatın hacmi ve inşaatın yapılmasını üstlenen müteahhidin işletme kapasitesi ile işçi, malzeme ve alet durumu ve inşaatteki normal aksamalar (hafta tatili, hava muhalefeti vs.) göz önünde tutulur⁸⁷. Eseri teslim zamanı (Ablieferungstermin), bütünüyle tamamlanan eserin tesliminin muaccel olduğu anı ifade eder⁸⁸. İstisna sözleşmesinde, teslimin yerine getirileceği tarih genellikle sözleşmede taraflarca kararlaştırılır. Taraflar bu tarihi ya belirli bir takvim günü göstererek (1 Eylül 2000 gibi) veya bir süre tayin edip en geç bu sürenin dolması tarihinde eserin tesliminin yapılmasını öngörerek (sözleşmenin yapılmasından itibaren 20 ay içinde gibi) tespit edebilirler. Yahut, aralarında süreyi tayin ederler, ancak sürenin başlangıcını belirli bir olayın gerçekleşmesine (mesela, arsanın tesliminden ya da inşaat ruhsatının alınmasından 1 yıl sonra gibi) bırakabilirler⁸⁹. Teslim tarihi taraflarca yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde takvim günü veya başlangıcı veya sonu belli bir süre gösterilerek yahut objektif ölçülere

⁸⁶ **GAUCH**, Nr.107; **TRÜMPY**, 105; **TANDOĞAN**, 127; Sözleşmede eserin belirli bölümlerinin belirli tarihlerde teslim edilmesinin kararlaştırılması mümkündür. Tarafların iradeleri dahilinde kısmi teslimin kararlaştırılması müteahhit açısından somut hukuki ilişkide bir hak niteliğini taşıyabilir ya da onun açısından bir yükümlülük oluşturabilir. Kısmi teslimin kararlaştırılmış olması müteahhit açısından öncelikle bir yükümlülük teşkil eder; zira bununla müteahhit işin tamamını bitirmeden, eserin belirli kısımlarını iş sahibine teslim etme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu bağlamda müteahhit söz konusu kısmi teslimlerde objektif olarak yükümlülüğüne aykırı hareket ederse, (sondan önceki kısmi teslimler bakımından) BK.m.358/I hükümlerinin uygulanması (şartlar mevcutsa) söz konusu olabilecektir (Bkz. **GAUCH**, Nr. 691); Kısmî teslimin kararlaştırılmış olması müteahhit açısından aynı zamanda bir haktır, zira böylece müteahhit iş sahibine karşı sözleşmede eserin kısım kısım tesliminin kararlaştırılmasından doğan bazı talep haklarını kullanabilme imkanına sahip olmaktadır (Bkz.m.364/II). Bu kapsamda müteahhit ifa edilen kısma tekabül eden ücretin ödenmesini talep edebilecek, ihale hukukundaki kurallar çerçevesinde şartlar mevcut ise teminatlarla ilgili bazı talep haklarına sahip olabilecektir.

⁸⁷ **SELIÇI ÖZER**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, 66.

⁸⁸ **GAUCH**, Nr.646; **BÜHLER T.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art.363-379, Zürich 1998, Art.366, Nr.5;

⁸⁹ Bu konuda bkz. **SELIÇI**, 66; **GAUCH**, Nr . 647; **GAUTSCHI**, Art. 363, Nr. 6a; **TANDOĞAN**, 128.

göre güvenli olarak hesaplanabilir (mit Sicherheit berechenbar; dies certus quando) biçimde tespit edilmiş ise, BK.m. 101/II anlamında “borcun ifa edileceği günün müttefikan tayin edilmiş” (bestimmten Verfalltag=belirli vade günü) olması söz konusu olur⁹⁰, yeter ki, söz konusu anlaşmanın muhtevassından müteahhidin eseri en geç bu tarihte teslim etmekle yükümlü olduğu çıkarılabilsin⁹¹. Eğer belirli vade gününün borcun ifa edileceği yegane zaman dilimini oluşturacağı kararlaştırılmışsa bu taktirde kesin vadeli bir işlem söz konusu olur(BK.m.107/3)^{92,93}.

Teslim tarihi anlaşma ile belirlenmemiş ise, sözleşmedeki bu boşluğun hukuki ilişkinin niteliğinden hareketle, sözleşmenin taraflarının farazi iradelerine dayanılarak doldurulması gerekir⁹⁴. Bu tespit edilirken söz konusu eseri deneyimli bir uzmanın (ein versierter Fachmann) normal koşullar altında işe zamanında başlayıp, olağan çalışma araçlarını ve gücünü

⁹⁰ **GAUCH**, Nr. 647; **BÜHLER**, Art.366, Nr. 5; **TANDOĞAN**, 128; BGE 116 II 443.

⁹¹ **SCHENKER FRANZ**, Die Voraussetzung und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg 1988, Nr.75 vd ve Nr.170 vd; **SCHWENZER INGEBORG**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, 372; **GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 7. Auflage, Zürich 1998, Nr. 2944; **GAUCH**, Nr. 647; **BÜHLER**, Art.366, Nr. 5; Tarafların BK.m.101/II anlamında belirli vade kararlaştırıp kararlaştırmadıklarına her somut istisna sözleşmesinin muhtevassından hareketle karar verilir. Bu itibarla, örneğin eserin teslim zamanıyla ilgili olarak inşaat yeri üzerinde tasarrufta bulunulmasından itibaren veya efektif olarak işe başlama tarihinden itibaren sürenin işlemeye başlayacağı; ya da eserin tamamlanmasının iki üç aylık bir süre içerisinde (un délai de deux à trois mois) gerçekleştirileceği (Semjud 80, 1958, 614); eserin 5-8 hafta içerisinde; yaz boyunca (BGE 54 II 30) ya da sözleşmenin kuruluşundan sonra 142. ve 215. İşgünlerinde teslim edileceği şeklindeki kayıtlara sözleşmede yer verilmesi belirli vadenin kararlaştırıldığı anlamına gelmez (bkz.**GAUCH**, Nr 648).

⁹² **SCHENKER**, Nr.517 vd.; **GAUCH/SCHLUEP**, II, Nr. 2959 vd.; **GAUCH**, Nr. 647; **BÜHLER**, Art.366, Nr. 5.

⁹³ Eseri teslim borcunun ifa zamanı ile ilgili olarak, özellikle inşaat sözleşmelerinde yer verilen ara vadelerle (Zwischentermine) teslim tarihinin birbirinden ayrı kavramlar olduğunu belirtmek gerekir. Ara vadeler, iş sahibinin, işin gidişatını daimi olarak kontrol etmek, çeşitli müteahhitler arasında koordinasyonu sağlamak ve vaktinde teslimi güvence altına almak amacıyla eserin belli aşamaları için belirlenen vadelerdir. Bu vadelerde işin bir kısmı bitirilir, ama teslim edilmez (bkz.**GAUCH**, Nr.653 vd; **TANDOĞAN**, 129).

⁹⁴ **VON TUHR ANDREAS/PETER HANS**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, 52 ve 227; **SCHRANER MARIUS**, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Die Erfüllung der Obligationen, Erste Lieferung: 68-83, Zürich 1991, Art.75, Nr.56; **STOTZ**, 43; **GAUCH**, 649;

kullanarak sürekli bir çalışma ile ne kadar zaman harcayacağı dikkate alınır⁹⁵. Teslim tarihinin sözleşmenin kurulmasından sonra kararlaştırılması ya da belirlenen teslim tarihinin sonraki tarihte yapılacak bir anlaşmaya ertelenmesi mümkündür. Ayrıca belirli durumların ortaya çıkması durumunda teslim süresinin değiştirileceğine ilişkin değişiklik kayıtları da (ezcümle süreyi uzatma ya da hızlandırmaya ilişkin kayıtlar) somut duruma uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye konulabilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin taraflarının tek taraflı olarak teslim süresini belirleme ya da değiştirme yetkileri yoktur⁹⁶.

Eserin teslimi bakımından teslim tarihi kadar önem arz eden bir nokta da eserin tamamlanmış olmasıdır. Zira eserin teslim edilmesinin ön koşulunu eserin tamamlanmış olması⁹⁷ oluşturur⁹⁸. Eserin tamamlanmış olmasından, eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibinin talep ettiği değişiklikler de dahil olmak üzere⁹⁹, kararlaştırılmış olan bütün işlerin bitirilmesi anlaşılır^{100, 101}.

⁹⁵ **GAUCH**, Nr.649; **TANDOĞAN**, 129; **Becker**'e göre (Art.366, Nr.2), bir eserin ne zamana kadar bitirilmesi gerektiği özel olarak kararlaştırılmamış ise bir eserin ne zamana kadar bitirilmesi gerektiği BK. m.74'e göre belirlenir. Ticari teamüller burada göz önünde tutulmalıdır.

⁹⁶ **GAUCH**, Nr.650.

⁹⁷ Buna bağlı olarak, eserin teslim tarihi (Ablieferungstermin) ile eserin tamamlanma tarihi (Vollendungstermin) arasında yakın bağlantı mevcuttur. Hatta sözleşmelerde genellikle eserin tamamlanma tarihine ilişkin kayıtlara yer verilmektedir ("Üslenilen iş ... tarihine kadar tamamlanmak zorundadır" gibi) (**GAUCH**, Nr.651). Eğer sözleşmede bu şekilde eserin teslim tarihinde değil de tamamlanma tarihinden bahsedilmişse, tamamlanan eserin ne zaman muacceliyet kesbedeceği sorusuna BK.'nın 74. maddesinin anlamına uygun bir şekilde uygulanması suretiyle eserin tamamlanmasını müteakip hemen teslim edilmesi gerektiği şeklinde cevap vermek gerekir (**Gauch**, Nr.652).

⁹⁸ **STOTZ**, 39; **GAUCH**, Nr.101 ve 651; **GAUTSCHI**, Art.367, Nr.8; **OR-Zindel/Pulver**, Art. 367, Nr.3; BGE 118 II 149 ve 115 II 458;

⁹⁹ Bkz. **GAUCH**, Nr. 768 vd.

¹⁰⁰ **PEDRAZZINI**, 523; **GAUCH**, Nr.101; **STOTZ**, 39; **KLAUSER**, 17;

¹⁰¹ Burada özellikle tamamlanan eserin ayıplı olmasının eserin teslim edilmesi ve kabulüyle her hangi bir zıtlık oluşturmadığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla tamamlanmış eserin ayıplı olmaması eserin teslim ve kabul edilmesinin bir koşulu değildir. Bir başka ifadeyle eser ayıplı olmasına karşın tamamlanmış olabilir. Bu itibarla eserin ayıpsız olmasıyla, eserin tamamlanması kavramlarını birbirinde ayırmak gerekir (**GAUCH**, Nr. 106; **STOTZ**, 39-40).

Hatta istisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu olabilmesi için eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması gerekir. Zira ayıplı eser, ayıplı bir iş görme sonucudur(**GAUCH**, Nr.697; **OR-Zindel/Pulver**, Art. 368, Nr.2; **PEDRAZZINI**, 28 vd.; **ARAL FAHRETTİN**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2002, 364; **TANDOĞAN**, 160). Normal koşullar altında eserin tamamlanmamış olmasıyla ayıplı olması birbirinden kolaylıkla ayırt edilebilir. Ancak, iki kavramın ayırt edilmesinin güçlük arzettiği durumlar için bkz. **GAUCH**, Nr.1448.

Tamamlanan eserin nerede teslim edileceği konusuna gelince; bu konuda taraflar teslimin nerede ve nasıl yapılacağı konusunda anlaşabilecekleri gibi, böyle bir anlaşma yoksa halin icaplarından onların bu konudaki zımni iradelerinin ne olduğu çıkarılabilir (BK.m.73)¹⁰². Taşınmaz mallara ilişkin iş görme sonucu o taşınmazın bulunduğu yerde meydana gelir, dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde eseri teslim yeri taşınmazın bulunduğu yerdir¹⁰³.

III- Müteahhidin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü ve Sonuçları

A) Genel Olarak

BK'nun istisna sözleşmesini düzenleyen maddelerinde müteahhidin teslim borcunu ifade temerrüde düşmesine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda eserin imaline ilişkin iş görme borcunun yerine getirilmesini düzenleyen BK.m.358/f.I hükmünün doğrudan doğruya veya kıyasen müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesine ilişkin durumlara uygulanması söz konusu değildir¹⁰⁴. Zira, BK.m.358/I'de gerçek anlamda bir temerrütten bahsedilemez¹⁰⁵. Bu nedenle, burada, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdü düzenleyen BK.m. 106-108 ve genel

¹⁰² **TANDOĞAN**, 128; **GAUCH**, Nr.89.

¹⁰³ Taşınır mallar bakımından ise bir ayırım yapmak ve malzemesini iş sahibinin getirdiği ve tamir edilmek ve işlenmek üzere bırakılan taşınır şeylerde eserin tamamlanmasıyla beraber, bu malların iş sahibi tarafından aranacağını, müteahhidin kendi malzemesiyle yeniden imal edeceği eserleri ise iş sahibine götürmesi ya da masraf ve hasarı ona ait olmak üzere göndermesi gerekir (bkz.**TANDOĞAN**, 128).

¹⁰⁴ **GAUCH**, Nr. 659; **BÜHLER**, Art.366, Nr.9.

¹⁰⁵ Gerçekten de burada gerçek anlamda bir temerrütten bahsedilemez. Çünkü, temerrüt, ifası mümkün ve muaccel bir borcun kanun veya taraflarca öngörülen zamanda yerine getirilmemesidir. Dolayısıyla temerrütten bahsedebilmek için her şeyden önce borcun muaccel olması, yani alacaklının edimi talep ve bu maksatla borçluyu dava edebilecek durumda olması ve onun edayı talep edebilmesine kanuni bir engel bulunmaması gerekir. Ayrıca ihtar tarihinde ifanın mümkün olması da zorunludur. Halbuki, BK.m.358'de düzenlenen durumda borç henüz muaccel olmamış, eserin teslim vadesi gelmemiştir. Bu maddede düzenlenen husus, müteahhidin işe zamanında başlama ve devam etme yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle, yani işe zamanında başlamaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirmesi ya da tahminlere nazaran işi belirli zamanda bitirmesinin imkansız görülmesi nedeniyle, iş sahibine teslim için belirlenen zamanı beklemeksizin sözleşmeden dönme imkanının tanınmasıdır. O halde burada gerçek anlamda bir temerrüt hali düzenlenmemiştir. Burada borç muaccel olmadan önce, alacaklının borçluya karşı her ne surette olursa olsun bir talepte bulunamayacağı kuralının bir istisnası söz konusudur (**FUNK FRITZ**, Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 1938, (Çev:Veldet, Hıfzı/Selek, C., Hakkı) Art.366, Nr.1). Bununla birlikte burada düzenlenen yükümlülük ihlalini eserin imalindeki temerrüt (Verzug in der Ausföhrung des Werkes) olarak nitelendirmek mümkündür (bkz. **GAUCH**, Nr.669; **GAUTSCHI**, Art.366, Nr.1d; BGE 115 II 55)).

olarak borçlunun temerrüdünü düzenleyen BK.m.101-105'in uygulanması gerekir¹⁰⁶.

O halde müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için, öncelikle, teslim tarihinin gelmesine rağmen (eseri teslim borcu muaccel olmasına karşın), müteahhidin objektif olarak yükümlülüğüne aykırı bir biçimde (objektif pflichtwidrig) eseri tamamlamamış ya da tamamlanmış eseri teslim etmemiş olması gerekir¹⁰⁷. Müteahhidin teslim borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi için, aksine bir anlaşma olmadıkça kusurlu olması gerekli değildir¹⁰⁸. Gecikmenin, müteahhidin objektif olarak yükümlülüğüne aykırı olması temerrüt için yeterlidir. Bununla birlikte, müteahhidin edimi objektif olarak imkansız hale gelmiş ve edim yükümlülüğü bu nedenle ortadan kalmışsa¹⁰⁹ ya da geciktirici def'i ileri sürme ya da iş sahibinin eseri teslim almada temerrüdü gibi¹¹⁰, müteahhidin gecikmesini haklı gösterecek başka sebeplerin varlığı halinde müteahhidin

¹⁰⁶ **BÜHLER**, Art.366, Nr.9; **GAUCH**, Nr.659; **SCHENKER**, Nr.435; **TANDOĞAN**, 130; **SELIÇI**, İnşaat, 69.

¹⁰⁷ **BÜHLER**, Art.366, Nr.10; **GAUCH**, Nr.659; **TANDOĞAN**, 130; **ARAL**, 359;

¹⁰⁸ Türk-İsviçre Hukuku'nda Alman (eski BGB § 285; yeni BGB § 286/Abs.4) Hukukunun aksine, borçlunun temerrüdünün meydana gelebilmesi için kusur şartı aranmamıştır. Borçlu kusurlu ya da kusursuz olsun temerrüt için varlığı öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde temerrüde düşmüş olur (bkz.**SCHENKER**, Nr.248; **VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974, 141-142; **OR-Wiegand**, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1.529 OR, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel 1996, Vorbemerkung zu Art.102-109, Nr.2; **BUCHER**, Allg. Teil, 359-360; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.2932; **GAUCH**, Nr.676; **EREN, FIKRET**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001, 1087; **SEROZAN RONA, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMI/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, § 17, Nr.3). Bununla birlikte temerrüdün bazı sonuçlarının gerçekleşmesi, ezcümle, borçludan temerrüt nedeniyle gecikme tazminatı istenebilmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının ifa menfaatinin tazmini ve sözleşmeden dönme halinde menfi zararın tazmini taleplerinin ileri sürülmesi, borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır.

¹⁰⁹ bkz..**GAUCH**, Nr. 676 ve Nr.718 vd.; **TANDOĞAN**, 130.

¹¹⁰ **GAUCH**, Nr.676; Müteahhit BK.m.81-82'deki gibi (örneğin zamanasını def'i gibi) def'i ileri sürme hakkına sahipse, bu def'i devam ettikçe, gecikme, yükümlülüğe aykırı sayılmaz (**GAUCH**, Nr.677; **TANDOĞAN**, 130 vd.). Bunun yanında iş sahibinin eseri teslim almada temerrüdü durumunda da, müteahhidin edimini yerine getirmesine alacaklı sebep olduğundan bir haklı gecikmeden bahsedilebilir(**GAUCH**, Nr.678; ayrıca bu konuda bkz.**SCHENKER**, Nr.228 vd.) Aynı şekilde, iş sahibi gerekli hazırlık ve işbirliği faaliyetlerini gerçekleştirmemişse, böyle bir durumda da müteahhidin haklı gecikmesinden bahsedilebilir (**GAUCH**, Nr.678).

objektif olarak yükümlülüğüne aykırı biçimde gecikmesinden bahsedilemez. Dolayısıyla, gecikmenin müteahhidin yükümlülüğüne aykırı olmadığı hallerde “haklı gecikme”den (gerechtfertigte Verzögerung) söz edilebilir¹¹¹. Bu itibarla, eserin imalinin hala mümkün olduğu haklı gecikme hallerinde, müteahhidin edim yükümlülüğünden kurtulması için bir sebep olmadığından, aksine bir hüküm bulunmadıkça, teslim süresi tarafların farazi iradelerine dayanılarak haklı gecikme süresi kadar uzamış kabul edilir. Burada taraflarca yeniden kararlaştırılmamış uzama süresinin hiçbir şekilde BK.m.101/II anlamında belirli vade olmadığını ifade etmek gerekir¹¹².

Ayrıca müteahhidin temerrüdü için ona ihtarda bulunması da gerekir. Bununla birlikte, eserin teslim edileceği tarih, BK. m. 101/ II anlamında taraflarca müteahhidin tayin edilmiş ise, bir başka ifadeyle borcun ifa edileceği gün olarak belirli bir vade günü kararlaştırılmışsa ya da ihtarın başlangıçtan itibaren faydasız kalacağı görülüyor ise, bu taktirde müteahhide ihtar çekilmesine gerek yoktur¹¹³. Ancak uygulamada özellikle inşaat sözleşmelerinde eserin teslim tarihi genellikle yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde taraflarca ittifakla belirlendiğinden, bir başka ifadeyle belirli bir vade günü kararlaştırıldığından, inşaat sözleşmelerinde borçluyu temerrüde düşürebilmek için ayrıca ihtar çekilmesine genellikle gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, eseri teslim tarihinin belirli bir vade günü olarak kararlaştırılmadığı durumlarda müteahhidin temerrüde düşürülebilmesi için, hiç şüphesiz iş sahibinin müteahhide ihtar çekmesi de gerekecektir.

Temerrüde düşen müteahhit, eseri teslim borcunun gecikerek ifasından dolayı iş sahibinin gecikmeden dolayı uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu gibi, edimin umulmayan olaydan dolayı zarara uğramasından da¹¹⁴ sorumlu olur (BK.m.102/f.I).

Müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüdünün diğer önemli sonuçları ise, iş sahibinin, müteahhide uygun bir mehil verip, bu mehil sonunda teslim gerçekleşmezse, derhal aynen ifadan vazgeçip müsbet

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GAUCH, Nr. 676 vd.; TANDOĞAN, 131; Nitekim, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin (BİGŞ) “İşin Süresi ve Uzatılması”na ilişkin 27. maddesinin II.fikrasında “Sözleşmede belirtilen ve sorumluluğu müteahhide ait olmayan zorunlu gecikme nedenleri”nin varlığı halinde süre uzatımından bahsedilmekte ve aynı maddenin devamı fıkralarında bunun usulüne yer verilmektedir.

¹¹² GAUCH, Nr.682.

¹¹³ GAUTSCHI, Art.364, Nr.6d; GAUCH, Nr.659; BÜHLER, Art.366, Nr. 10. TANDOĞAN, 131-132; ARAL, 360.

¹¹⁴ Buradaki umulmayan olaydan sorumluluk ilkesi, temerrüt neticesinde müteahhidin edimin yerine getirmesini aşırı şekilde güçleştiren ve BK.m.365/II'de öngörülen anlamda olağanüstü durumların ortaya çıkması veya eserin teslimden önce kaza sonucu telef olması ya da ayıplı hale gelmesi durumlarında uygulanır (bkz.GAUCH, Nr 661; TANDOĞAN, 132; ARAL, 360).

zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilmesidir¹¹⁵. Konumuz bakımından önem arzemesi nedeniyle, incelememiz kapsamında sadece müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda, iş sahibinin gecikmiş ifa ve gecikmeden doğan zararın tazmini talebi ile eserin tesliminde gecikilmesine bağlı olarak sözleşmelere konulan ifaya eklenen cezai şart kayıtları üzerinde durulacak, iş sahibinin diğer seçimlik taleplerine konuyla ilgili olduğu ölçüde yer verilecektir.

B İş Sahibinin Gecikmiş İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatını Talep Etmesi

İstisna ve inşaat sözleşmelerinde müteahhit, üstlendiği inşaatı, sözleşmede kararlaştırılan zamanda, eğer bu süre kararlaştırılmamış ise, inşaatın tamamlanması için gerekli olan uygun süre geçtikten sonra teslim etmelidir. Müteahhit belirlenen süre içerisinde inşaatı tamamlayarak teslim edemez ise, iş sahibi müteahhide uygun bir süre vermeden de gecikmiş ifa ve gecikme tazminatını isteyebilir¹¹⁶. Aynı şekilde, iş sahibi, uygun süre (mehil) verip de sürenin bitiminde, ifadan vazgeçtiğini, başka bir ifade ile BK'nun 106. maddesinde öngörülen diğer iki imkanı seçtiğini derhal bildirmez ise, gecikmiş ifayı istediği karineten kabul edilir¹¹⁷.

İş sahibinin, temerrüde düşen müteahhitten gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını istemesi bakımından, ifa talebinin bir özelliği yoktur. Burada gecikmiş ifayı talep etmek, temerrüdün bir sonucu değil, muaccel alacağın bir hükmüdür. İş sahibinin ifayı talep etmesi için müteahhidin temerrüde düşmesi gerekmez. Burada müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş olması, iş sahibinin gecikme yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi bakımından önem arzeder¹¹⁸.

¹¹⁵ GAUCH, Nr.661; TANDOĞAN, 132; ARAL, 360 vd.

¹¹⁶ İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, alacaklı borçluya mehil vermeden önce de gecikmiş ifa ile gecikme tazminatını talep edebilir. Bu husustaki talep hakkı BK.m.102'de düzenlenen farklı değildir. Alacaklı mehil tayin ettikten sonra gecikmiş ifayı talep ederse, mehil verme yoluna gereksiz yere gitmiş olur; zira mehil tayini alacaklıya ifadan vazgeçme imkanı bahşetmek için kabul edilmiş bir usuldür (TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, 501; OĞUZMAN/ÖZ, 381-382 ve özellikle orada dn. 579; TEKINAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, 961; ayrıca bu konuda bkz. ve karşı. SEROZAN, § 17, Nr.11)

¹¹⁷ Kural olarak, iş sahibinin gecikmiş ifa ile gecikme tazminatını zamanaşımı süresi doluncaya kadar isteyebilmesi gerekir. Ne var ki, iş sahibinin uzun zaman teslim yapılmamasını hoş görüp, müteahhitte artık bir istemde bulunmayacağı fikrini uyandırması ve şartlar değişince de gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını istemesi ya da sözleşmeden daha önce dönebilecekken, uzun süre bunu yapmayıp gecikme cezasına sebep olması iyiniyet kurallarına aykırılık olarak kabul edilebilir (TANDOĞAN, 134).

¹¹⁸ Karşı. OĞUZMAN/ÖZ, 367-368.

İş sahibinin mütemerrit müteahhitten talep edeceği gecikme tazminatı, iş sahibinin borcun geç ifa edilmesinden dolayı uğradığı zararı karşılamak amacını güder ve iş sahibinin, eseri teslim borcunun gecikmeden ifa edilmesindeki menfaatine tekabül eder¹¹⁹. Bu itibarla müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda ödemesi gereken gecikme tazminatı hukuki niteliği itibariyle müsbet zararın sınırlı ve özel bir türüdür¹²⁰. Buna göre gecikmeden doğan zarar, zamanında ifa yapılsaydı malvarlığının arzedeceği farazi durum ile gecikmeden dolayı malvarlığının halen arzettiği durum arasındaki farkı ifade eder¹²¹. Gecikmeden doğan zararın borçlu tarafından tazmin edilebilmesi için, malvarlığında istenmeden meydana gelen eksilmenin yani zararın borcun ifasındaki gecikme neticesinde gerçekleşmesi, meydana gelen zarar ile geç ifa arasında uygun illiyet bağının bulunması ve zararın meydana gelmesinde borçlunun kusurlu olması gerekir¹²². Gecikmeden doğan zararın kapsamına malvarlığındaki fiili azalma yani fiili zarar (damnum emergens) dahil olduğu gibi, kazanç kayıpları (lucrum cessans) da dahildir¹²³. Bu bağlamda tazmin edilmesi gereken zarar kalemleri içerisinde iş sahibinin teslimdeki gecikme nedeniyle kredi faizlerinin artması, üretimde ve kira gelirlerinde meydana gelen azalma ya da yoksunluk, kendisinin sözleşme gereğince yapması gereken masrafların artması, eserin tesliminin zamanında yapılmaması yüzünden iş sahibinin üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ya da cezai şart gibi zarar kalemleri dahildir¹²⁴.

Burada son olarak, gecikmeden doğan zararın tazmini talebinin, asıl borcun ifası talebi yanında talep edilebilecek birlikte (kumulativ) bir talep olduğuna işaret etmek gerekir. Mahiyeti itibariyle temerrüt neticesinde ortaya çıkan yan bir kalem (ein hinzutretender Nebenpost) olup ifa talebini

¹¹⁹ Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, 368.

¹²⁰ **TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 925; **OĞUZMAN/ÖZ**, 368; **EREN**, 1092; **BUCHER**, Eugen, Allg. Teil, 360. Gecikmeden doğan zarara ilişkin tazminat niteliği itibariyle müsbet zararın bir özel biçimi olmakla birlikte, aynen ifa talebinin yerine geçen müsbet zarar (büyük tazminat) talebiyle karıştırılmamalıdır. Gecikmeden doğan zarara ilişkin tazminat talebinin kapsamına yerine getirilecek asıl edimin değeri dahil olmayacağından, gecikme tazminatına küçük tazminat adı da verilmektedir (bkz. **SEROZAN**, § 17, Nr.7).

¹²¹ **SCHENKER**, Nr.255; **OR-Wiegand**, Art.103, Nr.5; **WIEGAND**, Die Leistungsstörungen, recht 1983, 123; **SEROZAN**, §17, Nr.7; **OĞUZMAN/ÖZ**, 368; **BUCHER**, Allg. Teil, 360-361; BGE 116 II 444 vd.

¹²² **SCHENKER**, Nr.254 vd.; **OR-Wiegand**, Art.103, Nr.5; BGE 116 II 443 vd., Erw. c; **EREN**, 1091 vd; **TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 925;

¹²³ **SCHENKER**, Nr.273 vd.; **GAUCH**, Nr.665; **TEKINAY /AKMAN / BURCUOĞLU/ALTOP**, 925;

¹²⁴ Bu konuda bkz. ve karşı. **GAUCH**, Nr.665; **TANDOĞAN**, 134; **EREN**, 1092; **Serozan**, § 17, Nr.7; **TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 925; BGE 116 II 443 vd., Erw. C.

tamamlamakta ve genişletmektedir¹²⁵. Bundan dolayı, von Tuhr/Escher'in de isabetle belirttiği gibi, borçlu temerrütten meydana gelen zararı tazmin etmediği takdirde, alacaklı gecikmiş ifayı kabule mecbur değildir. Bununla birlikte, ifaya eklenen cezai şart talebinden farklı olarak, alacaklı, gecikmiş ifayı ihtirazi kayıt ileri sürmeden kabul etmiş olsa bile, sonradan temerrütten doğan zararının tazminini talep edebilir¹²⁶.

§ 3. İSTİSNA VE ÖZELLİKLE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ESERİ TESLİM BORCUNUN İFASINDA GECİKMESİNE BAĞLANAN CEZAI ŞART KAYITLARI

I- Genel Olarak

Alacaklılar, çoğu kez, alacaklarını elde edememek kaygısıyla, alacaklarını teminat altına alan, onu kuvvetlendiren çeşitli yöntemlere başvurmak isterler. Bu teminatlar, kefalette olduğu gibi şahsî, ipotek ve rehinde olduğu gibi aynî nitelikte olabileceği gibi, cezai şartta olduğu gibi kaydî nitelikte de olabilir¹²⁷. Rehin ve kefalet yanında cezai şart da alacaklılara aradıkları bu teminatı vermek ve asıl borcu takviye etmek amacını güder. Sözleşmelerde bu şekilde cezai şart kayıtlarına yer verilmekle, alacaklıların alacaklarını temin bakımından kendilerini daha güvende hissetmeleri sağlanmış olur. Ayrıca cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde tazminatın önceden belirlenmesi gayesini taşıdığından, ispat hukuku bakımından da alacaklıya büyük kolaylık sağlar¹²⁸. İşte, istisna ve özellikle inşaat sözleşmelerinde de, müteahhidin eseri teslim zamanına riayet etmesini sağlamak ve bu suretle eseri teslim zamanını teminat altına almak amacıyla cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verilmektedir. Biz de bu incelememizde sözleşmelere konulan bu tür kayıtlarla ilgili temel hususları ve sorunları inşaat sözleşmeleri bakımından ele almadan önce, cezai şart kavramının özellikle konumuzla ilgili olduğu ölçüde tanımı, hukuki niteliği ve işlevleri konusuna kısaca yer vermeyi uygun buluyoruz. Zira, cezai şartın hukuki niteliği ve işlevleri hakkında yapılacak olan açıklamalar, gerek konunun daha iyi anlaşılabilmesi, gerekse sözleşmelere konulan kayıtların hangi hallerde cezai şart olarak nitelendirilebileceğini belirleyebilmek açısından son derece faydalı olacaktır.

II) Cezai Şart Kavramının Tanımı, Cezai Şartın Hukuki Niteliği ve İşlevleri

¹²⁵ WIEGAND, Leistungsstörungen, 123; OR-Wiegand, Art.103, Nr.7; SEROZAN, § 17, Nr.7;

¹²⁶ VON TUHR/ESCHER, 146; aynı fikirde OR-Wiegand, Art.103, Nr.7; aksi fikir için BUCHER, Allg. Teil, 361 ve orada dn.126.

¹²⁷ İNAN ALI NAIM, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, 420-421;

¹²⁸ Cezai şartın işlevleri konusunda bkz. § 3, II, B.

A) Tanımı ve Hukuki Niteliği

Hukuk literatüründe cezai şart ile ilgili olarak çeşitli tanımlar yapılmakla birlikte¹, cezai şartı, “borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcu, hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ya da geç ifa etmesi durumunda, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış ekonomik değer taşıyan bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesidir” şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu tanımdan da hareketle cezai şart ile ilgili olarak şu hususlara işaret edilmesi gerekir;

*Cezai şarttan bahsedebilmek için, her şeyden önce cezai şartın kuvvetlendirdiği asıl bir borcun bulunması gerekir*². Asıl borcun söz konusu olmadığı yerde cezai şarttan da bahsedilemez. Cezai şart asıl borcu teminat altına aldığından, doğumu, devamı ve sona ermesi de asıl borcun varlığına bağlıdır; bir başka ifadeyle cezai şart asıl borca bağlı ferî bir borçtur (Akzessorietät=ferilik)³. Bunun doğal bir sonucu olarak asıl borcun şekle tabi olması, cezai şart anlaşmasının da şekle tabi olması sonucunu doğurur; esas sözleşmenin ihlal edilmesinden önce asıl alacak temlik edilirse ihlal durumu için taahhüt edilen cezai şart anlaşmasından doğan haklar da yeni alacaklıya intikal eder; esas sözleşmenin ihlalinden önce asıl alacak sona ererse ihlal durumu için taahhüt edilen cezai şart anlaşmasından doğan haklar da sona erer; esas sözleşmenin ihlalinden önce asıl alacak zamanaşımına uğrarsa ihlal durumu için taahhüt edilen cezai şart anlaşmasından doğan haklar da zamanaşımına uğrar⁴.

Cezai şart ekonomik değer taşıyan bir edimdir. Cezai şart olarak taahhüt edilen edim, kural olarak bir yapma edimi olarak gerçekleşir ve

¹ Tanımlar için bkz. **BENTELE ROLAND**, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Freiburg 1984, 4 vd.; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.8; **SANTORO DIMITRI**, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern 2001, 3; **GUHL/SCHNYDER**, Das Schweizerische Obligationenrecht, Neunte Auflage, Zürich 2000, § 56, Nr.1; **EHRAT FELIX**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel und Frankfurt am Main 1996, Art. 160, Nr. 1; **SCHWENZER INGEBORG**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, 395; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3909; **BUCHER EUGEN**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, 521; **BÜHLER THEODOR**, Vertragsrecht im Maschinenbau und Industriebau, Zürich 1987, 149; **TUNÇOMAĞ KENAN**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, 6; **EREN**, 1169; BGE 122 III 422, Erw. 2a.

² **BENTELE**, 31; **SANTORO**, 7; OR-Ehrat, Art. 160, Nr.14; **BUCHER**, Allg. Teil, 522; **GUHL/SCHNYDER**, § 56, Nr.3; **KELLER MAX/SCHÖBI CHRISTIAN**, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Dritte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, 110; **EREN**, 1170;

³ **BUCHER**, Allg. Teil, 523; OR-Ehrat, Art. 160, Nr.3; **BENTELE**, 31 vd.; **SCHWENZER**, 395; **GAUCH/SCHLUEP**, II, Nr.3959 vd.; **GUHL/SCHNYDER**, § 56, Nr.3;

⁴ bkz. **BENTELE**, 32.

genellikle bir para edimi şeklinde ortaya çıkar⁵. Cezai şartta anlaşmayla kararlaştırılmış bir edim söz konusudur⁶. Bununla sözleşmenin bir tarafınca, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da zamanında veya belirlenen yerde ifa edilmemesi erteleyici şartına bağlı olarak belirli bir edimde bulunulması taahhüt edilmektedir⁷. Buna bağlı olarak, cezai şart anlaşması kapsamında taahhüt edilen edim, belirli bir sözleşme ihlali durumu için öngörülür. Hangi sözleşme ihlali için cezai şart öngörüldüğü taraf iradeleri⁸ ile cezai şart anlaşmasının yorumundan anlaşılır⁹. Bu niteliği itibarıyla cezai şart erteleyici şarta bağlı bir edim taahhüdüdür¹⁰. Buradaki erteleyici şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da zamanında veya belirlenen yerde ifa edilmemesidir.

B) Cezai Şartın İşlevleri (Fonksiyonları)

Cezai şart alacaklının ifa menfaatini teminat altına almayı amaçlar¹¹. Bu menfaat, alacaklının, borçlunun taahhüt ettiği edimi tam veya gereği gibi ya da zamanında yerine getirmesindeki menfaatini ifade eder¹². İşte cezai şart kaydıyla, borçlunun sözleşmeyi ihlal ettiği bu gibi durumlarda,

⁵ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; karş. **BENTELE**, 5 ve özellikle 40 vd.;**EREN**, 1170;

⁶ Cezai şartın sağlar arası bir hukuki işlemle saptanması gerektiğine işaret etmek gerekir (**TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 16 vd.).

⁷ **BENTELE**, 6; BGE 122 III 422, Erw.2 a; Cezai şart anlaşması ya da sözleşme cezası kavramları, bu adı sözleşmeden doğan bir talebi teminat altına aldıkları için değil, doğrudan doğruya sözleşmeye dayandıkları için almaktadır (bkz. **BENTELE**, 6).

⁸ **BENTELE**, 44; **BUCHER**, Allg. Teil, 526; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Vorbem. Zu Art.160-163, Nr.20;

⁹ **BENTELE**, 6 ve 44; **BUCHER**, Allg. Teil, 526.

¹⁰ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.73; **SCHWENZER**, 395; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3918; **EREN**, 1171.

¹¹ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; İfa menfaati uğranılan müsbet zararın karşılığını oluşturur. Zira, müsbet zarar, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ya da zamanında yerine getirmemesi neticesinde alacaklının mamelekindeki eksilmeyi ifade eder.

¹² **EREN**, 1045; **OĞUMAN/ÖZ**, 323; **TEKINAY /AKMAN / BURCUOĞLU /ALTOP**, 855; **İNAN**, 474;

gerçekleşen zarardan bağımsız olarak bir edimi yerine getirme mecburiyeti teminat altına alınmış olur¹³ (Beugefunktion= ifaya zorlama işlevi)¹⁴.

Zorlama fonksiyonu, iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisi, çoğu zaman zorlama fonksiyonunun yerine kullanılan korkutma fonksiyonudur (Abschreckungsfunktion) ki¹⁵, bununla, cezai şartın, sözleşmeyi ihlal etmemesi, ifa etmesi yolunda borçluyu korkutmaya yönelik bir manevi baskı aracı (Zwangsmittel) olduğu ifade edilmek istenmektedir¹⁶. Diğeri ise, alacaklı için takip kolaylığı sağlaması, cezai şart talebinin zarar şartına bağlı olmaması ve çoğu zaman cezai şartın tayin olunacak tazminattan daha yüksek olması gibi sebeplerle borçlunun durumunun ağırlaşması yoluyla onun üzerinde baskı yapmasıdır¹⁷.

Cezai şartın ikinci işlevi, sözleşmenin ihlali halinde alacaklının tazminat talebinin kolaylaştırılması ve teminat altına almasıdır¹⁸. Cezai

¹³ Cezai şartın söz konusu fonksiyonuna teminat fonksiyonu (*Sicherungsfunktion*) adı da verilmektedir (**BENTELE**, 12). Buna göre cezai şart anlaşmasıyla alacaklı kanundan doğan alacaklı durumunu güçlendirmek (renforcer la position du créancier) (**LOKSAIER**, Fredj, La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux, Lausanne 1985, 125; **BENTELE**, 12) ve asıl sözleşmeden doğan yükümlülüğün ifasını teminat altına almak amacıyla takip edebilir. Bu amaç, asıl sözleşmenin ihlalinin dolaylı ödenmesi gereken tazminatı aşan bir çerçevede cezai şart kararlaştırılmış olsa da anlaşmanın ifa edilmesini gerektirir. Bu nedenle cezai şart, borçlu üzerinde yüksek bir baskı oluşturur. Bu baskı, borçlunun asıl sözleşmenin doğru ifasına olan menfaatini artırdığı gibi, sözleşmenin ihlal edilmesinden de borçluyu alıkoyar (**BENTELE**, 12).

¹⁴ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 49; **GOTTWALD**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994, Vorbemerkungen vor § 339, Nr.3; **SCHWENZER**, 395;

¹⁵ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; karşı. **BÖTTICHER**, Eduard, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, Zeitschrift für Arbeitsrecht, 16.

¹⁶ **KNÜTEL ROLF**, Verfallsbereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, AcP 175 (1975), 54; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 49;

¹⁷ **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 49; **STAUDINGER/KADUK**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328-397, 12. Auflage, Berlin 1994, Vorbem. Zu §§ 339, Nr.13; **BENTELE**, 12.

¹⁸ **BENTELE**, 10-11; **KNÜTEL**, 54; **GOTTWALD**, Vorbemerkungen vor § 339, Nr.3; **TUNÇOMAĞ** (s.48-49), cezai şartın bu gayesini, tazminat üzerindeki anlaşmazlıkları giderme gayesi olarak nitelendirmekte ve bu konuda şunları ifade etmektedir; "...Borçlu borcunu ifa etmeyince alacaklı onu temerrüde soktuktan sonra uğradığı zararının tazminini istemektedir. Bu halde alacaklı bir taraftan bunun miktarını ispat zorundadır. Her ne kadar alacaklıdan zararının toplamını kesin şekilde ispat etmesi istenmiyorsa da, kendisine yüklenen yük oldukça ağırdır ve bu yüzden alacaklı çok zaman davanın sonucundan şüphe

şartın bu işlevine, literatürde denkleştirme, telafi fonksiyonu (Ausgleichsfunktion)¹⁹ ya da tazminat fonksiyonu (Schadenersatzfunktion)²⁰ adı verilmektedir. Cezai şart anlaşmasıyla borçlanılan edim, alacaklının, asıl sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ya da zamanında ifa edilmemesi yoluyla oluşan zararının ekonomik bakımdan telafi edilmesini sağlar. Gerçekten de cezai şart anlaşması borçların ifa edilmemesinin sonuçlarını düzenleyen BK.m. 96 ve devamında yer alan hükümlerle karşılaştırıldığında, alacaklıya, borçlunun cezai şart ediminden doğan alacağını daha kolaylıkla talep edebilmesine imkan tanır²¹. Bu bağlamda, cezai şartın talep edilebilmesi için zararın varlığı koşulu aranmadığından, cezai şart tazminatın hesabında da kolaylık sağlamaktadır. Zira, öngörülen cezai şart oranında alacaklı kendisine yüklenen ispat yükünden kurtulmuş olmaktadır^{22, 23}.

Son olarak literatürde cezai şartın üçüncü işlevi olarak, ceza işlevi üzerinde durulmaktadır. Cezai şartın ceza işlevi daha ziyade cezai şartın teminat fonksiyonuyla irtibatlıdır. Zira, cezai şartın talep edilebilmesine yol açan olayın gerçekleşmesiyle, cezai şartın talebi, önleyicilik açısından bir anlam taşımaz. Ne var ki, bu noktada, cezai şartın ifaya zorlama aracı olarak inandırıcılığını sağlamak bakımından, borçlunun ihlali davranışı her durumda müeyyideye tabi tutulmalıdır. Yeter ki, bir yüküm ihlalinin sonucu olarak cezai şart talebi ileri sürülmüş olsun²⁴. Cezai şartın bu işlevi, özellikle asıl sözleşmenin ihlali halinde, tazmin yükümlülüğünün kapsamı aşıldığında etkisini gösterir. Bilhassa hiç ya da gereği gibi ifa etmeme halinde zarar

etmekte haklıdır. İşte cezai şartın gayesi, alacaklıyı, zararı ve onun varlığını ispat gibi güç ve üzücü bir işten kurtarmaktır...”.

¹⁹ **BENTELE**, 10; **KELLER/SCHÖBI**, 111; **BEUTHIEN**, 500; **BÖTTICHER** (s.35) ise yine aynı anlamda telafi etme fonksiyonu (*Wiedergutmachungsfunktion*) tabirini kullanıyor; **KOLLER** (Konventionalstrafe, Nr.25), alacaklının ifa menfaatinin –istisnaen- münhasıran manevi nitelikte olduğu kabul edilirse, cezai şartın söz konusu ifaya zorlama fonksiyonundan başka bir anlam taşımayacağını, buna karşın maddi menfaatler de rol oynuyorsa (ya da sadece maddi menfaatler rol oynuyorsa) ve ifa etmeme durumunda zarar hesaba katılacaksa, o takdirde cezai şartın *tazminat işlevi* (*Schadenersatzfunktion*) olarak adlandırılan ikinci işlevinin ortaya çıkacağını belirtiyor.

²⁰ **VON TUHR/ESCHER**, 277, dn. 6; **SCHOCH**, 33;

²¹ **VON BÜREN**, Allg. Teil, 408; **BENTELE**, 10.

²² **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; **BENTELE**, 10-11; **SCHWENZER**, 395; **VON TUHR/ESCHER**, 277; Oser/Schönenberger, Vorbem. Zu Art.160-163 OR, Nr. 12; **STAUDINGER/KADUK**, Vorbem. Zu §§ 339, Nr.10; karşı. **KELLER/SCHÖBI**, 111.

²³ Ayrıca cezai şartın sigorta fonksiyonu konusunda bkz. **Koller**, Konventionalstrafe, Nr.26;

²⁴ **SANTORO**, 25; ayrıca bkz. ve karşı. **BENTELE**, 11; Literatürde ve Federal Mahkeme içtihatlarında, cezai şartın temel amacının alacaklıyı zararın ispatından kurtarmak suretiyle alacaklı konumunu iyileştirmek olduğu özellikle ifade edilmektedir (**GUHL/SCHNYDER**, § 56, Nr. 2; BGE 122 III 422, Erw.2a; BGE 109 II 467, Erw.4a;)

oluşmasa da cezai şart talebinin söz konusu olması cezai şartın ceza işlevine işaret etmektedir²⁵.

III- İstisna ve İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şarta Yer Verilmesi ve Özellikle Eseri Teslim Borcunun İfasına Bağlı Cezai Şart Kayıtları

A) İstisna ve İnşaat Sözleşmelerinde Eseri Teslim Zamanının ve Bunun Cezai Şart ile Teminat Altına Alınmasının Anlamı ve Önemi

İstisna sözleşmesinde ve özellikle inşaat sözleşmelerinde müteahhidin asli edim yükümünü oluşturan iki temel yükümlülükten biri olan ve hatta diğer iş görme sözleşmelerinden istisna sözleşmesini ayıran en önemli unsur olarak karşımıza çıkan eseri teslim borcunun (edim sonucu) zamanında yerine getirilmesinde yani eserin gecikmeksizin zamanında tamamlanarak kendisine teslim edilmesinde²⁶ iş sahibinin büyük menfaati vardır²⁷. Bu nedenle inşaat sözleşmelerinde genelde eserin teslim tarihi sözleşme ile kesin olarak kararlaştırılır ve kararlaştırılan teslim zamanını güvence altına almak amacıyla da sözleşmelerde iş sahibi lehine²⁸ cezai şart kayıtlarına yer verilir²⁹. Böylece müteahhidin teslim zamanına riayet etmesi konusunda tabir yerindeyse tahrik ve ateşlenmesi temin edildiği gibi, iş sahibinin de zararın ispatı güçlüğünden kurtulması sağlanmış olur³⁰.

²⁵ **BECKER**, Art.160 OR, Nr.14; **BENTELE**, 11; Cezai şart türleri açısından bu işlev için bkz. **SANTORO**, 25.

²⁶ **Koller**'in de belirttiği gibi (Konventionalstrafe, Nr.1), aslında sadece eserin ne zaman teslim edileceği değil, aynı zamanda eserin imaline başlama zamanı da iş sahibi bakımından önem taşır. Dolayısıyla eserin imaline zamanında başlanması ile eserin zamanında bitirilmesi arasında yakın bir bağlantı mevcuttur. Buna ilave olarak, eserin imal edilmesinin iş sahibinin çeşitli iş birliği yapma yükümlülüklerine (Mitwirkungspflichten) bağlı olduğu (örneğin ruhsat alma gibi) (müteahhidin işbirliği yapma yükümü konusunda ayrıca bkz. **GAUCH**, Nr. 1324 vd ve 1328 vd.; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.5) ayrıca ve bundan dolayı ona yüklenen yükümlülüklerin ifası anı hakkında iş sahibinin bilgi sahibi olmasının haklı gerekçelerinin bulunduğu durumlar da söz konusu olabilir. Aynı yaklaşım binanın yapılması süreci bakımından da geçerlidir. İş sahibinin sadece kendi işbirliği yapma yükümü açısından değil, kendisinde müteahhidin planlarının eserin tamamlanmasını mümkün kılıp kılamayacağı konusunda bir fikir sahibi olmasında da menfaati vardır.

²⁷ Bazı durumlarda eserin bitirilmesinin belirli bir zaman dilimiyle doğrudan doğruya bir ilgisi vardır. Örneğin bir olimpiyat organizasyonun da ya da fuarın açılışında böyle bir durum söz konusu olabilir. Ya da eserin bitirilmesi zamanı örneğin kira sözleşmesinin sona ereceği tarih gibi belirli bir planla çakışabilir(**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.1).

²⁸ Müteahhit lehine sözleşmede cezai şart kayıtlarına yer verilmesi konusunda bkz. **KOLLER**, Nr.6.

²⁹ **STOTZ**, 43-44; **GAUCH**, Nr.692.

³⁰ **GUHL/SCHNYDER**, § 56, Nr.2,, 553; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 3; karşı. **STOTZ**, 148.

B) İstisna ve İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şarta Yer Verilmesi ve Özellikle Eseri Teslim Borcunun İfasına Bağlanan Cezai Şart Kayıtları

a) Genel Olarak

Müteahhidin eseri teslim borcunu zamanında ifa etmesinin iş sahibi açısından taşıdığı büyük önem nedeniyle özellikle inşaat sözleşmelerinde ifa zamanına riayet edilmemesi durumuna ilişkin olarak, cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verilmektedir³¹. Söz konusu cezai şart kayıtları ile, müteahhit, borçlanılan edimin ifasında gecikmesi halinde, para ya da diğer munzam bir edimi³², iş sahibine karşı yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir³³.

³¹ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 146 vd.; **GAUCH**, Nr. 692 vd.; **BÜHLER**, Art.366, Nr.57 vd.; **BÜHLER**, Vertragsrecht, 149 vd.; **STOTZ**, 148 vd.; **TANDOĞAN**, 133 vd.; **ARAL**, 362 vd.;

³² Cezai şart kural olarak bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılır. Cezai şart anlaşmasının kapsamına bağlı olarak önceden sabit bir şekilde söz konusu tutar belirlenebileceği gibi, müteahhit iş sahibine karşı gecikme süresine bağlı olarak gecikilen her ay, hafta, gün ya da saat üzerinden belirli bir tutarın kararlaştırılması şeklinde taahhütte de bulunabilir. Ne var ki bu ikinci durumda, borçlanılan cezai şartın aşamayacağı azami miktara, gecikme süresine bağlı olarak sözleşmede yer verilir (**GAUCH**, Nr.693). Bununla birlikte, bazı durumlarda para yerine başka bir edimin cezai şart olarak kararlaştırılması mümkündür. Kanuni sınırlar içerisinde (BK.m.19) ifa zamanına riayet edilmemesi durumunun para edimi dışında başka bir edimle yaptırıma bağlanması mümkündür. Ne var ki para dışında borçluya hukuki bir yük getiren bu gibi yaptırımların cezai şart olarak nitelendirilmeleri konusu tartışmalıdır(**GAUCH**, Nr.694).

³³ **GAUCH**, Nr.692; **GAUCH** (Nr.692), özellikle yapı işlerinde müteahhidin edimini önceden ifa etmesi durumunda bir mükafat şeklinde sözleşmeye dayalı bir talep hakkı mevcut olmasa bile, müteahhidin gecikme halinde gecikme cezası ödemeyi taahhüt etmesinin geçerli olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, cezai şart taahhüdü şeklindeki yükümlülükler, eserin teslimi yükümünün hızlandırılması durumu için bir ödül kararlaştırılmasına bağlı değildir (aynı yönde bkz. **TANDOĞAN**, 135).

Uygulama³⁴ ve literatürde³⁵ istisna sözleşmelerine konulan, gecikilen her gün için belirli bir miktar para ödeneceğine ilişkin kayıtların ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Sözleşmelere konulan bu tür kayıtlarla bir taraftan müteahhidin asli yükümlülüğü olan eseri teslim borcunu zamanında ifa etmesinin teminat altına alınması sağlanmak suretiyle, alacaklının borçluya karşı etkili bir baskı uygulayabilmesi temin edildiği gibi³⁶, diğer taraftan da iş sahibinin gecikme halinde ileri sürebileceği tazminat taleplerinin kolaylaştırılması ve teminat altına alınması gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Bununla birlikte sözleşmelere konulan kayıtlarının hukuki nitelendirmesi konusunda uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşmakta ve özellikle bu tür kayıtların bir cezai şart mı, yoksa götürü tazminat niteliğinde mi olduğu tereddütler yaratmakta, bazı hallerde de söz konusu kayıt bir cezai şart olarak nitelendirilse bile bunun bir seçimlik cezai şart mı, yoksa ifaya eklenen cezai şart mı olduğu çeşitli kuşklara sebebiyet verebilmektedir³⁷. O halde sözleşmelere konulan bu tür kayıtlarla ilgili olarak özellikle cezai şart-götürü tazminat ayrımı ile cezai şartın türleri ve özellikle ifaya eklenen cezai şart-seçimlik cezai şart ayrımı üzerinde durmak gerekir.

Ancak söz konusu ayrımlara girmeden önce, sözleşmeye konulan bir kaydın cezai şart olarak nitelendirilebilmesi için, her şeyden önce söz konusu kaydın, belirli bir zorunlu muhtevaya sahip olması gerektiğine özellikle işaret etmek gerekir. Bu cümleden olmak üzere, cezai şart anlaşması kapsamında taahhüt edilen edim, şarta bağlı bir edim yükümü niteliğindedir. Bununla borçlu, asıl sözleşmenin belirli bir tarzda ihlal edilmesi durumunda, alacaklıya belirli bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına girer. Borçlunun şartın gerçekleşmesi halinde yerine getirmekle yükümlü olduğu edim, para veya maddi bir edim, bir iş görme edimi ve hatta bir kaçınma

³⁴ Gecikilen her gün için 100 İsviçre Frankı ödeneceği; edimin zamanında ifa edilmemesi durumunda birinci ve ikinci haftaların her biri için 700 Frank, üçüncü hafta için 1400 Frank ve gecikilen her diğer hafta için 2000 Frank ödenileceği; gecikme halinde ilk altı ayda her gün için 5000 Frank, daha sonrası için ise her gün için 10000 Frank ödenileceğine ilişkin kayıtlar ile bir gecikme durumunda eserin fiyatının belirli bir yüzdesinin ödenmesi gerektiği şeklindeki kayıtların ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olduğu belirtilmektedir (Bu örneklerle ilgili olarak bkz. Koller, Konventionalstrafe, Nr. 147-150). Nitekim bu kapsamda olmak üzere, Yargıtay uygulamasında da, “gecikilen her gün için belirli bir miktar paranın ödenileceğine” ilişkin sözleşmelere konulan kayıtların ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olduğu açıkça ifade edilmektedir (Bkz. Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi, İkinci Cilt, Ankara 1998, 379 vd. yer alan kararlar.

³⁵ GAUCH, Nr. 693; GUHL/SCHNYDER, §56, Nr.11; TANDOĞAN, 135.

³⁶ STOTZ, 149; LARENZ, 384; SCHLECHTRIEM, Richterliche Kontrolle, 54;

³⁷ Bu konuda bkz. § 3, III, B, c.

edimi niteliğinde olabilir, yeter ki, söz konusu edim yeterince belirlenebilir nitelikte olsun³⁸. Cezai şart anlaşması kapsamında taahhüt edilen edimin borçlu tarafından yerine getirilmesi, cezai şart anlaşmasının dayanağını teşkil eden asıl sözleşmedeki belirli bir edimin ihlal edilmesi şartına bağlıdır. Hangi sözleşme ihlali hali için cezai şart öngörüldüğü ise, öncelikle taraf iradeleri³⁹ ile cezai şart anlaşmasının yorumundan anlaşılır⁴⁰. Bununla birlikte, BK'nun 158. maddesinde alacaklının cezai şart talebiyle temel sözleşmeden doğan diğer talepleri arasındaki ilişki esas alınarak, üç farklı cezai şart türüne yer verilmiş bulunmaktadır. Buna göre, borçlu cezai şart anlaşmasında cezai şart ödemeyi, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için taahhüt etmişse, aksi sözleşmede öngörülmüş olmadıkça, burada bir seçimlik cezai şartın varlığından bahsedilecektir. Buna karşın, borçlu cezai şart ödemeyi sözleşmenin belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi hali için taahhüt etmiş ise, böyle biri durumda da ifaya eklenen cezai şartın varlığından söz edilecektir. Bir de, BK'nun 158. Maddesinin III. fıkrasında dönme cezasına yer verilmiş bulunmaktadır.

O halde, örneğin bir inşaat sözleşmesinde eserin sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olarak teslim edilmemesi halinde cezai şart ödeneceği öngörülmüşse, sözleşmeye konulan bu kayıt gereğince, alacaklının ya ifayı ya da cezai şartı talep edebileceği sonucuna varılacaktır. Ancak, hiç şüphesiz BK'nun 158. maddesinin düzenleyici nitelikte bir hüküm olması nedeniyle⁴¹,

³⁸ Cezai şartın konusunu oluşturan edimin belli ya da objektif ölçüler içerisinde belirlenebilir olması gerekir. Ceza şart ediminin konusu ve kapsamı kural olarak cezai şart anlaşmasının yapılması sırasında kesin bir miktar gösterilmek suretiyle (örneğin 10 milyar lira gibi) tespit edilir ve doğrudan doğruya belirlenir. Ne var ki, ceza ediminin konusu ve kapsamının dolaylı olarak belirlenmesi de mümkündür. Örneğin tarafların cezai şart anlaşmasının kuruluşu sırasında cezai şart ediminin ileriki bir zaman dilimi içerisinde tespit edileceği konusunda anlaşabilirler. Cezai şart ediminin belirlenmesi objektif ya da objektifleştirilmiş belirlenebilirlik ölçütlerine dayanılarak gerçekleştirilebilir. Bu cümleden olmak üzere, objektif belirlenebilirlik kapsamında örneğin gecikilen her gün için 100 frank ödeneceği gibi bir maddi belirleme ölçütü tercih edilebilir. Bunun dışında cezai şart anlaşmasında objektifleştirilmiş bir belirlenebilirlik ölçütünün benimsenmesi de mümkündür. Bu bağlamda, cezai şart ediminin muhtevasının belirlenmesi üçüncü bir kişiye bırakılabilir (Örneğin, sözleşmenin taraflarının eşit olarak oluşturdukları bir organın cezai şartı belirlemesi gibi). Bununla birlikte cezai şart ediminin kapsamının, taraflardan sadece biri tarafından sonradan belirlenebileceğinin kararlaştırılması (subjektif belirlenebilirlik) caiz değildir (Bu konuda bkz. **BENTELE**, 42-43; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 344 vd.).

³⁹ **BENTELE**, 44; **BUCHER**, Allg. Teil, 526; Oser/Schönenberger, Vorbem. Zu Art. 160-163, Nr. 20;

⁴⁰ **BENTELE**, 6 ve 44; **BUCHER**, Allg. Teil, 526.

⁴¹ **BENTELE**, 446; **BUCHER**, Allg. Teil, 521; **SCHOCH**, 6; **VON BÜREN**, Allg. Teil, 411; **EREN**, 1170; Literatürde diğer bir görüş ise, burada kanuni bir karinenin varlığından bahsetmektedir (bkz. **OR-Ehrat**, Art. 160, Nr.17 vd.; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.160. Nr.1; **KOLLER**,

tarafların sözleşmede bundan farklı bir sonucu kararlaştırmaları mümkündür. Dolayısıyla, taraflar, somut cezai şart anlaşması kapsamında, alacaklının cezai şart talebiyle asıl sözleşmeden doğan diğer talepleri arasındaki ilişkiyi hukuk düzenin sınırları içerisinde açıkça ya da örtülü⁴² bir biçimde serbestçe düzenleyebilirler ve bu bağlamda, örneğin eserin tam ve gereği gibi ifasını temin amacıyla ifaya eklenen bir cezai şart kararlaştırabilirler⁴³.

Sonuç olarak, cezai şart anlaşmasında alacaklının asıl sözleşmeden doğan talepleriyle cezai şart talebinin ne şekilde irtibatlandırıldığı, taraf iradeleri ve cezai şart anlaşmasının kapsamından ve yorumundan hareketle belirlenecektir.

b) Cezai Şart ve Götürü Tazminat Ayrımı

İfa zamanına riayet edilmesini sağlamak amacıyla sözleşmelere konulan kayıtların hukuki niteliğinin belirlenmesi konusunda öncelikle üzerinde durulması gereken nokta, bu gibi kayıtların hangi hallerde cezai şart olarak nitelendirileceği ve bu bağlamda cezai şartın götürü tazminattan ayrılması konusudur. Gerçekten de, cezai şartın götürü tazminattan ayrılması sorunu, cezai şart konusuyla ilgili olarak üzerinde özellikle durulan konulardan biridir⁴⁴. Bu itibarla cezai şartın götürü olarak belirlenen

Konventionalstrafe, Nr. 99 ve 152; **BUCHER**, Allg. Teil, 527 vd. (Bununla birlikte gerek **BUCHER** (Allg. Teil, 521), gerekse **KOLLER** (Konventionalstrafe, Nr. 98) diğer taraftan hükmün düzenleyici niteliğine işaret etmektedirler)); BK.m.158/I ve II'de yer alan hükmün düzenleyici nitelikte bir kural niteliğini mi taşıdığı, yoksa burada kanuni bir karinenin mi söz konusu olduğu tartışması teorik bir tartışma olmaktan öteye gitmez. Gerçekten de, BK'nun 158. Maddesinde bir yasal karinenin ve dolayısıyla bir yorum kuralının söz konusu olduğunu belirtmekle, bu hükmün bir düzenleyici kural olduğunu ifade etmek arasında maddi açıdan bir farklılık söz konusu değildir. Sadece düzenleyici nitelikte hukuk kurallarında, karine içeren kurallardan farklı olarak belirli bir olay hakkında bir netice çıkarma (Schluss) söz konusu olmamakta, bilakis belirli bir olayın doğrudan doğruya hukuki sonucu tespit edilmektedir (**BENTELE**, 46, dipnot 215).

⁴² **BUCHER**, 529; **BENTELE**, 46-47; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 3929.

⁴³ Nitekim bakınız aşağıda §3, III, B, c.

⁴⁴ Nitekim özellikle Alman Hukukunda cezai şart ile götürü tazminat arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Alman Hukukunda ileri sürülen bu görüşleri birlik öğretisi (başlıca savunucuları Rolf **Belke**, Peter **Schlechtriem** ve Günter **Hager**), ayırma öğretisi (başlıca savunucuları Eduard **Bötticher**, Volker **Beuhien** ve onu takip eden Karl **Larenz**) ve tek işlevlilik öğretisi (Walter F. **Lindacher**) olmak üzere üç temel gurupta toplamak mümkündür (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Fischer**, Detlev, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt am Main 1981, 72 vd).

Bu görüşlerden birlik öğretisi (Einheitslehre) olarak ifade edebileceğimiz görüş, özellikle mahkeme içtihatlarıyla ortaya atılan ve cezai şart ile götürü tazminatı birbirinden ayıran görüşü reddetmekte ve götürü tazminatı cezai şart olarak

tazminattan ayırt edilmesi gerekir. Götürü tazminat, niteliği itibariyle bir cezai şart olmayıp, tazminat niteliğini taşımaktadır⁴⁵. Dolayısıyla zararı aşamaz. Tazminat hiçbir şekilde zarara uğrayanın zenginleşmesine yol açmamalıdır⁴⁶. Bu itibarla, götürü tazminat halinde, alacaklı, zararın oluşup oluşmadığını, oluşmuşsa kapsamını ve zararın miktarını ispat yükünden kurtulur, zararın götürü olarak kararlaştırılan miktarda olmadığını ispat yükü borçluya düşer.⁴⁷ O halde götürü tazminatın kararlaştırılması halinde bunun ileri sürülebilmesi, zararın varlığı ön koşuluna bağlı bulunmaktadır⁴⁸. Halbuki, istisna ve özellikle inşaat sözleşmelerinde (ya da diğer

nitelendirmektedir. Buna karşın ayırma öğretisi (Die Differenzierungslehre) mahkeme içtihatlarıyla ortaya atılmış görüşlerin daha geliştirilmesiyle ortaya çıkmış bir görüş olup, özellikle zararı aşan götürü tazminatın tazminat hukukuna ilişkin zenginleşme yasağı çerçevesinde kontrol edilmesini öngörür. Lindacher tarafından geliştirilen ve tek işlevlilik öğretisi olarak adlandırılan üçüncü görüşde ise cezai şartın sadece ifaya zorlama fonksiyonunun mevcut olduğu savunulmak suretiyle klasik cezai şart öğretilerinin dışına çıkıldığı görülür. Bu öğretiyi götürü tazminatı kendine özgü bir kurum olarak kabul eder. Aslında bu görüşlerde birbirine göre farklılıklar yaratan çıkış noktaları, hakimin BGB'nin 343. paragrafı çerçevesinde götürü tazminat halinde de indirime gitme yetkisinin olup olmadığı ve cezai şartın ifaya zorlama fonksiyonu yanında alacaklının tazminat talebinin kolaylaştırılması ve teminat altına alınması fonksiyonunun bulunup bulunmadığı konularıdır. Birlik ve ayırma öğretilerinin her ikisi de cezai şartın iki fonksiyonu olduğunu kabul etmekle birlikte, birlik öğretisi, ayırma öğretilerinden farklı olarak pratik yarar ve gerçekleri göz önünde bulunduran pragmatik çözümü ön planda tutmak suretiyle, özellikle hakimin BGB § 343' e dayanarak cezai şartta olduğu gibi götürü tazminatta da yüksek tazminata müdahale etmesi gerektiği düşüncesinden hareket eder. Buna karşılık, ayırma öğretisi ve tek işlevlilik öğretisi ise soruna daha fazla kavramsal açıdan yaklaşan (cezai şart ve götürü tazminat arasında) daha teorik ve temiz bir çözümü benimsemekte ve dolayısıyla hakimin müdahalesine karşı çıkmaktadırlar (Bu konuda bkz. **FISCHER**, 90-91).

⁴⁵ Hukukumuzda götürü tazminatın cezai şart olmadığını açıkça belirten bir düzenleme bulunmamakla birlikte, özellikle cezai şart ile ilgili düzenlemelerden böyle bir sonuca varılmaktadır. Bu kapsamda BK.'nin 158 vd. (İsviçre BK.'nin 160 vd.) yer alan hükümler götürü tazminatın mahiyetine uymadığı söylenebilir. Gerek cezai şart ile zarar arasındaki ilişkiyi ifade eden BK 158. maddesi hükmü, gerekse sözleşmenin taraflarının cezanın miktarının belirlenmesinde serbest olduklarına ilişkin BK. m. 161/I hükmü ile özellikle hakimin fahiş gördüğü cezaları indirebileceğine ilişkin BK. m. 161/III hükmünün götürü tazminat kavramıyla bağdaşmadığı, zira zarar doğru olarak götürü olarak belirlenmişse artık onda her hangi bir indirime gitmenin ceza çok yüksek olsa bile, söz konusu olamayacağı, götürü tazminatın yanlış olarak belirlenmesi durumunda ise, götürü tazminatın hükümsüzlüğü ya da tıpkı cezai şartla ilgili düzenlemede olduğu gibi hakimin takdirıyla indirimin öngörülmesi gibi, konunun ayrı bir maddede düzenlenebileceği haklı olarak ifade edilmektedir (**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.18; ayrıca cezai şartta hakimin müdahale etmesine ilişkin hükmün götürü tazminata uygulanmaması gerektiği hakkında bkz. **STOTZ**, 154). Bununla birlikte İsviçre hukukunda bir kısım yazarlar;

sözleşmelerde) cezai şart kararlaştırılırken, iş sahibi açısından zararın ispata konusundaki güçlüklerin ortadan kaldırılması ve özellikle sözleşmenin müteahhit tarafından ihlal edilmesi durumunda iş sahibine müteahhide karşı kullanabileceği ek bir baskı aracı (ein zusätzliches Druckmittel) sağlanması⁴⁹ ya da Larenz'in ifadesiyle ispata ihtiyaç göstermeyen asgari zararın (Mindestschaden) karşılanması⁵⁰ düşüncesinden hareket edilmektedir.

Ayrıca sözleşmeye konulan kaydın gecikme cezası mı, yoksa götürü tazminat mı olduğunun tespiti, aynı zamanda eserin teslim alınırken saklı tutma beyanında bulunulmaması durumunda da önem taşımaktadır. Eğer,

Alman hukukunda birlik teorisi taraftarlarının savundukları gibi hakimin efektif zararın götürü tazminattan az olması durumunda, götürü tazminatı tıpkı cezai şartta olduğu gibi indirebileceğini savunmaktadırlar. Nitekim, **BENTELE** (s.21), **EHRAT** (Art. 160, Nr.12), **GAUCH/SCHLUEP** (II, Nr. 3974), **SCHWENZER** (s. 398) İsviçre BK m.163/III'in (BK.m.161/III) kıyasen uygulanabileceğini ve hakimin götürü tazminatı tenkis edebileceğini fikrindedirler. Aynı şekilde, **BUCHER** (Allg. Teil, 525) de İsviçre BK m.163/III götürü tazminatlar hakkında da uygulanabileceğini savunmaktadır (aynı yönde bkz. **SANTORO**, 39). Alman Hukukunda da götürü tazminatın yüksek olması durumunda cezai şartla ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle tazminatın indirilebileceğini savunan yazarlar arasında (ki bunlar özellikle birlik teorisi taraftarlarıdır) **Belke**, **Schlechtriem**, **Hager** sayılabilir (Bu konuda bkz. **FISCHER**, 72-78 arası). Bununla birlikte Alman hukukunda pek çok yazar, götürü tazminatın yüksek olması durumunda cezai şartla ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Nitekim, **Beuthien** (bkz. Beuthien, Volker, Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe, Festschrift für Karl Larenz, München 1973, 501 vd.), **Larenz** (s.383), **Gottwald** (Vorbemerkungen vor § 339, Nr.3 ve BGB § 343, Nr.4), **Fikentscher** (s.97) bu görüşte olan yazarlar arasında zikredilebilirler.

⁴⁶ **BEUTHIEN**, 515-516; Gerçekten de, zarara uğrayanın tazminatla zenginleşmemesi gerektiği yolundaki kural, tazminat hukukunun temel ilkelerinden biridir (BGE 49 II 247). Tazminat ile zarar görenin ek kazanç elde etmesi değil, uğranılan zararın telafisi amaçlanır. Bu itibarla zarar gören ancak uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Dolayısıyla tazminatın üst sınırı uğranılan zarardır Aksi halde zarar gören sebepsiz zenginleşmiş olur (bkz. **KELLER**, **MAX/GABI**, **SONJA**, Das Schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht, Zweite, korrigierte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, 101).

⁴⁷ **BUCHER**, Allg. Teil, 525; **SANTORO**, 38; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 435;Götürü tazminatın borçlu bakımından da yararı mevcuttur. Zira, borçlu böylelikle daha başlangıçtan, edim ihlali durumunda kendisinin bundan nasıl etkileneceğini bilir. Bu itibarla, tazminat başlangıçtan götürü olarak kararlaştırılması, edim ihlallerinin gerçekçi bir tarzda denkleştirilmesi yanında her iki tarafın risklerinin tespitine de yardımcı olur ve bu suretle götürü tazminat cezai şartın aksine her iki tarafın menfaatlerine hizmet eder (bkz. **SANTORO**, 38).

⁴⁸ **BUCHER**, Allg. Teil, 525; **OR-Ehrat**, Art. 160, Nr.12; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.18; **BENTELE**, 19; **SANTORO**, 38.

⁴⁹ **LARENZ**, 384; **GAUCH**, Nr. 710; **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle, 54; **STOTZ**, 148.

sözleşmeye konulan kaydın, gecikme cezası değil de bir götürü tazminat olduğu sonucuna varılırsa, eserin teslim alınmasında bir saklı tutma beyanında bulunulmasa da, götürü tazminatın talep edilmesi mümkün olabilecektir⁵¹.

Bu şekilde, tarafların bütünüyle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşmelere koydukları cezai şart kayıtları ile götürü tazminat kayıtlarının⁵² taraflardan sadece birinin lehine olması nedeniyle ne ölçüde caiz olacağı sorusu bir yana⁵³, bu iki kayıt arasındaki sınırın çizilmesi ve farklılıkların ortaya konulması büyük önem taşımakta ve gerek konumuz açısından,

⁵⁰ LARENZ, 383; STOTZ, 148.

⁵¹ 15. HD. 4.10.1988 T., 88 Esas, 3118 K. (karar için bkz. **KARAHASAN MUSTAFA REŞİT**, İnşaat İmar İhale Hukuku 2, İstanbul 1997, 2009-2010)

⁵² İsviçre literatüründe vekalet sözleşmesinde cezai şart ve götürü tazminat kayıtlarına yer verilmesi ile ilgili olarak **Hofstetter** (Schweizerisches Privatrecht, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, VII/ Teilband 6, Basel 2000, 66), hakimin, azilden dolayı vekilin bir zarara uğrayıp uğramadığı ve azilin bundan dolayı zamansız gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit bakımından karinelerle desteklenmesinin caiz olduğunu, ispat ya da karine olarak kabul edilen zararın ölçümü ve hesaplanması bakımından OR 42'nini geçerli olacağını, prensipte varlığı belirlenen bir zararın kapsamının cezai şart yoluyla götürü hale getirilebileceğini, zarar sayısal olarak ispatlanıyorsa ve götürü olarak belirlenmemişse OR m. 42/2'ye göre hakimin zararın miktarını, taktir hakkı kapsamında belirleyebileceğini, her durumda zararın ispatlanması gerektiğini, cezai şart kararlaştırılmış olsa bile zararın ispatının zorunlu olduğu, zira vekaletten azle ilişkin kuralın dolaylı yoldan etkisini azaltacak şekilde cezai şart kayıtlarına yer verilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. **Stotz** ise (s.153-154), götürü tazminat kayıtlarını sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince caiz olarak değerlendirmektedir. Yazar, burada özellikle **Larenz**'e (s.383) katılarak, götürü tazminat kayıtlarının pratik ihtiyaçlara uygun düştüğünü, kişiler arasındaki münasebetlerde sözleşmelerin ihlali hallerinin uygun ve akılcı yollardan neticelendirilmesini sağlaması bakımından elverişli bir yöntem olduğunu ifade etmektedir. **Gauch** da (Nr.666), gecikmeden doğan zararın götürü olarak belirlenmesini uygun karşılamaktadır. Aynı şekilde Federal Mahkeme de (BGE 109 II 468), sözleşmelerde götürü tazminat kayıtlarına yer verilmesini, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde uygun bulmaktadır. Aynı şekilde,

⁵³ Alman hukukunda BGB § 309'un Paragrafında genel işlem şartları içinde yer alan bazı kayıtların geçersiz olacağı ifade edilmiş ve bu kapsamda söz konusu paragrafın 5. ve 6. bentlerinde tazminat taleplerinin götürü olarak belirlenmesi ve cezai şart kayıtlarına yer verilmiştir. Buna göre 5. bentte götürü tazminatla ilgili şu düzenlemeye yer almaktadır: "Tazminata veya değer azalmasının tazminine ilişkin kullanılan götürü talep hakkının kararlaştırılması,

- a. söz konusu götürü tutar, olayların normal akışına göre doğması beklenen zararı veya ortaya çıkması olağan olan değer azalmasını aşılıyorsa, ya da,
- b. sözleşmenin karşı tarafının, bir zararın veya bir değer azalmasının hiç meydana gelmediğini ya da götürü tutara göre önemli ölçüde az olduğunu ispat etme imkanını açıkça olmaksızın izin vermiyorsa" böyle bir götürü tazminat kaydı geçersiz sayılmıştır.

gerekse hukuk uygulamamız açısından oldukça önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁴. Özellikle münferit bazı durumlarda cezai şart ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesinde güçlüklerle karşılaşıldığı bilinmektedir⁵⁵. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, çeşitli kararlarında cezai şart ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesindeki güçlüklerle işaret etmektedir⁵⁶. Yargıtay uygulamasında da iki kurum arasındaki sınırın çizilmesi bakımından sağlıklı bir değerlendirme yapıлып, bu konuda ilkelerin açık bir şekilde ortaya konulduğu söylenemez. Aynı şekilde literatürde de ileri sürülen görüşler açısından bu konuda tam fikir birliğinin mevcut olduğunu ileri sürmek güçtür. Hatta literatürde kimi yazarlarca cezai şartın

Aynı şekilde 6. bentte de “Edimin hiç veya geç kabul edilmesi, ödemede temerrüde düşülmesi veya sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeden dönmesi durumu için kullanana sözleşme cezasının ödenmesinin öngörüldüğü kayıtlar” geçersiz sayılmıştır.

⁵⁴ Nitekim, 4-5 Nisan 1997 tarihinde Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından düzenlenen “Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu”nda Çetin **Aşçıoğlu**’nun sunduğu “Yargıtay Kararlarında Cezai Şart, I, Geçersiz Sözleşmelerde (Biçim Koşulu Açısından) Ceza Koşulu” konulu tebliğ (bkz. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, XIV, 4-5 Nisan 1997, Ankara 1997, 111-124) dolayısıyla cezai şart konusu tartışılmış (Tartışmalar için bkz. 125-138) ve özellikle asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda cezai şartın durumu ile cezai şartın fonksiyonları ve özellikle tazminat fonksiyonu üzerinde durulmuş, götürü tazminat ile ilişkisine değinilmiştir(bkz. Tartışmalar, 128 ve 136).

⁵⁵ **LARENZ**, 384; **STOTZ**, 149; **GAUCH**, Nr. 710; **BENTELE**, 87; **SANTORO**, 38.

⁵⁶ bkz.BGE 109 II 462 vd ve özellikle 467 vd.; BGE 110 II 380 vd. ve özellikle 385 vd.; Federal Mahkeme, konuyla ilgili olarak verdiği kararlarında İsviçre BK’nun 396/I maddesinde öngörülen vekaletten azil ve istifanın her zaman caiz olduğuna ilişkin kuralın uygulanmasını güçleştirecek kayıtlara sözleşmelerde yer verilemeyeceğini, bu cümleden olarak vekalet verenin serbestçe vekaletten azletme(İsviçre Hukukunda İsviçre Borçlar Kanununun konuyla ilgili 404. Maddesinde vekaletten azil karşılığında geri alma (Widerruf), istifa karşılığında ise fesih (Kündigung) tabirleri kullanılmıştır) hakkının (geri alma hakkının) güçleştirilmesine yönelik cezai şart anlaşmalarının yapılamayacağını daha eski tarihli içtihatları doğrultusunda (Bkz. BGE 104 II 116 Erwägung 4; BGE 103 II 130 Erwägung 1) belirttikten sonra, SIA Norm 102 gereğince öngörülen ek ücretin (Honorarzuschlag) bir cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğu üzerinde durmuş ve özellikle SIA Norm 102’de öngörülen hükme göre mimarın zararı ancak ek ücretin %15’inden fazlası için ispat durumunda olduğunu, başka bir ispat yükünün olmadığını bunun da İsviçre BK’nun 161. Maddesinde öngörülen kuralla (BK.m.159) uyum içinde olduğunu ifade etmiştir. Bu itibarla buradaki ek ücret bir götürü tazminat olarak değil, bir cezai şart olarak görülmelidir.

Federal mahkeme azilin uygun olmayan zamanda gerçekleşmesi dolayısıyla karşı taraf için tazminat isteminin doğabileceğini, işte cezai şartın da ancak azil dolayısıyla uğranılan zararı karşıladığı ölçüde geçerli olacağına hükmetmiştir(BGE 109 II 467 vd ve özellikle 469; BGE II 386, Erw.4 b).

götürü tazminattan başka bir şey olmadığı da ifade edilmektedir⁵⁷. O halde cezai şart ile götürü tazminat arasındaki sınırı ya da bu iki kavram arasındaki farklılıkları neye göre belirlemek gerekecektir?

Öncelikle, Borçlar Kanunu'nda götürü tazminat ile cezai şart arasındaki farkı ortaya koyan açık bir düzenlemenin mevcut olmadığını ifade etmek gerekir⁵⁸. Dolayısıyla doğrudan doğruya kanundan hareketle götürü tazminat konusunda bir tanımlama yapmak ve götürü tazminat ile cezai şart arasındaki sınırı belirleyebilmek tam anlamıyla mümkün olmayacaktır. Bu nedenle özellikle götürü tazminat kavramının tanımlanması ve sınırlarının çizilmesi konusunda tazminat hukukunun temel prensipleri ile dolaylı olarak cezai şartla ilgili düzenlemelerden hareket etmek gerekecektir.

Esas itibariyle, götürü tazminat kavramı, tazmin edilmesi gereken muhtemel zararın miktarının taraflarca önceden belirlenmesini ve bu suretle somut zararın miktarı konusunda hukuki ilişkiye katılanlar arasında ihtilafın ortadan kaldırılmasını ifade eder⁵⁹. Bu itibarla, götürü tazminat kavramı asıl yükümlülüğün ifasını teminat altına almaktan ziyade, tazminatın hesaplanmasında taraflara, özellikle alacaklıya kolaylık sağlamaya yöneliktir⁶⁰.

Aynı şekilde, götürü tazminatta cezai şartta olduğu gibi, alacaklının borçluya karşı kullanabileceği ek bir baskı aracı olma fonksiyonu söz konusu değildir⁶¹. Gerçekten de, götürü tazminatta bir ceza niteliğinin varlığından

⁵⁷ Alman Hukukunda birlik öğretisini savunan yazarlar (bkz. **FISCHER**, 72 vd.) ile hukukumuzda bu görüşte olan **Tunçomağ**'a (s. 48-49) bakınız.

⁵⁸ Amerikan hukukunda da götürü tazminat (liquidated damages) kavramı ile cezai şart (penalty) kavramı birbirinden ayrılmakta ve bu iki kavram, hakimün uygunluk kontrolünün bir aracı olarak değerlendirilmektedir. Bu anlaşmalar içerisinde "reasonable=uygun" ve ileri sürülebilir nitelikte olan götürü tazminat anlaşmasıdır. Buna karşın "unreasonable=uygun olmayan" olarak kabul edilen anlaşma ise cezai şarttır. Bu tür anlaşmalar ise batıl olarak değerlendirilmektedir (bu konuda bkz. **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle, 59; **BENTELE**, 20, dn. 86; **STOTZ**, 150, dn. 418).

⁵⁹ **ESSER/SCHMIDT**, 271; **BEUTHIEN**, 498; **STOTZ**, 152; **BENTELE**, 19; ayrıca bkz. ve karşı. **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3974

⁶⁰ **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle von Schadenersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer, Karlsruhe 1973, 54; **STOTZ**, 152; **FIKENTSCHER** (s.97), tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları cezai şart kaydının temel amacının tazmin etme olduğu (Ausgleichsfunktion) durumlarda –taraflarca öngörülen nitelendirmeden bağımsız olarak- söz konusu anlaşma kural olarak cezai şart değil, bir götürü tazminat anlaşması olarak görülmelidir.

⁶¹ Halbuki, cezai şartta ek baskı aracı olma fonksiyonu belirleyici bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır (Bu konuda bkz. **LARENZ**, 383 vd.; **IM**, 71; **BENTELE**, 20-21; **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle, 54; Ayrıca bu ölçüte kritik yaklaşım için bkz. **BEUTHIEN**, 497; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3974.

bahsedilemez. Götürü tazminat, sadece, alacaklıyı zararın miktarı konusunda ispat güçlüğünden kurtarır⁶². Bununla birlikte, cezai şart talebinin ileri sürülebilmesinden farklı olarak, götürü tazminat talebinde mutlaka bir zararın ortaya çıkması ve bunun neticesinde bir tazmin yükümlülüğünün doğması gereklidir⁶³. Halbuki cezai şartın talep edilebilmesi için bir zararın meydana gelmiş olması aranmaz.

Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, sözleşmeye konulan bir kaydın cezai şart mı, yoksa götürü tazminat mı olduğunu belirlerken tarafların sözleşmede öngördükleri nitelendirme belirleyici olarak kabul edilemez⁶⁴. Özellikle, tecrübeler, sözleşmelerde yer verilen bu tür nitelendirmelerin tarafların gerçek amacını yansıtmadığını göstermektedir⁶⁵. Dolayısıyla burada tarafların hukuki işlemi kurarken takip ettikleri gerçek amacın belirlenmesi yoluna gidilmelidir. Sözleşmeyle takip edilen amacın belirlenmesinde tarafların menfaat durumları özellikle dikkate alınmalıdır⁶⁶.

⁶² Amerikan hukukunda liquidated damages'in aynı fonksiyonu yerine getirdiği konusunda bkz. **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle, 52; **STOTZ**, 153; karş. **SANTORO**, 38 ve **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 435.

⁶³ **Stotz**, 153.

⁶⁴ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bu hususa açıkça işaret etmektedir (BGE 95 II 539, Erw.5; BGE 109 II 468). Aynı şekilde, **Medicus** (Allg. Teil, § 39, Nr. 462), cezai şart ile götürü tazminat arasındaki sınıra işaret ederken, taahhüt edilen edim beklenen zararı önemli surette aşsa da cezai şartın talep edilebileceğini belirttikten sonra, bu konuda tarafların tercih ettiği nitelendirmenin fazlaca bir önemi olmadığını belirtmektedir.

⁶⁵ **BECKER**, Art.160, Nr.39; **STOTZ**, 155; **Stotz** (s.155-156), münferit durumlarda ayırım yapmak güç olmakla birlikte, bunun aynı ölçüde kaçınılmaz da olabileceğini ifade etmekte ve buna örnek olarak şu hususa işaret etmektedir: İsviçre BK'nun 160/II (BK.m.158/f.II) maddesine göre alacaklı ifayı ihtirazi kayıt ileri sürmeden kabul ederse cezai şart talep etme hakkını kaybeder. Buna göre cezai şart en geç teslim anında talep edilmelidir. Böyle bir kural götürü tazminat açısından söz konusu değildir. Gecikmiş teslimden doğan zararın götürü olarak talep edilmesi temerrüdün genel sonuçları çerçevesinde söz konusu olur. Dolayısıyla gecikmiş teslimle ilgili bir ihtirazi kayıt söz konusu değildir.

⁶⁶ Literatürde açık bir şekilde ifade edildiği üzere sözleşmeler yorumlanırken başvurulacak asli yorum aracı tarafların sözleşmede kullandıkları kelimeler, bir başka ifade ile sözleşmenin lafzıdır. Bununla birlikte tamamlayıcı yorum aracı olarak, durumun gereklerine ve örf ve adet kurallarına başvurulabilir (ayrıntılı bilgi için bkz. **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.1204 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Auflage, Zürich 1980, Nr. 344 vd.). Ne var ki, cezai şart taahhüdü bakımından tarafların sözleşmede yaptıkları nitelendirmelerin sözleşmeyi yorumlayanları çoğu kez yanlış sonuçlara götürebileceği gerek literatürde, gerek uygulamada geniş bir kabul görmektedir (**MEDICUS**, Allg. Teil, § 39, Nr. 462; **Stotz**, 155; **BECKER**, Art.160, Nr. 39). Bu bağlamda cezai şart taahhüdünün yorumlanmasında somut durumun gereklerinin bir uzantısı olarak tarafların menfaat durumlarının özel bir önem taşıdığı özellikle vurgulanmaktadır (**GAUCH/SCHLUEP**, Nr.1216 ve BGE 122

Karşı tarafça iddia edilen yorum tarzının kabul edilmesi durumunda, sözleşmenin diğer tarafının böyle bir sözleşme yapmasının makul ve mantıklı bir hareket olup olmadığı araştırılmalıdır⁶⁷. Bu kapsamda tarafların takip ettikleri gerçek amaç belirlenirken, tarafların irade açıklamaları güven prensibine dayanılarak yorumlanmalı ve sözleşmedeki kaydın lafzı ile diğer bütün durum ve koşullar göz önünde bulundurularak, bunlardan anlaşılan ve anlaşılması gereken rabıtaya göre yorum yapılmalıdır⁶⁸. Yapılacak bu yorumun pek çok bakımdan önemi vardır. Zira, götürü tazminat niteliği itibariyle bir tazminat olduğundan, cezai şarta ilişkin kuralların kıyasen de olsa götürü tazminata uygulanması söz konusu değildir⁶⁹. Dolayısıyla götürü tazminatla ilgili olarak bir sorunla karşılaşıldığında tazminat hukukuna ilişkin kurallardan istifade edilmelidir. Bu cümleden olmak üzere, kararlaştırılan götürü tazminatın meydana gelen zarara göre yüksek olması durumunda bunun indirilebilmesi için, hakimin fahiş gördüğü cezayı indirmekle yükümlü olduğuna ilişkin BK.m.161/f.III kurala değil, tazminat hukukuna ilişkin kurallara başvurulmalıdır. Taraflar ispat kolaylığı sağlamak amacıyla bir götürü tazminat kararlaştırmışlarsa, burada tazmin edilecek muhtemel zarar miktarının önceden belirlenmesi, bir başka ifade ile tipik beklenen zarar konusunda bir anlaşma söz konusudur⁷⁰. Ancak burada götürü tazminattan bahsedebilmek için tazminat olarak üstlenilen tutarın gerçekten oluşan zarara göre önemli ölçüde yüksek olmaması gerekir⁷¹. Burada götürü tutarın tipik zarara uyduğunu ispat yükü BK.m. 42 gereğince alacaklıya ait olacaktır. Ancak, işin niteliği gereği ispat bakımından alacaklı açısından fazla bir beklenti içinde olunmamalıdır⁷².

III 424; ayrıca bkz. ve karşı.**JÄGGI/GAUCH**, Art.18, Nr.363 ve Nr.376-377).

⁶⁷ **BECKER**, Art.160, Nr.39; Hakim, taraflar uygun olmayan bir çözüm istemeyecekleri için, neyin hakkaniyete uygun olduğunu göz önünde bulundurmalıdır (BGE 122 III 424, Erw.3 a; BGE 117 II 609 E. 6c; 116 II 259 E. 5a).

⁶⁸ BGE 122 III 424, Erw.3 a; BGE 121 III 118 E. 4b/ aa; 119 II 449 E. 3a; Federal Mahkeme (BGE 46 II 339 Erw.2), alacaklı lehine öngörülen cezai şart taahhüdünün yorumunda, bu kayıtla hangi amaca ulaşılmak istendiği hususuna özellikle ağırlık verilmesi gerektiğine işaret edilmiş ve hak sahibi bakımından, zararın ispatından kurtulmak dışında, cezai şart yoluyla sözleşmenin karşı tarafına tekeffül edilen yükümlülüğün ifasını sağlamak için bir psikolojik baskının yapılması söz konusu olduğu özellikle belirtilmiştir.

⁶⁹ **LARENZ**, 384; **STOTZ**, 154; Aksi fikir için bkz. **BENTELE**, 21; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3974; **BUCHER**, 525; **OR-Ehrat**, Art.160, Nr.12; Alman hukuku için **STAUDINGER/KADUK**, Vorbem. zu. §§ 339 ff., Nr.89.

⁷⁰ **LARENZ**, 384.

⁷¹ Aksi taktirde borçlu burada sadece götürü bir tutarın söz konusu olduğunu, (alacaklıya ispat kolaylığı sağlayan) götürü tazminat yada bir örtülü cezai şartın söz konusu olmadığını iddia edebilir (bkz.**LARENZ**, 384).

⁷² BGE 109 II 468; **STOTZ**, 155.

Yargıtay uygulamasında gecikme tazminatı kavramı kapsamında, genellikle kira tazminatı ifade edilmektedir⁷³. Yargıtay'ın götürü tazminat ile ifaya eklenen cezai şart (gecikme cezası) arasındaki farka işaret ettiği bir kararında sözleşmeye konulan “inşaatın 30 aylık süre içerisinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyeceklerinin yazılı olduğu sözleşme kaydını, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminat olarak değerlendirmiş ve davaya konu bu tazminatın sözleşmeye konu özelliği itibarıyla, BK'nun 158/II maddesinde belirtilen ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olmayıp, maktu (götürü) kira tazminatı niteliğinde olduğundan teslimde arsa sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmesine gerek olmadığına hükmetmiştir⁷⁴.

Gerçekten de, sözleşmede yer alan kayıt incelendiğinde, inşaatın 30 aylık süre içerisinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri

⁷³ Bkz. **UYGUR TURGUT**, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi, İkinci Cilt, Ankara 1988, 337 vd. yer alan içtihatlar.

⁷⁴ Karar metni şu şekildedir; “Davacı vekili, müvekkili ile davalılar arasında imzalanan 1.11.1977 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, davalı yüklenicilerin 30.6.1977 tarihinden başlamak üzere 30 ay sonunda inşaatı ikmal ederek, kendisine isabet eden 8 adet bağımsız bölümü teslim etmeleri gerekirken, yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürerek 30.3.1980-1.9.1985 tarihleri arasında 65 ay içinde 15.000 TL'dan 975.000TL'nın tahsilini dava etmiş, mahkemece eksik iş bedelinin tahsili için davacının açtığı dava daha önce karara bağlandığından sözleşmeyi feshetmiş sayılacağı, bundan dolayı cezai şartı talep edemeyeceği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Sözleşmenin 2. maddesinde, inşaatın 30 aylık süre içerisinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri yazılıdır. Görüldüğü üzere bu hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktu kira tazminatı niteliğindedir. Diğer bir deyimle, davaya konu edilen tazminat sözleşmedeki özelliği itibarıyla, BK'nun 158/2. maddesinde belirtilen ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olmayıp, kira tazminatı niteliğinde bulunduğundan teslimde arsa sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmesi gerekmediği gibi, Karamürsel Asliye Hukuk Mahkemesinin 1985/146 Esas sayılı davasında eksik iş bedelinin ödetilmesi dava edilmekle aktin feshi değil, yükleniciler nam ve hesabına ifası doğrultusunda irade açıklamasını içerdiğinden, bunun ödetilmesine yasal bir engel yoktur. Ne var ki; davacının davalı yüklenicilerin borçlu temerrüdüne düşmeleri karşısında uzun bir süre beklemeksizin objektif ölçüler içerisinde beklenmesi gereken makul bir süreye, eksik işlerin tamamlanması için gerekli süre eklenerek bulunacak zaman dilimi için kira tazminatını talep etmesi icap eder. Aksi halde kendi fiili ile zararın artmasına sebebiyet vermiş olacaktır ki, bu artan zararı istemeye hakkı yoktur (BK.m.98 ve 44)...(15. HD. 4.10.1988 T., 88 Esas, 3118 K. karar için bkz. **KARAHASAN, MUSTAFA REŞİT**, İnşaat İmar İhale Hukuku 2, İstanbul 1997, 2009-2010)

şeklindeki kaydın, tazmin edilmesi gereken muhtemel zararın miktarının taraflarca önceden belirlenmesini ve bu suretle somut zararın miktarı konusunda hukuki ilişkiye katılanlar arasında ihtilafın ortadan kaldırılması amacına yönelik bir kayıt olduğu, asıl yükümlülüğün ifasını teminat altına almaktan ziyade, tazminatın hesaplanmasında taraflara, özellikle alacaklıya kolaylık sağlamayı amaçladığı ifade edilebilir. Aynı şekilde, somut sözleşmedeki kaydın, alacaklının borçluya karşı kullanabileceği ek bir baskı aracı niteliğinde olmadığını, daha ziyade inşaatın zamanında teslim edilmemesi nedeniyle uğranılacak kazanç kaybının götürü olarak belirlenmesi niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir. Halbuki, inşaatın süresi içerisinde bitirilmemesi halinde müteahhidin, her geçen gün için 1000 TL cezai şart ödeyeceği, gecikme süresinin 45 günü geçmesi durumunda 500.000 TL maktu ceza ödeyeceğinin kararlaştırılması durumunda olduğu gibi⁷⁵ gecikilen her gün için belirli bir miktar gecikme cezasının ödeneceğinin kararlaştırıldığı hallerde, bu tür kayıtların borçluyu ifaya zorlamak ve onda ek bir baskı aracı oluşturmak olduğu kabul edilmeli ve bu tür kayıtların ifaya eklenen cezai şart kayıtları niteliğinde olduğu sonucuna varılmalıdır⁷⁶. Böyle bir nitelendirme yaparken, tarafların bu konudaki sözleşmede yaptıkları nitelendirmelerin önem taşımadığına özellikle tekrar işaret etmek gerekir⁷⁷.

⁷⁵ Bkz. Yarg. 15. HD. 28.1.1988 T. 1540 E. 241 K. (Karar için bkz. **KARAHASAN**, 2, 2011 ve ayrıca benzer kayıtlar içeren kararlar için bkz. aynı yazar 2003 vd. da yer alan kararlara ve **UYGUR**, İkinci Cilt, 379 vd yer alan kararlar)

⁷⁶ Nitekim, **Koller**'e göre (Konventionalstrafe, Nr. 151-152), sözleşmelere konulan bu tür kayıtlar, bir götürü tazminat niteliğinde olmayıp, burada müteahhidin eseri teslim borcunda gecikmesi durumunda, iş sahibine karşı zararın miktarından bağımsız olarak bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesi söz konusudur. Bu tür kayıtlarla tazminatın hesaplanmasında bir kolaylık sağlanması değil, alacaklının, borçlunun yükümlülüğünü zamanında ifasına olan menfaatinin kapsamlı bir şekilde korunması söz konusudur. Bu korumanın ise, niteliği gereği, salt maddi nitelikli bir tazminat edimiyle götürü olarak sağlanması mümkün değildir. Hiç şüphesiz tarafların, inşaat sözleşmelerinde gecikme durumunda gerçekleşmesi beklenen zararı götürü olarak belirlemeleri mümkündür. Ancak, gecikmeden doğan zarar kural olarak önceden tahmin edilemeyeceği ve ortalama bir zarar süreci verilemeyeceği için, zararın götürüleştirelmesi çabaları pratik olarak işlerliğini yitirmektedir. Dolayısıyla, belirtilen bu güçlüklerle bağlantılı olarak iş sahibi zararın götürüleştirelmesini amaçlıyorsa, sözleşmedeki gerçek amaçlarının tazminatın götürüleştirelmesi olduğunu açık olarak belirlenebilecek şekilde ortaya koyması gerekir. Aksi taktirde ifa zamanına riayet edilmemesi durumuna ilişkin olarak sözleşmelerde yer alan kayıtların kural olarak ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirilmeleri konusunda bir kanuni karinenin varlığı gözden uzak tutulmamalıdır.

⁷⁷ Nitekim bir Yargıtay kararına konu olan olayda, inşaat sözleşmesinin ilgili maddesinde yer alan iş sahibinin, müteahhidin süresinde eseri bitirmemesi durumunda günün koşullarına göre kira bedeli isteme hakkının olduğuna ilişkin kaydı davacının dilekçelerinde cezai şart

c) Cezai Şartın Türleri ve özellikle ifaya eklenen cezai şart-seçimlik cezai şart ayrımı

Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinde alacaklının ifa talebiyle cezai şart talebi arasındaki ilişki dikkate alınarak cezai şartın üç türüne yer verilmiştir. Bu ayrıma göre cezai şartın; seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve dönme cezası olmak üzere üç farklı türü söz konusudur. Asıl konumuz inşaat sözleşmelerine konulan ifaya eklenen cezai şart kayıtları olmakla birlikte, inşaat sözleşmelerinde özellikle seçimlik cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verilmesi ve hatta bazı hallerde sözleşmelere hem ifaya eklenen cezai şart hem de seçimlik cezai şart kayıtlarının birarada konulması ve bazı durumlarda sözleşmeye konulan cezai şart kaydının seçimlik cezai şart mı, yoksa ifaya eklenen cezai şart mı olduğunun belirlenmesinde güçlüklerle karşılaşılması nedeniyle, cezai şartın diğer görünüm biçimleri hakkında da kısaca bilgi verilmesinde ve bu bağlamda ifa talebiyle cezai şart ve zarar ile cezai şart arasındaki ilişkiyi ortaya koymakta büyük fayda olacağı inancındayız.

BK'nun 158. maddesinin I. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, "Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir." Bu hüküm gereğince cezai şart anlaşması asıl sözleşmeden doğan edimin tam ve gereği gibi ifasını sağlamaya yönelik olarak yapılmış ise, cezai şart anlaşmasında başka türlü kararlaştırılmadıkça söz konusu kayıt seçimlik cezai şart niteliğindedir. Dolayısıyla alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Ne var ki, burada "akdin icra edilmemesi veya natamam icra edilmesi (ki bu ifadeleri İsviçre Borçlar Kanununa uygun olarak "hiç ya da gereği gibi ifa etmeme" şeklinde anlamak gerekir)" ifadesi ile alacaklının seçim imkanı üzerinde bazı önemli noktalara işaret etmek gerekir.

- Öncelikle, BK'nun 158/II maddesinde asıl sözleşmeden doğan edimin belirtilen yer ve zamanda ifa edilmemesi durumu özel olarak düzenlendiği için, aksine bir anlaşma olmadıkça BK'nun 158/I maddesi kapsamında yer alan edim ihlali halleri borçlunun sorumlu olduğu sonraki objektif imkansızlık hali⁷⁸ ile gereği gibi

olarak nitelendirmesinin kaydın niteliğini değiştirmeyeceği konusunda bkz. Yarg.15.HD. 30.10.1995 T., E.3746, K. 5923 (UYGUR, İkinci Cilt, 356).

⁷⁸ Burada alacaklı ya BK.m96/f.I'e göre zararının tazminini talep etme ya da inşaatın ayıplı ifası halinde BK.m.360'a göre eserin ayıplı olmasından dolayı kendisine kanun gereğince tanınan hakları ileri sürme imkanına sahiptir (karş. BENTELE, 89).

ifa etmeme kapsamında nitelendirilebilecek⁷⁹ edim ihlali halleridir⁸⁰.

- Borçlu BK.m.158/I kapsamında yer alan bir edim ihlalinin gerçekleşmemesini temin amacıyla bir cezai şart kararlaştırıldığında, alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da cezai şartı talep etme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, borçlu asıl edim ifasının sonradan objektif olarak imkansızlaşması nedeniyle, asıl sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemişse, alacaklıya seçim imkanının tanınmasının fazla bir anlamı kalmayacaktır⁸¹. Zira, borçlanılan edimin yerine getirilmesi objektif olarak imkansız olduğundan, ifa talebinde bulunulması söz konusu olamayacak, cezai şartı tercih etmeyen ve ifada ısrar eden alacaklı sadece tazminat talep etme imkanına sahip olacaktır (BK.m. 96)^{82, 83}.
- Borçlu borcunu zamanında ifa etmekle birlikte gereği gibi ifa etmemişse, bu taktirde alacaklı, ya cezai şartın ifası talebinde bulunacak ya da gereği gibi ifa etmemenin yasal sonuçlarını talep edecektir. Dolayısıyla inşaat sözleşmesinde müteahhit, eseri zamanında teslim etmekle birlikte ayıplı olarak ifa ederse, o takdirde iş sahibinin, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, borcunu ayıplı ifa eden müteahhitten eserin ayıplı ifası nedeniyle ya eserin ayıplı olmasından doğan haklarını ya da kararlaştırılan cezai şartı talep etme hakkı mevcuttur. İş sahibi bu iki imkandan birini tercih etmek durumundadır⁸⁴. Şüphesiz ki buradaki seçim

⁷⁹ Bununla ifade etmek istediğimiz, BK'nun 158/I maddesinde belirtilen ifa etmeme halleri ile ifa zamanı ya da yerine riayet edilmemesi hali dışında kalan bütün gereği gibi ifa etmeme (ya da aktin müspet ihlali) olarak nitelendirilebilecek durumlardır. Bu bağlamda kaçınma yükümünün ihlali (BK.m.97/f.II), ayıplı ifa halleri ile diğer aktin müspet ihlali halleri BK.m.158/f.I'deki gereği gibi ifa etmeme kapsamında zikredilebilir.

⁸⁰ **BENTELE**, 88.

⁸¹ **BENTELE**, 89.

⁸² **BUCHER**, Allg.Teil, 528; **OR-Ehrat**, Art. 160, Nr. 19; **BENTELE**, 89; **BÜHLER**, 165.

⁸³ Söz konusu tazminat talebi kararlaştırılan cezai şart miktarı ile sınırlı değildir (bkz. **BUCHER**, Allg.Teil, 528; **OR-Ehrat**, Art. 160, Nr. 19;).

⁸⁴ Alacaklıya BK.m.158/f.I gereğince tanınmış olan bu imkan, bir seçimlik hak değil, mahiyeti itibarıyla bir seçimlik hak değil, bir seçimlik yetkidir (alternative Ermächtigung=facultas alternativa). Zira burada alacaklı asıl edimin yerine diğer bir edimi yani cezai şartı koyma yetkisine sahip olmaktadır. Alacaklı asıl borcun ifası yerine cezai şartı talep etme hakkına sahiptir. Ancak alacaklı inşai hakkını kullanmak suretiyle cezai şartı talep etmişse artık asıl edimin ifasını talep etmekten vazgeçmiş sayılır(**VON TUHR/ESCHER**, 281; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3926; **OR-Ehrat**, Art.160, Nr.17 vd.; **Eren**, 1172). Alacaklı seçimlik yetkisini, borçluya yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır ve bunun kullanılmasıyla borcun konusu değişikliğe uğradığı

yetkisi, ancak ifa yükümlülüğü ihlal edildiği zaman kullanılacaktır⁸⁵. Uygulamamızda seçimlik cezai şart kayıtlarına, genellikle, “sözleşmelerdeki şartlara uymayan tarafın diğer tarafa belirli bir miktar cezai şart ödemesi” şeklinde genel ifadeler kullanılarak yer verilmekte⁸⁶ ve böylece eserin ayıplı⁸⁷ tesliminin ve teslim edilmemesinin doğuracağı olumsuz sonuçlar bir müeyyideye bağlanmış olmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 158. Maddesinin II. fıkrasında ise ifaya eklenen cezai şart kavramına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “Akdin muayyen

için, alacaklının bu hakkı değiştirici yenilik doğuran bir hak olup, bu husustaki irade açıklaması borçluya ulaştığı andan itibaren sonuç doğurur (bkz.; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 107-108; **EREN**, 1173).

⁸⁵ Tabiidir ki, müteahhit ile iş sahibi sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ya da ayıplı ifa edilmesi durumunda, hem sözleşmenin eksik ya da ayıplı ifasının hem de cezai şartın birlikte talep edilebileceğini sözleşmede kararlaştırabilirler (aynı yönde **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3929; **BUCHER**, 529; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 106; Hem sözleşmenin yerine getirilmesi, hem de seçimlik cezai şartın talep edileceğinin cezai şart anlaşmasında kararlaştırılabileceği hakkında bkz. Yarg. 15. HD. 7.3.1989 T., 2481 E., 1066 K. (karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 1999)).

⁸⁶ Örneğin, “...işbu mukavele hükümlerine uymayan taraf karşı tarafa 500.000 lira cezai tazminat ödemeyi kabul ve beyan eder...” (15. HD. 4.4.1988 T. 2618 E. 1334K. (karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 2001)).

⁸⁷ Hukukumuzda eserin ayıplı ifası durumuna ilişkin olarak (eseri teslim borcunun ayıplı ifa edilmesi durumuna ilişkin olarak sözleşmelere konulan bu tür cezai şart kayıtlarının BK'nun 158/I maddesi anlamında seçimlik cezai şart niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. **GAUCH**, Nr.2527), özellikle bu durumu zikreden cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verildiği söylenemez. Sözleşmelerde genelde ayıplı ifa durumunu da içine alacak şekilde “yukarıda belirtilen şartlara uymayan taraf diğer tarafa...miktar cezai şart öder” gibi kayıtlara yer verilmektedir. Ancak, eserin ayıplı olması durumuna ilişkin olarak sözleşmelerde yer verilen seçimlik cezai şart kayıtlarına ilişkin olarak, özellikle belli noktalara işaret etmek gerekir; Öncelikle, eserin ayıplı olması durumuna ilişkin olarak taahhüt edilen cezai şart (Mangelstrafe), cezai şart anlaşması kapsamında talep edilebilir. Eserdeki hangi ayıplar için taahhüt altına girildiği cezai şart anlaşmasından çıkarılır. Bunun için cezai şartın talep edilebilmesine neden olacak ayıbın yeterince açık bir şekilde sözleşme metninden hareketle belirlenebilmesi gerekir. Cezai şartın çeşitli ayıp durumları için kararlaştırılması mümkündür (**GAUCH**, Nr.2528). İş sahibi eserdeki ayıp dolayısıyla malvarlığında bir zarara uğramasa bile, kanundan dolayı kararlaştırılan cezai şartın ödenilmesi gerekir (BK.m.159/f.I). Buna karşın ayıptan dolayı cezai şart talebinde bulunabilmek için müteahhidin ayıptan dolayı sorumlu olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Literatürde bir kısım yazarlar (**GAUCH**, Nr.2529; **BUCHER**, Allg. Teil, 526-527) özellikle İsviçre BK'nun 163/II (BK.m.163/II) maddesinden hareketle cezai şartın ileri sürülebilmesi için kusurun varlığını şart koştuklarından, örneğin **Gauch**, aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, müteahhidin eserdeki ayıptan dolayı kusurlu olmadığını ispat etmediği sürece ona karşı cezai şart talebinde bulunulabileceğini ifade

zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyasını talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyeran etmeksizin edayı kabul etmiş olsun.”. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere cezai şart taahhüt edilmişse, alacaklı, açıkça vazgeçmiş veya ifayı kayıtsız şartsız kabul etmiş olmadıkça, hem sözleşmenin ifasını hem de kararlaştırılan cezai şartın ödenmesini talep edebilecektir. Uygulamada özellikle istisna ve inşaat sözleşmelerinde müteahhidin eseri teslim zamanına riayet etmesini sağlamak amacıyla ifaya eklenen cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verilmektedir^{88, 89}.

Nihayet, Borçlar Kanunu’nun 158. maddesinde düzenlenmiş bulunan diğer bir cezai şart türü de literatürde ifayı engelleyen cezai şart ya da dönme cezası (Wandelpön) olarak adlandırılan cezai şarttır. Söz konusu cezai şarta, BK’nun 158. maddesinin III. fıkrasında, ” Borçlunun, cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salahiyeti mahfuzdur. “ şeklinde bir düzenlemeyle yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkına sahip bulunduğunu ispat yetkisi saklı tutulmuş ve böylece borçluya alacaklıyla yaptığı anlaşma çerçevesinde sadece cezai şart ödeyerek sözleşmeden dönme imkanı tanınmıştır. Dönme cezasının bu özelliği nedeniyle gerçek anlamda bir cezai şart niteliğini arzetmediğini ifade etmek gerekir. Zira burada alacaklının durumunun teminat altına alınması suretiyle sözleşmenin ifasının sağlanması değil, tam tersine borçlunun durumunun kolaylaştırılması söz konusudur. Bu nedenle, literatürde dönme cezası, daha ziyade pişmanlık akçesine benzetilmektedir⁹⁰.

Mahiyetleri hakkında kısaca bilgi verdiğimiz bu cezai şart türlerinden seçimlik cezai şart-ifaya eklenen cezai şart kavramları arasındaki sınırın ve farkların ortaya konulabilmesinde çeşitli sözleşme ilişkileri bakımından

etmektedir. Yazar söz konusu kusur prensibinin, İsviçre BK’nun 163/II (BK.m.161/II) maddesinden kaynaklandığını ve bunun müteahhidin ayıby takip eden zararlardan dolayı sorumluluğu hariç, ayıba karşı tekeffülden dolayı kusurdan bağımsız sebep sorumluluğu ile ilgisi bulunmadığını ifade etmektedir. Gauch’a göre bu prensip cezai şartın müteahhidin sözleşmeyi gereği gibi ifaya uymasını sağlayan temel amacına uygun düşmektedir (Nr. 2529).

⁸⁸ Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 2003 vd.

⁸⁹ Burada BK’nun 158. maddesinin I. ve II. fıkralarında düzenlenmiş bulunan seçimlik cezai şart ile ifaya eklenen cezai şart kavramlarına kısaca yer vermiş iken, söz konusu cezai şart türleri arasında bir kural istisna ilişkisinin bulunmadığına ve her iki cezai şart türü arasında tercihe dayalı (seçici) bir yarışmanın (elektiver Konkurrenz) söz konusu olduğuna işaret etmek gerekir (Bentele, 93, 95).

⁹⁰ **KELLER/SCHÖBI**, 113; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 3934 vd.; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 31; **EREN**, 1174;

önemli güçlüklerle karşılaşılabilir. Burada özellikle bir süreye riayet edilmemesi durumuna ilişkin olarak sözleşmede cezai şart kaydına yer verilmişse, BK.m.158/II çerçevesinde, bir ifaya eklenen cezai şartın mevcut olduğunu kabul etmek gerekir⁹¹. Özellikle, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın miktarı⁹², sözleşmede kullanılan ifadeler⁹³, sözleşmenin niteliği⁹⁴, cezai şartın sözleşmenin belirli yer ve zamanda ifası için kararlaştırılmış olması (BK.m.158/II gereğince), cezai şartın amacı⁹⁵, cezai şartın ifaya eklenen cezai şart olduğuna işaret eder. Bu bağlamda sözleşmede yüksek cezai şart miktarının kararlaştırılması, gecikilen her gün, hafta, ay için belirli bir tutarda para ödeneceği gibi iş sahibinin elinde müteahhidi ifaya zorlamaya yönelik ek baskı aracının bulunduğu ilişkin bir izlenim uyandıran⁹⁶ ifadeler sözleşmelerde yer verilmemesi, somut sözleşme ilişkisinde genellikle seçimlik cezai şartın varlığını gösterir. Hiç şüphesiz BK.m.158'de yer alan hükümler emredici nitelikte olmadıklarından, bu hükümlerin taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür⁹⁷. Bu bağlamda taraflar sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde ifaya eklenen cezai şartın talep edilebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi⁹⁸, hem sözleşmenin ifası, hem de seçimlik cezai

⁹¹ Hatta literatürde bu konuda bir kanuni bir karinenin mevcut olduğu ifade edilmektedir (**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.99 ve Nr. 152; bkz. **OR-EHRAT**, Art. 160, Nr.17 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.160. Nr.1; **BUCHER**, Allg. Teil, 527 vd.).

⁹² Sözleşmelerde cezai şart miktarının çok düşük gösterilmesi, kararlaştırılan cezai şartın ifaya eklenen cezai şart olduğuna delâlet edebilir (Bkz. **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 47; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.99).

⁹³ BGE 97 II 351 “*Gecikilen her gün için 100 İsviçre Frankı ödeneceği...*”; **TANDOĞAN**, 135;

⁹⁴ **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 46.

⁹⁵ **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 46-47.

⁹⁶ **BENTELE**, 20 vd.; **LARENZ**, 384; **GAUCH**, Nr. 710;

⁹⁷ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.99 ve Nr. 152; bkz. **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 46-47.

⁹⁸ Bazı durumlarda, sözleşmelere konulan kayıtların niteliğinin anlaşılmasındaki güçlüğü vurgulamak ve konuya açıklık getirmek amacıyla İsviçre Federal Mahkemesinin oldukça yakın tarihli bir kararına (BGE 122 III 420 vd.) önemle işaret etmek istiyorum. Söz konusu karara ilişkin uyuşmazlıkta davacı iş sahibi ile davalı müteahhit şirket arasında pipo filtresi paketleme tesisi yapımı için bir anlaşma yapılmış ve söz konusu anlaşmaya

“Tesisin 15 Temmuz’a kadar görev yapacak şekilde (*funktionsfähig*) devredilmesi, yani tarafımızdan teslim alınması mutlak bağlayıcı (*Absolut verbindlich*) anlamda zorunludur. *Bunu* (dies) sağlamak için, sözleşme cezası kararlaştırılması gerekmektedir. Bu teslim süresinin 4 hafta aşılmasından sonra her bir iş günü için 400 sFr., 8 hafta sonra her iş günü için 800 sFr. dır” şeklinde bir kayıt dercedilmiştir.

Adı geçen tesisin sözleşmede öngörülen zamanda ve nitelikte teslim edilmemesi üzerine iş sahibinin müteahhit aleyhine açtığı davada, Federal Mahkeme yukarıda ifade ettiğimiz kaydı aynen şu şekilde yorumlamıştır. Çarpıcı olduğu

şartın istenmesini kararlaştırabilirler⁹⁹. Bunun dışında cezai şart anlaşması kapsamında, tarafların, seçimlik ve ifaya eklenen cezai şarta birlikte yer vermelerinde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır¹⁰⁰.

d) İfaya Eklenen Cezai Şartın (Gecikme Cezasının) Kapsamı

Eserin teslim zamanına riayet edilmemesine bağlı olarak cezai şart kararlaştırıldığında, söz konusu gecikme cezası gecikilen zaman dilimi oranında tedricen muaccel hale gelecektir¹⁰¹. Böyle bir durumda cezai şartın bir sınırı olup olmadığı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Daha öncede

gerekçesiyle Federal Mahkemenin değerlendirmesini buraya aynen aktarmayı uygun buluyoruz (BGE 122 III 424 vd., Erwägung 3.).

“Bununla birlikte, tarafların, asıl edim yanında gecikmiş veya ayıplı ifadan dolayı ceza ödenmesinin borçlanıldığını zımnen kararlaştırdıkları görüşü de kabul edilebilir.

- a) Tarafların gerçek iradeleri araştırılmamış olduğu için (BK. m.18/I), tarafların irade açıklamaları güven prensibine dayanılarak sözleşmedeki kaydın lafzına ve bütün durumlardan anlaşılabilir ve anlaşılması gereken rabıtaya göre yorumlanmalıdır (BGE 121 III 118 E. 4b/ aa; 119 II 449 E. 3a). Bunun yanında hakim, taraflar uygun olmayan bir çözüm istemeyecekleri için, neyin hakkaniyete uygun olduğunu dikkate almalıdır (BGE 117 II 609 E. 6c; 116 II 259 E. 5a).

BGE 46 II 339 E.2’de Federal Mahkeme, alacaklı lehine öngörülen cezai şart taahhüdünün yorumunda, hangi fikrin bununla irtibatlı olduğu, bununla hangi amaca ulaşılabilir istendiği hususlarına özellikle ağırlık verilmelidir. Zira, hak sahibi bakımından, zararın ispatından kurtulmak dışında, cezai şart yoluyla sözleşmenin karşı tarafına tekeffül edilen yükümlülüğün ifasını sağlamak için bir psikolojik baskının yapılması söz konusudur.

- b) Bidayet mahkemesi anlaşmanın lafzından, tesisin hem zamanında hem de görevini yapacak şekilde teslimini teminat altına almak üzere, tarafların bir cezai şart kararlaştırdıkları sonucuna varmıştır. Bu amaç mevcut duruma da uygun düşmektedir. İsmarlanan sözleşme konusuna belirli bir zamanda ihtiyacı olan ve bunu cezai şartla teminat altına alan, alıcı ya da iş sahibi için, eseri teslimde gecikmenin meydana gelip gelmediği ya da zamanında teslim edilmesine rağmen öngörülen kullanım amacına uygun düşmeyecek şekilde ayıplı olarak teslim edilip edilmediği hususları aynı şeyi ifade eder. Bu amaca ulaşmak için taraflar temerrüt süresince artan bir cezai şart kararlaştırmışlardır. Böyle bir anlaşma, beklenen olayların gerçekleşmesini, ezcümle ifayı öngörür. Bidayet mahkemesi, tarafların yaptığı anlaşmadan, asıl edim yanında gecikmeden ya da ayıplı olarak yapılan ifadan dolayı ceza ödenmesinin kararlaştırıldığı sonucunu çıkarmaktadır. Bu sonuca katılınması gerekir. Davacının 8 Şubat 1988 tarihli ismarlama talebinde mündemiç olan bidayet mahkemesinin sözleşmenin muhtevası olarak değerlendirdiği teslim koşullarının lafzından hareket edilmelidir. Teslim koşullarının ilk cümlesinden, tarafların teslim zamanını ve tesisin görev yapacak durumda olmasını aynı önemde değerlendirdikleri ve tesisin görev yapacak durumda zamanında teslimini, gecikerek teslim edilmesiyle aynı düzeyde görerek bu ikisini birbiriyle irtibatlandırdıkları kabul edilmelidir. İkinci cümledeki bunu (dies) ifadesiyle davalı tarafından 15 Temmuz 1988’e kadar tesisin görev yapacak şekilde teslimi cezai şartla teminat altına alınmıştır.

ifade ettiğimiz gibi tarafların müteahhidin eseri teslimde gecikmesi dolayısıyla ödemeyi taahhüt ettiği cezai şartın miktarını belirli miktarda para ya da gecikmenin süresine bağlı olarak günlük, haftalık veya aylık olarak belirlemeleri mümkündür. Gecikme süresine bağlı olarak cezai şart miktarının belirlenmesi durumunda, taraflar cezai şarta azami bir sınır da getirmemişlerse, iş sahibinin uzun süre seçimlik hakkını kullanmayarak cezai şart miktarının artmasına sebebiyet vermesinin ya da gecikmeden sonra gerçekleşen somut olaya özgü koşulların¹⁰², hukuki açıdan ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği, böyle bir durumun nasıl önüne geçilebileceği ve

Böylece, davacı her iki edim ihlali modalitesini aynı ölçüde teminat altına almaktadır. Buna ek olarak, üçüncü cümlede cezai şartın miktarı belirlenmektedir. Burada cezai şartın talep edilebilmesine yol açacak olay olarak sadece “teslim süresinin aşılmasından” bahsedilmektedir. Ancak bununla daha önceki ifadeler bakımından, anlaşmada bir kullanıma elverişli tesisin zamanında tesliminin de aynı şekilde müeyyideye bağlanmadığı tarzında bir nitelendirme yapılamaz. Aksi takdirde, anlaşmayla takip edilen amaç göz ardı edilmiş olurdu: Böyle bir durumda, davalı bakımından kararlaştırılan tarihte tamamlanmamış eseri teslim etmek suretiyle cezai şartın ödenmesi yükümünü bertaraf edecek bir imkan ortaya çıkardı. Davacının uğraşı ise, tesisin kararlaştırılan zamanda işletmeye açılmasının ve bu suretle kararlaştırılan kapasiteye ulaşılmasının mutlak bağlılık içerisinde garanti altına alındığına güveni olduğunu, yeterince açık bir biçimde davalıya anlatmış olmaktadır. Fakat teslimde gecikme ile fonksiyonlarını yerine getirmeme sözleşme gereğince aynı değerlendirilmişse, bundan teslimde gecikme durumunda davacının İBK'nun 160/II (BK.m.158/II) gereğince cezai şartın ifa ile birlikte talep etme hakkının olduğu, işler durumda olmayan tesisin teslimi için de tarafların böyle bir hukuki sonucu kararlaştırmak istediklerinin zorunlu olarak kabul edilmesi gerektiği sonucunu çıkarmak gerekir. Bundan dolayı bidayet mahkemesinin cezai şart hakkındaki anlaşmayı yorumu Federal Hukuk önünde durumunu muhafaza etmektedir.

- c) Davalı, davacının teslimi İBK'nun 160/II (BK.m.158/II) gereğince ihtirazi kayıt ileri sürmeden kabul ettiğini ileri sürerek yaptığı itirazın bidayet mahkemesince haksız olarak kabul edilmemesine itiraz etmektedir. Bidayet mahkemesinin, Art 160/II'nin doğrudan doğruya uygulanamayacağına ilişkin esas gerekçesi doğru olduğu ve davalının bu savı ihtimali bir gerekçe olduğu için, burada kabili tatbik değildir.”

⁹⁹ Sözleşmenin 6. Maddesinde davacı iş sahibine verilmek üzere kararlaştırılmış olan 1.000.000 TL. Ceza BK'nun 158. Maddesinin 1. Fıkrasında öngörülmüş olan seçimlik ceza olup, yukarıda sözü edilen sözleşme hükmü ile ayrıca verileceği kabul edilmiş olmasına göre, hem akdin icrası ve hem de ceza istenebileceğinden cezai şartın da kabulü ile devacıya verilmesi gerekirken, bu hususta olumlu veya olumsuz herhangi bir karar verilmemesi de usul ve yasaya aykırıdır ((15. HD., 7.3.1989 T., 2481 E., 1066 K.) karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 1999).

¹⁰⁰ “... Taraflar arasındaki 12.5.1980 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde geciken her ay için beher daireye 2500 TL. Gecikme cezası, 12. maddesinde sözleşmeye aykırı hareket halinde 100.000 TL. Cezai şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. Görülüyor ki, gecikme nedeniyle istenebilecek ceza Borçlar Kanununun 158/2. Maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza olmasına karşın,

bu konuda nasıl bir yöntemin takip edilmesi gerektiği çözümlenmesi gereken bir konudur¹⁰³.

Öncelikle iş sahibinin gecikme cezası talep edebilmesi için BK.m.106 gereğince seçimlik hakkını makul bir süre içerisinde kullanarak aynen ifa seçeneğini seçmiş olmasına bağlıdır. İş sahibi kendinden kaynaklanan sebeplerle seçim hakkını kullanmakta gecikirse, gerek zarardaki artıştan ve gerekse seçim hakkının makul süre içerisinde kullanılmaması dolayısıyla gecikme cezasında süreye bağlı olarak meydana gelen artıştan dolayı müteahhidin sorumlu tutulmaması gerekir. Bu bağlamda, iş sahibinin hiçbir

sözleşmenin 12. maddesindeki ceza ise Borçlar Kanununun 158/1. Maddesinde sözü edilen seçimlik ceza niteliğindedir. Seçimlik cezanın istenebilmesi için, aktin feshedilmiş olması gerekir. Somut olayda davacı eksik işlerin tamamlanması için talepte bulunmuş olup, mahkemece eksik işler bedelinin ödenmesine karar verilmiş olmasına göre seçimlik hakkını aktin ifası doğrultusunda kullanmış bulunmaktadır. Öyle ise feshe bağlı bulunan seçimlik cezayı isteyemez...” ((15. HD., 18.10.1989 T., 4097 E., 4315 K.) karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 1999).

Bu konuda bir başka Yargıtay kararı da şu şekildedir; “Uyuşmazlık sözleşmenin 2. Maddesinde öngörülen ceza koşulundan kaynaklanmaktadır. Bu maddede aynen”İnşaat bu sözleşmenin imzalanma tarihi 23.6.1983 tarihinden itibaren 24 ayın bitiminde iskan alınmış ve noksansız olarak 30.6.1985 tarihinde teslim edilecektir. Tayin edilen müddette temin edilmediği takdirde gecikilen her ay için müteahhitler 50.000 lira ödemeyi taahhüt ve kabul ederler. Ancak bu durum en fazla 6ay devam edecek ve 6 ayın sonunda da iskanlı olarak ve tam teslim edilmediği takdirde müteahhitler daire satın alan...a ödedikleri tam peşin ücretin yani 4.350.000 liranın iki katı 8.750.000 lirayı tazminat olarak ödemeyi şimdiden kabul ve taahhüt ederler” sözleri yer almıştır. Taraflar burada iki ayrı türde ceza koşulu belirlemişlerdir. Birinci 6 ay gecikme ile sınırlı ve ayda 50.000 liralık teslimde gecikme hali için ifaya eklenen ceza koşulu, ikincisinde dairenin 6 aylık cezada gecikme süresinde de iskânlı ve tam teslim edilememesi halinde geçerli olmak şartıyla 8.750.000 liralık seçimlik ceza koşulu, başka bir ifade ile ifa edilmeme veya eksik ifa ceza koşuludur...”((13. HD., 14.11.1988 T., 3766 E., 5373 K.) karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 2000).

¹⁰¹ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.163;

¹⁰² Burada şöyle bir ihtimal de gündeme gelebilir. Eğer müteahhit eseri teslim süresini yükümlülüğüne objektif bakımdan aykırı bir biçimde geçirmiş ve fakat daha sonraki dönemde yükümlülüğüne aykırı ya da kusurlu hareket etmemesine rağmen, çalışmaya devam etmesi başka sebeplerle engellenmiş ise, gecikmeye bağlı olarak gecikme cezasının tedricen muaccel olmaya devam edip etmeyeceği cevaplandırılması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Sorunu bir örnekle toparlamak gerekirse; Müteahhit iş sahibi ile eserin imalinin Eylül ayı sonuna kadar tamamlanması için anlaşmışlar ve sözleşmeye de gecikilen her gün için 100 milyon TL. ödeneceği kaydını koymuşlar, müteahhit zamanında eseri teslim borcunu yerine getirmekte gecikmiş ve ekim ayının başlangıcında aniden bastıran soğuklar çalışmaya devam edilmesini engellemiş ve eser ancak kasımın 15’inde tamamlanabilmiş ise, burada cezai şart hangi oranda ödenecektir. Cezai şartın sadece bir kısmı mı, yoksa gecikilen 45 günün tamamı oranında mı cezai şart ödenecektir?

çaba göstermeyerek hareketsiz bir tutum benimsemesi, eserin tamamlanması için herhangi bir gayret göstermemesi halinde cezai şarta MK.m.2 ve m.44 kapsamında bir sınır koymak ve de iş sahibinin zarar artırıcı bu türden davranışları nedeniyle cezai şartın artmasına engel olmak gerekir¹⁰⁴. Ne var ki, olması gereken durum bu olmakla birlikte, müteahhidin tacir olması nedeniyle fahiş cezai şartın indirilmesi mümkün olamamaktadır (TK.m.24). Nitekim, Yargıtay da, son zamanlardaki içtihatlarında, müteahhidin tacir olması nedeniyle fahiş cezai şartın indirilemeyeceği kanaatindedir¹⁰⁵.

e) Alacaklının Cezai Şart Talebi ile İfa Talebi Arasındaki İlişki

Asıl sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklının cezai şart talebi ile diğer talepleri arasındaki ilişki, Borçlar Kanunu'nun 158 (f.I ve II) ve 159 (f. II). maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda BK'nun 158. maddesinde alacaklının cezai şart talebiyle ifa talebi arasındaki ilişki belirtildikten sonra, söz konusu düzenlemeyi tamamlayan BK'nun 159. maddesinin II. fıkrasında, şart olunan ceza miktarından fazla zarara uğrayan alacaklının, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemeyeceği ifade olunmuştur¹⁰⁶.

f) Alacaklının Cezai Şart Talebi ile Diğer Her Türü Tazminat Talepleri Arasındaki İlişki

Asıl sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle cezai şart talebinde bulunan alacaklının, ayrıca tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı, bulunabilecekse bunun cezai şart talebiyle ilişkisi sorunu üzerinde özellikle durulması gereken konulardan biridir. Belirtilen sorunla ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun 159. maddesinin II. fıkrasında şart olunan ceza miktarından fazla zarara uğrayan alacaklının, borçlunun bir kusuru

Tazminat hukuku açısından soruna bakıldığında, BK'nun 102. Maddesi gereğince gecikmenin sorumluluğunun müteahhide ait olduğu görülür. Söz konusu misalde BK.m.102 anlamında bir sorumluluktan kurtuluş sebebi söz konusu olmadığı için, olağanüstü meteorolojik durumların gerçekleşmesi halinde Bk.m.43 vd göz önünde tutulabilir (BE 109 II 312 Erw. 5). Aynı şekilde cezai şartın aşırı yüksek olması durumunda borçluyu koruyan 161/f.III hükmü hakime takdir yetkisini kullanarak cezai şartta uygun bir indirim yapma imkanı tanımaktadır (bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.164).

¹⁰³ Ayrıca müteahhit objektif bir biçimde yükümlülüğüne aykırı davranarak eseri teslim süresini geçirmiş olmasına rağmen,

¹⁰⁴ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. **KARAHASAN**, 2.Cilt, 1961 vd.

¹⁰⁵ HGK, 9.10.1991, E. 15-340/K.467 (**UYGUR**, İnşaat, Cilt 2, 347-348); Ayrıca bu konuda bkz. **ARAL**, 363.

¹⁰⁶ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun söz konusu düzenlemenin karşılığını teşkil eden 161/II maddesindeki düzenlemede ceza ile zarar arasındaki ilişki şu şekilde ifade edilmiştir; "Uğranılan zarar ceza miktarını aşılırsa, alacaklı fazla miktarı ancak kusuru ispat suretiyle talep edebilir" (Söz konusu düzenlemenin yeterli olmadığı yönünde bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.118).

olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemeyeceği belirtilmektedir. O halde cezai şart talebi ile tazminat talepleri arasındaki ilişki konusunda mevcut düzenlemelerden hareketle hareketle şu tespitlerin yapılması mümkündür;

- BK'nun 159. maddesinin II fıkrasındaki düzenleme çerçevesinde, öncelikle, alacaklının cezai şart talebinin, tazminat taleplerine engel olmayacağını, bununla birlikte tazminatın ancak cezai şart miktarını aştığı ölçüde talep edilebileceğini belirtmek gerekir. O halde bu çerçevede cezai şartın ileri sürülmesine yol açan olayın sebep olduğu zararın tazmini ancak cezai şartı aştığı oranda talep edilebilecek, bir başka ifadeyle bir mahsup işlemine başvurulacak, yoksa tazminatın ceza ile birlikte bir toplama yapılarak talep edilebilmesi söz konusu olmayacaktır.
- Ancak burada hemen şunu da ifade etmek gerekir ki, söz konusu mahsup işlemi, tazminat talebinin cezai şart talebiyle aynı menfaate tekabül etmesi durumunda söz konusu olur¹⁰⁷.
- Hiç şüphesiz BK. 159. maddesinin I. Fıkrası gereğince cezai şart talebinde bulunabilmek için herhangi bir zararın gerçekleşmiş olması şartı aranmayacak, zararın gerçekleşmesi ancak tazminat talepleri bakımından önem taşıyacaktır. Dolayısıyla, cezai şartı aşan bir zarara uğrayan alacaklının, söz konusu zararının tazmin edilebilmesi için BK'nun 96. maddesindeki borçlunun sorumluluğu bakımından gerekli olan şartların gerçekleşmiş olması gerekecektir. Ne var ki kanun koyucu kusurun ispatı bakımından burada BK'nun 96. maddesindeki genel kuraldan ayrılmış, ispat yükünü alacaklıya yüklemiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.119 ve özellikle Nr. 131 vd.; **KOLLER**, aynı menfaate tekabül etme ölçütüyle ilgili olarak şu örneği vermektedir. Satıcı V, oto kiralama işiyle iştigal eden alıcı K'ya bir otomobili Mart sonuna kadar teslim etmeyi ve zamanında teslimin gerçekleşmemesi durumunda 1000 Frank ifaya eklenen cezai şart ödemeyi taahhüt ediyor. Ne var ki söz konusu araç geç teslim ediliyor. Alıcı gecikilen her gün için kira parası kaybı olarak 100 Frank üzerinden toplam 1400 Frank tazminat talep ediyor. Satıcı V buna itiraz ederek zararın cezadan mahsup edilmesini ve bu çerçevede 400 Frank ödemeyi istiyor. **KOLLER**, benzer bir olayda Alman Federal Mahkemesinin vermiş olduğu kararı haklı bularak (karar için bkz. NJW 1963, 1197) söz konusu olayda cezai şartın gecikme sonrası Mart sonunda muaccel hale geldiğini, tazminat talebinin ise Mart sonunda değil, daha sonraki gecikmeler dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan doğduğunu, cezanın gecikmeden doğan zarardan değil, gecikme sonunda muaccel olduğunu belirterek, mahsup işleminin yapılmamasının gerektiğini ifade ediyor (Konventionalstrafe, Nr.132).

¹⁰⁸ O halde, BK.m. 159/f.II'deki düzenlemeden iki önemli sonuç ortaya çıkmaktadır (bkz. **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 3939 vd.). Birinci olarak, alacaklı cezai şartı aşan zararı, bu aşılarda talep edebilme imkanına sahiptir. Elde ettiği cezai şartı uğranılan zarardan mahsup ettirmelidir. Eğer bir temerrüt faizi talebi söz konusu ise (BK.m103), borçlanılan tazminat temerrüt faizi indirilerek

Bununla birlikte, burada hemen ifade etmek gerekir ki, cezai şart talebi ile zarar arasındaki ilişkiyi düzenleyen kurallar düzenleyici nitelikte olduğundan, tarafların sözleşmede cezai şart talebi ile zarar arasındaki ilişkiyi farklı şekilde düzenlemeleri mümkündür. Bu cümleden olmak üzere, tarafların sözleşmenin hiç gereği gibi ifa edilmemesi durumunda (BK.m158/I ve II kapsamındaki edim ihlali hallerinde) sadece cezai şart talebinde bulunulabileceğini ya da hem cezai şartın hem de zararın tazmininin talep edilebileceğini kararlaştırmaları mümkündür¹⁰⁹. Bu itibarla sözleşmede cezai şart yanında uğranılan zararın da tazmin edileceği ayrıca kararlaştırılmadığı sürece, bir zarara uğranılması durumunda, BK.m.159/II de yer alan düzenleyici kural gereğince, zararın ancak kararlaştırılan cezai şartı aştığı ölçüde tazmin edilmesi mümkün olabilecek, yoksa cezai şart yanında büyük zararın tümünün tazmini (Ersatz des grösseren Schadens) mümkün olmayacaktır¹¹⁰.

g) İstisna ve İnşaat Sözleşmelerinde Eseri Teslim Borcunun İfasına Bağlanan Cezai Şartın (Gecikme Cezasının) Talebinin Oluşabilmesi için Gerekli Şartlar

aa) Genel Şartlar

aaa) Genel Olarak

Gecikme cezası talebinin oluşma şartları konusunda BK'nun özellikle 158/II ve 161/II ile 159/I'de yer alan düzenlemeler göze çarpmaktadır. Ayrıca gecikme cezasının niteliği de bazı zorunlu şartları beraberinde getirmektedir. Genel olarak alacaklının sözleşmeyle taahhüt edilen cezai şartı talep hakkının doğabilmesi için, her şeyden önce geçerli bir cezai şart anlaşmasının mevcut olması, bu anlaşmayla teminat altına alınan bir asıl yükümlülüğün varlığı ve cezai şartın talep edilmesine yol açacak şartın, ezcümle yükümlülüğün ihlal edilmesi olayının gerçekleşmesi koşullarının varlığı zorunludur¹¹¹. Gerçekte, ceza talebi her şeyden önce geçerli bir cezai şart anlaşmasının varlığını zorunlu kılar. Cezai şart anlaşması, iki taraflı bir hukuki işlem olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarıyla meydana gelir. Ne var ki ceza talebinin oluşabilmesi için, geçerli bir cezai şart anlaşmasının varlığı tek başına yeterli olmayıp, ayrıca cezai şart anlaşması ile teminat altına alınan bir asıl yükümlülüğün varlığı da mutlaka gereklidir. Zira cezai şart sözleşmesi bir asıl yükümlülüğün ifasını teminat altına almak üzere konulan bir kaydî teminat niteliğindedir. Dolayısıyla cezai şartın teminat altına aldığı asıl

belirlenir (BK.m.105/f.I; temerrüt faizi ile tazminat arasındaki ilişki için bkz. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2994). İkinci olarak, alacaklı cezai şartı aşan miktarı, ancak borçlu kusurlu ise ve bu kusuru da ancak alacaklı olarak kendisi ispat etmek suretiyle talep edebilir.

¹⁰⁹ Bu konuda ayrıca bkz. BENTELE, 98;.

¹¹⁰ BENTELE, 96;

¹¹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BENTELE, 73 vd.

yükümlülük oluşmamış ya da kararlaştırılan şartın gerçekleşmesinden önce ortadan kalkmış ise ceza talebi de oluşamaz.

Cezai şart mahiyeti itibariyle şarta bağlanmış bir edim taahhüdüdür¹¹². Dolayısıyla cezai şart talebinin oluşabilmesi için şartın gerçekleşmesi yani sözleşmenin borçlu tarafından hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması veya inceleme konumuzda olduğu gibi müteahhidin eseri teslim zamanına riayet etmemiş olması gerekir. O halde cezai şartın ileri sürülebilmesi için asıl sözleşmeden doğan yükümlülüğün dolayısıyla sözleşmenin ihlal edilmiş olması zorunludur¹¹³.

Burada gecikme cezası talebinin oluşabilmesi ile ilgili olarak birkaç noktaya özellikle işaret etmek gerekir. Daha önce de muhtelif vesilelerle ifade ettiğimiz gibi, gecikme cezasında yükümlülük ihlali, müteahhidin eseri zamanında teslim etme yükümlülüğüne aykırı davranmış olması şeklinde ortaya çıkar¹¹⁴. O halde bu noktada gecikme cezasının talep edilebilmesi ile temerrüt, kusur ve zarar kurumlarının ilişkisine kısaca değinmek gerekir.

Öncelikle, Sözleşmede müteahhidin eseri teslim borcunda gecikmesine bağlı olarak bir cezai şarta yer verilmişse iş sahibinin söz konusu gecikme dolayısıyla cezai şart talep edebilmesi için seçimlik hakkını makul bir süre içerisinde kullanması ve aynen ifa seçeneğini seçmiş olması gereklidir. Zira, ifaya eklenen cezai şart ya da diğer adıyla gecikme cezası, ifa seçeneğiyle bağlantılı olarak ileri sürülebilecek bir talep niteliğindedir.

¹¹² **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.73; **SCHWENZER**, 395; **GAUCH / SCHLUEP**, Nr. 3918;

¹¹³ **SCHWENZER**, 396; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.73; **von TUHR/ESCHER**, 280; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 97.

¹¹⁴ Esasen gecikme cezası, cezai şart anlaşmasının mahiyetine bağlı olarak talep edilebilir. Bu ise sözleşmenin yorumu suretiyle gerçekleştirilir. Gecikme cezası, genelde cezai şart anlaşması gereğince müteahhidin eseri teslimde gecikmesi durumunda talep edilebilmekle birlikte, sözleşmelerde müteahhidin eserin imaline zamanında başlamaması, kararlaştırılan ara vadelere riayet etmemesi, eserin tamamlanması zamanına uymaması veya eserin bir kısmının teslimine ilişkin eseri kısmî teslim yükümlülüğünü yerine getirmekte gecikmesi durumlarına ilişkin olarak da gecikme cezası kararlaştırılması mümkündür. Dolayısıyla her münferit anlaşmanın muhtevası değerlendirilerek gecikme cezasının talep edilebilirliğine karar vermek gerekir (Bu konuda bkz. ve karşı. **Gauch**, Nr.695).

Tartışmalı olmakla birlikte gecikme cezasını talep edebilmek için müteahhidin temerrüde düşmüş olması gerekmez, eseri zamanında teslim etme yükümlülüğüne aykırı davranmış olması gerekli ve yeterlidir^{115, 116}.

Gecikme cezasının ileri sürülebilmesi için müteahhidin gecikmede kusurlu olmasının gerekip gerekmediği konusunda literatürde bir kısım yazarlar, cezai şartın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olmasının gerekmediğini ileri sürmekle birlikte¹¹⁷, bu konuda daha fazla taraftar bulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, cezai şartın talep edilebilmesi için, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ihlal ederken kusurlu olması gerekir¹¹⁸. Ancak burada kusur bakımından ispat yükü borçlu müteahhide aittir. Aksine bir anlaşma olmadıkça, müteahhit gecikmede kendisinin kusuru olmadığını ispatlayarak gecikme cezasını ödemekten kurtulabilir (BK.m.161/II'nin geniş yorumu suretiyle)¹¹⁹.

Gecikme cezasının talep edilebilmesi için bir zararın doğmuş olmasına gerek yoktur (BK.m.159/f.I)¹²⁰. Ancak gecikme cezasını aşan bir zarara uğrayan iş sahibi, bu aşan kısım için müteahhidin kusurunu ispatlamak suretiyle cezai şartı aşan zararı talep edebilme imkanına sahip olur (BK.m.159/f.II).

bbb) Gecikme Cezasının Muacceliyeti

Gecikme cezasının talep edilebilmesi için varlığı gerekli koşulların gerçekleşmesiyle birlikte, gecikme cezası muaccel hale gelir, yani talep ve dava edilebilir¹²¹. Ancak burada gecikme cezasının muacceliyeti ile ilgili bir

¹¹⁵ **BECKER**, Art.160, Nr.19; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.160'dan önce Nr.20; **von TUHR/ESCHER**, 280; **TANDOĞAN**, 135; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3918; Buna karşın gecikme cezasının talep edilebilmesi için borçlunun temerrüdünü şart koşan görüşler için bkz. **BUCHER**, Allg. Teil, 526; **BENTELE**, 81; **OR-EHRAT**, Art.160, Nr.15; **GAUCH**, Nr.696; **ARAL**, 364.

¹¹⁶ Burada hemen ifade edelim ki, uygulamada inşaat sözleşmelerinde genelde belirli bir vade kararlaştırıldığından, müteahhidi temerrüde düşürmek için ihtar çekmeye gerek bulunmamaktadır. Bu itibarla, bu koşullar altında pratikte bu tartışmanın fazla bir öneminin olduğu söylenemez.

¹¹⁷ **KELLER/SCHÖBI**, 114; **EREN**, 1175;

¹¹⁸ **BUCHER**, Allg. Teil, 526; **SCHWENZER**, 396; **OR-EHRAT**, Art.160, Nr.14; **TANDOĞAN**, 135; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 95 ve özellikle 101 vd.

¹¹⁹ **von TUHR/ESCHER**, 281; **GAUCH**, Nr.697; **BENTELE**, 97; **TANDOĞAN**, 135; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 96;

¹²⁰ Bkz. ve karşı. BGE 114 II 265; BGE 109 II 468; Halbuki gecikme tazminatının tazmin edilebilmesi için, iş sahibinin zararın varlığını ispat etmesi gerekir. Aynı şekilde, sözleşmede kararlaştırılan tutar bir cezai şart değil de, götürü tazminat olsaydı iş sahibinin zararın varlığını ispat etmesi gerekecekti.

¹²¹ Muacceliyet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 2161; **BENTELE**, s. 47 ve 83; Ancak bazı istisnai

önemli noktaya işaret etmek gerekir. Acaba, başlangıçta özel bir nedenden dolayı muaccel hale gelemeyen cezai şart talebinin, muacceliyete engel oluşturan sebebin ortadan kalkması nedeniyle sonradan muacceliyet kesilmesi mümkün müdür?¹²²

Bu soruya cevap verirken eseri teslim zamanına riayet edilmemesinin müteahhit açısından bir yüküm ihlali oluşturup oluşturmadığına bağlı olarak iki ayrı ihtimal üzerinde durulabilir¹²³. Birinci ihtimalde, müteahhidin eseri teslimde gecikmesine iş sahibinin kendi davranışı sebep olmuş ise, böyle bir durumda müteahhit bakımından bir yüküm ihlalinin varlığından bahsedilemez (*nicht pflichtwidrig*)¹²⁴ ve bundan dolayı kararlaştırılan cezai şart da muaccel hale gelmez.

Söz konusu ihtimali bir örnekle açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, istisna ve inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin eserin meydana getirilebilmesi için (ve hatta gerektiğinde iş görme edimi sonucunun tesellüm edilebilmesi için) gerekli olan ve genellikle literatürde külfet olarak nitelendirilen¹²⁵ muhtelif iş birliği yapma külfetleri/yükümlülükleri mevcuttur. İş sahibinin söz konusu külfetlerini/yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da yerine getirmekte gecikmesi alacaklının temerrüdüne (BK.m.90 vd.) ve ona bağlı çeşitli olumsuz sonuçların doğmasına yol açar¹²⁶. Örneğin iş sahibinin inşaat planlarını vermekte gecikmesi nedeniyle müteahhidin eseri teslim zamanına riayet etmesinin mümkün olmaması durumunda, artık kararlaştırılan teslim tarihi muacceliyet tarihi niteliğini kaybeder¹²⁷ ve dolayısıyla cezai şart da muaccel hale gelmez¹²⁸. İşte bu noktada, cezai şart anlaşmasının bütün etkinliğini yitirip yitirmeyeceği, böyle bir durumda cezai şartın sonradan muaccel hale gelmesinin mümkün olup olmadığı ya da cezai şart anlaşmasının bu durumda yeni muacceliyet tarihini de kapsayıp kapsamayacağı sorusu¹²⁹ gündeme gelecektir¹³⁰.

durumlarda borçlunun muacceliyete rağmen ceza edimini yerine getirmekten kaçınma imkanı mevcuttur.

¹²² Bu konuda özellikle bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 207 vd;

¹²³ Bu ihtimaller ile ilgili olarak bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 209 vd.

¹²⁴ İş sahibinin davranışının sebebiyet verdiği işteki gecikme, müteahhidin zararını mucip olamaz (bu konuda bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 210).

¹²⁵ Bkz. **GAUCH**, Nr. 1325, 1328 vd.; ayrıca bkz. **PEDRAZZINI**, 542-543;

¹²⁶ Bkz. **GAUCH**, Nr. 1325; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 5, Nr. 211vd.; ayrıca bkz. ve karşı. **FIKENTSCHER**, Nr.895.

¹²⁷ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 211.

¹²⁸ Bu konuda bkz. **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 104-105.

¹²⁹ Bu konuda bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 220 vd.

¹³⁰ Alman hukuku'nda cezai şartın sonradan muacceliyeti konusu üzerinde fazlaca durulduğu ve bu bağlamda net bir yaklaşımın benimsendiği söylenemez. Nitekim **Knütel** de incelemesinde Alman doktrini ve mahkeme içtihatlarındaki konuyla ilgili bu çekingenliğe şu şekilde ifade etmektedir (s.66-67)."...(Cezai şartınmuacceliyetine) engel oluşturan sebebin sonradan ortadan kalkması ve

Öncelikle, Gauch'un da isabetle belirttiği gibi, gecikmenin müteahhidin bakımından objektif olarak yükümlülüğe aykırılık oluşturmadığı haklı gecikme hallerinde, eserin imali ve tamamlanması henüz mümkün ise, aksine bir anlaşma mevcut olmadıkça, teslim süresi tarafların farazi iradelerine bağlı olarak haklı gecikme süresi kadar uzamış kabul edilmelidir¹³¹. Ancak, bu şekilde uzayan teslim süresi, taraflarca kararlaştırılmış yeni bir süre olmadığından, burada artık BK.m.101/f.II anlamında "borcun ifa edileceği günün müttefikane tayin edildiği bir sürenin" varlığından bahsedilemez (bestimmten Verfalltag=belirli vade günü).

borçlunun edimini yerine getirmekte artık isteksiz gözükmeye başladığında, cezanın sonradan muaccel hale gelebilip gelemeyeceği sorusu gündeme gelir. Hamburg Yüksek Mahkemesi (OLG Hamburg) ve Staub-Koenige bu soruya olumsuz cevap vermektedirler; buna karşın İmparatorluk mahkemesi ise iki kararında, eğer borçlu sonraki ihtara rağmen uygun bir zaman süresi içerisinde edimini telafi etmeyecekse cezanın sonradan muaccel olabileceğini belirtmek suretiyle oldukça çekingen bir tavır benimsemiştir. Federal Yüksek Mahkeme de esas itibarıyla bundan hareketle –bu ihtilaflara temas etmeden- asıl süreden önemli surette sapma oluşturan bir durum söz konusu değilse, engel oluşturan sürecin hitamından sonra, cezai şartın muacceliyetini mümkün görmektedir (karar için bkz BGH, NJW 1966, 971)...". Knütel, söz konusu kararlarda dogmatik açıdan yeterli bir gerekçenin ileri sürülemediğine işaret etmekte ve cezai şartla teminat altına alınan yükümlülüklerle ilgili olarak, cezai şartın sonradan muacceliyeti konusundaki görüşlerini özetle şu şekilde ifade etmektedir.

Knütel'e göre (s.68-69) cezai şart şartla bağlanmış bir taahhüttür ve bu ise hiç bir şekilde şartın sonradan bir daha gerçekleşmeyeceği anlamına gelmez. Ancak Knütel şartın bir süreye ilişkin olduğu durumlarda olayın karmaşıklık gösterdiğini belirterek, söz konusu sürenin sonradan muacceliyete imkan vermeyen taraflarca kararlaştırılmış bir süre olup olmadığının yorum yoluyla belirlenmesi gerektiğini ifade ediyor ve cezai şart açısından buna olumsuz cevap verilmesi gerektiğini yani sonradan muacceliyetin imkan dahilinde olduğunu zira borçlunun süreye bağlanmış taahhüdünü cezai şartla baskı altına alan kişinin, bununla genel anlamda sadece zamanında ifayı teminat altına almayı değil, aynı zamanda onu baskı altına almayı güçlendirmeyi amaçladığını belirtiyor. Yazar açıklamalarının devamında sonradan muacceliyetin imkan dahilinde olması kuralının istisnasız olmadığına işaret ediyor ve bu konuda iki istisnadan bahsediyor. Knütel'e göre bu istisnalardan birincisi sürenin aşılmasının alacaklının davranışlarından kaynaklanan nedenlerle ortaya çıkması durumudur ki, yazar, burada sonradan muacceliyet imkanını bertaraf eden alacaklı davranışıyla, alacaklının zamanında ifayı güveni ihlal eder bir şekilde bilinçli olarak engellemesi durumunu ifade etmektedir. İhmal suretiyle güveni ihlal eden davranışlar bakımından ise, somut olayın koşulları çerçevesinde sonradan muacceliyetin doğruluk ve güven kurallarını ihlal edip etmediği araştırılmalıdır. Knütel'in belirttiği ikinci istisna ise borçludan kaynaklanmayan engellerle süreye riayet edilmemesinin borçlunun zamana ilişkin bütün planlarını altüst ettiği durumlarda işlem temeline ilişkin kurallar çerçevesinde sonradan muacceliyet imkanının söz konusu olamamasıdır.

¹³¹

Bkz. GAUCH, Nr.682; TANDOĞAN, 131;

İkinci ihtimalde ise, müteahhit açısından gerçekte bir yükümlülüğe aykırılık söz konusu olmakla birlikte, eseri teslim zamanına riayet edilmemesinde müteahhidin kusurundan kaynaklanmayan bir engel nedeniyle cezai şartın muaccel hale gelememesi durumunun mevcut olduğu hallerde (BK.m.161/f. II), cezai şartın, engelin ortadan kalkmasıyla sonradan muaccel hale gelip gelemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Örneğin borçlu müteahhidin bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğu bir eseri, kendi kusurundan ileri gelmeyen bir hastalık nedeniyle, kararlaştırılan tarihte teslim edememesi nedeniyle muaccel hale gelmeyen gecikme cezasının (BK.m.161/II), hastalığın sonradan ortadan kalkması ile ilerideki bir tarihte muaccel hale gelmesi mümkün müdür?

Öncelikle müteahhidin hastalığı eserin vaad edilen tamamlanma gününün ertelenmesi sonucunu doğurmaz. Bu itibarla iş sahibinin BK'nun 106. maddesi gereğince eseri teslim zamanına uyulmaması nedeniyle müteahhidin temerrüde düşmesinden dolayı sözleşmeden dönme imkanı mevcuttur. Zira borçlunun temerrüde düşmesi için kusur aranmaz. Buna karşın cezai şart talebinin muaccel hale gelebilmesi için müteahhidin gecikmede kusurlu olması aranır. Dolayısıyla aksine bir anlaşma olmadıkça, müteahhidin bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğu bir eseri, kusursuz olarak, kararlaştırılan tarihte teslim edememesi durumunda, kararlaştırılan gecikme cezası muacceliyet kesbetmeyecektir¹³². O halde böyle bir durumda, gecikme cezasının sonradan muaccel hale gelmesi mümkün olabilir mi? Bu soruya cevap verirken, özellikle BK'nun 161. maddesinin II. fıkrasında borcun ifasının borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir durumdan dolayı mümkün olmaması halinde cezai şartın talep edilemeyeceğine ilişkin hüküm gereğince cezai şartın talep edilmesinin sonradan mümkün olamayacağı sonucuna varılabilirse de¹³³, Koller'in de isabetle belirttiği gibi¹³⁴, söz konusu ilişkide bir tarafta borçluyu baskı altında tutmaya çalışan iş sahibi, diğer tarafta ise böyle bir durumda cezai şart ödeme yükümlülüğünden kurtulmak bakımından herhangi bir önemli hukuki menfaati bulunmayan müteahhit bulunmaktadır. Cezai şart ödeme yükümlülüğünün devam etmesi müteahhide hiç bir ek yük getirmemekte, onun konumunu kötüleştirmemektedir. Gerçektende, böyle bir istenmeyen durum olmasaydı edimini zamanında yerine getirecek olan müteahhit bakımından, onun durumunu ağırlaştıran, sözleşmenin kurulduğu ana göre ona daha fazla bir yükümlülük getiren herhangi bir durum söz konusu değildir. Cezai şart anlaşmasıyla takip edilen amaç sözleşmenin taraflarca belirlenen tarihte ifasını sağlamak ve bu maksatla müteahhidi zamanında ifaya zorlayacak şekilde baskı altında tutmaktır. Dolayısıyla örneğin "gecikilen her gün için 50 milyon lira ceza ödenecektir" şeklinde sözleşmeye bir kayıt konulduğunda, bunun anlamı cezai şartın ancak

¹³² **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 213;

¹³³ Nitekim, **Becker**'e göre gerek bu ihtimalde gerekse birinci ihtimalde de borçlu müteahhit cezai şart ödeme borcundan kurtulur (bkz. Art. 163, Nr. 5)

¹³⁴ Konventionalstrafe, Nr. 216 vd.

gecikme süresine bağlı olarak talep edilebileceğidir. Somut olayda ise cezai şartla teminat altına alınmak istenilen anlamda bir gecikmeden bahsedilememesi ve cezai şartın sonradan muaccel olabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Farazi taraf iradelerinin yorumundan böyle bir sonuca varmak mümkündür¹³⁵. Bu çerçevede kusursuz olarak eseri teslim zamanını geçiren müteahhidin, eserin mümkün olan en kısa zamanda bitirilebilmesi için derhal faaliyete başlaması ve bu kapsamda ortaya çıkan açığın kapatılabilmesi için gerekli olan bütün önlemleri alması gerekir. İşte bu noktada cezai şartın muacceliyet anı, müteahhidin beklenen bütün önlemleri aldığı anda eseri tamamlaması gereken andır¹³⁶.

bb) İhtirazî Kayıt İleri Sürmeden Eser Teslim Alınırsa Gecikme Cezası Talep Edilemez

İş sahibi, sözleşmede kararlaştırılan gecikme cezasını talep etmekten açıkça vazgeçebileceği gibi¹³⁷, hiçbir ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin asıl borcun ifasını kabul de edebilir. Bu hallerde iş sahibi müteahhitten gecikme cezası talep etme hakkını kaybeder (BK.m.158/f.II)¹³⁸. İş sahibinin ihtirazî kayıt ileri sürme hakkından açıkça feragat etmeyi isteyip istememesi önem taşımaz. İş sahibinin asıl borcun ifasını kabul ederken gecikme cezası talep etme hakkını açıkça saklı tutmuş olması gerekir¹³⁹. Bu itibarla, cezai şart talep etme hakkını muhafaza etmek isteyen iş sahibi, cezai şart talep etmek istediğini belirten açıklamasını en geç eserin tesliminde ileri sürmesi gerekir^{140, 141}. Ancak, saklı tutma (ihtirazî kayıt) iradesinin açıklanması gereken an konusunda fazlaca katı davranmamalı, saklı tutma iradesini açıklayabilmesi için iş sahibine işlerin normal akışına göre uygun bir zaman

¹³⁵ Karş. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 217;

¹³⁶ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 218.

¹³⁷ Böyle bir durumda cezai şartı istemekten açıkça vazgeçen alacaklı, artık cezai şartın ifasını talep etme imkanını kaybeder. Bu vazgeçme beyanı, tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı şeklinde kullanılır (açıkça vazgeçme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.. **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 114 vd.)

¹³⁸ Literatürde, iş sahibinin hiçbir saklı tutma beyanında bulunmadan gecikmiş ifayı kabul etmesi, onun gecikmiş edimden memnun olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, bundan, saklı tutma beyanında bulunmadan gecikmiş ifayı kabul eden alacaklının gecikme cezası talep etmekten vazgeçtiği sonucu çıkarılmaktadır (bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.165).

¹³⁹ Karş. BGE 97 II 352; **GAUCH**, Nr.700; **BECKER**, Art.160, Nr.3;

¹⁴⁰ **GAUCH**, Nr.700; BGE 97 II 350 vd.; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.189 vd.; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 118.

¹⁴¹ Özellikle inşaat sözleşmelerinde ifa zamanı, ezcümle eserin teslim edileceği tarih, sözleşmede açıkça belirtilir. Bu şekilde sözleşmenin ifasına yönelik hususlara yer verilen anlaşmaların BK'nun 158/II maddesi kapsamında büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir (**Gauch**, Nr.703; **Koller**, Konventionalstrafe, Nr.191). Zira kanun koyucu saklı tutma beyanında bulunulmamasını kendiliğinden (eo ipso) vazgeçme olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla borç ifa edilmediği sürece, BK.m.358/II'deki vazgeçme varsayımı uygulanma imkanını kaybetmektedir (**Koller**, Konventionalstrafe, Nr.191).

tanınmalı, BK.m.158/II hükmünün alacaklıyı tuzağa düşürecek şekilde uygulanmasına izin verilmemelidir¹⁴².

Dar ve gerçek anlamda saklı tutma, cezai şart talebinin daha sonraki bir zamanda ileri sürülebilmesini sağlamaya yönelik alacaklının bir açıklamasıdır¹⁴³. Saklı tutma, BK.m.158/II'ye göre aynı zamanda cezanın doğrudan doğruya ileri sürülmesi anlamını da taşır. Bu nedenle, iş sahibinin eserin geç tamamlanmasından sonra cezayla ödeyeceği ücreti takas etme beyanında bulunması durumunda, takas beyanı BK.m.158/II anlamında ihtirazî kayıt olarak görülmelidir¹⁴⁴.

Saklı tutma beyanı her hangi bir şekle tabi değildir. Yazılı ya da sözlü olarak açıklanması mümkündür. Ancak yapılacak saklı tutma beyanının bir şüpheye yol açmayacak ölçüde açık ve anlaşılır olması ve müteahhitte cezai şart talep edileceği konusunda hiçbir şüphe yaratmaması gerekir¹⁴⁵.¹⁴⁶ Aynı açıklığın takas yoluyla cezai şart talep edilmesi durumunda da mevcut olması gereklidir. Saklı tutma beyanının mutlaka iş sahibi tarafından yapılması zorunluluğu yoktur. Onun yerine görevlendirdiği bir üçüncü kişi de (örneğin bir mimar) bu görevi yerine getirebilir. Eseri teslim almakla

¹⁴² **BECKER**, Art.160, Nr.31; **TANDOĞAN**, 136; aynı yönde **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 117-118; Özellikle edimin alacaklının bulunmadığı bir zamanda ve cezai şartın varlığı konusunda bilgisi olmayan veya cezai şartı saklı tutma yetkisi bulunmayan müstahdeme karşı ifa edilmesi hali bu duruma örnek gösterilebilir.

¹⁴³ Saklı tutma beyanının hukuki niteliği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, saklı tutma beyanı, niteliği itibariyle hakkı elde etmeyi sağlayan yenilik doğuran bir hakur (von **TUHR/ESCHER**, 282, dipnot 42). Bu konudaki bir başka görüş ise, saklı tutma beyanının ceza alacaklısına bir hak bahşetmediğini, bir yükümlülük ya da daha doğru bir ifadeyle bir külfet yüklediğini ifade etmektedir. Zira, saklı tutma açıklamasının yapılmaması alacaklıya bir dezavantaj sağlamakta, cezayı talep etme hakkının kaybı sonucunu doğurmaktadır (**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.173). Bize göre de saklı tutma beyanı hukuki niteliği itibariyle bir külfettir (Obligenheit) (Külfet kavramı hakkında bkz. von Tuhr /Peter, 12-13). Zira iş sahibi ancak saklı tutma beyanında bulunmak suretiyle cezai şart talep etme hakkını kazanmaktadır. Bir başka ifadeyle saklı tutma beyanı cezai şart talep etme hakkının bir şartı niteliğindedir. Alacaklı iş sahibi bu külfeti yerine getirmemekle cezai şart talep etme hakkını kaybetmiş olmaktadır.

Ayrıca saklı tutma beyanının bir irade açıklaması olup olmadığı yönündeki tartışmalar ile Koller'in hukuki işlem benzeri açıklama görüşü için bkz.**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.174-175;

¹⁴⁴ **BGE** 97 II 352; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.170; Alman hukukunda iş sahibinin cezai şart talebi ile müteahhidin ücret talebinin takas edilebilirliği konusunda bkz.**KAISER**, Nr.199 ve özellikle orada dn.3.

¹⁴⁵ **GAUCH**, Nr.700; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.171 vd.

¹⁴⁶ Saklı tutma beyanının yapıp yapılmadığını ispat yükü iş sahibine aittir (bu konuda bkz. **Koller**, Konventionalstrafe, Nr.183 vd).

yetkili kılınan mimar, cezai şartı saklı tutma beyanında da bulunabilir¹⁴⁷. Her durumda saklı tutma beyanının muhatabı müteahhit ya da yetkili temsilcisidir. Müteahhit eseri teslim etmekle bir üçüncü kişiyi görevlendirmişse, söz konusu üçüncü kişi genel olarak saklı tutma beyanının muhatabı olma konusunda da yetkilidir¹⁴⁸.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, iş sahibinin eseri teslim alınırken saklı tutma beyanında bulunmaması, cezai şart talep etme imkanının kesin olarak kaybedilmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla sonradan cezai şart talebinin canlandırılması söz konusu değildir. İş sahibinin hukuki bilgisizlikten dolayı saklı tutma beyanında bulunmadığını ileri sürmesi durumu değiştirmez. Alacaklının cezai şart talep etmekten vazgeçme niyeti olmamasına rağmen, ihtirazî kayıt ileri sürmemiş olması da cezai şart talep etme hakkının kaybedilmesine neden olur¹⁴⁹. Aynı şekilde eserin teslimi anında ücret henüz ödenmemişse, iş sahibinin cezai şart talebi ile müteahhidin ücret talebi karşı karşıya bulunur. Böyle bir durumda, iş sahibi takas imkanını dikkate alarak, ifa anında cezai şart talebinde henüz bulunmama, yani saklı tutma beyanından kaçınma eğiliminde olabilir. Zira takas imkanı, iş sahibini kendisini güvende sanmaya sevk etmeye elverişlidir. Nitekim BK'nun sistemi içerisinde benzer muhtevada hak kayıplarına karşı alacaklıyı koruyan düzenlemeler mevcuttur (Örneğin bakınız BK.m.118/f.III). Bununla birlikte BK'nun cezai şart ile ilgili düzenlemelerinde böyle bir yaklaşıma yeşil ışık yakan elverişli bir düzenleme mevcut değildir. O halde iş sahibi böyle bir düşünce ile saklı tutmadan kaçınmış ise, takas imkanını kaybettiği sonucuna varılmalıdır^{150, 151}.

cc) Gecikme Cezasının Talep Edilebilmesi İçin Sözleşmeden Dönme Yoluna Başvurulmamış Olması Gerekir

Gecikme cezası ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olup, kanuni dayanağını BK.m.158/II'deki düzenlemeden alır. Cezai şart bu türünde amaç öncelikle müteahhidin eseri teslim borcunu zamanında yerine getirmesini, bir başka ifadeyle sözleşmeyi zamanında ifa etmesini teminat altına almaktır.

¹⁴⁷ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.179.

¹⁴⁸ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.181 vd.

¹⁴⁹ Bkz. **von TUHR/ESCHER**, 282; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.176 vd.; BGE 97 II 352; aksi fikirde **von BÜREN**, Allg. Teil, 409; Bu itibarla, alacaklı cezai şarttan vazgeçme iradesine sahip olmadığını ispat etse bile, cezai şart isteme yetkisini kazanamaz (**TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 115-116).

¹⁵⁰ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.177; BGE 97 II 350 vd.

¹⁵¹ Eserin iş sahibi tarafından sonradan ayıplı olduğunun anlaşılması ve bunun neticesinde ayıbın giderilmesinin talep edilmesi durumunda cezai şart talebi bakımından ne şekilde davranılması gerekeceği sorusu akla gelebilir. Ayıbın giderilmesi yükümlülüğünün ifasına kadar cezai şartı saklı tutma beyanında bulunulması neticesinde cezai şart talebinin tekrar canlanıp canlanmayacağı sorusu sorulabilir. Alman Hukukunda bu soruya olumlu cevap verilirken, Türk-İsviçre hukuku bakımından olumlu cevap verilmesi imkanı yoktur (bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.178).

İfaya eklenen cezai şartın ifaya zorlama işlevi yanında bir diğer işlevi de sözleşmede öngörülen cezai şart miktarıyla iş sahibinin gecikme halinde ileri sürebileceği tazminat taleplerinin kolaylaştırılması ve teminat altına alınmasını gerçekleştirmek, dolayısıyla alacaklının ifa menfaatini temin ve garanti etmektir. Dolayısıyla sözleşmeden dönme yoluna başvurulması durumunda, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, artık ifa talebinden de bahsedilemez. Bu itibarla, ifaya eklenen cezai şart ya da gecikme cezası kavramları mahiyeti gereği sözleşmeyi sona erdiren, dönme, fesih gibi kavramlarla bağdaşmaz. Nitekim bu husus pek çok Yargıtay kararında da açıkça ifade edilmiştir¹⁵².

f) Cezai Şartın İndirilmesi

Sözleşmeler hukukuna hakim olan temel ilke sözleşme serbestisidir. Bu ilke çerçevesinde taraflar sözleşmenin muhtevasını kanunun çizdiği sınırlar içerisinde serbestçe düzenleyebilirler (BK.m.19/I). Bu düzenleme serbestisinin bir sonucu olarak, her sözleşme tipinde olduğu gibi, istisna ve inşaat sözleşmelerinde de, sözleşmenin tarafları, sözleşmelerde cezai şart kayıtlarına yer vermek ve bu kapsamda cezai şartın kapsamını serbestçe belirleme hakkına sahiptirler (BK.m.161/I).

Bununla birlikte, kararlaştırılan cezai şartın borçlu müteahhit üzerinde hakkaniyete aykırı baskılara sebep olması ciddi bir sakıncadır. İşte kanun koyucu bu sakıncayı önlemek ve özellikle ekonomik bakımdan kuvvetli olanın zayıf olanı istismar ederek ezmesine engel olmak¹⁵³ ve malvarlıkları arasında adalete uygun bir denge sağlamak amacıyla, BK'nun 161. maddesinin III. fıkrasında hakimin fahiş gördüğü cezaları indirebilmesine imkan tanımıştır¹⁵⁴. Hakime aşırı gördüğü cezai şartı indirebilmesine imkan tanıyan bu düzenleme, BK'nunda yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin bir örneğini oluşturmaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde, tarafların cezai şartın kapsamını diledikleri gibi belirleyebilme özgürlüğüne sınırlama getirilmiş bulunmaktadır¹⁵⁵.

¹⁵² Ayrıca **TANDOĞAN**, 135.

¹⁵³ **FISCHER**, 178; **IM**, 52; **BENTELE**, 111; **BILGE NECİP**: Cezai Şart, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, 117.

¹⁵⁴ Aynı şekilde BGB'nin 343. Paragrafı ile CC'nin 1152. maddesinin II. Fıkrasında hakimin cezai şarta müdahale edebilmesi imkanı getirilmiştir.

¹⁵⁵ Burada iki bakımdan özel bir sınırlama mevcuttur. Birinci olarak, hükmün lafzında da öngörüldüğü üzere, söz konusu indirim yükümlülüğü sadece cezai şart anlaşmaları bakımından öngörülmüştür. İkinci olarak, bu özel sınırlama BK. 21 ve MK. m.23/II'de öngörülen genel sınırlamalardan farklı olarak, sözleşmenin kuruluşunda değil, cezai şartın teminat altına aldığı asıl sözleşmenin ihlal edilmesi dolayısıyla ortaya çıkar. Bir başka ifadeyle BK.m.161/III, hükmü cezai şart anlaşmasının kuruluşunda değil, teminat altına alınan asıl sözleşmenin ihlal edilmesi halinde uygulanır (Bu konuda bkz.**von BÜREN**, Allg. Teil, 411 vd.; **BENTELE**, 110).

Cezai şartın aşırı görülerek BK.m.161/III'e göre indirime tabi tutulabilmesi, her şeyden evvel, cezai şart miktarının doğru bir şekilde belirlenmesinden sonra mümkün olabilecektir. Cezai şartın miktarının tespitini müteakip, cezai şart miktarının hangi durumlarda aşırı olarak kabul edileceği sorusunun cevaplandırılması gündeme gelecektir. Zira, BK'nun 161. maddesinin III. fıkrasında "Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir" denilmektedir¹⁵⁶.

Bir başka ifade ile, hakimin cezai şartın indirilmesine karar verirken göz önünde bulundurması gereken ölçütler neler olacaktır?

Öncelikle hakim, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde karar verecektir (MK.m.4). Kararlaştırılan cezai şartın aşırı olup olmadığı konusunda hakimin verdiği kararın hakkaniyete uygunluğu ile ilgili olarak, verilen kararlar arasında ortak bir payda bulmanın güç olduğunu özellikle belirtmek gerekir. Aynı güçlük bu konuda genel kabul görmüş ve hakimin kararlarında yararlanabileceği ölçütler bakımından da söz konusudur¹⁵⁷. Burada en doğru karara varabilmek için her münferit durumun özelliklerini dikkate alarak bir sonuca varmak gerekir¹⁵⁸. Bununla birlikte, kararlaştırılan cezai şartın aşırılığı konusunda daha önce verilmiş olan kararlardan da hareketle şu ölçütlerin hakime takdir yetkisini kullanırken yol gösterici olabileceğini ifade etmek mümkündür;

Alacaklının asıl sözleşmenin ifa edilmesindeki menfaati ile cezai şart miktarı arasındaki oran¹⁵⁹, asıl sözleşmenin ihlalinin ağırlığı¹⁶⁰, borçlunun

¹⁵⁶ Cezai şartın kapsamı bakımından hangi ölçütün caiz olacağı konusunda İsviçre BK'nun taksitle satımda dönmeye ilişkin 226i maddesinin II. fıkrasında ve ön ödemeli satışlarda alıcının temerrüdüyle ilgili 227h maddesinin III.fıkrasında açık ve doğrudan doğruya bir ölçüte yer verilmiştir. Örneğin, İsviçre BK m. 226i/f.II'de yer alan düzenlemeye göre, "Satım konusunun tesliminden önce satıcı sözleşmeden dönmüş ise, o alıcıdan sadece uygun bir faiz ile satım konusunda sözleşmenin kuruluşundan beri meydana gelen değer azalmalarının tazminini talep edebilir. Her durumda cezai şart peşin satış parasının %10'unu aşmamalıdır." Maddede geçen %10'luk baraj 227h maddesinde de aynı şekilde korunmuştur (Bu konuda bkz. **OZANOĞLU HASAN**: Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, 236 ve özellikle orada dn.8; ayrıca bkz. **BENTELE**, 113).

¹⁵⁷ Aynı yönde bkz. **BENTELE**, 115 vd.

¹⁵⁸ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.89; **OR-EHRAT**, Art.163, Nr.19; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3951 vd.

¹⁵⁹ **BGE** 103 II 108; bkz. **BENTELE**, 117; Özellikle ceza ile alacaklının asıl sözleşmenin ifasına olan menfaati arasında aşırı ölçüde bir oransızlık (ein krasses Missverhältnis) mevcut ise aşırılık kabul edilmelidir (bkz.**BGE** 114 II 264-265; **STOTZ**, 151; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.90).

¹⁶⁰ Borçlunun özellikle rekabet yasağına aykırı olarak eski işyerinin yakınında yeni işyerinin merkezi ve şubesini kurması (bkz. **BENTELE**, 118).

borca aykırı davranışındaki kusurunun ağırlığı¹⁶¹, tarafların özellikle borçlunun ekonomik durumu¹⁶², asıl sözleşmenin türü ve süresi, asıl sözleşme ilişkisinden doğan bağlılığın ölçüsü¹⁶³, sözleşmenin taraflarının tecrübe düzeyi¹⁶⁴ ve özellikle cezai şart yükümlüsünün tacir olup olmaması, cezanın yüksekliğinin adalet ve hakkaniyet hislerini açıkça incitecek bir oranda olmamasının gerekliliği yanında, cezanın indirilmesi sonucunda kalacak miktarın alacaklı bakımından da aynı derecede adaletsiz olmaması gerektiği hususu ile alacaklı zarara uğramasa bile ceza ile zarar arasındaki ilişki ölçütleri hakime takdir yetkisini kullanırken yardımcı olacaktır¹⁶⁵.

Ancak, bu ve benzeri ölçütler dikkate alınırken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında da belirtildiği gibi¹⁶⁶, cezai şartın borçlu üzerinde onu ifaya zorlayan bir baskı aracı niteliğinin varlığı gözden uzak tutulmamalı ve hakim cezai şartı, söz konusu psikolojik baskının ortadan kalkmasına sebep olacak şekilde indirmekten özellikle kaçınılmalıdır. Aynı şekilde, hakimin kararını verirken, cezai şart miktarının taraflarca serbestçe belirlendiğini ve kural olarak cezai şartın da diğer sözleşmeler gibi muhafaza edilmesinin gerekli olduğunu göz ardı etmemesi gerekir¹⁶⁷. Bir başka ifadeyle hakim karar verirken öncelikle sözleşmeye bağlılık ilkesinden hareket etmelidir¹⁶⁸.

Literatürde ve yargı içtihatlarında, cezai şartın indirilebilmesi için, öncelikle geçerli bir cezai şartın bulunması, cezai şartın muaccel olması,

¹⁶¹ BGE 91 II 383 vd.; **BENTELE**, 119.

¹⁶² BGE 91 II 383 vd.; 103 II 135; **von TUHR/ESCHER**, 285; **STOTZ**, 151; **BENTELE**, 119 ve özellikle orada dn.561; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.89.

¹⁶³ Özellikle cezai şart anlaşmasının yapıldığı sırada yükümlülük altına girenin ekonomik bağımlılığı söz konusu ise cezai şartın aşırılığından söz edilebilir. Çoğu kez iş sözleşmesinde işçi ekonomik bakımdan zayıf olduğu için böyle bir durumdadır (bkz. BGE 114 II 265; **BENTELE**, 120).

¹⁶⁴ BGE 95 II 540; **BENTELE**, 120.

¹⁶⁵ **BILGE**, 120; **TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 355; Cezai şartın indirilmesinde hakimin gözetmek zorunda olduğu ilkeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8.3.1961 tarihli ve 4-2/10 sayılı kararında da belirtilmiştir (Karar için bkz. **KURAL O. CEVDET/KILIÇBAY ERCÜMENT/İZMİR HALİL**: İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988, 379).

¹⁶⁶ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8.3.1961 tarihli ve 4-2/10 sayılı kararı (karar için bkz. **KURAL/KILIÇBAY/İZMİR**, 379; bu karar hakkında Tunçomağ'ın yaptığı tahlil ve eleştiriler için bkz. İHFM, C.XXIX, 1963, S.1-2).

¹⁶⁷ **von TUHR/ESCHER**, 285; **STOTZ**, 151; karşı. BGE 63 II 249.

¹⁶⁸ BGE 114 II 264; 103 II 135; **STOTZ**, 151.

cezai şartın aşırı derecede yüksek olması, borçlunun tacir, borcun da ticari işletmeyle ilgili olmaması¹⁶⁹ koşullarının varlığı aranmaktadır¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Cezai şartın indirilebilmesi için gerekli olan şartlardan biri olarak, borçlunun tacir, borcun da ticari işletme ile ilgili olmaması aranmaktadır. Bu hususa TK.m.24'de açıkça yer verilmiştir. TK.m.24'e göre, "Tacir sıfatını haiz olan borçlu, Borçlar Kanununun...161/III maddesinde...yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez." TK.m.24'e göre, "Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir". TK.m11/I'e göre ise "Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır". Bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için gelir sağlamayı amaç edinmesi, devamlılık arzemesi, esnaf faaliyetlerini aşması ve faaliyetlerinde bağımsız olması gerekir. TK. anlamında hangi müesseselerin ticarethane sayılacağı TK.m.12/I'de 12 bent halinde sayılmış ve üçüncü bentte "Her çeşit imal ve inşa" faaliyeti yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ticarethane sayılmıştır. İstisna sözleşmesinde müteahhit bir imal faaliyeti göstermekte ve bir eser meydana getirmektedir. Özellikle, inşaat sözleşmelerinde bu faaliyet kendini daha yüksek seviyede gösterir. Müteahhidin işletmesinin ticari işletme olarak nitelendirilmesi, öncelikle bu işletmenin faaliyetinin bir esnaf işletmesinin faaliyetinin sınırlarını aşması ile yakından ilgilidir. Müteahhidin işletmesinin faaliyeti, esnaf işletmesinin faaliyet sınırlarını aştığı ölçüde (ve tabidir ki bu hususun tespit edilebildiği ölçüde) tacirdir. Bir işletmede faaliyet nakdi sermayeye dayandığı ve kazancın geçime yetecek dereceden fazla olduğu durumlarda, o işletmedeki faaliyetin esnaf faaliyetinin sınırlarını aştığı kabul edilir (karş. TK.m.17). Bir inşaat müteahhidinin faaliyetinin nakdi sermayeye dayandığı ve kazancının geçime yetecek dereceden fazla olduğunun kabul edilmesi gerekir. O halde inşaat müteahhitlerinin tacir olarak nitelendirilmesi zorunludur. Dolayısıyla inşaat müteahhitlerinin kural olarak cezai şartın tenkisini isteyememeleri gerekir (TK.m.24 gereğince). Nitekim Yargıtay da, inşaat müteahhitlerinin tacir olduklarını açıkça kabul etmekte ve 1991 sonrası verdiği kararlarda (bkz. Yargıtay HGK.'nun 9.10.1991 tarihli ve 15-340 E./467 K. Nolu Kararı (Karar için bkz.Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, 344-348) tacir müteahhit aleyhine işleyen cezai şartın tenkis edilemeyeceğine hükmetmiştir (ayrıca bkz. ARAL, 362-363). Bununla birlikte Yargıtay, 1991 yılı öncesinde verdiği kararlarında, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın tacir olan müteahhidin iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek olması durumunda, hakimin BK.m.20 gereğince ahlak ve adaba aykırı sayarak indirmesi ya da iptal etmesini uygun bulmaktaydı (bkz.Yargıtay HGK. 20.3.1974 T., 1970/1053 E., 1974/222 K., YKD.1977/I, 11 vd).

¹⁷⁰ Bkz. TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 151-154; TUNÇOMAĞ, Borçlar I, 890-894.

AVUSTRALYA'DA İŞÇİ SENDİKALARININ YAPISI VE FAALİYETLERİ

Av. Dr. Refik KORKUSUZ*

ÖZET

Avustralya, işçi hareketinin ve bu hareketin faaliyetlerinin özellik arz ettiği ülkelerden biridir. 1927 yılında kurulan ACTU, ülkenin tek üst işçi örgütüdür. 20 ayrı işkolunda faaliyet gösteren 47 işçi sendikası bu örgüte bağlıdır. Sendikalaşma oranı bu ülkede 2002 yılı itibarıyla % 25'tir.

Sendikaların en fazla önem verdikleri etkinliklerin başında doğal olarak toplu iş sözleşmeleri gelmektedir. ACTU ve üye işçi sendikalarının eğitim ve yayın faaliyetleri de çok dikkat çekicidir. Bu kuruluşların özellikle ekonomik faaliyetleri, geleneksel sendika hareketinin tanımının dışına çıkmaktadır. Diğer ilgi çekici faaliyetleri olan yönetime katılma, ekonomik, sosyal ve baskı grubu faaliyetleri de çok etkin olarak devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler; Sendika, sendikalar faaliyetler, toplu sözleşme, sendikal eğitim, endüstriyel demokrasi.

ABSTRACT

Australia State is much interesting state, especially, about trade union activities. ACTU is the only top organisation in this country. It was built in 1927 and 47 unions are affiliated it which they are 21 different industry branches. It has adopted exist economic liberal economic regime. It is considered much respectably in international trade union organisations and their affiliations as important trade unions organisations.

It is much affected on its country workers and the Government. Trade unionism rate is about % 25 at this time.

Collective agreements are much important in Australia labour organisations as well as other western democratic states. They have training and publishing bodies to serve their members. Other activities of trade unions of this Country's are participation of management and administration. Going on strike after dispute of collective bargaining is it's activities too. ACTU's economic activities are much important. Because the terminology of trade union has shown that it is organisation which presents workers. But ACTU is boss of them as well as it represents them. Other activities of are social activities and pressure group activities.

Key Words; Trade union, trade union activity, industrial democracy, collective bargaining, union training.

* İzmir Barosu Avukatı

AVUSTRALYA'DA İŞÇİ SENDİKALARININ YAPISI VE FAALİYETLERİ

I- AVUSTURALYA İŞÇİ ÖRGÜTLENMELERİNİN TARİHİ SEYRİ VE YAPISI

Avustralya, 1 Ocak 1901 tarihinden bu yana İngiltere Kraliçesinin egemenliği altında bulunan demokratik, federal yapıda bir devlettir. 6 ayrı eyalet ve iki azınlık bölgesinden oluşan ve 1997 yılı rakamlarına göre 18.000.000 nüfuslu olup ¹ batı tipi kapitalist ekonomik düzeni benimsemiştir. Ülkedeki 7.800.000 civarındaki toplam çalışanın %26'si endüstride, %69'u hizmet sektöründe ve %5' i de tarım sektöründe istihdam olunmaktadır.

Avustralya Devleti temelde İngiltere'nin Anglo-Sakson hukukunu benimsemekle birlikte; zamanla kendi parlamentosundan özgün yasalar çıkarmakta ve uluslararası sözleşmeleri de onaylamaktadır. Hükümet ILO'nun örgütlenme özgürlüğünü tanıyan 87 sayılı sözleşmesini ve ayrıca çalışanlara toplu pazarlık imkanı tanıyan 98 sayılı sözleşmesini 1973 yılında onaylanmıştır².

Bu ülkede sendikal hareket İngiliz sendikacılığından esinlendiği için 1890'lı yıllarda bile 200 civarında işçi birliğinin varlığı göze çarpmaktadır. Daha o zamanlarda da geleneksel el sanatları ile uğraşanların kurmuş olduğu küçük işçi birlikleri mevcut olduğu bilinmektedir³.

A- İŞÇİ ÖRGÜTLENMESİNİN TARİHİ SEYRİ

Bu ülkede ilk işçi hareketleri, Kara Avrupa'sından gelen göçmen işçilerin 1788' de yaptıkları toplu eylemlerle başlamıştır. İşçilerin aldıkları ücretlerin karınlarını bile doyuramaması ve bu para için bile bir hafta beklemek zorunda kalmaları onları bu tür eylemleri gerçekleştirmeye itmiştir. 1791'de de aynı gayeye yönelik iş kurdurma eylemini takiben, 1804 yılında çalışanların ücretlerinin iyileştirilmesi ve iş koşullarının daha iyi bir ortama kavuşturulması için "Castle Hill İsyanı" olarak nitelendirilen toplu direniş ve eylemler yapılmıştır.

¹ Avustralya Cumhuriyeti 6 eyaletin birleşmesinden meydana gelmiştir. 1- New South Wales 2- tasmania 3- Western 4- Victoria 5- South Australia 6- Queenisland. Bu eyalet yönetimleri kadar özerk yapıya sahip olmamakla birlikte, kısmi özerkliği bulunan Nothern Territory ve Australian Capitol Territory olarak adlandırılan iki azınlık bölgesi daha bulunmaktadır.

² UPHAM Martin, Trade Union of the World, London, 1997 s.256.

³ BACKGROUND Paper, Case Study On organising For Presentation, ICFTU-APRO Workshop On Organising Report to Annual meeting of Organising, Works Inc. March 1996, s.3

İşçi eylemlerinin artması ve bununla ülke ekonomisi üzerinde olumsuz etkisi yapması üzerine; 1822 yılında çıkarılan yasa, toplu işçi hareketlerinin cezalandırılmasını öngörmüştür. 1822-1829 yılları arasında çok sayıda çalışan bu yasaya göre hapis cezası ya da diğer tür cezalarla çarptırılmıştır. Bütün aleyhteki düzenlemelere rağmen, işçilerin toplu hareketlerinin tamamını bastıramamıştır.

1830 yılında gemi işçileri, 1831 yılında gemi yapımı işçileri, 1833 yılında güverte yapımı işçileri ayrı sendika kurarak sendikal harekete katkıda bulunmuşlardır. 1838-1848 yılları arasında bu ülkede ortaya çıkan ekonomik kriz, kötü çalışma koşullarına karşı toplu eylemlerin yoğunlaşmasına neden olmuştur.

1871 yılında ise ülkede ilk Sendikalar Kanunu kabul edilmiştir. 1894 yılında ise sendikaların hareket alanlarını sınırlayan ancak, kadınların ilk defa “genel oy hakkını” düzenleyen “The Masters and Servants Act” isimli yasa kabul edilmiştir. Bu yasaya göre çok sayıda sendikacı hapis cezasına mahkum olmuştur. Mevcut sınırlamalara rağmen; 1890’da 200 kadar işçi sendikasının kurulması engellenememiştir⁴.

1904 yılında artan işçi örgütlenmelerine Avustralya İşçi Federasyonu’ nun merkezi bir örgüt olarak katılması ile daha da güçlenmiştir. Bu tarihten sonra sendikaların işçi üyeliklerinde çok ciddi artışların varlığı gözlenmiştir. Nitekim, 1911 yılında sendikalı işçi sayısı 364.700 iken, 1921 yılında 703.000, 1931 yılında 769.000, 1941 yılında 1.076.000, 1946 yılında 1.284.000, 1956 yılında 1.609.200’ ye yükselmiştir.

1927 yılında kurulan “Avustralian Council of Trade Unions-ACTU-Avustralya İşçi Sendikaları Konseyi” çok kısa zamanda hızlı bir örgütlenme ivmesi kazanmıştır. Bu örgüt, günümüzde de bu ülkenin en üst düzeydeki tek işçi organizasyonu ve ulusal işçi merkezi sıfatına sahiptir.

2.Dünya Savaşı boyunca ,dünyanın diğer ülkelerinde olduğu gibi, bu ülkede de ekonomik kriz en çok çalışanları olumsuz etkilemiştir. Bu nedenle kadınlar da çalışma hayatına girmek zorunda kalmıştır. Başlangıçta düşük ücret alan kadınlar –sendikaların da olumlu katkıları ile - 1970’li yıllara gelindiğinde erkeklere yakın ücretler kazanmaya başlamışlardır.

1972-1975 yılları arasında Avustralya’ ya hükmeden İşçi Partisi (ALP) Hükümeti çalışanlar lehine çok büyük reformlar gerçekleştirmiştir. 1983’ te de kısa bir süre için ve 1993-1996 yılları arasında da iktidar olan ALP Hükümeti, ACTU ile büyük bir işbirliği yaparak eski reformlarının devamı mahiyetinde uygulamalar ortaya koymuştur. Bu durum sendika üyeliklerinde artışa neden olmuştur. Nitekim, 1970 yılından sonra hızla artan sendikalaşma

⁴ The HISTORY of Trade Union Movement in Australia, ACTU Broşürü, Melbourne,2002, s.1-3.

süreci hızla devam etmiştir. 1988 yılında ise 308 sendikaya bağlı ve toplam çalışanların %52,5'inin sendikalı olduğu bir seviyeye ulaşmıştır⁵.

1988 yılında yapılan değişiklikle, 1994 yılında yürürlüğe giren, Arabuluculuk ve Hakemlik Kanunu günün şartları ile uyumlu hale getirilmiştir. Bu arada İşçi Partisi (ALP) İktidarı döneminde Endüstri İlişkileri Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Ülkede 1988'e kadar 308 sendika bulunmaktaydı. Bu sendikaların en büyüklerinden 18'i, 50.000'inden az üyeye sahipti. Sendikalar toplam işçinin % 52'sini temsil ettiği bu dönemde bile; 5.000 üyeden az üyeye sahip toplam 226 sendika ise, tüm işçilerin % 07.9'unu temsil edebiliyordu⁶. Aynı yıl, bu küçük sendikaların (% 1.7 üyesine sahip) yarısı binden az üyeye sahipti. 1988 yılında kabul edilen Endüstriyel İlişkiler Kanunu, bir sendika için en az 1.000 üyeye sahip olması yasal bir zorunluluk olarak öngörmüştür. Bu nedenle küçük sendikalar birleşerek büyüme imkanına kavuşmuştur. Yeni yasanın öngördüğü birleşme stratejilerini ACTU'da desteklemiştir. Yeni yasal düzenlemeye göre işçi sendikalarının faaliyet gösterebilecekleri alanların sayısını toplam 21 işkolu ile sınırlandırmıştır. ACTU yönetimi de her bir işkolunda bir sendika olacak şekilde yeniden örgütlenme modeli çizilmesi ve buna göre yapılandırılması konusunda tüm üye sendikalardan ısrarlı talepte bulunmuş ve bu isteminde başarılı olmuştur. ACTU üyelerinden aynı işkolunda faaliyet gösteren birkaç tane büyük sendikanın (İnşaat Araçları İşveren Federasyonu dahil) birleşmesi yönündeki gayretinde de başarılı olmuştur. Sendikalar arasındaki birleşmeler nedeniyle ACTU'ya üye sendika sayısı 1988 yılında 300'den fazla iken, 1989'da 146'ya, 1991'de 119'a ve 2000 yılında ise 47'ye düşmüştür⁷.

1990'lı yıllara gelindiğinde, dünyadaki sendikal hareketlere paralel olarak, Avustralya sendikacılığı da kan kaybetmiş ve üye sayısında büyük düşüşler kaydedilmiştir. Bu durum sendika yönetimlerinde huzursuzluklara neden olmuş ve nihayet, 1995 yılında yapılan ACTU Genel Kongresi'nde genel başkanlığa ilk defa bir kadın seçilmiştir. Yeni yönetim ise sendikal alanda ve örgüt stratejilerinde yenileşme hareketlerine başlamıştır. Son 10 yılda ACTU'nun çalışma hayatındaki konumu ve etkisi zayıfladığı için bağlı sendikalar İşçi Partisi'ne doğru yeniden yönelme ihtiyacı hissetmişlerdir. Ancak bu yönelme de sendikal hareketteki kayıpları telafi edememiş ve sendikalara üyelik oranı düşmeye devam etmiştir. 1992'nin en iyi tahmini sendikalaşma oranının % 40'tan biraz fazla olduğunu belirtmiştir.

⁵ UPHAM, s.256.

⁶ Bu veriler esasında, bu ülke işçilerinin geleneksel olarak küçük işçi kuruluşlarında örgütlenmediğini, ancak çok sayıda işçiyi tek çatı altında tutan örgütlerin de az sayıda olduğunu ortaya koymaktadır.

⁷ UPHAM, s.258.

Bu ülkede sendikalaşma oranı 1970’de %50.2, 1980 yılında %48, 1990 yılında %40.4, 1997 yılında ise bu oran %35’e düşerek, dünyada bu alandaki genel eğilime paralel olarak olumsuz bir gelişme yaşamıştır. Aşağıdaki bölümlerde de değinileceği üzere 2002 yılının sonunda, üye kaybı sayısında görülen hızlı azalma engellenemediği için, sendikalaşma oranı % 25’e düşmüştür. Örgütlü olan is gücünün %26’sı özel sektörde; %65 ise kamu sektöründe çalışmaktadır. Aşağıda da görüleceği üzere sendikalara yeni üye kazanımı şöyle dursun, diğer gelişmiş ülkelere nazaran ,son 20 yılda, en fazla üye kaybı ile karşılaşmıştır ⁸.

2002 yılı Ekim ayı itibariyle bu ülkede %43’ü kadın olmak üzere toplam 1.902.000 sendika üyesi bulunmaktadır. Bu rakam, toplam işgücünün 9.200.000 olduğu Avustralya’ da sendikalaşma oranınının % 25 olduğunu göstermektedir⁹.

Bu ülkede işgücünün yönü:

- Kamu sektöründen özel sektöre,
- Mavi yakalı çalışandan, beyaz yakalı çalışana,
- Üretim endüstrisinden, hizmet sektörüne,
- Full time çalışmadan, part-time çalışmaya,
- Erkek çalışanlardan, kadın çalışanlara,
- Büyük ve entegre işyerlerinden, küçük işyerlerine doğru istihdam eğilimi göstermektedir¹⁰.

B- İŞÇİ SENDİKACILIĞININ ÖRGÜTSEL YAPISI

Avustralya sendikacılığı, yukarıda da belirtildiği gibi, başlangıç noktası itibarıyla İngiliz sendikacılığından etkilenecek gelişmiştir. Ancak Avrupalı göçmenler zamanla Kara Avrupası işçi sendikacılığı modelinin de bu ülkede etkili olmasına sebep olmuşlardır. ACTU’nun AFL-CIO ile olan yakın ilişkisi bu ülke sendikalarının Amerikan sendikalarından da

⁸ Avustralya İstatistik Bürosu bu konuda iki ayrı veri toplamıştır. Birinci grup, işçi sendikası istatistikleri (ABS Cat-No.6323.0) sendika görevlilerince yapılan tahminleri esas almıştır. Yapılan bu tahminler işsiz, emekli ve herhangi bir sosyal yardım almayan üyeler gibi bazı unsurlarla şişirilmiştir. İkinci grup , işçi sendikası üyeleri (ABS Cat-No.6325.0) çalışanların araştırmalarını esas alıyordu ve sendika yoğunluğundaki son eğilimler hakkındaki en doğru verileri gösterilmiştir. Bu veriler haftalık ve aylık ödeneklilerin sendikacılara oranını göstermekte idi. Her iki grup bilgilerin gösterdiği gerçek sendikalara üye olan işçilerin oranının hızla azaldığı gerçeği idi. Birinci grup verilere göre sendikalarda yer alan Avustralyalı çalışanların oranı 1985-1989 yılları arasındaki %50’nin üzerindeki orandan 1992’deki %50’nin altına gerilemişti (The UNION Experience of ACTU, Melbourne,1998, s.40).

⁹ ACTU, 2002, s.3.

¹⁰ ACTU, 2002, s.4.

etkilenmesi sonucunu doğurmuştur. Sonuçta sosyal demokrat kökenli olmak üzere nevi şahsına münhasır bir sendikal yapının kurulmasına neden olmuştur.

Yukarıda da belirtildiği gibi, günümüz itibarıyla da bu ülkedeki sendikal hareketin ana yapısını oluşturan ACTU, 1927’te kurulmuş olup Avustralyalı işçileri temsil eden tek üst örgütü ve ulusal merkezi olmuştur. ACTU genel anlamda imalat, finans, hükümet ve hizmet sektöründe çalışan tüm işçileri temsilen ve onlar adına hareket edebilme yetkisine sahiptir. ACTU’nun ve bağlı sendikaları tanımak bu ülkenin emek örgütlerinin yapısını da tanımak ile eş anlamlıdır.

ACTU kuruluşundan bu güne değin başlıca aşağıda belirtilen konularda sürekli çalışmalar gerçekleştirmektedir. Bu çalışmalar ; iş ve işyeri güvencesi, işçi sağlığı ve iş güvenliği, kadın-erkek eşitliği, çalışma saatlerinin iyileştirilmesi, ücretli izin hakkı, daha iyi çalışma koşulları, genel emeklilik sisteminin kurulması, toplumda adaletin ve eşitliğin tesisi, göçmenlerin eğitimi ve topluma kazandırılması, sosyal güvenlik, sağlık ve eğitim sisteminin oluşturulması, temel insan haklarının ihlal edilmemesi, temel insan haklarının ihlal edilmesi, her türlü ayrımcılığının önlenmesi, sendikal hak ve özgürlüğü ve toplu iş sözleşmesi düzeninin sağlanması konusunda hedefler koymaktır.

ACTU’ya bağlı her bir sendikanın faaliyet gösterdiği mutlaka bir işkolu olmak zorundadır. Çalışmakta olduğu işkolunu belirlemeyen işçi sendikasının işkolu ACTU yetkilileri tarafından belirlenmektedir.

ACTU politikaları ve stratejileri ile önemli kararlar demokratik süreçler sonucunda uygulanmaktadır. Bu süreçler şu şekilde ortaya çıkmaktadır¹¹.

1-ACTU İCRA HEYETİ; ACTU’nun en üst düzeyde temsilcilerinden, sendika ve endüstri bölgelerindeki temsilcilerden ve ACTU hareketinin kadın temsilcilerinden sayılarının toplamı 40’ı bulan bir yönetim oluşan bir yönetim kurulu 3 ayda bir toplanmaktadır.

2- ACTU KONSEYİ ; ACTU İcra Heyeti’nin dışında 21 işkolunda kurulu sendikaların temsilcileri de bu heyete dahildir. Ayrıca her Eyalet Temsilciliğinin bir üyesi bu konseye üye olarak seçilmektedir. Sendikalardan 100 temsilciyle oluşturulan bir konsey yılda bir kez toplanmaktadır.

3- ACTU GENEL KONGRESİ; Son değişikliklerle sayısı 47’ye düşen toplam 21 işkolunda örgütlü işçi sendikalarının ,üyeleri oranında, seçtikleri toplam 1.000 delege ile 3 yılda bir toplanmaktadır. ACTU’nun genel politikası; toplu iş sözleşmeleri, bireysel sözleşmeler, çalışma koşulları, işçi

¹¹ UPHAM, s.255.

sağlığı ve iş güvenliği gibi önemli meseleler hakkında sendikal hareketin izleyeceği politika bu kongrede belirlenir¹².

4-ACTU'NUN EYALET TEMSİLCİLİKLERİ VE EMEK KONSEYLERİ; Avustralya'da bulunan 6 ayrı Eyalet'in her birinde ACTU'nun temsilciliği bulunmaktadır. Sendikaların eyalet şubeleri, Eyalet Temsilcilikleri kongrelerine iştirak etmektedirler.

Her Eyalet Temsilciliği'nde Eyalet Emek Konseyleri bulunmaktadır.

ACTU , özellikle karar alma ve örgütlenme noktasında değişimler geçirmektedir. Nitekim küçük ve çok sayıda sendikayı birleşmesini ve sendikal örgütlenme hareketini büyük sendikalara dönüştürmesini de bu kararlar ile gerçekleştirmiştir. Ayrıca, sendikal eylemlere odaklanma, sendika üyeliğinin öneminin daha iyi anlaşılması konusunun sendikasız işçilere yansıtma konusu gündeme getirilmiştir. Sonuçta sendika üyeliklerinin tüm çalışanların her kesimine daha uygun hale getirilmesi ve mevcut üyeliklerin de yeniden yapılandırma çabası ortaya konmaktadır.

ACTU'nun çalışan profesyonel yöneticileri ve çalışan memurları; 2000 yılından itibaren sendikal harekette kadınlar ve erkekler arasındaki dengeyi kurup bu guruplarında kadınların daha yüksek oranda temsil edilmesi için ilkeler kabul etmiştir.

ACTU tam mesaili çalışan profesyonel yöneticilerine ilaveten endüstri, araştırma, idari alanlarda ve matbaa alanında yaklaşık 50 kişilik bir kadro çalıştırmaktadır. ACTU ayrıca işçi sağlığı ve iş güvenliği ile uluslararası konularda ve işçi sendikası eğitim alanlarında da uzman danışmanlara görev vermektedir.

ACTU'nun gelirleri büyük oranda üye örgütler tarafından sağlanmaktadır. Avustralya' da bir işçinin üyesi olduğu sendikaya ödediği aidat miktarı yıllık ortalama 220 dolardır. Çoğu sendika üyesinin aylık ücretleri maaşlarından kaynakta tevkifat (check-off) yapılarak ödenmektedir. Ancak sendika karşıtı bir kısım işçilerin istemleri ve özellikle muhafazakar hükümetlerin, getirdiği düzenlemeler ile bazı durumlarda tevkifat usulu tatbik edilmemektedir. Bu durumda aylık aidatlar, üyelerin banka hesaplarından çekilmesi sistemine geçilebilmektedir.

Bütün işçi sendikaları üyeliğinde yaşanan bu düşüşün asıl sebebi, erkek üyelerin sayısının azalmasıdır. Düşüşü kısmen de olsa dengeleyen, kadın üyelerin sayısındaki artış kaybedilen üye sayısını ve oranını karşılamamaktadır¹³.

¹² ACTU,2002 s.3.

¹³ Ağustos 1997 verilerine göre Avustralyalı işçiler içerisinde %30.3 lük bir oranla yaklaşık 2.110.300 sendika üyesi bulunmaktaydı. Cinsiyetlerine göre bir değerlendirme yapılırsa; Ağustos 1997 verilerine göre 1.266.700 erkek üye (erkek işçilerin %33'ü) ve 843.700 kadın üye (kadın işçilerin %26,9'u) olduğu görülmektedir. Tarihsel istatistik verilerine göre sendika üyeliği işgücündeki

Bu ülkede işçi hareketi öncelikli olarak, 1987 ACTU Kongresi'ndeki çalışma işleyiş usul ve esaslarının değişmesi gerektiğine odaklanmıştır. Asıl önem verilen konu; sendikal hareketin örgütsel tabanının yeniden yapılandırılarak, hizmetlerin üyelere daha geniş bir çapta ve düzeyde hizmetlerin ulaştırılması olmuştur. Ancak, 1989'a kadar ortaya konan gayretler sendikalaşmanın ne denli zor ve ne kadar büyük bir olay olduğunu göstermiştir. Ancak yine de ACTU, bu değişime ön ayak olması gerektiğine inanmıştır. Zira, ACTU mevcut üyeliklerin işgücüne oranla hızla azalmasını ve sendikal hareket hızla kan kaybetmesini karşıdan seyretmek zorunda kalacaktır^{14 15}. Sonunda ACTU'nun yetkilileri bu ciddi gerçeği kabul etmek zorunda kalmış ve kendilerine yol açıcı olan ve ACTU uzmanları tarafından hazırlanan raporu benimsemişlerdir. Rapor kısaca aşağıdaki hususları içermektedir.

- Avustralya işçilerinin sendikal hareketi, işçi sayısına oranla düşüş gösteren üyelik nedeniyle tehdit altındadır.
- Ekonomik darboğaz, sendika üyeliğinde olumsuz bir etki yapmaktadır. Bununla birlikte, işe alma oranının artış gösterdiği alanlarda, yeni üye kaydı yüksek olmayıp çok düşük düzeyde seyretmektedir.
- Sendikalar eğer kendi üyelerini etkilemek ve elde tutmak istiyorlarsa tüm kademedeki işçilerin ihtiyaçlarına daha fazla cevap verebilmelidir.
- ACTU, bu soruna birkaç koldan yönelmektedir.
- Sendikalar arasındaki birleşmeler teşvik edilerek daha güçlü sendikalaşma modeline geçilmelidir.
- Yönetim yapısının reformu sağlanmalıdır.
- Olumlu bir eylem stratejisi uygulanmalıdır.
- Sendikalar; hizmetlerin üyelere ve delegelere ulaşmasına eğilme konusunda teşvik edilmelidir.
- Sendikaların sendikalar hakkında bilgi kazandırma ve genç insanlarla iyi iletişim kurabilme sorumluluklarını kazanması teşvik edilmelidir.

oranla ve kesin sayılarla 1980'lerin sonundan başlayarak gittikçe düşmektedir. 1955'ten beri ACTU'nun sendikalaşma oranındaki payı giderek artmakta idi. Ancak sendika üyeliğindeki tüm tarihsel düşüş, Avustralya sendika hareketi için büyük bir sorun olarak görülmektedir. (Questions and Answer Guide for International Visitors, ACTU, 1997, s.5.)

¹⁴

¹⁵

- ACTU sendikacılık için eğitilmiş yetkili adayları da teşvik etmektedir. ACTU' nun amacı yetkili bulunduğu işyerlerinde kendilerinin delegelerine daha büyük sorumluluklar verecek büyük ve birleşmiş sendikaların oluşumunu sağlamaktır.
- Sendikaların etkin en iyi uygulama sendikacılığının prensiplerini benimsemeyi etraflıca düşünmeleri gerekir. Bu tür sendikacılığın kapsamında şunlar bulunmaktadır:

Üyelik tabanını geliştirecek ve işçi çıkarlarını koruyacak uzun vadeli stratejiler geliştirmek.

Çalışanların ihtiyaçlarını belirleme ve bu ihtiyaçları karşılamak için çalışmak.

Farklı üye gruplarının değişik isteklerine yönelik daha geniş bir hizmet alanı geliştirmek.

Diğer hizmet sağlayan kurumlarla sendika performansını karşılaştırmak.

Üyeler, delegeler, sendikalar ve zirve konseyleri arasındaki iletişim ağını genişletmek için yeni haberleşme teknolojileri geliştirmek.

Sendika delegeleri ACTU ve sendikalarından daha fazla eğitim ve desteğe olan ihtiyacını karşılamalıdır.

- En iyi uygulama dahilindeki firmalardaki işyeri temsilci delegeleri ile iletişim kurmak önemli faydalar sağlayabilir.
- Ortaya konan yeni yaklaşımlar ile delegelerce tüm çalışanlarla bir arada olma ve yeni üye kaydetme fırsatı olarak görülmesini sağlanmalıdır.

Avustralya'daki sendika üyeliği işgücü düzeni ve ek yapısındaki değişimlerden dikkat çekici biçimde etkilenmiştir. Bununla birlikte hemen hemen tüm işkollarında üyelik düşüşü yaşanmaktadır.

ACTU'nun ILO verilerini esas alarak yaptığı araştırma sonunda; Avustralya'nın sendikalaştırma hareketinde son 10 yılda yaşadığı düşüşü diğer sanayileşmiş ülkelerde de yaşamıştır. Ne var ki Avustralya , diğer tüm ülkeler içerisinde 1985'ten 1995'e kadar Yeni Zelanda hariç en büyük düşüşü yaşamıştır. (%22)'lik Avustralya'nın %13'lük düşüş oranı İngiltere'den Thatcher-Major ve Amerika'da Reagan-Bush yönetimlerinin çıkardıkları sendika karşıtı yasalara rağmen; hem İngiltere'nin (%12) hem de Amerika'nın (%3) düşüş oranlarından daha büyük olmuştur. Üstelik bir de

araştırma hiç beklenmedik bir dönemde; Avustralya'da İşçi Hükümeti işbaşında olduğu bir zamanda da bu olumsuzluk görülmüştür. Hiçbir değişiklik göstermeyen Danimarka ve Kanada'yla birlikte çok küçük bir artışı görülen İspanya bir kenara bırakılırsa diğer bütün ülkeler Avustralya'dan daha küçük düşüşler yaşamıştır.

İşçi Sendikası Üyeliğinde Ulusal Eğilimler 1985-1995

	1985	1995	Aradaki Fark
Avustralya	46	33	-13
Avusturya	50	43	-7
Kanada	35	35	0
Danimarka	85	85	0
Fransa	20	15	-5
Almanya	33	28	-5
İtalya	42	38	-4
Japonya	29	24	-5
Yeni Zelanda	44	22	-22
İspanya	10	16	6
İsveç	85	83	-2
İngiltere	45	33	-12
ABD	18	15	-3

Sanayileşmiş Ülkelerde Sendika Yoğunluğunun 10 yıl içindeki değişkenliği (1985-1995)^{16 17}.

II- İŞÇİ SENDİKALARININ FAALİYETLERİ

¹⁶ Questions and Answer, s.6.

¹⁷ Son on yılda denizaşırı ülkelerde en esaslı ve dikkat çekici gelişmelerden birisi bireyselleştirilmiş işçi ilişkilerine olan eğilimdir. Aynı eğilim Avustralya'da da hızla artmaktadır. Bazı yorumcular işçi sendikası üyeliğinin tüm dünyadaki düşüşünü işçi sendikacılığı devrinin bir kapanışa girdiği gruplaşmasının bireyselliğin devleşen dalgalarında boğulduğu ve sendika hareketinin ölüm tarihi an olarak yorumlanmaktadır. Ancak Avustralya İşçi sendikası liderlerinden Mark Turain'in sözlerini hatırlatmaktadır: ölümünün ilanı için vakit erken! (ACTU-1997 s.23.)

A- MESLEKİ FAALİYETLER

1- Toplu İş Sözleşmesi Akdetmek

Avustralya hükümeti, yukarıda da belirtildiği gibi, ILO' nun 87 ve 98 sayılı sendikal hak ve özgürlüklerin ve toplu pazarlık hakkının korunmasına ilişkin sözleşmeleri onaylamıştır¹⁸. Bu sözleşmeler, bu ülkede yapılan toplu pazarlığın ve akdedilen toplu iş sözleşmelerinin uluslararası temelini oluşturmaktadır. Bu ülke endüstriyel ilişkiler sistemi temelini 1904 yılında federal temelde kurulan arabulucu ve hakem sistemine dayanmaktadır. Bu sistem asgari ücret ve asgari çalışma koşulları ile iş uyuşmazlıkların gerek idari mekanizmalarla, gerekse mahkemeler yoluyla çözümüne ilişkin kuralları düzenlemektedir. 1988 ve 1996 yıllarında değişikliğe yılında değişikliğe uğrayan “Endüstriyel İlişkileri Kanunu” mekanizmanın daha da önemini arttırmıştır. Yasal düzenlemelerin yanı sıra toplu sözleşmenin taraflarının kabul ettiği temel ilkeler de bu ülke toplu sözleşme düzeninin dahili kurallarını oluşturmaktadır¹⁹.

Bu ülkede toplu iş sözleşmesi hem ulusal hem de işletme düzeyinde yapılabilmektedir. İşyeri düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde sendikanın yetkili kurulları genel yetkili kurumlar olduğu gibi, uygulamada çok büyük bir oranda işyeri sendika delegasyonunun TİS pazarlıkları yürüttüğü ve akdettiği görülmektedir. TİS'ler –kanuni bir zorunluluk olmasa da- uygulamada genelde bakanlık kayıtlarına tescil edilmektedir²⁰. İşyerlerinde akdedilen TİS'lerin % 63'ünü sendika üyeleri ve temsilcilerin bizzat kendileri akdetmişlerdir. Bu durum, bu ülkede sendikaların toplu sözleşmede esas karar mercii olarak çalışan üyeleri ve temsilcilerini gördüğünü ortaya koymaktadır.

Endüstriyel uyuşmazlıkları çözmek, ulusal düzeyde gelişmeleri belirlemek ve sendikaları resmi olarak belirlemek için kurulan IRC-Endüstriyel İlişkiler Komisyonu tek ve çelişkili geniş kararlar içeren sözleşmeleri onaylayabilme yetkisine sahiptir. Bu durum % 82 işçisi geleneksel olarak eyalet ya da federal kararlara göre ücreti belirlenen Avustralya için çok önemli bir konum teşkil etmiştir. Esasen yeni düzenlemeler işkolu düzeyinde değil işletme düzeyinde ilişkileri ve TİS düzenlemesine ilişkin olmasına rağmen, sözleşmelerin genelleştirileceğine dair “ortak karar” yapmak için oluşturmak için devlet düzeyinde bir güce olan ihtiyacı karşılamışlardır. 1991 yılında ise IRC-Endüstriyel İlişkiler Komisyonu şirketler ve onların işçileri arasında doğrudan doğruya toplu sözleşmeye/ pazarlığa oturmaya onay vermesi gerektiğini düzenleyen kuralları yürürlüğe koymuştur. Böylece, sendikalı olsun veya olmasın, bütün işyerlerinin işletme düzeyinde Toplu İş Sözleşmesi yapabilme imkanı ortaya

¹⁸ UPHAM, s.253.

¹⁹ BACKGROUND Paper of ACTU, 1998, s.7.

²⁰ ENTERPRISE Bargaining in Australia, DIR Annual Report On Enterprise Bargaining, 1995, Reported by ACTU Summary Melbourne, 1996, s.7.

çıkıştır. İlgili düzenlemenin 118. maddesi ise bir fabrikada yer alan işçilerin çoğunluğunu kapsayacak şekilde sendikaların yasal yetkilerini kullanmasını kolaylaştıran hükümler öngörmüştür . Diğer bir yasa hükmü ise 1991 yılına kadar sendikaların en az 10.000 geçerli üyeye sahip olması gerektiğini düzenleyerek Avustralya İşçi Sendikaları'nın aralarında yapısal değişikliğe gitmesini hızlandırmasına ilişkin düzenlemeye ilişkindir.

Bu ülkede toplu iş sözleşmesi akdedilebilmesi için sendika üyeliği şartı bulunmadığı için, sendika üyesi olmayan işçi grupları tüm ülkede akdedilen toplu iş sözleşmelerinin % 18'ini bağlamışlardır. Kalan kısım ise işyerlerinde bireysel sözleşme akdedilen (% 19) işyerlerinin oranını göstermektedir²¹. 1992 yılına değin ağırlıklı toplu iş sözleşmeleri ülke çapında akdedilen TİS'leri oluştururken; bu tarihten sonra işletme düzeyinde TİS' lere hızlı yönelmelerin olduğu görülmektedir. 1995 yılı sonuna değin 2700 işyeri düzeyinde ki bireysel bazda yapılan toplu iş sözleşmelerin kapsam alanı tüm Avustralya işgücünün 1/5' ine ulaşmıştır.

Bugün Avustralya işçilerinin % 68'i toplu iş sözleşmesi kapsamındadır. 20-49 işçi çalıştıran işyerlerinde % 39 olan oran, 500' den fazla çalıştıran işyerlerinde gibi %87' dir. Bu rakamlardan anlaşıldığı gibi Avustralya' da küçük işletmelerde sendikalaşmanın zorluğunun yanında, toplu iş sözleşmesi yapma noktasında da zorluklar yaşanmaktadır. Bazı işverenlerin bireysel hizmet akdi düzenleme yolundaki gayretine bazı sendikalar uymak zorunda kalsa da sendikaların çoğu, işkolu düzeyindeki toplu pazarlığı desteklemiştir. 20'den az işçi çalıştıran işyerlerinin ise % 48' i toplu iş sözleşmesi kapsamındadır²². Bu ülkede günümüz itibarıyla işletme düzeyinde toplu iş sözleşmeleri akdedilmektedir.

Bu ülke için yapılan araştırmalara göre, akdedilen toplu iş sözleşmelerinin 1/3'ü Federal, yine 1/3'e çok yakın TİS eyaletler düzeyinde tescil edilmiştir. Kalan 1/3' ten biraz fazla toplu iş sözleşmesi grubu ise herhangi bir resmi makam tarafından tescil edilmemiştir²³.

Yapılan araştırmalarda, Avustralya' da TİS akdinden sonra emek verimliliğinin, işyeri karlılığının ve işin kalitesinin büyük oranda arttığı işverenlerin verdiği cevaplardan anlaşılmaktadır²⁴.

1993 yılında Hükümet, asgari iş standartlarını belirleyen yeni bir 2. Büyük Endüstriyel İlişkiler Paketi' ni kabul etmiştir. Bu pakette işçi sendikaları, yasak olan endüstriyel aktiviteleri ile bir yasa hükmünü ihlal etmeleri halinde 72 saat içinde uzlaşmaya gidildiğinde herhangi bir ceza öngörülüyordu. Bu süre içinde bir işveren işçi kuruluşlarına karşı yasal

²¹ ENTERPRISE Bargaining, s.12.

²² ENTERPRISE Bargaining, s.13.

²³ AWIR, 1995, Main Survey, Frame For WAD (Workplace Agreement Database), Reporting Period for 1994 (30March-31December), Melbourne, 1995, s.11, ENTERPRISE Bargaining, s.13.

²⁴ ENTERPRISE Bargaining, s.43.

işlem yapmaktan kaçınmasını öngören hükümde yine bu pakette yer almıştır. Bu nedenle işverenlerin üst örgütü olan Endüstri ve Ticaret Odası (ACCI)'nın yoğun tepkilerini almıştır.

1993-1996 yılları arasında iktidara gelen Avustralya İşçi Partisi-ALP Hükümeti bir yandan yarım milyon kişiye iş alanı hedeflerken; öte yandan, Haziran 1994'ten itibaren iki sene boyunca işçilerin asgari günlük ücretini 16 \$ (Avustralya doları) olmasını yasal bir güvence olarak kabul etmiştir. Bu dönemde işverenler, çok fazla merkezileşmekten ve verimliliğe bağlı olmayan ücret artışlarından şikayet etmişlerdir²⁵.

Ancak son zamanlarda işverenlerin ve muhafazakar hükümetlerin baskısı ile toplu iş sözleşmelerinden özel sözleşmelere doğru bir gidişat olduğu anlaşılmaktadır. Bu yaklaşımın işçilere adeta bir dayatma derecesine vardığı ve sonuç olarak sendikasızlığın teşvik edildiği ileri sürülmektedir. Yapılan araştırmaya göre sendikasız işçiler ortalama olarak sendikalı işçilerden % 14.9 oranında az para almaktadır²⁶. Yine bu ülkede göçmen işçilerin –yakın zamanlarda- aşırı derecede çoğalması çok düşük ücretle çalışmaları, bu ülkedeki toplu iş sözleşmesi düzenini tehdit ettiği ve toplu iş sözleşmelerinin akdedilmesinin önünde engel ve hukuk dışı işlemler olduğu ileri sürülmektedir²⁷.

2- Uyuşmazlık Halinde Arabulucuya Başvurmak, Grev Kararı Almak ve Uygulamak

1904 yılından bu yana Avustralya Endüstri İlişkileri Sistemi federal temelde arabulucu ve hakem sistemine sahiptir. Bu sistemde asgari ücret ve asgari çalışma koşulları bulunmaktadır. Sistem, endüstriyel uyuşmazlıkların Endüstri (İş) Mahkemelerinde ve “Avustralya Endüstri İlişkileri Komisyonu-(AIRC)” nun federal ve eyalet düzeyinde çözümlenmesini öngörmektedir. Arabulucular ve hakemler Mahkemeler tarafından atanmaktadır²⁸. AIRC' in özel ve kamu tüm işyerleri ile ilgilendiği için federal seviyede teşkilata sahip olduğu gibi, toplu sözleşme taraflarının ve aktivitelemlerin daha yoğun olduğu eyaletler düzeyinde de birimleri bulunmaktadır. Örneğin kamuya ait kurum ve kuruluşlar olup olmadıklarına bakılmaksızın etkilenen tüm işveren ve işçiler için vereceği hüküm aracılığıyla ortak bir kural yaratma gücüne sahiptir²⁹.

Sistem “Avustralya Endüstriyel İlişkiler Komisyonu-AIRC” yoluyla federal ve eyalet düzeyinde oluşturduğu endüstriyel mahkemelerle endüstriyel uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturmak için kurallar kabul etmiştir. Arabuluculuğun ve zorunlu hakemliğin mahkemelerce kullanılması,

²⁵ UPHAM, s.256.

²⁶ ACTU, 2002, s.15.

²⁷ ICFTU, International Confederation of Free Trade Unions Australia, Annual Survey of Violations of Trade Union Rights, 2001, Brussel, 2002 s.27.

²⁸ BACKGROUND Paper of ACTU s.7.

²⁹ UPHAM s.257

çalışma şartlarının ve asgari ücret miktarının yasal yollarla belirlenmesi Avustralya'da kabul edilen tek yoldur.

Ulusal ücret ve sözleşme problemleriyle ilgili çözümlerin yanı sıra, işverenleri, işçi sendikalarını ve hükümeti dinlemek ve onların görüşlerini almak suretiyle ulusal düzeyde belirlenen asgari çalışma normlarının ve asgari ücretin tespitini yapmak ta yine bu kurula „Endüstriyel İlişkiler Komisyonu’na, aittir. AIRC aynı zamanda iş uyuşmazlıkları çözümlenmekte önemli rol oynamakta ve ayrıca işverenler ile işçi sendikalarını uyuşmazlık ortaya çıkmadan çözüme kavuşturma konusunda onları zorlamaktadır.

Bazı eyaletlerde daha önce varolan grev eğilimi son yirmi yılda oldukça düşmüştür. 1983-1992 tarihleri arasında grevler dolayısıyla kaybedilen günler % 60 oranında düşmüştür. 1989'daki başarısız pilot grevinden sonra 1992'de Viktorya'daki üç taraftan oluşan hakem heyetinin görevine son vermesinden dolayı yapılan protestoya kadar bir endüstriyel aktivite olmamıştır. Başka ülkelere göre grev sırasında kaybedilen günler hala yüksek olduğu halde son zamanlarda ciddi düşüş eğilimi göstermektedir. Nitekim grevde kaybedilen gün sayısı 1991 yılında 1.570.000'e, 1993'de ise 1.015.000'e düşmüştür. Her iki grevde iki yabancı şirkete ait işyerinde gerçekleşmiştir. 1993'te daha iyi bir toplu anlaşma için işçiler grev yapmış ve Queniland and New South Wales'te 1994'de kömür işçileri, şirketle-Japon Elektrik Endüstrisi arasındaki sözleşmeye karşı iki kez grev yapmışlardır.

Daha sonra ekonomide güçlü bir gelişme izlenmiş ve bu gelişme ücretlilerin de refahına yansıdığı için ücret baskısının azaldığı görülmüştür. Şubat 1994'te ihracatı etkileyen liman grevinde araya giren Hükümet, Eylül ayında Milli Liman Grevi'nde de aynı yaklaşımda bulunmuştur. Mayıs 1995 Mount Isa Madeni'nde ise bu kez işverenler lokavt yapmışlardır. Ancak işverenin, lokavt ile arzuladığı durum gerçekleşmemiş, tam tersi 1994'ün sonunda maaşlar % 14,7 oranında yükseltmek zorunda kalmışlardır.

ICFTU raporlarından, özellikle İşyerinde Endüstri İlişkileri Yasası'nda 1996 yılında yapılan değişiklikten sonra, grev hakkının pratikte kullanılmasının güç ve hatta bazı eyaletlerde imkansızla yakın bir hal teşkil ettiği anlaşılmaktadır ³⁰.

3- Eğitim Faaliyetleri

Avustralya'da merkezi örgüt olarak ACTU ve diğer bağlı sendikaların sendika yöneticileri ve işyerleri temsilcilerini eğitmek üzere birbirinden bağımsız “eğitsel organizasyonlar” bulunmaktadır. Bazen bu tür eğitim çalışmalarına, temsilcilik ve üyelik sıfatı olmayan kimseler, sendika dışından çalışanlar da davet edilmektedir. Bazı Batı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi bu ülkede de sendikalar mesleki eğitim ve meslek içi gelişim eğitimi temel varlık sebepleri olarak görmektedirler.

³⁰

ICFTU,2002, s.28.

ACTU, başlıca eğitim konularını şu şekilde belirlemiştir. Planlama stratejileri, işletme ve etkileme performansı, yapılması gerekenlerin organizasyonu, örgütlenme hünere ve eğitimi, işyerinde başarılı olma, işletmede zamanlama, yönetici kadrolar için sendika tanıtım seminerleri ve internet eğitimi, mesleki beceri eğitimleri, eşitlik ve cinsiyet ayrımcılığının kaldırılması, uzmanlık eğitimleri.

ACTU eğitim programlarını her yönüyle kurumsallaştırabilmek için "Sendika Eğitim Kurumu-TUEC-Trade Union Education Foundation"nu kurmuştur. TUEC'in alt kuruluşu olan "TUTA" (Trade Union Training Australia-Avustralya Sendika Eğiticiliği) isimli organizasyon da 1975 yılında kurulmuş 1995 yılına değin aynı anda 200 kişiye mesleki temel eğitim imkanı vermek suretiyle binlerce kişiye eğitim sağlamıştır³¹. TUEC, TUTA'ya (Sendika Eğitim Yöneticiliği), New TUTA'ya (Yeni Avustralya Sendika Yöneticiliği Eğitimi), İşçi Organizasyonlarına, diğer eğitim ve öğretim faaliyetlerine ilişkin organizasyonların üst eğitim örgütü vazifesi görmektedir. Örgüt ayrıca ACTU tarafından aşağıda belirtilen gayeleri gerçekleştirmek üzere sendikacılara pratik eğitim verme ve sendika liderlerini yetiştirme gibi fonksiyonları gerçekleştirmektedir. TUEC sadece işçi hareketinin gelişimi için işçi eğitimi için değil, Avustralya'da demokrasinin de gelişmesini amaçlamaktadır.

TUEC'in amacı şu şekilde belirtilmektedir:

- Toplumun temel bir parçası olan çalışanların eğitim düzeyini yükseltmek,
- Sendikal eğitimin güçlü, sağlıklı, hareketli bir şekilde yürüterek kalitesini yükseltmek,
- İşçilerin işyerinde ve toplumda saygınlığını artırmak ve onların kalifikasyonlarını –mesleki becerilerini- artırmak,
- Sendikaların toplumsal demokratik rolünü her alanda hissettirmek, hem ülke düzeyinde hem de toplumsal ilişkilerde bu etkinliğini arttırmak.
- İşverenlerle işçiler arasında çok akıllıca ve iki tarafın yararına işbirliği kurmak³².

ACTU'nun yukarıda belirtilen eğitim faaliyetleri dışında , ilk yardım kursları da sürekli olarak devam etmektedir. Bu kurslar, ACTU ve bağlı sendikalar tarafından finanse edilmektedir. Sendika Eğitim Kuruluşu (TUTA), yasaların ve kamu yönetiminin verdiği imkanlar çerçevesinde

³¹ **BOLT Cathy**, A new Commitment to Training, Workplace The ACTU Magazine, Winter 1995, s.6.

³² AO Summer Anne Trade Union Education Foundation, The Whitlam Series, 25 June 1997 Teachers Federation Auditorium Programme Published by Education Image LTD Melbourne-1998 s.3

sendikacılara eğitim sağlamak, programın eğitim muhtevasına katkı sağlamak için oluşmuştur³³.

1999 yılında ACTU işe alma (istihdam) ve örgütlenmeyi incelemek üzere ABD'ye bir çalışma grubu göndermiştir. ABD'nin bu konuda seçilmesinin nedeni, bu ülkenin ilk sanayileşmiş dünya ülkesi olmasının yanında sendika üyeliğinin azalması açısından Avustralya ile paralellik göstermesidir. Endüstri yasalarının sendikalaşma imkanını pek vermemesine ve sendikal faaliyetin hem hükümetler hem de işverenlerce hoş karşılanmamasına karşılık sendikal faaliyetlere devam edilmesi konusundaki sendikaların gayreti de bu ülke seçiminde önemli faktörlerden biri olmuştur. Bazı ABD sendikaları sendika üyeliğindeki azalmanın nedeninin yalnızca harici faktörlerin sonucu olmadığını öngörerek yeni üye örgütlenmesi yoluna giderek, üyeliklerde azalmayı tersine çevirmek için önemli gelir kaynaklarının bu işe tahsisi cihetine gitmeleri ve bu yöndeki planlamaları da bu ülkeyi tercih sebeplerinden birisi olmuştur.

ABD'ye giden çalışma grubunun doğrudan elde ettiği pratik birikimleri rapor ederek yönetime sunmuşlardır. ACTU icra heyetinde tartışılan bu çalışma genel kongre başta olmak üzere diğer kurullardan da onay almıştır. Sonuçta, 1993 ACTU Kongresi sendika hareketine yeni ve genç insanları (çoğunluk olarak) getirmek için bir istihdam ve örgütlenme programı oluşturmak yönünde önemli kaynak (fon) tahsis etmeye karar vermiştir³⁴.

“Sendikasız işçilerin sendikalarda örgütlenmesi” fikri, 1993 ACTU Kongresi'ni müteakiben oluşturulmuştur. Bu çalışmanın gayesi, sendikasız üyeleri istihdam etmek için sendikaların kapasitesini artırmaktır. Bu örgüt ACTU'nun ayrı bir birimi olarak çalışmaktadır. 1993 kongresinde örgütlenme dışında eğitime ilişkin de çok önemli ilkeler ve kararlar alınmıştır. ACTU'nun 1993 yılında yaptığı genel kongrede eğitim konusunda aşağıdaki kararları almıştır:

Öncelikle “İşçileri Örgütlenme Kurulu”na 9 aylık eğitim programı için atanan doğrudan kursiyerler alınması ve eğitilmeleri konusunda karar alınmış ve uygulamaya başlanmıştır. Bu kurslar halen devam etmektedir. Kursiyerler sponsor sendikalar için yetiştirilmektedir. Katılan sendikalar, kursiyerlerin kendi sendikalarında yerleştirmek üzere atanmalarından sorumludurlar. Bu kurala kursiyerlerin seçiminde ACTU yetkilileri yer almakla beraber, kursiyerlerin kimlerden oluşacağı konusunda son söz sendikalardadır. Katılan sendikaların en az %50 kadın ve genç insanlardan, yani 25 yaş altı ve etnik karma gibi açık hedefleri bulunan kimselerden oluşmaktadır. Kursiyer yerleri tahsis eden sendikalar direkt ücret maliyetlerine katkıda bulunmak durumundadır. Kursiyerler haftada ortalama dört gün sendikanın direktifinde sendikanın doğrudan işçisiymiş gibi

³³ BACKGROUND Paper of ACTU, s.25

³⁴ BACKGROUND Paper of ACTU, s.43.

çalışmaktadırlar. Kursiyerler haftada ortalama bir günü formal eğitiminde geçirmektedirler. Kursiyerlerin performansının formal değerlendirmesi de vardır ve tüm kursiyer adaylara başarılı ya da başarısız olabilecekleri bildirilmektedir.

ACTU Kongresi'nde benimsenen eğitim programının hedeflerini ana başlıklarla şu şekilde tesbit etmek mümkündür:

- 1994- 1995 iki yıllık başlangıç döneminde minimum 100 genç insani hedefleyen seçme ve eğitime,
- Toplu pazarlık dahil sendika istihdam ve örgütlenme faaliyetlerine kaynak tahsisini artırmak,
- İşyerinde işletme düzeyinde toplu pazarlığında sendikaların istihdam etme, örgütlenme ve kaynak sağlama kapasitesini artırmak,
- Mevcut istihdam / örgütlenme kapasitelerini arttırmada sendikalar için bir mekanizma teşkil etmek,
- Sendikaların işçileri örgütlemeye daha etkili örgütleyiciler geliştirmek, pratik iş eğitimi (iş başında eğitim) içeren etkili ve sürekli denetlenen edilen eğitim programı geliştirmek için gereken zamanı azaltmak,
- Gençlerin coşku ve bağlılığını sağlayacak bir mekanizma oluşturmak,
- Dengesizlikleri azaltmak ve örgütleyicilerin/istihdamı gerçekleştirenlerin uygun sendika üyeliği ve potansiyel üyeliğin cinsiyet, yaş ve etnik karışımını sağlamada destek olmak.

Katılan sendikaların şu eğitim konularından sorumlu olduğu kabul edilmektedir;

- İş başında izleme sistemi (monitor system) yoluyla değerlendirme yapmak,
- İş başında maliyetleri karşılamak,
- ACTU' nun belirlediği kursiyer gider ücretlere katkıda bulunmak,

Sözü edilen kurul, istihdamı tüm sendikaların temel hedefi yapmak ve (tüm sendika içinde bir istihdam fonksiyonu teşkil etmek) arayışında olmuştur. Kültürel değişme projesine destek olmak için işleri düzenleme konusunu da kapsayan bir dizi inisiyatif geliştirmiştir;

Sendika personeli için kullanılacak bir günlük kurs olarak hazırlanmış olan bu çalışmanın amacı, örgütlemeye ve istihdamda kullanılacak yaklaşım,

stratejiler ve araçları sendikalara sağlamak ve yeni bir örgütlenme kültürü geliştirmektir.

“Etkin olmak için planlama ve organizasyon (etkinlik planlaması)” – stratejik planlama prensiplerini kapsayan ve sendikaların örgütlemeyi öncelikli olarak uygulamaları için bir gerçekçi plan geliştirmelerine yardımcı olan iki günlük kurs- gerçekleştirmek.

İşyerinde istihdam konusunda sendika temsilcileri için kurs ve el kitapları vermek.

Tartışma ve görüş paylaşma amacıyla işleri düzenleme bülteni (newsletters).

Mevcut full-time sendika örgütleyicileri için istihdam eğitiminin geliştirilmesi.

Kullanılabilecek / yararlanabilecek çeşitli örgütlemelere ilişkin yaklaşımları kapsayan bir örgütlenme model kitapçığı oluşturmak. (manual)

İstihdam planları ve stratejileri geliştirme ve uygulanmasında sendikalara destek olmak.

Örgütlenme ve istihdam inisiyatifleri konusunda bir kütüphane geliştirme eğitimi vermek³⁵.

Eğitimci olmak isteyen temsilciler ayrıca yedi haftalık bir kursa devam etmek zorundadırlar. Bu kadrolar katıldıkları taban eğitimcileri grubunda örgütlenme kampanyaları ve diğer sendikacılık eğitimi almaktadırlar.

4- Yayın Faaliyetleri

Bir sendika eğitim otoritesi olan TUTA, karmaşıklaşan endüstriyel ilişkiler ortamında (verimlilik sözleşmeleri, ekip çalışması iletişimi, işyeri bazlı değerlendirme ve karşılaştırma) gibi ihtiyaç duyulacak bazı temel yayınları 2000 yılında hazırlamıştır ³⁶. Bu yayın faaliyetlerini başlıca dört bölümde incelemek mümkündür.

a-İşyerinde sözleşmelerle verimlilik konusundaki performans standartları, karşılaştırma, başarı faktörleri gibi konuları kapsayan yayınlar.

b-Danışma ve Görsel Yayınlar Yoluyla Birlikte Çalışmaya İlişkin Yayın Faaliyetleri: (eğitim videosu) on dakikalık video filmi veya CD izletmek suretiyle katılım ekip çalışması, iletişim becerileri, problem çözme ve karar verme konularını ele almaktadır.

³⁵ REPORT of ACTU, Melbourne,1998, s.11,

³⁶ TUTA'nın raporunda özellikle kendi ilgili konularını yapı, proses, yönetim, teknik, yöntem vb. konularda başkanlarınkiyle karşılaştırma “benchmarking” kelimesi kullanılmıştır. Bkz. TUTA Trade Union Training Australia Inc. Borüşürü, Melbourne,1998, s.12.

c-İşyeri-bazlı değerlendirmeye yönelik yayın faaliyetleri : 45 sayfalık bir kitapta, Avustralya'nın ustalık-bazlı eğitim sistemini tam olarak uygulamak için genel bir ulusal değerlendirme çerçevesi sunmaktadır.

d-İşyeri düzeyinde toplu pazarlık stratejilerine ilişkin yayınlar: Bunlar, TUTA'nın yüzlerce yayınladığı kitaplarıdır.

ACTU'ya bağlı hemen her sendikanın çok sayıda kitap ve yayın kataloğu ile birlikte CD ve haber içerikli eğitim yayınları bulunmaktadır.

ASCJA isimli sendikanın 15 günde bir yayınlanan Carpenter and Joiner of Australia isimli sendika gazetesi, APESA sendikasının aylık olarak yayınlanan Professional Update isimli aylık organı, LHMU'nun Miscellaneous Workers Division-Federation News isimli 15 günde bir yayınlanan gazetesi, ASU'nun ASU National isimli yılda üç kez yayınlanan yayın organı, ANF'nin Australian Nursing Journal isimli aylık yayın organı, CFMEU'nun, The Building Worker isimli 15 günde bir yayınlanan haber gazetesi, NTEU'nun AUR isimli yıllık eğitim ve bilgi amaçlı yayınları ACTU üyesi sendikalarından yayınlarından sadece birkaçıdır³⁷.

ACTU'nun eğitim kurum olan TUTA, dünyanın en ünlü işçi sendikası eserlerinin yayınlarını yapmak, ACTU üyelerine ve tüm dünya işçi sendikacılığına arz etmekle tanınmaktadır³⁸.

5-Uluslar arası Faaliyetleri

ACTU'nun uluslararası ilişkiler konusunda yaklaşımı ilk olarak Asya bölgesindeki işçi sendikası hareketiyle ilişkileri güçlendirmek, ikinci olarak Avustralya'nın bu bölgeyle sosyal ekonomik birleşimini arttırmak, üçüncü olarak cemiyetleri endüstride bölgesel teşebbüslerde yer almaya teşvik etmek ve son olarak bölgede serbest, özgür ve temsil gücü olan işçi sendikalarının gelişmesine destek vermek şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁹.

ACTU'nun müşterek çalışmalarda bulunduğu kurumlar ; ICFTU, ICFTU-APRO, OECD (TUAC) işçi sendikaları danışma komitesi, Pasifik ve Okyanus İşçi Sendikaları Konseyi (SPOCTU) dir.

ACTU, merkezi Cenevre'de bulunan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nun güçlü bir destekleyicisidir. ACTU ikinci dünya savaşından bu yana ILO'nun idari heyetindedir. ILO, tüm dünyada emek standartlarını iyileştirmek ve işçi haklarını ön plana çıkarmak için çalışmalarda bulunmaktadır.

³⁷ UPHAM, s.255,256,

³⁸ TUTA, s.13.

³⁹ BACKGROUND Paper of ACTU, s.8

ACTU bölgesel projelerde ve ILO'da yer alması ve merkezi Singapur'da bulunan Hür İşçi Sendikaları Uluslararası Konfederasyonu Asya Pasifik Bölgesel Örgütüne (ICFTU/APRO) üye olması dolayısıyla bölgede kurumsal bir katılım bulunmaktadır⁴⁰.

Avusturalya Pasifik Ekonomik İşbirliği Komitesi (AUSPECC) ve insan kaynakları geliştirme ekibi üyeliği, gerekse diğer ekipleri ve forumları yoluyla Asya Pasifik Ekonomik İşbirliği (APEC) örgütünde yer almaktadır.

ACTU'ya bağlı sendikalar ile bölgedeki bölgesel işçi sendikası arasındaki ilişkiler heyetler ve Uluslararası İşkolu Sekreteryalari vasıtasıyla ya da doğrudan katılım yoluyla sürdürülmektedir.

B- SOSYAL FAALİYETLER

ACTU ve bağlı sendikalarının hemen tamamının hukuk servisinde çalışma hayatına ilişkin konularda üyelerine ücretsiz danışmanlık hizmeti veren hukuk müşavirleri bulunmaktadır.

Bu ülkede sendikalar üyelerine çok cüz'i paralarla muhasebe, bilgisayar, internet eğitimi olanakları sunmaktadırlar.

ACTU; ACTU-Trust isimli bir birim kurmak suretiyle ekonomi ve finans konusunda uzman istihdam ederek ya da uzman şirketlerle anlaşarak sendika üyelerine yatırım, finansal ve ekonomik konularda ücretsiz danışmanlık hizmeti vermeyi sağlamaktadırlar⁴¹.

Bu kuruluş emeklilik primleri ve sosyal güvenlik konularında da danışmanlık hizmeti sunmaktadır.

ACTU, ACTU Financial Services isimli birimi ile üyelerinin tasarruflarına katkıda bulunmak ve daha iyi şartlarda ve üyelerine ekonomik katkı amacı ile "Union National Visa Card" isimli visa kartını üyelerinin hizmetine sunmaktadır⁴².

ACTU, aynı gerekçe ile sahibi olduğu Worker's Bank'tan da aynı imkanları master kart ile sağlamaktadır.

ACTU kurduğu birimle üyelerine (yüzme, futbol, dalgıçlık, dağcılık gibi) spor branşlarında sosyal hizmet sunduğu gibi, sosyal ve psikolojik konularda danışmanlık hizmetleri de vermektedir⁴³.

ACTU sahibi olduğu zengin kütüphanesi ile başta sendika yöneticileri ve üyeleri olmak üzere dileyen araştırmacılara okuma ve çalışma imkanı vermektedir⁴⁴.

⁴⁰ BACKGROUND Paper of ACTU, s.11.

⁴¹ ACTU Workers Trust Broşürü , Tarihsiz, s.1.

⁴² ACTU Financial Services, Tarihsiz, s.2

⁴³ ACTU, The Work Book Melbourne,1997, s.5.

⁴⁴ The WORK Book of ACTU, s.13.

ACTU'nun özürlü işçilere yönelik rehabilitasyon ve yeniden işe kazandırma faaliyetleri de bulunmaktadır. CRS isimli firma, işyerinde iş kazası sonucunda sakat kalan veya ve çalışmasına engel özür teşkil eden bedensel ve ruhsal problemlili çalışanları özel olarak rehabilite etmektedir. ACTU da CRS ile işbirliği yaparak çalışma gücünü kısmen ya da tamamen kaybeden işçilerin eğitim ve rehabilitasyonunda önemli katkıda bulunmaktadır⁴⁵.

ACTU, Union Aid Abroad isimli ve kısa adı "APHEDA" olan denizaşırı ülkelerin sendikalarına ve diğer sivil toplum kuruluşlarına sağlık, eğitim, insan hak ve özgürlüklerinin gelişimi, insani programlara ve ülke kalkınmasına katkı amacı ile 1984 yılında kurulmuştur. Örgüt bu güne değin 50 eğitim projesine, katkıda bulunduğu gibi 2002 yılı sonuna değin 15 ülkede 40'tan fazla projeye insani yardım yapmıştır.

ACTU'nun sahibi olduğu bu kuruluşa ACTU'ya bağlı sendikalar ve Avusturalya eyaletleri ve hükümeti de ekonomik katkıda bulunmaktadır⁴⁶.

C- EKONOMİK FAALİYETLER

1- Yatırım Faaliyetleri

ACTU, Avustralya İmalâtçılar Odası AMP "tarafından bir yatırım aracı olarak kabul edilen-DAF-Avustralya Geliştirme Fonu" kurmuştur. Bu fon sendikal örgüt olarak ekonomik amaca yönelik olarak yaptığı çeşitli yatırım, çalışmalarından birisidir. Bu fona, "ARF-Avustralya Emeklilik Fonu", "STA-Avustralya Emekli Sandığı" ve "HESTA- Avustralya Sağlık İşçileri Emekli Sandığı" da iştirak etmiştir. Fonda biriken para 1994 sonunda 45 milyon dolara baliğ olmuştur. 1996 ortalarında bu rakam 65 milyon dolar ile 100 milyon dolar civarında gerçekleşmiştir. DAF, sermayesinin üçte ikisini alt yapı yatırımlarına, üçte birini sermaye geliştirmeye tahsis etmiştir. DAF yatırımlarını yeni alanlara tahsis ettiği gibi, "Greenfields" projelerine odaklı olarak ta gerçekleştirmektedir.

Alt yapı olarak DAF, Melbourne şehri kent bağlantılarının yol geliştirmesine 40 milyon dolar kredi vermiş ve 1995 sonunda da Sidney hafif ray sistemine enerji istasyonu ve boru hatlarına yatırım yapmaya başlamıştır⁴⁷.

ACTU ve bağlı sendikalarının yıllık raporlarının incelenmesinden bu kuruluşların gelirlerinin bir kısmını paraya çabuk tahvil olabilecek yatırımlara yönelttikleri anlaşılmaktadır. Aynı raporlarda mevcut parasal kaynakların diğer bir kısmının da uzun vadede kar kazandıracak şirket yatırımlarına kaydıkları ve banka faizlerinin de gelir cetvellerinde çok önemli bir yeküna ulaştığı da anlaşılmaktadır⁴⁸.

⁴⁵ WORKPLACE The ACTU Magazine, Winter 1995, s.14.

⁴⁶ APHEDA Tanıtım Büroşürü 2002, s.1.

⁴⁷ BACKGROUND Bargaining s.34

ACTU'nun sahibi olduğu seyahat acentesinin⁴⁹ yanı sıra , % 100 hissesi kendi örgütüne ait olan 1977 yılında kurulan Union Shopper Inc. isimli şirketin bulunduğu da aynı raporlardan anlaşılmaktadır. Şirketin amacı çalışanların tasarruflarını en iyi şekilde değerlendirmek, yüksek kaliteli hizmet ve ucuz mal alıp satma olarak belirlenmiştir. Şirket başlangıçta belirlenen ekonomik gayeleri zamanla geliştirilerek ekonomik işlevleri de arttırılmıştır. Şu anda da serbest piyasaya hisse sunumu ve satılması işlevlerini yürütmektedir. Bu şirket genel olarak hizmet sektörünün her birinde faaliyet icra etmesine karşılık özelde PC ve internet erişim paketleri ticareti ile ilgilenmektedir. Son iki yılda 50.000 PC ve internet erişim paketi satışını gerçekleştirmiştir⁵⁰. Sendika üyelerine de piyasanın çok altında mal satarak (beyaz eşya, mobilya, bilgisayar, elektrik malzemeleri, 1 ve 2. el araba ticareti) üyelerine de ekonomik girdi sağlamakta, hem bu işten maddi gelir elde etmektedir⁵¹.

2- Bankacılık Faaliyetleri

ACTU, bu ülkede faaliyet gösteren Workers' Bank (İşçi Bankası)'nın sahibidir. Bu banka başta çalışanların tasarruflarını sosyal açıdan en iyi bir şekilde değerlendirmek ve çalışanlara ucuz ve sosyal içerikli kredi verme amacı ile kurulmuş ise de şu anda serbest piyasa ilkelerine göre hareket etmektedir. Buna rağmen sendika üyelerine komisyonsuz işlem yapmak, master kartlara düşük kredi faizi işletmek, ACTU üyelerine en iyi şartlarda konut kredisi sağlamak gibi avantajlar da sağlamaktadır. Ancak Workers' Bank bu gün için ağırlıklı olarak serbest piyasa ekonomisi ve genel bankacılık ilkelerini esas alan ekonomik faaliyetler icra etmektedir.

3- Sigortacılık Faaliyetleri

ACTU'nun finans birimi olan ve kendi başına müstakil kurum gibi işlev görebilen ACTU Financial Services Trust ile Heath Fielding Australia Ltd.' nin ortaklığı ile birlikte Commercial Union Assurance Company of Australia Limited isimli özel sigorta şirketi kurmuşlardır. Bu şirket tüm Avustralya'da yaygın olarak ev, araba, ev eşyaları v.b. konularda sigortacılık hizmeti sunmaktadır. Bu şirketin ülke geneline yayılmış çok sayıda acentaları (FST Insurance Broking Pty Limited gibi) bulunmaktadır⁵².

ACTU'nun yapmış olduğu ekonomik faaliyetler; tıpkı İsrail'de, Almanya'da ve İngiltere'de olduğu gibi, geleneksel sendika tanımlamasının çok dışında kalmaktadır. Zira işçi sendikaları temsilcisi oldukları işçilerin patronu ve işvereni durumuna gelmişlerdir. Bu durum onlara ekonomik

⁴⁸ APESMA Annual Report Inside, Professional Update Published by Association of Professional Engineers, Scientists and Managers, South Melbourne April-1996 s.12

⁴⁹ ACTU Travel Agency Broşürü s.1

⁵⁰ ACTU-2002 s.6

⁵¹ ANNOUNCING Union Shopper-2000 Satış Broşürü s.2

⁵² COMMERCIAL Union Insurance Tanıtım Broşürü – Tarihsiz s.2

avantaj sağladığı gibi piyasa koşullarını bizzat yaşamalarına, sorumluluk üstlenmelerine neden olmuştur. Ayrıca çok sayıda işçiye de istihdam alanlarını açmanın onurunu yaşatmıştır.

D- YÖNETİME KATILMA FAALİYETLERİ

1- İşletme Düzeyinde Yönetime Katılma

Diğer batılı ülkelerde olduğu gibi Avusturya’da da işletme düzeyinde yönetime katılma faaliyetleri daha çok toplu iş sözleşmeleri ile sağlanmaktadır. Bu katılım sendika temsilcisi vasıtası ile gerçekleşmektedir. Bu ülkede sendikaların akdetmiş olduğu toplu iş sözleşmelerinden yararlanabilmek için ya sendikaya dayanışma aidatı ödenmek ya da sendikaya üye olma zorunluluğu söz konusudur. Bu nedenle, sendikaların işyerlerinde önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır⁵³. Özellikle iş akitlerinin haksız feshinde ücret, tayin ve terfide sendikanın işyeri temsilcisinin, işyeri yönetiminde işçileri ilgilendiren konular dahil, çok önemli etkisi bulunmaktadır.

1990-1995 yılları arasında yapılan araştırmaya göre Avusturya’nın genelinde işçi sendikalarının, toplu iş sözleşmesi akdetmiş olduğu işyerlerinin üçte birinde, sendika temsilcisi bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu durum sendikaların zamanla, etkisizleşmesi sonucunu da doğurmuştur. Nitekim işyerinde sendika temsilcisi bulunmayan işyerlerinin önemli bir bölümü tamamen sendikasızlaşmıştır. Bu işyerlerinde bireysel hizmet akitleri ile iş akitleri dönemi başlamıştır.

2- Ülke Yönetiminde Katılma Faaliyetleri

Avustralya’daki sendikalarının yöneticilerinin büyük bir çoğunluğu Avustralya’da iktidarı belirli dönemlerde tutan “ALP-Avustralya İşçi Partisi”ne üye olmuşlardır. Bununla birlikte sendikalar siyasi partiler konusunda bağımsız hareket etmektedirler. İşçi Partisi Hükümetinin 1983’te işbaşına getirilmesi üzerine, ACTU ve Avustralya İş Partisi bir dizi “anlaşmalara” girişmiştir. Bunlar ücretler, işe alma, ekonomik politika ve sosyal ücret konularında taraflar arası anlaşmalardır.

Mart 1996’da yapılan seçim sonuçları ile muhafazakar hükümet büyük çoğunlukla işbaşına getirilmiştir. Yeni hükümet Avustralya’daki sendikalarla yapılan mutabakat ve sosyal anlaşmaları daha ileri boyutta müzakere etme niyetinde olmamış ve sendika karşıtı bir durum sergilemiştir⁵⁴.

a-Fiyatlar ve Ücretlerin Uyumuna İlişkin Anlaşma; İşçi Partisinin henüz muhalefette olduğu 1983 yılında Avustralya İşçi Partisi-ALP ve ACTU tarafından imzalanmıştır. Bu anlaşma Avustralya’yı iki haneli enflasyon rakamları ve işsizlikle, yetersiz sağlık ve sosyal güvenlik

⁵³ CROSBY Michael Sendikal Örgütlenme Dünya Sendikal Hareket Petrol –İş Sendikası Genel Başkanlığı Yayını– 3 İstanbul-2001 s.119

⁵⁴ BACKGROUND Paper of ACTU s.4

politikalarıyla ve yüksek düzeyde uyumsuzlukla karşı karşıya bırakan muhafazakar hükümetin o günkü politikalarına alternatif oluşturan bir ekonomik strateji olarak düşünülmüştür.

b-Uyum anlaşması, asıl olarak hükümet ve ACTU tarafından imzalanan sosyal ve ekonomik politikalara ilişkin bir dokümandır. Doküman 13 yıllık geçmişinde birtakım değişikliklere uğramış ve esas olarak ACTU ve federal hükümet arasında istişare sürecini oluşturmuştur.

Uyum anlaşmasının amaçları şu şekilde belirlenmiştir ;

-İşsizliği ve enflasyonu azaltmasını sağlamak.

-Muhtemel sosyal problemlerde tarafların ortak rızasına dayalı bir yaklaşım sağlamak.

-Ekonomik ve sosyal politikaları birleştirmek, ortak kararlar almak.

-1970'lerin sonu ve 1980'lerin başında iktidarda olan Fraser Hükümeti döneminde Avustralya'yı kuşatan uyumsuzlukları azaltmak.

- Bu dönemde daha geniş çaplı ekonomik reformlara ilaveten Uyum Anlaşması'nın "sosyal ücret"inde de değişiklikler yapmıştır. Bu değişiklikler;

- "Medicare" olarak bilinen bir evrensel sağlık sisteminin kurulması,

-"Emekli ikramiyesi"nin sağlanması ve artırılması,

-Federal olarak ödenek bağlanmış çocuk sağlığı binalarının artırılması,

-İşçilerin üzerindeki vergi yükünü hafifletmek ve daha eşitlikçi bir vergi tabanı sağlamak için bir vergi reformunun gerçekleştirilmesi,

-İş akitlerinin feshinde yönelik takip edilecek usul ve esaslara yönelik anlaşmaların sağlanması ve gereksiz işçi (TCR) için kararların alınması,

-Doğum ödenek ve aile yardımının sağlanması,

-Eğitim ve meslek eğitimi reformunun sağlanması,

-Stajyerliği içeren emek pazarı programlarının sağlanması amaçlanmıştır.

-Uyum projesi 1983'ten 96'ya kadar sürmüştür ve sanayileşmiş dünyada en uzun süren ve diğer endüstrileşmiş ülkelerde ortak gelir politikalarının ve sosyal siyaset ilkelerinin reddedildiği bir dönemde bir ortak program yürütülmüştür.

E- SENDİKALARIN BASKI GRUBU OLARAK FAALİYETLERİ

ACTU, Eylül 2001 tarihinde son kongresini yapmıştır. Bu kongrede en çok gündeme gelen konular; Dawkins Hükümetinin hazırladığı bütçeye karşı memnuniyetsizliği, daha az iş saatleri ve işsizliğin azalması, izin ve mali teşebbüslerle ilgili olmuştur. ACTU, işverenlerin muhtemel karşı etkisinden korktuğu için ALP-İşçi Partisini, bu etkilerin yapıldığı pazarlık ünitelerinin yaptıkları işlemlerini veto etmesi için ikna etmiş ve kısmen başarılı olmuştur. ACTU, sendikasız toplu pazarlık birimleri şeklinde potansiyel rakiplerinin çıkmasından ve grev yapan işçilere karşı müeyyide kullanmaktan korkmasına rağmen, bu konuda fazla direnmemiştir. ACTU'nun ALP ile imzaladığı ikili sosyal protokoller, İşçi Partisi'nin iktidarda kalması ile sınırlı olmuştur. Bu protokoller, ortalama sayısal gücü olan işçi sendikalarına somut yararlar getirmiştir.

ALP'nin ACTU'ya odaklı organize edilmiş işçi hareketleriyle çok yakından bir ilişkisi vardır. Sendikaların tespit ettiği delegeler parti konferanslarına ve kongrelerine giderek parti içinde oy kullanmakta ve milletvekillerini desteklemektedir. ALP Başkanı Bob Hawke iktidara gelmeden önce ACTU Başkanıydı ve 1993' te John Dawkins'den sonra gelen Finans Bakanı Ralph Willis'de ACTU araştırma sorumlusu idi. Pail Keating Municipal Employers Union isimli sendikanın bir araştırma personeli olarak iş hayatına başlamıştır. 1995 yılında ACTU Başkanı Martin Fenpushen politikaya giren en son sendika lideri olmuştur. Simon (Keating Hükümeti'ndeki işverenlerin başkanı) daha önce sendika başkanıydı.

ACTU⁵⁵ ve Avustralya sendikaları için 1998'de en temel problem olarak aşağıda belirtilen konular sunulmuştur. Sendikalar ve üst örgüt olarak ACTU baskı grubu faaliyeti olarak hükümetten, kamuoyundan, sivil toplum kuruluşlarından ve çalışanlardan bu konuda katkıda bulunmalarını talep etmektedir⁵⁶.

ACTU ve bağlı sendikalar son zamanlarda kabul ettikleri ilkeler ile aşağıdaki konularda baskı grubu faaliyeti olarak hareket etme kararı almıştır.

- Sendikaların etkinliğini ve üyelerinin sayısını artırmak.
- Ücret artışı için iş pazarlıklarında başarılı sonuçlara ulaşmak.
- İşçi sendikalarının durumu kötüleştirmek için yasa çıkaran muhafazakar hükümete karşı etkili olmak.

⁵⁵

⁵⁶ **HARCOUT Tim**, Question and Answer Guide For International Visitors, ACTU, Melbourne, 1998, s.2.

- İşçi grubunda en fazla ihtiyacı olanlara yardım etmek için politikalar geliştirmek ve uygulamak.
- Avustralya'da toplumsal bir ilerlemeyi başarmak için benzer düşünce yapısına sahip diğer örgütlerle çalışmak.
- Avustralya'nın asıl halkına toprak hakları ve kültürlerinin tanınması amacıyla verdikleri mücadelede adil bir sonuca ulaşmaları için destekte bulunmak
- Ülkede özgür ve etkin işçi sendikası örgütleri geliştirmek için ICFTU ve diğer uluslararası örgütler ve diğer ulusal işçi sendikası merkezleriyle yakın bir işbirliği ile çalışmalar yapmak.
- Bir bağımsız Avustralya Cumhuriyeti'nin oluşuma için eylemleri desteklemek⁵⁷.
- Ülkede nükleer denemelere karşı çıkmak ve barış ve nükleer silahsızlanma çağrısı yapanlara destek vermek.
- Tüm dünyada çocuk işçi çalıştırılmasına son verilmesine çağrıda ilerici hareketlere ve sendikalara destek vermek.
- Fransa'nın Pasifik'teki nükleer denemelerine karşı sendikaların tutumu protesto etmek. Zira bu hareket baskı grubu faaliyeti olarak çok net bir etkinliktir.

ACTU Başkanı Martin Ferguson; Fransa'nın Mururoa'da nükleer denemelerini ilk olarak sert ve kararlı bir şekilde protesto etmiş, ACT'nun, kendileri gibi tepki gösteren sivil toplum örgütleri arasında yer aldığını, belirtmiştir. Ferguson, sendika hareketinin uluslararası konulara karşı uzun bir duyarlılık geleneği olduğunu, Endonezya'nın bağımsızlığı, Vietnam Savaşı'nın sona ermesi, Güney Afrika'da Apartheid'in (ırk ayrımcılığı) sona ermesi gibi mücadeleleri desteklediğini örnek olarak vermiştir.

Fransa'ya karşı anti-nükleer kampanyaya yönelik ilk harekete geçenlerden birisi de -ACTU'dan ayrı olarak- Maritime Sendikası olmuştur. Bir denizcilik sendikası olan bu sendika, Fransız Devletine ait gemicilik şirketi CGM Tour de Monde ve Anzdl ve Sofrane Line gibi diğer Fransız şirketlerini hedef almıştır. Sendika, Fransa'nın nükleer denemelerini protesto etmek amacıyla, Fransız Container Gemileri'ni 72 saat limanda tutmuştur.

⁵⁷ Bilindiği gibi Avustralya Devleti halen İngiltere Kraliçesi'ne bağlıdır. Devlet başkanı da Avustralya Genel Valisi sıfatını haizdir.

Construction Forestry Mining Energy Union (CFMEU) da Fransız yapı malzemelerine engeller koymakta tereddüt etmemiştir.

Communications Electrical Electronic Energy Information Postal Plumbing and Allied Services Union (CEPU) CEPU Sendikası Fransız meslektaşlarına bu kampanyaya destek çağrısı yapmıştır. CEPU, Fiji ve Yeni Zelanda'daki sendikalarla birlikte hareket ederek, Fransız diplomatik misyonlarının hizmetlerini kesintiye uğratmaya başlamıştır.

Fransız elçiliğine ve konsolosluğuna giden ve buradan gelen tüm mektupların dağıtımını engellemiştir. Yine, Transport Workers Union (TWU) ulaştırmada Air France (Fransız Hava Yolları)'nın faaliyetlerini engellemiş ya da çalışmalarını sekteye uğratmıştır.

Yine 1996 yılında İşçi Partisi Hükümeti'nden sonra gelen muhafazakar eğilimli hükümetin işletme düzeyinde bireysel hizmet akdine yönelen ve toplu iş sözleşmelerinden uzaklaşmayı hedefleyen sendikalardan gücünü azaltan Avustralya İşyeri İlişkileri Kanunu'na ve onun uygulanmasına karşı bütün işçi kuruluşları çok sert bir tepki göstermişlerdir. Bu gerekçe ile çok sayıda bilgilendirme toplantısı yapmışlar, çok miktarda rapor ve broşür yayınlamışlar, çok sayıda işçi hak ve özgürlüklere olabilecek darbe konusunda onları uyarılmışlar, senatörlere yönelik olarak ta yazılı mektup kampanyası başlatmışlardır⁵⁸.

III- SONUÇ

Avustralya'da işçi hareketleri, Avrupalı göçmenlerin adaya ayak basmaları ile başlamıştır. Zamanla bu hareketler işçi örgütlenmelerine dönüşmüştür. İlk işçi örgütlenmesi 1890 yılında gerçekleşmiştir. Bu tarihten günümüze değin sürekli olarak sendikaların önemli faaliyetleri gözlemlenmiştir.

Avustralya İngiliz sendikacılığından etkilenmekle birlikte; Kara Avrupa'sı ve ABD sendikacılığında da etkilenmiş sonuçta çok önemli bir kompozisyon ortaya çıkmıştır. İlişkiler başlangıçta yazısız ve tarafların mutabakatı ile gelişmiş, ancak (müstakil bir Sendikalar Yasası hariç) yazılı niteliğe dönüşmüştür. Sendikalar, toplu pazarlıklarda hep "sosyal sorumluluk kuşanmış bir taraf" görüntüsünde olmuş , çok gerekmedikçe ve bütün barış yolları denenmedikçe grev ya da diğer endüstriyel aktivitelere yönelmemişlerdir.

Sendikalar kendi örgütlenmelerini de yine kendi ilke ve sorumluluk anlayışı ile kongre kararları ile uygulamaya geçirmişlerdir.

Avusturalya dünyanın gelişmiş ülkelerinden biri ve demokratik devlet yapısına sahiptir. Bunun sonucu olarak ta bir sosyal partner olarak sendikaların bu ülkenin sosyal yaşamında sendikaların çok önemli

⁵⁸

VICTORIAN Trades Hall Council Broşürü, Carlton, 1997, s.1,4.

fonksiyonu bulunmaktadır. Sendikalar her zaman , Muhafazakar Hükümet dahil, ciddiye alınan demokratik kuruluşlar olarak kabul edilmiştir. Ülkenin sosyal ve siyasal yaşantısına ve demokrasinin gelişmesine sendikaların çok olumlu katkıları olmuştur. Bazı Kara Avrupa'sı ülkelerinde görülen işçi sendikalarının “rejim karşıtlığı” veya “rejimi değiştirmek için araç kuruluş olma” yaklaşımı hiçbir zaman olmamıştır.

Bu ülkenin işçi sendikaları ve onların üst örgütleri olan ACTU vasıtasıyla, çok önemli bir ekonomik birikime sahiptirler. Sendikalar bu birikimlerini eğitim faaliyetlerinde, ekonomik etkinliklerde ve sosyal konulardaki faaliyetlerde değerlendirmektedir. ACTU'nun ekonomik faaliyetlerinde kar amaçlı özel şirket kurup işletmeleri, özel sigortacılık aktiviteleri ile bankacılık yatırımları çok önemli yer tutmaktadır. Bankacılık faaliyetleri serbest piyasa ilkelerine göre yapılması çok dikkat eden bir husustur. İşçi sendikalarının yaptıkları ekonomik faaliyetler, onları hem işçi temsilcisi hem de işçilerin patronu konumuna getirmiştir. Bu durum ise geleneksel sendika tanımına aykırılık teşkil etmektedir.

Sendikaların işletme düzeyindeki faaliyetleri ile ülke düzeyindeki yönetime katılma faaliyetleri çok dikkat edici boyuttadır. Bu kazanımlar yasalarla değil, ikili sosyal protokollerle ve toplu iş sözleşmeleri ile sağlanmaktadır.

İşçi sendikalarının ülkenin siyasal hayatı ile yakın ilişki içinde olmuşlar ve genel olarak seçimlerde kendilerine daha yakın olarak gördükleri “ALP-Avustralya İşçi Partisi” ne destek vermişlerdir. Ancak bu durum onları muhafazakarlarla ilişki içinde olmalarına engel olmamıştır.

Bu ülke sendikalarının özellikle “Baskı Grubu Faaliyetleri” de çok önemli boyuttadır. İnsanlığı, Avustralya vatandaşlarını, toplumunun genelini ya da önemli bir kesitini ilgilendiren konularda meşru zeminlerde kalmak kaydıyla çok önemli etkinlikte bulunmaktadırlar. Ancak kendi mensuplarını ilgilendiren konulardaki baskı grubu olarak yaptıkları faaliyetler çok önemli ve istikrar kazanmış etkinliklerdir.

ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE İSTİHKAK DAVASI (*REI VINDICATIO*)

Seldağ GÜNEŞ CEYLAN*

ÖZET

Çağdaş hukuk sistemimizin temellerini Roma Hukuku'ndan almıştır. Bunun sonucu olarak Roma Hukuku'nda kabul edilen birçok kavram ve kural genelde çok küçük değişikliklerle bugün uygulanan hukuklarda, özellikle Kıta Avrupası Hukuku'nda varlığını devam ettirmektedir. Roma Hukuku'nda *rei vindicatio* olarak isimlendirilen istihkak davası günümüzde de çağdaş hukuk sistemlerinde varlığını sürdürmektedir. TMK md. 683'e göre "Mülkiyet, eşya üzerinde, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla, en geniş yetkiler sağlayan aynî haktır." Bunun bir sonucu olarak, malikin eşya üzerindeki, mülkiyet hakkının üçüncü kişilere karşı korunması için malike bu yetkilerin yaptırımı olan, istihkak ve men'i müdahale davaları açma hakkı verilmiştir. Bu davanın amacı, zilyetliği kaybeden malikin, malik olduğunu ispat ederek, malını haksız olarak zilyet olandan geri almasıdır. Mülkiyet hakkı, günlük hayatımızın vazgeçilmezi ve en sık olarak başvurulun haklardan biri olmuştur. Dolayısıyla bu hakkın korunması da önem kazanmaktadır. Bu dava, mülkiyet hakkının tanımlandığı TMK md. 683 içinde yer almıştır. İstihkak davası buradan başka ayrı bir madde içinde düzenlenmemektedir. Bu nedenle bu davanın detaylı olarak açıklanarak, roma hukuku ile karşılaştırılmalı bir şekilde incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür.

SUMMARY

The roots of the Modern Legal Systems depend on Roman Law. In the Modern Legal Systems we see the same institutions, nearly with the same rules and with the same aim. In Turkish Civil Code art. 683, ownership is described. According to this article ownership of a thing gives great authorisation over its owner, but this right is not unlimited. It is limited by the legal rules. In this sence the owner have the right to protect his property. The ownership is protected by civil law with an action called *rei vindicatio*. This was an action against the possessor who do not have the ownership of the property, when the owner loses the possession of the property. The aim of this action was to gain the ownership of the property again from the possessor. As ownership rights have an important role in our daily lives, the protection of ownership gains great importance. This action takes place only

*

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

in Turkish Civil Code art. 683. It is not regulated in another article. For this reason it is thought that it will be useful to study *rei vindicatio* with a comparison of the same institution in Roman Law.

Anahtar kelimeler : istihkak, rei vindicatio, mülkiyet

Key Words : rei vindicatio, ownership

ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE İSTİHKAK DAVASI (*REI VINDICATIO*)

Roma Hukuku, modern hukuk sisteminin oluşumunda çok büyük rol oynamıştır. Medeni Hukukumuzda yer alan birçok kavramın temelleri Roma Devleti'nin siyasal dönemlerinde atılmıştır. Roma Hukuku'nda kabul edilen mülkiyet anlayışı, bugün hukuk sistemimizde kabul edilen mülkiyet kavramından farklı değildi. Roma Hukuku'nda mülkiyetin, "Bir kimsenin bir mal üzerinde sahip olduğu en geniş yetkileri içeren bir aynî hak" olduğu kabul edilmekteydi. Buna göre, mülkiyet hakkı malike üç yetki vermekteydi. Bunlar sırasıyla; 1- *Ius Utendi* (kullanma yetkisi) 2- *Ius Fruendi* (semelerden yararlanma yetkisi) 3- *Ius Abutendi* (mal üzerinde tasarruf etme yetkisi)'ydi. Roma Eşya Hukuku içinde yer alan mülkiyet hakkı hem kavram, hem de diğer koruma yolları açısından incelendiğinde, günümüz hukuk sistemiyle büyük benzerlikler taşıdığı görülmektedir.

Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 683. maddesinde mülkiyet hakkının bir tanımı yapılmamakla beraber, " Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir." ibaresi yer almaktadır. Bu maddeye göre; "Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı, istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir." Bu hükmün yanında, Eşya Hukuku'na ait kurallar gözönünde bulundurulursa, mülkiyetin, "eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan aynî hak" olarak tanımlanması uygun olacaktır.

Mülkiyet hakkı sahibi, mülkiyetine konu olan eşya üzerinde, gerek fiilen, gerekse hukuken tasarruf edebilecek, o eşyayı kimden gelirse gelsin, her türlü saldırıya karşı koruyabilecektir. Malik, malı üzerinde kural olarak dilediği gibi tasarrufta bulunabilmektedir. Burada kastedilen fiili ve hukukî tasarruf yetkisidir. Mülkiyet hakkı, devamlı, kullanmak suretiyle sona ermeyen, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır. Ancak mülkiyet

hakkı sahibinin, malı üzerinde sınırsız yetkilere sahip olduğu da düşünülmemelidir.

Modern mülkiyet anlayışı, malikin eşya üzerindeki yetkilerinin sınırsız olmasını kabul etmemektedir. Mülkiyet hakkının klâsik anlayış tarzının aksine, mutlak ve sınırsız yetkiler tanıyan dokunulmaz bir hak olmadığı düşünülmektedir¹. Mülkiyetin özünde, yetkilerin yanında, ödevler de bulunduğu kabul edilmektedir. Mülkiyet hakkı, anayasa ile teminat altına alınması nedeniyle, öncelikle anayasa ile korunmaktadır ve bir anayasal hak olduğunu söylemek mümkündür. Anayasa'nın 35. maddesinde, mülkiyet hakkı, temel haklar arasında yer almıştır, ancak burada da mülkiyet hakkının tarifi yapılmamıştır, ancak "Herkes, mülkiyet ve miras, haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." demek suretiyle mülkiyet hakkına ait genel bir kurala yer verilmiştir.

Anayasa md. 35'te, mülkiyet hakkının "kamu yararı amacıyla" sınırlandırılabilceği ve "toplum yararına aykırı biçimde" kullanılmayacağı ibareleri mevcuttur. Aynı şekilde, TMK md. 683'te malikin tasarruf yetkisinin "hukuk düzeninin sınırları içinde" mevcut olduğu belirtilmiş, mülkiyetin hiçbir sınır tanımayan, kendisine dokunulamayan bir hak sayılamayacağı ifade edilmiştir. Bu maddelerden yola çıkarak mülkiyetin şu şekilde tanımını yapmak mümkündür: "Mülkiyet, eşya üzerinde, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla, en geniş yetkiler sağlayan aynı haktır." Yani mülkiyet hakkı, bu hakka sahip olan kişiye, hakka konu olan mal üzerinde yararlanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme hakkı vermektedir.

Malikin eşya üzerindeki, mülkiyet hakkının üçüncü kişilere karşı korunması için malike ait bu yetkilerin yaptırımı olan, istihkak ve men'i müdahale davaları TMK md. 683'te düzenlenmiştir. Kanunda belirtilen bu davalarla, doğrudan doğruya mülkiyet hakkından doğan yetkilerin üçüncü kişilere karşı kullanılabilmesi olanağı sağlanmıştır². Malikin rızası dışında veya haklı bir neden bulunmadan eşyaya el koyan üçüncü kişiden bu eşyanın geri alınması istihkak davası ile sağlanmaktadır.

TMK'nun 683. maddesinde, istihkak davasından kısaca söz edilmiştir, ancak kanuna, bu maddenin dışında herhangi bir düzenleyici hüküm konulmamıştır. TMK'nun "Miras Hukuku" adı altında bir davadan bahsedilmektedir. Bu dava, bir kimsenin mirasçılık sıfatına ve bundan doğan tereke malları üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak, tereke mallarını alıkoyup, kendisinin miras hakkını tanımayanlara karşı, bu malların geri

¹ **HATEMİ Hüseyin- SEROZAN Rona- ARPACI Abdülkadir:** *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991, sh. 6.

² **KARAHASAN Mustafa Reşit:** *Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku* II. Cilt, Ankara 1977, sh. 11.

verilmesini sağlamak amacı ile açılan bir dava şeklinde tanımlanmaktadır³. Ayrıca İcra İflas Kanunu'nda md. 96-99'da hacizden doğan istihkak davaları geniş bir şekilde düzenlenmiştir⁴. Her üç davanın adının da istihkak davası olmasına rağmen konuları ve içerikleri birbirinden tamamen farklıdır. Bu yazıda, TMK'nun "Eşya Hukuku" başlıklı 4. Kitabında yer alan istihkak davası incelenecektir. başlıklı 3. Kitabında md. 637-639'da, "miras sebebi ile istihkak davası

1- İSTİHKAK DAVASI (*REI VINDICATIO*)'NİN KONUSU VE AMACI:

Roma'da mülkiyet hakkı malike çok geniş yetkiler sağlamaktaydı. *Ius civile* mülkiyetinin korunması⁵, malın zilyetliğinin malik tarafından kaybedilmesi halinde *rei vindicatio* ile sağlanmaktaydı. *Rei vindicatio*'yu terminolojik açıdan inceleyecek olursak, latince "res" kelimesi genel olarak maddi ve manevi herşey için kullanılmaktaydı. Hukukî bakımdan ve dar manası ile "res", mal veya şey anlamlarına gelmekteydi. *Vindicare* ise, geri almak, hakimiyet iddiasında bulunmak anlamını taşımaktaydı⁶. Günümüzde istihkak davası olarak isimlendirilen *rei vindicatio* "malın geri alımı davası" olarak türkçe'ye çevrilebilmektedir. Bu davanın amacı, zilyetliği kaybeden malikin, malik olduğunu ispat ederek, malını haksız olarak zilyet olandan geri almasına dayanmaktaydı.

Roma Hukuku'nda *rei vindicatio*, *Ius Civile* mülkiyeti'ni koruyan, zilyet olmayan *Quirites* Hukuku malikin, malik olmayan zilyede karşı açtığı bir çeşit aynî davaydı⁷. Malik olmayan zilyet, haksız olarak başkasına

³ ŞENER Esat: *Türk Medeni Kanunu Açıklamalı İçtihatlı*, Ankara 1989, sh. 1194.

⁴ UYAR, Talih: *İcra Hukuku'nda İstihkak Davası*, Manisa 1981, sh. 33.

⁵ ERDOĞMUŞ Belgin: *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul 1994, sh. 20; "*Ius civile* mülkiyeti (= *Quirites* Mülkiyeti), *Ius civile* hükümlerinin uygulandığı ve bu hükümler çerçevesinde kurulan bir mülkiyet çeşidiydi. *Ius civile* mülkiyeti'nin kurulabilmesi için üç şart gerekmektedir:

A) Roma vatandaşları ancak bu mülkiyet hakkına sahip olabilmekteydiler.

B) Bu mülkiyet, üzerinde ferdi mülkiyet kurulabilen mallar üzerinde tesis edilebilirdi.

C) *Ius civile*'nin aradığı iktisap yolları (örneğin, *mancipatio* veya *in iure cessio*) ile mal iktisap edilmeliydi.

Quirites Mülkiyeti'ne ait hükümlerin, hem *mancipi* hem de *res nec mancipi* malları kapsadığı görülmekteydi.

⁶ UMUR Ziya: *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul 1983, sh.183.

⁷ SCHWARZ Andreas: *Roma Hukuku* 1. Cilt (Çeviren: Türkan RADO), İstanbul 1964 6. Bası, sh.223; KARADENİZ-ÇELEBİCAN Özcan: *Roma Eşya Hukuku*, Ankara 2000, s. 207; LEE R. W.: *The elements of Roman Law*, London 1956, sh. 181; TAHIROĞLU, Bülent: *Roma Hukukunda*

ait bir malın maliki kendisi imiş gibi, zilyetliğini elinde bulundurur ve malikin malından yararlanmasına engel olabilirdi. Klâsik Hukuk Dönemi'nde, mülkiyet hakkını tam olarak ihlal⁸ eden herkese karşı, *Ius Civile* maliki "*rei vindicatio*"yu açabiliyordu. *Rei vindicatio* ile ilk olarak davacının mal üzerindeki mülkiyet hakkı tespit ediliyor, daha sonra malın iade edilmesi veya tazmin edilmesi sağlanıyordu. *Rei vindicatio*, "*Ubi ream meam invenio, ibi eam vindicatio*", yani "Malımı nerede bulursam, orada geri alırım." kuralına dayanmaktaydı.

Klâsik Hukuk'ta *rei vindicatio*, bir aynâ yönelmiş *actio in rem* (aynâ dava) olarak esas karakterini muhafaza etmekteydi. *Rei vindicatio*'ya konu olan mal ferden belirlenmiş bir mal olmalıydı. *Rei vindicatio*'nun konusunu, malikin üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu malını, zilyetten geri alması oluşturmaktaydı. *Rei vindicatio*'nun amacı, davacının mülkiyet hakkının tesbiti ve malın ona bağlı olan şeylerle beraber iadesi idi. Bunlara semereler de dahildi.

Rei vindicatio'nun Klâsik Hukuk'ta muhafaza ettiği *actio in rem* (aynâ dava) karakterinin *Corpus Iuris Civilis*'te bir ölçüde kaybetmiş olduğu anlaşılmaktadır. Klâsik Hukuk'ta bazı özel davalara ilişkin veya davalının bazı özel taahhütlerine yönelik ileri sürülen bir kısım borç iddiaları da *Corpus Iuris Civilis*'te *rei vindicatio*'ya dahil olmuştu. *Formula* Usulünde, mahkumiyet *formula*'da belirtilmiş olan bir miktar paraya ilişkindi. Bu nedenle, davalının, davacının saptanan hakkının gereklerini kendi istemiyle aynen yerine getirdiği durumlar dışında, davacı, hakkının karşılığı olarak sadece bir miktar para almakla yetinmek zorundaydı⁹. Bu nedenle, bu dönemde *rei vindicatio*, aynâ davaların bir özelliği olan aynen ifa özelliğini kaybetmiştir¹⁰. Dava sonucunda davalı, ancak nakdî tazminata mahkum edilebilirdi.

İstihkak davası, bugünkü hukuk düzenimize göre, menkul veya gayrimenkul mal üzerinde, mülkiyet yahut sair aynâ bir hak iddiası içermektedir¹¹. İstihkak davası, eşya hukukunda, doğrudan doğruya zilyet olmayan malikin, malik olmayan zilyede karşı, mülkiyet hakkına dayanarak

Furtum, İstanbul 1975, sh. 135.

⁸ "Tam ihlal"den kasıt, malın maliki tarafından, malın tamamen zilyetliğinin kaybedilmesi halidir. Bir ihlalin olduğu ancak, zilyetliğin kaybedilmediği durumlarda, haksız müdahalede bulunana karşı "Müdahalenin Men'i Davası" (*Actio Negatoria in Rem*) açılabilir.

⁹ **ÇELEBİCAN-KARADENİZ Özcan**: *Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar- Genel Kavramlar- Şahsın Hukuku- Hakların Korunması*, Ankara 1977, sh. 347.

¹⁰ **KOSCHAKER Paul- AYİTER Kudret**: *Roma Hususî Hukuku'nun Ana Hatları*, Ankara 1975, sh. 162.

¹¹ *Türk Hukuk Lûgatı*, Ankara 1991, sh. 169; Latincesi, *rei vindicatio* olarak anılan istihkak davasının İngilizcesi, "Recovery of property", almancası ise, "Rückforderungsklage"dir. Ancak "*rei vindicatio*" terimi halen günümüz hukuk sistemlerinde dahi kullanılmaktadır.

açtığı ve haksız olarak ele geçirilen ya da alıkonulan eşyanın geri verilmesini sağlama amacını güden aynî nitelikte bir eda davasıdır¹².

Günümüz hukuk düzeninde istihkak davası, mülkiyet hakkına dayandığı için aynî bir dava olarak nitelenmektedir. Mülkiyete dayanan istihkak davası ile güdülen amaç, malikin mülkiyet hakkına dayanarak malın vasıtasız zilyetliğine kavuşmasını sağlamaktır¹³. Bu nedenle, zamanaşımına uğramaz ve eşyanın geri verilmesini sağladığı için edim davası olarak da kabul edilmektedir. Bu davada sadece mülkiyet hakkının tespiti ile yetinilmez, hakim aynı zamanda eşya üzerinde davacının zilyetliğinin kurulmasına da karar verebilir¹⁴.

Mülkiyet hakkı, malike eşya üzerinde zilyetlik kurma yetkisini verir. Malik, eşyanın haksız olarak zilyetliğinden çıkarılması ya da alıkonulması durumunda istihkak davasını açarak mal üzerinde zilyetliğinin kurulmasını talep eder. İstihkak davasının amacı, malikin eşya üzerinde zilyetliğin kurulmasını sağlamak, eşyanın zilyetliğine kavuşmaktır¹⁵. Bu nedenle, mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilen her eşya bu davaya da konu teşkil edebilmektedir¹⁶.

1- DAVANIN TARAFLARI:

A) Davacı Taraf (Actor):

İstihkak davasında davacı, malın vasıtasız zilyedi olmayan malikidir. Bu davayı mala hiç zilyet olmamış veya zilyetliği sonradan kaybetmiş olan malik açabilir. Davacı, müşterek mülkiyet hakkı sahibi olabileceği gibi bağımsız bir mülkiyet hakkına da sahip olabilir. Dava zamanında, zilyet sıfatına sahip bulunan maliklerin de istihkak davası açmaları mümkündür. Örneğin malın çalınması durumunda, zilyetliğini kaybetmiş olan malikin istihkak davası açması söz konusu olabileceği gibi malını kiraya veren malikin, kira konusunun kiracı tarafından hakkı olmadığı halde bir başkasına kiralanması durumunda da istihkak davası açması mümkündür¹⁷.

Roma Hukuku'na göre, davanın başladığı anda, malın maliki olan, ancak malın zilyetliğine sahip olmayan taraf, davacı sıfatıyla, *rei vindicatio*'yu açabilmekteydi. "*Affirmanti incumbit probatio*." "İddia eden ispatla yükümlüdür." kuralı gereğince, davacının mülkiyet hakkını ispat etmesi gerekmektedir.

¹² OĞUZMAN Kemal- SELİÇİ Özer: *Eşya Hukuku*, İstanbul 1998, sh. 99, "Zilyetliği rızası dışında sona erdirilen zilyetler de istihkak davası açabilirler. TMK md. 989'da, zilyetliğe dayanan istihkak davası düzenlenmiştir. Ancak sadece menkul mallar için söz konusu olduğundan bu davaya doktrinde menkul davası (Fahrnisklage) terimi kullanılmaktadır."

¹³ OĞUZMAN SELİÇİ, sh. 258.

¹⁴ HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, 71.

¹⁵ KARAHASAN, 12.

¹⁶ SİRMEN Lale: *Eşya Hukuku Dersleri*, Ankara 1995, sh. 237.

¹⁷ HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, 71; TAHİROĞLU, sh. 136.

D. 22, 3, 2., *Paulus (Edictum, lib. 69)*:

“*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*”

“İspat yükü, inkar eden üzerinde değil, iddia eden üzerindedir.”

Malik, malı devraldığı kimsenin yardımını istemek veya malı zamanasını ile iktisap ettiğini veya diğer herhangi bir şekilde iktisap ettiğini kanıtlayarak, ispat külfetini yerine getirebilirdi. Bu noktada Roma Hukuku ile günümüz hukuku arasında bir farklılık bulunmaktadır. Roma Hukuku'na göre, davanın açıldığı anda, ancak malik olan kişi bu davayı açabilirken, TMK'na göre, zilyet sıfatına sahip bulunan malikler de bu davada davacı olabilirler.

Medeni Kanunumuza göre, müşterek mülkiyette her paydaş, mülkiyet hakkının koruyucu yetkilerinden yararlanmak için istihkak davası açabilir. Bu durumda talep bölünemez olduğundan diğer paydaşlar da bu davanın sonucundan yararlanırlar (TMK md. 693)¹⁸. İştirak halinde mülkiyette ise, bütün ortakların birlikte veya bir temsilci vasıtasıyla dava açmaları gerekir¹⁹. Ortaklardan biri istihkak davası açmışsa, davanın sürdürülebilmesi için hakim tarafından verilen süre içinde ya diğer ortakların rızasının alınması gerekir²⁰. Malik önceden zilyet olduğu malın zilyetliğini tamamen kaybetmiş olabilir veya vasıtalı zilyet durumunda bulunabilir²¹. Ancak davanın açıldığı sırada davacının malik sıfatını haiz olması gerekir. Malın mülkiyeti davalıya veya bir başkasına geçmiş ya da mal telef olmuşsa, artık istihkak davası açılmaz. Davacının mülkiyet hakkını ve dava açıldığı günde davalının zilyet bulunduğunu ispat etmesi gerekir²².

B) Davalı Taraf (Reus):

İstihkak davasının amacı, malikin eşya üzerinde zilyetliğinin kurulmasını sağlamaktır. O halde bu dava, açıldığı zaman eşyaya zilyet olan kimseye yöneltilmelidir. Dava her çeşit zilyede karşı açılabilir. Zilyetliğin asli veya fer'i olması istihkak davasında davalının durumunu değiştirmez²³. Ancak, davalının zilyetliği haksız olmalıdır.

Davalının zilyetliğinin vasıtalı veya vasıtasız, asli veya fer'i olması önemli değildir. Eğer haksız zilyet dava konusu mal üzerinde bir başka kişiye de zilyetlik tanımışsa, örneğin kiraya vermişse, bu takdirde davacı davayı bunlardan yalnız birine veya her ikisine birlikte yöneltebilir. Fakat

¹⁸ **SİRMEN**, 237.

¹⁹ YHGK., 13. 03. 1981, E. 1979-8/80, K. 1981/143, YKD., 1981 Sayı: 7, sh. 801-803; Yargıtay, özellikle müdahalenin önlenmesi davası açısından verdiği kararda, iştirak halinde maliklerden biri veya birkaçının açtığı davaya diğerlerinin rıza göstermesini kabul etmektedir.

²⁰ **SİRMEN**, 238.

²¹ **OĞUZMAN Kemal**: *Eşya Hukuku*, İstanbul 1992, sh. 273.

²² **TAHİROĞLU**, sh. 136; **KARAHASAN**, 16.

²³ **BERTAN Suad**: *Aynî Haklar* Cilt: I, Ankara 1976, sh. 202.

dava sonunda alınacak ilam yalnız davalıyı bağlayacağından böyle durumlarda davanın her iki zilyede birden yöneltilmesinin uygun olacağı düşünülebilir²⁴.

Rei vindicatio'da, davalı olan taraf ise, malın zilyedi olan, ancak malın maliki olmayan kişiydi. İspat külfetinin davacıda olması nedeniyle, dava sonuçlanıncaya kadar davalının zilyetliği korunurdu.

D. 50, 17, 128 **Paulus (Edictum, lib. 19):**

“*In pari causa possessor potior haberi debet.*”

“Taraf dengelerinin eşit olduğu bir durumda, zilyedin daha güçlü olduğu kabul edilmelidir.”

Paulus'a ait bu cümleden de anlaşılacağı gibi, malı elinde bulunduran zilyet bir ispat yükü altında olmadığından, daha elverişli durumda bulunmaktaydı. Malik, iddiasını kanıtlayamazsa, mal davalı olan zilyette kalmaya devam ederdi.

Davalının, malı, rehin, intifa gibi sebeplerle elinde bulundurmaya hakkı varsa ya da malı satın almasına rağmen *rei vindicatio* açılmışsa, satılmış ve teslim alınmış mal def'i ileri sürebilirdi. Bu hallerde de davalı bu iddialarını kanıtlamak durumundaydı.

D. 44, 1, 1 Ulpianus (Edictum, lib. 4):

“*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam res in exceptione actor est.*”

“Bir davada iddiayı reddeden ve yeni iddialarda bulunan taraf (davalı), davacı gibidir.”

Davalının iddialarda bulunması durumunda, daha önceden ispat yükünün davalı da olmasına rağmen, “İddia eden ispatla yükümlüdür.” kuralı gereğince, davalı tüm iddialarını ispatlamakla yükümlüydü.

D. 22, 3, 19 pr. **Ulpianus (Disputatum, lib. 7):**

“*In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere.*”

“Savunmalarda, (savunma yapan) davalı, davacı gibi hareket etmeli ve iddiasını ispat etmelidir.”

Klâsik Dönem'de davalı, sadece kendisine karşı istihkak talebinde bulunulan zilyet (*possessor*), yani malı fiilen ve malik gibi tasarruf etmek niyetiyle elinde bulunduran kişi idi²⁵. Klâsik Dönem'in sonlarına doğru, *detentor* (ariyet, vedia gibi hukukî ilişkiler sonucunda malı başkası adına

²⁴ SİRMEN, 238.

²⁵ UMUR Ziya: *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1990, sh. 451.

elinde bulunduran)'ların da *rei vindicatio*'nun davalı tarafı olabilecekleri kabul edilmiştir²⁶. Ancak bu hallerde *detentor*'un, malı namına elinde bulundurduğu üçüncü şahsa, davayı üzerine alması için ihbarda bulunması gerekmektedir²⁷. Bu halde *detentor*, davayı kabul edip yürütebileceği gibi dava konusu malı davacıya teslim ederek davadan çekilebilirdi. *Iustinianus* Hukuku'na göre ise, davalının, davanın açıldığı anda veya hükmün verildiği zaman zilyet olması yeterli idi²⁸.

Iustinianus Hukuku'nda, bazı hallerde, ellerinde mal olmayan, ancak mal ellerinde imiş gibi muamele gören kişilere karşı da *rei vindicatio*'nun açılabilmesi kabul edilmiştir. Bu kişilere farazî zilyet (*ficti possessores*) denmekteydi. Farazî zilyetler şunlardı:

- a) Üçüncü kişiyi davadan kurtarmak için, zilyetmiş gibi husumeti kabul eden kişi,
- b) Başkasının bir malının zilyedi olan kişinin malik olmadığını bildiği halde, o malı hileli bir şekilde başkasına nakletmek, tahrip veya terk etmek suretiyle elden çıkararak kişi.

Bu iki halde de *rei vindicatio* artık aynî dava olma özelliğini kaybetmekteydi. Bu davalarda malın davalının elinde olmaması nedeniyle, malın aynen iadesi mümkün bulunmamaktaydı. Her iki durumda da davalılar nakdî tazminata mahkum edilebilirlerdi²⁹. Mal kendisinde bulunmadığı halde, üçüncü bir kişiyi davadan kurtarmak için, malın kendisinde bulunduğunu söyleyerek davalı sıfatını alan kişinin gerçekte malın zilyedi olmadığı sonradan ortaya çıksa bile istihkak davası karara bağlanıyordu³⁰.

Roma Hukuku'nda olduğu gibi çağdaş hukukumuzda da, davalı, davacının malik olmadığını veya dava konusu malı zilyetliğinde buldurmaya hakkı olduğunu ispat etmek suretiyle davanın reddini sağlayabilir³¹. Eğer davalı haklı bir nedene dayanıyorsa, örneğin, sınırlı aynî hak ya da kişisel hak uyarınca eşyaya el koymuşsa, malikin istihkak iddiası dinlenmez. Böyle bir durumda, davalı, davacının mülkiyet hakkını tanımakla birlikte zilyetliğinin haklılığını ileri sürebilir ve bunu ispat ederek davanın reddini sağlayabilir³². Örneğin davalı, davacının dava konusu malı çaldığını ispatlayarak davayı reddettirebilecektir. Bunun gibi, davalı, dava konusu mal

²⁶ ERDOĞMUŞ, 101.

²⁷ DI MARZO Salvatore: *Roma Hukuku* (Çeviren: Ziya UMUR), İstanbul 1954, sh. 252; UMUR Ziya: *Eşya Hukuku*, sh. 86; "Eğer asıl zilyet ortaya çıkmazsa, malın zilyetliği davalı durumunda bulunan *detentor*'a nakledilerek dava sonuçlandırılabilir."

²⁸ KOSCHAKER AYİTER, 156.

²⁹ KOSCHAKER AYİTER, 157.

³⁰ ERDOĞMUŞ, 102.

³¹ SİRMEN, 239.

³² KARAHASAN, 17.

üzerinde ariyet veya kira ilişkisinden doğan bir hakka sahipse, açılan istihkak davası davalının bu hakkını ispat etmesi üzerine reddedilebilecektir. Davalı, davacının rızası dışında, elinden çıkmış malı açık artırmada veya pazarda ya da benzer eşya satan bir tacirden devralmış ve kendisi de TMK md. 989'a göre iyiniyetli ise, ödediği semenin kendisine iade edilmesini isteyebilecek, bu istek kabul edilmediği takdirde de istihkak davasının reddini sağlayabilecektir³³.

2) İSTİHKAK DAVASINDA İSPAT YÜKÜ:

İstihkak davasında ispat yükü kural olarak davacıya aittir. İspatlanması gereken durum, davacının mülkiyet hakkıdır. Davacı TMK md. 992'de yer alan hak karinesine dayanarak mülkiyet hakkını ispat etmek zorundadır. Bunun için, davacı kendisine ait mülkiyet hakkını geçerli bir hukuki sebebin varlığını kanıtlayarak ispat etmelidir³⁴.

Mülkiyet hakkının devren kazanılması durumunda davacı, devri gerçekleştiren kişinin iktisabının da geçerli olduğunu ispatlamak zorundadır³⁵. Bu ispat yükü davacının mülkiyet karinesine dayanması durumunda kolaylaşmaktadır. Davacı karinelere (TMK md. 985 vd.'da, menkuller hakkındaki zilyetlikten doğan mülkiyet karinesi, TMK md. 992'de ise gayrimenkuller hakkındaki tapu sicilindeki kayıttan doğan mülkiyet karinesi) yararlandığı takdirde, mülkiyetin isbatı şart değildir³⁶.

Davacı, dava açıldığı anda, malın davalının elinde olduğunu da ispatlamak durumundadır. Bu durumda, davalı mal üzerinde hakimiyeti bulunduğundan zilyet kabul edilir. Ancak, davacı, davalının zilyet olmasına rağmen malik bulunmadığını (örneğin, eşyanın elinden rızası dışında çıktığını, davalının kötü niyetli olduğunu veya eşyanın tabii semere olması nedeniyle, davalının eşya üzerinde mülkiyet iktisap edemeyeceğini ileri sürerek,...) ispat etmelidir³⁷.

³³ **ESENER Turhan- GÜVEN Kudret:** *Eşya Hukuku*, Ankara 1996, sh. 111; **SİRMEN**, 239.

³⁴ **ERDOĞMUŞ Belgin.** *Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana in Rem*, İstanbul 1984, sh. 121.

³⁵ **GÜRSOY Kemal- EREN Fikret- CANSER Erol:** *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1978, sh. 387; **HATEMİ, SEROZAN, ARPACI**, sh. 73, "Mülkiyet hakkının devren kazanılması durumunda, devri gerçekleştiren kişinin iktisabının geçerli olduğunun davacı tarafından ispatlanması, iyiniyetle aynı hak iktisabının söz konusu olduğu hallerde, gerekli değildir."; **BERTAN**, sh. 294; **ERDOĞMUŞ**, sh. 121, Roma Hukuku'nda, mülkiyet hakkına başkasından devir almak yoluyla bir kimse sahip olmuşsa, kendinin ve kendinden evvel o malın sahibi bulunan kimselerin de bir mülkiyet hakkına sahip olduklarını mal sahibi olan davacının ispat etmesi gerekirdi. Bu zincirleme ispat yüküne "*Probatio Diabolica*" denmekteydi.

³⁶ **GÜRSOY, EREN, CANSER**, 387.

³⁷ Mala fides'i, yani malı teslim edenin malik olmadığını davacının bildiğini davalı ispat edecektir. Bkz. **ERDOĞMUŞ**, sh. 116

Davalı da, davacının malik olmadığını ispat suretiyle uyuşmazlık konusu malı iadeden kurtulabilir. Davalı, davacının malik olmadığını veya dava konusu malı zilyetliğinde bulundurmaya hakkı olduğunu ispat etmek suretiyle davanın reddini sağlayabilir³⁸. Eğer davalı haklı bir nedene dayanıyorsa, örneğin, sınırlı aynî hak ya da kişisel hak uyarınca eşyaya el koymuşsa, malikin istihkak iddiası dinlenemez. Böyle bir durumda, davalı, davacının mülkiyet hakkını tanımakla birlikte zilyetliğinin haklılığını ileri sürebilir ve bunu ispat ederek davanın reddini sağlayabilir³⁹.

Davacı müşterek mülkiyet ilişkisine dayanıp belirli bir payın maliki olduğunu iddia ettiği takdirde, bu payın varlık ve kapsamını ispat etmek zorundadır. Aynı ispat yükü, davalının da müşterek malda paydaş olduğunu iddia etmesi halinde bunun mülkiyet ve kapsamını kanıtlamak yönünden kendisine düşer. Paydaşlardan biri, üçüncü bir şahsa açmış olduğu istihkak davası müşterek malın tamamının bütün paydaşlara iadesini istiyorsa, davacı paydaş, kendi payından başka, diğer paydaşların da paylarını ispat etmelidir⁴⁰.

3) *REI VINDICATIO*'NUN SONUÇLARI:

İstihkak davasının en önemli sonucu, dava konusu eşyanın davacıya iadesinin sağlanmasıdır. Bunun sağlanabilmesi için, davacı durumunda olan malikin de malik olduğunu ispat etmesi gereklidir. İade ile yükümlü zilyedin sorumluluğuna ve karşılıklı taleplerine ilişkin olarak, TMK 993-995 maddelerinde yazılı hükümler istihkak davalarında da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, iyiniyetle zilyet olduğu şeyden, kendisine ait olduğuna inanarak uygun biçimde yararlanan kimse malı geri vermek zorunda kaldığı takdirde bu yüzden hiçbir tazminat vermekle yükümlü tutulamaz.

Rei vindicatio'nun amacı, davaya konu olan malın, varsa eğer semereleri ile birlikte davacıya iadesini sağlamaktır. Hakim, istihkak davasında, davacının *Quirites* maliki olduğuna kanaat getirmezse, davalıyı beraat ettirirdi. *Formula* usulünde, davanın sonunda, dava konusu mal aynen mevcut ise, davacı onun aynen iadesini isterdi. Ancak, mal aynen mevcut değilse, nakden iade yapılırdı⁴¹.

Davacının *Quirites* Hukukuna göre malik olduğuna karar veren hakim, davada verdiği ara kararlar, davalıya, malı iade etmesini aksi takdirde, davacının malın değeri olduğuna yemin edeceği miktarı ödemeye mahkum edeceğini bildirirdi. Davalı buna uymazsa hakim, mal *litis contestatio*⁴² anında davacının malvarlığında bulunsaydı mal varlığı

³⁸ SİRMEN, 239.

³⁹ KARAHASAN, 17.

⁴⁰ GÜRSOY, EREN, CANSEL, 388.

⁴¹ OĞUZOĞLU, 148.

⁴² UMUR, lügat, 128, Nuovo Dizionario Giuridico Romano, sh. 330, iki aşamalı yargılama sisteminde, birinci aşamanın sonunda, *magistra*'nın özel

nasıl olacak idiyse, bu durumun sağlanmasına davalıyı mahkum ederdi. Hakim, buna karar verirken, mala yapılan masrafları, malın semerelerini ve mala verilmiş zararları dikkate alırdı. Ayrıca, burada söz edilen iade yükümlülüğü, iyiniyetli ve kötüniyetli zilyetler için ayrı ayrı düzenlenmişti. Kendisine ait olmayan bir malın, haksız zilyedi olan kişi kötüniyetlidir. Buna karşılık, malı, dava edenin hakları ile çatıştığını bilmeden elinde bulunduran kişinin iyiniyetli olduğu düşünölmelidir.

A. Malın Zilyetliğinin Kaybedilmesi Durumunda Davalının Durumu:

Günümüz Hukuk Sisteminde, istihkak davasının bir eda davası olması nedeniyle, dava sonucunda hakim davalının elindeki malın zilyetliğinin davacıya iadesine karar verebilir. Davayı kaybeden davalı zilyet, olumlu bir davranışta bulunmaya, menkul mallarda teslim, gayrimenkullerde ise, tahliyeye mahkum edilir. Davalı, davacının malik olmadığını veya dava konusu malı zilyetliğinde bulundurmaya hakkı olduğunu ispat etmek suretiyle davanın reddini sağlayabilir⁴³.

Malın zilyetliğinin, *litis contestatio*'dan önce kaybedilmesi halinde, hem iyiniyetli hem de kötü niyetli zilyet yönünden *rei vindicatio* açılmazdı. Ancak, hile ile zilyetliğin kaybedilmiş olması hali bunun istisnasını oluşturmaktaydı⁴⁴. Çünkü bu durumda kötü niyetli zilyet aleyhine sanki malın zilyedi gibi dava açılabilirdi⁴⁵.

Zilyetliğin *litis contestatio*'dan sonra kaybedildiği durumlarda, zilyet eğer bu kayıp kendi ihmalden veya kastından gerçekleşmişse, sorumlu olmaktadır. Kötüniyetli zilyet ise, her durumda beklenmedik durumun malikin elinde de gerçekleşeceğini ispatlayamazsa, beklenmedik halden de sorumluydu⁴⁶.

B) Malın Telef Olması veya Hasara Uğraması Halinde Davalının Durumu:

Litis contestatio'dan önce mal telef olmuş veya hasara uğramışsa,

yargıçlar önünde görülmesinde uygulanacak esasların saptanmasına *litis contestatio* denmekteydi. *Litis contestatio* ile, taraflar arasındaki anlaşmazlık konusu hukuki işlem sona ererdi. Bu tesbitten sonra, davanın tarafları değiştirilemezdi ve ortaya çıkan yeni durumlar yargıç tarafından dikkate alınmazdı.

⁴³ SİRMEN, 239.

⁴⁴ BERKİ Şakir: *Roma Hukuku*, Ankara 1949, sh. 218; “*Iustinianus, rei vindicatio*’nun sonuçlarından kurtulmak maksadı ile şeyi terk eden zilyede, asıl zilyedi zamaşımından faydalandırmak ve onu şey üzerinde malik kılmak maksadı ile kendini zilyet gösteren ve bu suretle davayı kabul eden şahsa karşı da *rei vindicatio*’nun açılabilceğini kabul etmiştir.”

⁴⁵ BERKİ, 218

⁴⁶ UMUR, *Eşya Hukuku*, 88

bu zararlar klâsik devirde *rei vindicatio* ile istenememekteydi. *Iustinianus* Hukuku'nda bu haller için kötüniyetli davalının kastından veya ihmalden sorumlu olacağı kabul edilmişti⁴⁷. Bu nedenle, iyiniyetli zilyet, malın hasar görmesi ve telef olması sebebiyle verdiği zararlardan ve *litis contestatio*'dan önce elde ettiği semerelerden yükümlü tutulmamaktaydı. Kötü niyetli zilyet ise, her türlü zarardan sorumluydu. Kötü niyetli zilyet, maldan elde ettiği semereler ile kullandığı veya kendi kusuruna dayanarak telef olan ve kendi ihmali sonucu elde edemediği semereleri de iade etmeye mecburdu⁴⁸.

Litis contestatio yapıldıktan sonra ise, davalının artık iyiniyetli olup olamayacağı şüpheli bulunmaktadır. Bu nedenle, Klâsik Dönemde kabul edilen, *litis contestatio*'dan sonra mala gelen zararlardan, davalının kusurları oranında sorumlu tutulduğu kuralına ek olarak, *Iustinianus* bu durumlarda davalıyı temerrüdeki bir borçluya benzeterek, mücbir sebeplerden de sorumlu tutmuştur⁴⁹.

D. 6, 1, 15, 3 Ulpianus (Edictum, lib. 16):

*“Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari.”*⁵⁰

“Eğer dava, zilyedin (davalının) kusuru ya da ihmali dışında, ölen bir hayvan veya köleye ilişkinse, birçok hukukçunun söylediği gibi, davalı malın değeri ile sorumlu tutulamayacaktır. Ancak, eğer davacı malı, mal kendisine zamanında verilseydi, satmak niyetinde ise bir temerrüd vardır ve davalı bundan sorumludur.”

C) Semerelerin İadesi:

Litis contestatio'dan önce davalının maldan elde ettiği ve semere iktisabı kurallarına göre davacıya ait olduğu saptanan semereler, malın geri alınması amacıyla açılan istihkak davası ile geri istenebilmekteydi. *Iustinianus*, iyiniyetli zilyedin elinde bulunan semerelerden, tüketilen semereler ve davalının isteyebileceği masraflar mahsup edildikten sonra kalan semerenin davacıya iade edilmesini kabul etmekteydi.

Litis contestatio yapıldıktan sonra ise, davalının artık iyiniyetli olmadığını düşünülmesi nedeniyle, elde ettiği veya mal davacının elinde olsaydı elde edilebilecek tüm semereleri tazmin etmekle yükümlüydü⁵¹.

⁴⁷ ERDOĞMUŞ, 104.

⁴⁸ KOSCHAKER, AYİTER, 159.

⁴⁹ ERDOĞMUŞ, 104.

⁵⁰ Bu metinde, 1. cümle ile 2. cümle tam olarak birbirini tamamlamadığı için, 2. cümlelerin *interpolatio* olduğu düşünülmektedir.

⁵¹ ERDOĞMUŞ, 104.

TMK. md. 685'te yer alan, "Bir şeye malik olan kimse o şeyin tabii semerelerine de maliktir." ibaresi ile semerelerle ilgili düzenlemelerin de Çağdaş Hukuk Sistemine Roma Hukuku'ndan geçtiği söylenebilir.

D) Davalının Mal Üzerinde Yaptığı Masrafların İadesi:

İstihkak davası açan malik, zilyedin mal üzerinde yapmış olduğu masrafları tazminle yükümlüydü. Klâsik Hukuk'ta zarurî masrafların hepsi ve faydalı masraflar iyiniyetli zilyede iade edilirdi. Lüks masraflar ise, geri verilmezdi. Ancak malik zarurî ve faydalı masrafları, zilyede ödemezse, davalı malın zilyedi olmaya devam ederdi. Kötüniyetli zilyet ise, hiçbir tazminat iddiasında bulunamazdı. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde, kötüniyetli zilyede, zarurî masraflarının tazmini hakkı tanındı. Bu dönemde faydalı masraflar üzerinde tazminat hakkı sadece iyiniyetli zilyede tanınmaya devam etmiş, faydalı ve lüks masrafları ise, hem iyiniyetli hem de kötüniyetli zilyetlerin mala zarar vermeden alabilecekleri kabul edilmiştir⁵².

D. 6, 1, 38 *Celsus (Digestorum, lib.3)*:

"Si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi us officias."

"Zilyedin, duvardaki alçıyı kazımasının veya duvara yapılmış olan resimleri karalamasının, davacıyı (maliki) rahatsız etmekten başka bir amacı bulunmamaktadır."

Celsus'un da değindiği gibi, zilyet kendisine herhangi bir menfaat temin edebilen şeyleri alıp götürmek yükümlülüğündedir. Duvardaki alçıyı kazıması veya duvara çizilmiş olan resimleri karalaması uygun değildir. Böyle bir davranış maliki kızdırmaktan başka taraflara bir yarar da sağlamamaktaydı. *Iustinianus* Dönemi'nde, tıpkı TMK md. 995'te belirtildiği gibi kötüniyetli zilyede zaruri masraflarının tazmini hakkı tanındı.

TMK md. 994 uyarınca, bir şeye iyiniyetle zilyet olan kişi o şeyin kendisinden alınmasını isteyen kişiden, yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafların kendisine verilmesini istemek ve parasını alıncaya kadar malı elinde tutmak (hapsetmek) hakkına sahiptir. Aynı şekilde, TMK md. 995'te de kötü niyetli zilyedin durumu düzenlenmiştir. Bu maddede, "Bir şeye kötü niyetle zilyet olan kişi, onu hak sahibine geri vermekle beraber o şeyi haksız olarak alıkoymasından doğan zararları ve elde ettiği ve etmeyi ihmal ettiği semereleri tazmin etmekle de yükümlüdür. Hak sahibi için de yapılması zorunlu bulunan harcamaların dışındaki masraflarını isteyemez. Elindeki malın geri alınacağını bilmediği sürece, ancak kendi kusuru ile meydana gelen zararlardan sorumlu olur." ibaresi yer almaktadır.

SONUÇ

Roma'da mülkiyet hakkı malike çok geniş yetkiler sağlamaktaydı. *Ius civile* mülkiyetinin korunması, malın zilyetliğinin malik tarafından kaybedilmesi halinde *Rei vindicatio* ile sağlanmaktaydı. Bu davanın amacı, zilyetliği kaybeden malikin, malik olduğunu ispat ederek, malını haksız olarak zilyet olandan geri almasıydı. Roma Hukuku'nda *rei vindicatio* olarak isimlendirilen istihkak davası günümüzde de çağdaş hukuk sistemlerinde varlığını sürdürmektedir. Klâsik Hukuk Dönemi'nde, mülkiyet hakkını tam olarak ihlal eden herkese karşı, *Ius civile* maliki "*rei vindicatio*"yu açabiliyordu. *Rei vindicatio* ile ilk olarak davacının mal üzerindeki mülkiyet hakkı saptanıyor, daha sonra malın iade edilmesi veya tazmin edilmesi sağlanıyordu.

TMK md. 683'te malikin tasarruf yetkisinin "kanun dairesinde" mevcut olduğu belirtilmiş, mülkiyetin hiçbir sınır tanımayan, kendisine dokunulması mümkün olmayan bir hak sayılamayacağı ifade edilmiştir. Bu maddelerden yola çıkarak modern hukuk sistemimizde mülkiyeti şu şekilde tanımlayabiliriz: "Mülkiyet, eşya üzerinde, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla, en geniş yetkiler sağlayan aynî haktır." Bunun bir sonucu olarak, malikin eşya üzerindeki, mülkiyet hakkının üçüncü kişilere karşı korunması için malike bu yetkilerin yaptırımını olan, istihkak ve men'i müdahale davaları açma hakkı verilmiştir.

Roma Eşya Hukuku'nun içinde yer alan mülkiyet hakkı hem kavram, hem de diğer koruma yolları açısından incelendiğinde, günümüz hukuk sistemiyle büyük benzerlikler taşıdığı görülmektedir. Tıpkı TMK md. 683'te belirtildiği gibi, Roma Hukuku'nda da davanın başladığı anda, malın maliki olan, ancak malın zilyetliğine sahip olmayan taraf davacı sıfatıyla, *rei vindicatio*'yu açabilmekteydi. *Rei vindicatio*'da, davalı olan taraf ise, malın zilyedi olan, malın maliki olmayan kişiydi. İspat külfetinin davacıda olması nedeniyle, dava sonuçlanıncaya kadar davalının zilyetliği korunurdu.

Rei vindicatio'ya konu olan mal ferden belirlenmiş bir mal olmalıydı. Günümüz hukuk düzeninde de, mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilen her eşyanın istihkak davasının konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir. *Rei vindicatio*'nun konusunu, malikin, üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu malını, zilyetten geri alması oluşturmaktaydı. *Rei vindicatio*'nun amacı, davacının mülkiyet hakkının saptanması ve malın ona bağlı olan şeylerle birlikte iadesi idi. Bunlara semereler de dahildi. TMK md. 685'te yer alan, "Bir şeye malik olan kimse o şeyin tabii semerelerine de maliktir." ibaresi ile semerelerle ilgili düzenlemelerin de çağdaş hukuk sistemine Roma Hukuku'ndan geçtiği söylenebilir.

TMK md. 993-995'te de belirtildiği gibi, istihkak davası açan malik, zilyedin mal üzerinde yapmış olduğu masrafları tazminle yükümlüydü. Roma Hukuku'ndaki uygulamada da, iyiniyetli zilyet, malın hasar görmesi

ve telef olması sebebiyle verdiği zararlardan ve *litis contestatio*'dan önce elde ettiği semerelerden sorumlu tutulmamaktaydı. Kötü niyetli zilyet ise, her türlü zarardan sorumluydu. Kötü niyetli zilyet, maldan elde ettiği semereleri ve kullandığı veya kendi kusuruna dayanarak telef olan semereleri de tazmin etmeye mecburdu. Klâsik Hukuk'ta zaruri masrafların hepsi ve faydalı masraflar iyiniyetli zilyede iade edilirdi. Lüks masraflar ise, geri verilmezdi. Kötüniyetli zilyet ise, hiçbir tazminat iddiasında bulunamazdı. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde, tıpkı TMK md. 995'te belirtildiği gibi kötüniyetli zilyede zaruri masraflarının tazmini hakkı tanındı. Bu dönemde faydalı masraflar üzerinde tazminat hakkı sadece iyiniyetli zilyede tanınmaya devam etmişti.

GEÇİCİ SİGORTA HİMAYESİ (GEÇİCİ GÜVENCE)

DIE VORLÄUFIGE DECKUNGSZUSAGE

**Yrd.Doç.Dr.Kemal
Şenocak***

ÖZET

Geçici sigorta himayesi, sigorta şirketinin müşterilerine, sigorta sözleşmesiyle ilgili talepte bulunulmasıyla birlikte hemen sigorta himayesi sağlanması ihtiyacından hasıl olmuş bir kurumdur. Geçici sigorta himayesiyle sigorta ettirene bu himaye, talebin incelenmesi esnasındaki sigortadan mahrum süre için sağlar. Yapılması niyetlenen sigorta sözleşmesinin meydana gelmesi durumunda, kesin sigorta sözleşmesi ile geçici sigorta himayesi arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Bu tartışma bağlamında, “ayrılık teorisi” ve “bütünlük teorisi” şeklinde iki farklı görüşün varlığından bahsedilebilir. Bu çalışma kapsamında, “ayrılık teorisi” savunulmuştur. Bu görüşe göre, geçici sigorta himayesi, kesin sigorta sözleşmesi akdedilinceye kadar veya sigorta ettirenin asıl olarak yapmak istediği sigorta sözleşmesine yönelik icab beyanı reddedilinceye kadar, sigortacı kesin sigorta sözleşmesinin akdini reddese dahi sigorta himayesi bahşeden, asıl sigorta sözleşmesinden ayrı, müstakil bir sigorta sözleşmesidir.

ÖZET

Die vorläufige Deckungszusage ist aus dem Bedürfnis entstanden, insbesondere der kaufmännischen Klientel einen raschen Versicherungsschutz zu vermitteln, der die sonst versicherungsfreie Zeit der Antragsbearbeitung mit provisorischem Deckungsschutz überbrückt. Die vorläufige Deckungszusage ist ein echter Versicherungsvertrag i.S.d. Art. 1263 ff. THG, der den Zeitraum der Antragsbearbeitung und Risikoprüfung mit vorläufigem Versicherungsschutz überbrückt. Kommt der in Aussicht genommene Versicherungsvertrag zustande, so ist das Verhältnis von vorläufiger und endgültiger Deckung zentraler Streitpunkt der Rechtsnaturdiskussion. Im Rahmen dieses Streitstandes stehen sich Einheits- und Trennungstheorie gegenüber. Der Vorzug gebührt die Trennungstheorie, wonach die vorläufige Deckungszusage ein rechtlich von dem eigentlichen Versicherungsvertrag losgelöster, selbständiger Vertrag, der dem Versicherungsnehmer bis zum Abschluß oder bis zur Ablehnung des endgültigen Vertrages Versicherungsschutz auch dann gewährt, wenn der Versicherer den Abschluß des endgültigen Vertrages verweigert.

Anahtar Kelimeler:

Sigorta Sözleşmesi Hukuku / Sigorta Himayesinin Başlangıcı

Versicherungsvertragsrecht / Versicherungsschutzbeginn

GEÇİCİ SİGORTA HİMAYESİ (GEÇİCİ GÜVENCE)

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

A- Geçici Sigorta Himayesini Doğuran İhtiyaç

Sigorta sözleşmesi hukukunda geçici güvenceden bahsedildiği zaman aslında normal bir sigorta sözleşmesi kastedilir. Ancak, bu sözleşmenin kendisine has bir takım özellikleri vardır. Nitekim söz konusu sözleşme, esas itibarıyla yapılması niyetlenen asıl sigorta sözleşmesinin kurulmasına kadar geçen süre zarfında sigorta ettirene geçici olarak sigorta himayesi sağlama amacına yöneliktir ve bu sebeple de özel sona erme sebeplerine tâbidir.

Geçici güvence sigortaya ilişki kanunlarda rastlamak hemen hemen mümkün değildir. Onu pratik hayatın ihtiyaçları doğurmuştur. Daha açık bir deyimle, geçici güvence kurumunu, ekonomik, sigorta politikası ve riziko politığına ilişkin bir takım sebepler doğurmuştur. Gerçekten de, sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir icapta bulunur bulunmaz kendisini sigorta himayesinin sağlanmaya başlamasını ister. Çünkü, onun sigorta himayesinden mümkün olduğu kadar erken yararlanmaya başlamasında bir menfaati vardır. Hele hele çağımızın teknolojik gelişiminin bereberinde getirdiği rizikolarda çeşitlilik ve rizikoların aniden meydana gelme olasılığının artması gerçeği karşısında, sanayi sigortalarında sigorta ettiren bir an önce sigorta himayesinden yararlanma ihtiyacı içersindedir¹. Keza, yeni bir motorlu taşıt satın alan kişi, mecburi sorumluluk sigortası yaptırmadan trafiğe çıkamayacağından, sigorta sözleşmesi nihai olarak kuruluncaya kadar trafiğe çıkabilmesi için geçici sigorta himayesinde yararlanabilecektir. Buna karşılık, sigortacı üstleneceği riziko hakkında tam bir malumat sahibi olmak ister. Zira, sigortacı ancak riziko hakkında tam bir bilgi sahibi olduktan sonra kendisine karşı himaye talep edilen rizikoyu üstlenip üstlenmeyeceği hususunda karar verebilecek; rizikoyu taşımaya karar verdikten sonra da karşı edim olarak sigorta ettirenden talep edeceği bu rizikoya uygun prim miktarını hesaplayabilecektir. Yiğın ve standart sigorta sözleşmelerinde bile, sigortacı, daha basite indirgenmiş olsa dahi bu tetkiki yapmaktan vazgeçmeyecektir².

Sigorta sözleşmesi diğer iki taraflı sözleşmelere oranla daha kompleks bir yapıya sahiptir. Şöyle ki, satım, takas, kira gibi edimlerin mübadelesinin söz konusu olduğu sözleşmelerde edimlerin muhtevasını ve kapsamını belirlemek için pek fazla veri araştırmasına gerek yoktur. Buna karşılık,

¹ Örneğin, bir fabrikanın yangına karşı sigortalanmasında, sigorta sözleşmesinin muhtevası o kadar kolay belirlenemez. Fabrikada yangın tehlikesinin arttıran unsurların hepsinin tespiti lazımdır. Zira, tespit edilecek bu tehlike kaynakları primin miktarında etkili olacaktır. Sigorta bedelinin kapsamı da fabrikanın envanterinin sigorta şirketine ait experlerce tespitine bağlıdır. İşte bütün bu hususların tespiti, sigortacı açısından üstleneceği rizikoyla ilgili karanlık hususların aydınlığa kavuşturulması uzun bir süreyi gerektirir. Ancak sigorta ettiren de asıl sigorta sözleşmesi hazırlanıp poliçe kendisine ulaşıncaya kadar ki bu uzun süre zarfında himayesiz kalmak istemeyecektir.

² **JABORNEGG, P.:** Die vorläufige Deckung, Wien 1992, sh. 11.

sigorta sözleşmesinde, akdi olarak tanımlanıp kapsamının çizilmesi gereken „*riziko*“, menfaat, prim, sözleşmenin süresi, sigorta bedeli gibi diğer esaslı unsurlar yanında sigorta sözleşmesinin muhtevasını teşkil etmektedir³. Başta riziko olmak üzere diğer unsurların da kapsam ve muhtevasının belirlenmesi zorunluluğu sigorta sözleşmesinin akdedilmesi sürecini uzatmaktadır. Şöyle ki, sigorta ettiren sigorta aracıları nezdine talepte bulunduğu, aracılar talebi sigortacının merkezine gönderir. Sigortacı da bu talebi kendi iç teşkilatında teşkil ettiği ilgili servislere gönderir. Her servis, sigorta sözleşmesinin unsurları özellikle sigortacının taşıyacağı rizikonun kapsam ve büyüklüğü bakımından talebi inceler. Sigortacı, ancak bu tetkik sonucunda sigorta sözleşmesi yapıp yapmamaya karar verir ve poliçeyi sigorta yaptırmak isteyenine gönderir. Sigortacının nezdinde bir de sigorta yaptırmak isteyenlerin fazlalığı ve bunun doğurduğu iş yoğunluğu sebebiyle sigorta sözleşmesine ilişkin icap beyanı ile kabul beyanı arasındaki süre daha da uzayacaktır⁴. İşte bu süre zarfında, sigorta ettiren gerçekleşebilecek rizikolara karşı sigorta himayesinin⁵ sağlanması ihtiyacı içersindedir. Sigortacı da bu tetkikleri yapmak zorundadır. İcapta bulunanın istekleri ile sigortacının kendisine ulaşan sigorta talebini tetkik ve değerlendirme zorunluluğu açısından meseleye bakıldığında, geçici sigorta himayesinin, tarafların karşı karşıya bulunan menfaatlerinin dengelenmesi bakımından ne büyük bir fonksiyon gördüğü daha da aşikar bir şekilde anlaşılacaktır.

Geçici sigorta himayesi, sigorta ettirenin icabı ile kabulü arsında geçen süre zarfında meydana gelen himaye boşluğunu doldurma fonksiyonu görmektedir. Bu himaye boşluğunu Türk Ticaret Kanunu'nun 1279'uncu maddesinde öngörülen „*geçmişe etkili sigorta*“ kurumu layıkı veçhile doldurmaya yetmemektedir. Zira, geçmişe etkili sigortada, sigorta himayesinin geçmişe etkili olarak sağlanması, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesine yönelik talebinin sigortacı tarafında kabul edilmesi; yani sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, geçici güvencenin nihai sigorta sözleşmesinden bağımsız olmasının yarattığı bir avantaj söz konusudur⁶. Şöyle ki, geçici himaye, niyetlenen nihai sözleşme kurulmasa dahi sigorta ettirene sigorta himayesi sağlayabilecektir. Bu durum, sigortacıyı sözleşme yapmaya zorlayaman sigorta ettiren açısından hayati önemde bir avantajdır.

B- Geçici Güvencenin Fonksiyonları

³ **BOZER, A.:** Sigorta Hukuku, Ankara 1965, sh. 101 vd.; **KUNTALP, E./OMAĞ, M.K.:** Banka ve Sigorta Hukuku, Ankara 1999, sh. 123 vd.

⁴ **BISCHOFBERGER, E.:** Die vorläufige Deckungszusage im Versicherungsrecht, Zürich 1946, sh. 16-17.

⁵ **HENZLER, R.:** Theorie und Praxis der vorläufigen Deckungszusage, Karlsruhe 1997, sh. 3.

⁶ **BISCHOFF, K.:** Die Einlöschungsklausel, VersR 1957, sh. 695; **MAENNER, R.:** Theorie und Praxis der Rückwärtsversicherung, Karlsruhe 1986, sh. 258; **HENZLER, R.:** age., sh. 3.

Yukarıda yaptığımız izahlardan da anlaşılacağı üzere geçici sigorta himayesinin fonksiyonları şu şekilde özetlenebilir.

a) Sigorta ettiren yapılması niyetlenen nihaî sözleşmenin inikadından önce, sigorta ettirene geçici de olsa nihaî sözleşme ile sağlanan teminatla nerdeyse aynı bir sigorta himayesi bahşedilir. Bir nevi, sigorta himayesinin sağlanması hususunda nihaî olarak yapılması beklenen anlaşma geçici olarak yürürlüğe sokulmaktadır.

b) Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'inci maddesine göre, sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksidin ödendiği tarihten başlar. Bu hükme göre, sigortacı, kural olarak, sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra primin tamamının veya ilk primin ödenmesine kadar geçen süre zarfında gerçekleşen rizikolara karşı sigorta himayesi sağlamakla yükümlü değildir. İşte geçici güvence bu genel kuralın bir istisnasıdır ve prim veya primin ilk taksidi ödenmeksizin sigorta ettirene himaye bahşetmektedir.

c) Geçici güvencenin sadece yeni bir sigorta sözleşmesinin inikadından önce geçici himaye sağlama fonksiyonu yoktur. Mevcut bir sigorta sözleşmesinde değişiklik yapılması niyetleniyorsa, bu değişiklikle bağlantılı olarak da geçici güvencenin sağlanması söz konusudur. Böyle bir durumda, sigortacı ile sigorta ettirenin sigorta himayesinin genişletilmesi veya sigorta genel ya da özel şartlarında bir değişiklik hususunda müzakerelere giriştiği esnada sigorta ettirenin sigorta himayesinden mahrum kalmasını önlemek amacıyla geçici güvence sağlanır. İlk olarak sigorta himayesi talebinde bulunan şahsa sağlanan geçici güvence ile mevcut bir sözleşmede değişiklik yapılması halinde söz konusu sözleşmenin tarafı olan sigorta ettirene sağlanan geçici güvence arasında hukuki açıdan bir fark yoktur. Her iki durumda da sigorta ettirene geçici mahiyette ve asıl sözleşmede sağlanan sigorta himayesine benzer bir himaye sağlanır. Örneğin, sigortacı, sigorta sözleşmesini kararlaştırılan primin taşınan riziko bakımından yeterli görülmemesi sebebiyle feshetmiştir. Ancak sigortacı, bu müşterisini kaybetmemek amacıyla yeni prim miktarı üzerinde onunla müzakereye girişmesi halinde bu süre zarfında kendisine geçici himaye vadinde bulunmaktadır⁷.

d) *Nickel*, sigorta ettirenin kısa süreli bir riziko üstlenmesi halinde dahi geçici sigorta himayesi ihtiyacının meydana geleceğinden bahsetmektedir. Yazar'a göre, sigorta ettirenin kısa süreli seyahate çıkmak üzere bir motorlu taşıt satın alması veya kısa süreli olarak bir ticari işletmeyi üstlenmesi geçici sigorta himayesi ihtiyacı doğurabilecektir. Burada bir yanılğı söz konusudur. Zira, rizikoyu sigorta sözleşmesiyle sigorta ettiren değil; sigortacı üstlenmektedir⁸. Ayrıca, bu tür sigortalar geçici sigorta

⁷ **WERBER, M.:** Gedanken zum Einfluss der Praxis auf das Recht der vorläufigen Deckungszusage, ZversWiss 1984, sh. 326; **JABORNEGG, P.:** age., sh. 13.

⁸ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 13.

güvencesi olarak da nitelendirilemez. Çünkü, nihai sözleşme geçici sigorta himayesi ihtiyacı ortadan kalktığında yapılmış olmaktadır⁹. Bu geçici güvence olsa olsa nihai sigorta sözleşmesi olarak değerlendirilir.

C- Geçici Güvencenin Hukuki Mahiyeti

Doktrin ve uygulamada geçici güvencenin mahiyetiyle ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler şu şekilde özetlenebilir:

Doktrinde ilk önceleri, geçici güvencenin gerçek anlamda bir sigorta sözleşmesi niteliğine sahip olmadığı yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden *Manes*'e göre, geçici güvencenin verilmesiyle henüz sigorta sözleşmesi kurulmamıştır. Bu sebeple, geçici güvencenin sağlanmasında, sigortaya benzer(Quasi-Versicherung) bir askıda bir durum söz konusudur¹⁰. Gerçek sigorta sözleşmesi ilişkisi, ona göre, nihai olarak yapılması amaçlanan sigorta sözleşmesinin inikadıyla meydana gelir. *Kisch* ise, geçici güvenceyi sigorta türü olarak görmektedir. Zira ona göre, sigorta ettiren prim ödemedi ve elinde poliçe olmadan sigorta himayesinden yararlanmaktadır¹¹.

Geçici sigorta himayesinde, sigortacının geçici ve kısa süreli de olsa güvence vaadi şeklinde bir irade beyanı söz konusudur. Şimdi sırf bu beyana bakılarak, sigortacının tek taraflı irade beyanı ile sigorta ettirene, sigorta himayesi sağlanması doğrultusunda bir talep hakkı bahsetmeye yeterli olduğu söylenebilecek midir? Bir başka deyişle, sigortacının sigorta himayesi vaadi şeklinde tek taraflı irade beyanı, sigortacının sigorta himayesi sağlama yükümlülüğünü; sigorta ettirenin ise bu edimi talep hakkını doğurmaya yeterli olduğu fikri iddia edilebilecek midir? Bu soruya, geçici sigorta himayesinin bir sigorta sözleşmesi değil; tek taraflı bir hukuki işlem olduğu fikrinden hareket edilecek olursa evet cevabı verilebilecektir. Geçici himaye vaadini genellikle sigorta ettirenin talebi üzerine sağlar ve sigortacı, söz konusu sigorta himayesi karşılığında karşı edim olarak prim alır. Bu anlamda, sigortacının himaye sağlanacağına dair beyanı sigorta ettirenin bu yöndeki icabının kabulü anlamına gelir. Dolayısıyla, sigortacının himaye vaadi, geçici himaye şeklindeki hukuki işlemin bir parçasını oluşturur; bu yüzden tek başına ele alınamaz. Sigortacının tek taraflı irade beyanı tek başına, geçici güvence sağlama yükümlülüğünün hukuki sebebi olamaz. Geçici güvence işlemi iki taraf için de hak ve borç doğuran bir sözleşme mahiyetindedir. Bu işlemin meydana gelmesi sadece sigortacının değil; sigorta ettirenin de irade beyanına ihtiyaç vardır¹². Geçici güvence ile

⁹ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 13.

¹⁰ **MANES, A.:** Die vorläufige Deckungszusage des Versicherers, JW 1921, sh. 515.

¹¹ **KISCH, W.:** Gutachten über die vorläufige Deckungszusage, NeumZ 1924, sh. 214.

¹² Bkz. **BISCHOFBERGER, E.:** age., sh. 26-27.

sigortalanması istenilen riziko hakkında sigorta ettirene sağlanan güvence geçici ve kısa süreli güvence olsa da, gerçek bir sigorta sözleşmesi kurulur¹³.

Ancak, doktrinde geçici güvencenin mahiyetinin sigorta sözleşmesi olduğunu kabul edenler de farklı nitelendirmelerde bulunmuşlardır. Örneğin, *Durst*'a göre¹⁴, sigortacı geçici güvenceyi kabul etmekle daha şimdiden yapılmak istenilen nihai sigorta sözleşmesine bağlanma iradesini açıklamış olmaktadır. Sigortacı, geçici güvencenin sağlanmasını kabul ettikten sonra artık, sigorta ettiren tarafından yapılan nihai sözleşmeye ilişkin icabı ancak, önceden kendisinde bu hakkı mahfuz tutmuşsa reddedebilir. *Panga* da¹⁵ benzer düşünceden hareketle, sigortacının açıkça yapılmak istenilen sigorta sözleşmesini kabul etmeme hakkını kendisinde mahfuz tutmadan geçici güvencenin sağlanmasından sonra nihai sözleşmeye ilişkin icabı reddetmesinin “dolos” teşkil edeceğini söylemektedir. Ona göre, sigorta ettirene geçici güvencenin sağlanmaya başlamasıyla, sigorta ettiren tarafından talep edilen nihai sözleşmeye ilişkin sigorta himayesi de başlamaktadır. *Josef* ise¹⁶ geçici güvenceyi *taliki şarta bağlı sigorta sözleşmesi* olarak görmektedir. Ona göre, geçici güvencenin sigorta himayesi sağlama fonksiyonu, ancak, yapılması amaçlanan nihai sözleşmenin meydana gelmesiyle etki doğuracaktır. Şöyle ki, yazara göre, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi halinde, sigortacının sağladığı geçici güvencenin, amaçlanan nihai sigorta sözleşmesi inikad edinceye kadar hiç bir değeri yoktur. Rizikonun gerçekleştiğini öğrenen sigortacı, geçici güvencenin sağlanmasından sonra gerçekleşen rizikodan dolayı tazminat ödememek için nihai sözleşmenin yapılması teklifini reddedecektir.

Geçici güvence Türk Ticaret Kanunu' nunda düzenlenmemiştir. Bundan hareketle Türk Ticaret Kanunu' nundaki sigortaya ilişkin hükümlerin onun hakkında yalnızca kıyasen uygulanacağı sonucu çıkarılamaz. Geçici güvence gerçek anlamda bir sigorta sözleşmesi olduğundan, Türk Ticaret

¹³ **KENDER, R.:** Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, I: Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, İstanbul 2001, sh. 128; **BRUCK, E./ MÖLLER, H.:** Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Bd. I: §§ 1- 48 VVG, 8. Aufl., Berlin 1961, § 1 Anm. 94; **EHRENZWEIG, A.:** Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, Wien 192, sh. 107; **EICHLER, H.:** Versicherungsrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1976, sh. 189; **HOFMANN, E.:** Privatversicherungsrecht, 4. Aufl., München 1998, sh. 90; **DEUTSCH, C.:** Versicherungsvertragsrecht, Karlsruhe 2000, sh. 50; **WERBER, M. /WINTER, G.:** Grundzüge des Versicherungsvertragsrecht, Heidelberg 1986, sh. 34; **VIRET, B.:** Privatversicherungsrecht, Zürich 1989, sh. 87.

¹⁴ **DURST, E.:** Die vorläufige Deckungszusage des Versicherers, JW 1921, sh. 1075.

¹⁵ **PRANGE, O.:** Die vorläufige Deckungszusage des Versicherers, Mitt.öff.FA 1922, sh. 102.

¹⁶ **JOSEF, E.:** Die vorläufige Deckungszusage des Versicherers, JW 1921, sh. 1075; **JOSEF, E.:** Die vorläufige Deckungszusage des Versicherers, Mitt.öff.FA 1921, sh. 257.

Kanunu'nun sigortaya ilişkin hükümlerinin onun hakkında uygulanabilirliği şüphe götürmez. Geçicilik özelliği, sadece bu sözleşmenin sona ermesiyle ilgili etkiler doğurur.

Geçici güvence bir “*ön sözleşme*” de (pactum de assicurando)¹⁷ değildir¹⁸. Ön sözleşme ileride bir borç sözleşmesini kurma taahhüdünü içeren bir sözleşmedir. Ön sözleşme ile geçici güvence rasındaki tek ortak nokta, her ikisinin de geçici mahiyette olmasıdır. Buna karşılık, ön sözleşme, taraflara asıl sözleşmeyi yapma borcu altına sokmasına; yani vaad edene borçlandığı edimi yerine getirmeyi (asıl sözleşmeyi yapmayı) yüklemesine rağmen, geçici himaye, taraflara sigorta ettiren tarafından yapılmak istenilen kesin sigorta sözleşmesini inikad ettirme yükümlüğünü yüklememektedir¹⁹. Zaten böyle bir yükümlülük de tarafların menfaatine aykırı olurdu. Şöyle ki, sigortacı geçici himaye sağlamakla hemen uzun süreli bir sigorta himayesi sağlama yükümlülüğü altına girmek istemez. Özellikle, sigortalanmak istenen tehlike ve sigorta ettirenin şahsi özellikleri (sübjektif riziko) hakkında tam bir bilgi sahibi olmaksızın böyle bir yükümlülük altına girmesi kendisinden beklenemez. Bu araştırma sonucunda belki de, sigortalanması teklif edilen rizikoyu uzun süreli sigortalanamaz olarak görece ve kesin sigorta sözleşmesini yapmaktan kaçınabilecektir. Bu bağlamda onu kesin sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü altına sokmak onun iradesine aykırı bir yorum olurdu. Aynı şekilde sigorta ettiren de, örneğin sigortacının talep ettiği primi oldukça yüksek bulması halinde, kesin sigorta sözleşmesini yapmaktan vazgeçme hakkını kendinde mahfuz tutmak isteyeceğinden geçici himayenin sağlanmasıyla kesin sigorta sözleşmesini yapmak hususunda kendisini daha şimdiden bağlamak istemeyecektir²⁰.

Ayrıca ön sözleşme vaad edene sadece asıl sözleşmeyi yapma borcu altına sokar; vaad eden başka bir yükümlülük altına girmez. Oysa, geçici güvence, taraflara tipik bir sigorta sözleşmesinin doğurduğu hak ve borçları yükler. Örneğin, sigortacıya rizikoyu taşıma ve riziko gerçekleşince sigorta ettiren sigorta himayesi sağlama borcu, sigorta ettirene de karşı edim olarak

¹⁷ **Bischoff**, geçici güvenceyi, „*asıl sigorta sözleşmesinene ilişkin geçici ön akıt*“ olarak nitelendirmektedir. Bkz. **BISCOFF, K.:** Die Einlösungsklausel, VersR 1957, sh. 695 dpn. 26.

¹⁸ **ROELLI, H.:** Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. I, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-47), Bern 1914, sh. 141; **BISCHOFBERGER, E.:** age., sh. 27-29.

¹⁹ **BISCHOFBERGER, E.:** age., sh. 27-28; **JABORNEGG, P.:** age., sh. 38; **SCHAUER, M.:** Einführung in das österreichische Versicherungsvertragsrecht, „2Aufl., Wien 1990, sh.106; **HOFMANN, E.:** age., sh. 90; **DEUTSCH, C.:** age., sh.50; **KOENIG, W.:** Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3 Aufl., Bern 1967, sh. 70; **HENZLER, R.:** age., sh. 45; **HEIM, W.:** Die Deckungszusage und Ihre Bedeutung, Versicherungsnehmer 954, sh. 37; **PREUSS, W.:** Die vorläufige Deckungszusage, Würzbur 1939, sh.40.

²⁰ **HENZLER, R.:** age., sh. 45.

prim ödeme borcu yükler. Ön sözleşme, asıl sözleşmenin ileride kurulmasını temin eder; yoksa, asıl sözleşmenin hukuki sonuçlarının ön sözleşmenin kurulmasıyla hemen doğmasına sebep olamaz.

Bununla birlikte tarafların ön sözleşme niteliğinde, “*ön sigorta sözleşmesi*” akdetmesi mümkündür. Ancak bunun yolu, sırf geçici sigorta himayesi sözleşmesinin akdi değildir. Tarafların ancak, geçici himaye sözleşmesinde ilâveten sigortacının kesin sigorta sözleşmesini akdetmesi yükümlüğünü de açıkça kararlaştırmaları halinde “*ön sigorta sözleşmesi*”nden bahsedilebilir²¹.

D- Geçici Sigorta Himayesi Sözleşmesinin Kesin Sigorta Sözleşmesi İle İlişkisi

Geçici sigorta himayesinin gerçek anlamda bir sigorta sözleşmesi olması keyfiyetinden onun akdedilen kesin sigorta sözleşmesi ile olan ilişkisi meselesi ortaya çıkar. Bu bağlamda doktrin ve yargısal içtihatlarda, geçici himayenin, nihai amaçlanılan sigorta sözleşmesinin akdiyle birlikte, onunla yeknesak bir bütün mü oluşturduğu; yoksa her iki sözleşmenin iki bağımsız bir sözleşme ilişkisi mi teşkil ettiği şeklinde özetleyebileceğimiz bir tartışma çıkmıştır. Daha açık bir deyimle, bu görüş ayrılığı, *tarafların özel olarak kararlaştırmaması, bir düzenlemeye gitmemesi durumunda* geçici güvence ile akdedilen sigorta sözleşmesi arasında şüphe halinde yeknesak bir sigorta ilişkisinin mi yoksa ayrı ayrı iki sigorta sözleşmesi ilişkisinin mi mevcudiyeti noktasında toplanmaktadır. Bu hususta ileri sürülen görüşler şu şekilde özetlenebilir:

1. Bütünlük Teorisi (Einheitstheorie)

Bu görüşe göre, tarafların sözleşmede açıkça öngörmemesi halinde, onların geçici güvence ile asıl amaçlanılan sigorta sözleşmesinin bir bütün teşkil edecek şekilde meydana getirilmesini arzuladıkları kabul edilmelidir²². Zira, tüm unsurları ihtiva eden sigorta poliçesinde tek bir sigorta süresinin öngörülmesi ve primin geçici güvenceyi kapsayacak şekilde hesaplanmasından tarafların iradelerinin bir bütünlük arzeden sigorta ilişkisini istedikleri farzedilir. Sigorta ettiren sigorta himayesi talebinde bulunurken talep formunda aynı zamanda geçici himayeye ilişkin de talepte bulunmaktadır. Bu davranışıyla onun sigorta himayesini hiçi bir kesintiye uğramadan istediğini gösterir. Bu görüşe göre, tarafların iradesinin ayrı ayrı iki sigorta sözleşmesine yönelik olduğu *istisnaen* kabul edilmelidir. Bu görüşü savunanlardan *Bühring*'e göre, sigorta şirketleri, münferit olayda ağır bir rizikoyu geçici güvence süresi içerisinde az miktarda prim mukabilinde taşımak istemezler. Yazara göre, nihai sözleşmenin akdinden sonra

²¹ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 38.

²² **BRUCK, E./ MÖLLER, H.:** age., § 1 Anm. 94; **BRUCK, E.:** Zur Lehre von der Deckungszusage, JRPV 1926, sh. 97 ve sh. 158; **BRUCK, E.:** Anmerkung zum Urteil des RG vom 24. September 1926, JW 1927, sh. 170; **MÖLLER, H.:** Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., Wiesbaden 1977, sh. 66.

hazırlanan poliçede, tek bir sigorta süresinin öngörülmesi ve geçici güvenceyi kapsayacak şekilde primin tespitine rağmen, sigorta ilişkisinin iki sözleşmeye bölünmesi kural olarak tarafların iradesine ve poliçenin muhtevasına aykırı olur. Bu sebeple tarafların kural olarak iradelerinin yeknesak bir ilişki oluşturacak şekilde sigorta sözleşmesini akdetmeye yönelik olduğu kabul edilmelidir²³. Alman hukukunda son zamanlarda Henzler tarafından da bu teori benzer gerekçelerle savunulmaktadır²⁴.

2. Ayrılık Teorisi (Trennungstheorie)

Bizim de iştirak ettiğimiz, *ayrılık teorisi*, özellikle Alman ve Avusturya yargı içtihatlarında savunulan bir görüştür²⁵. Bu görüşe göre, akdedilmesi amaçlanan kesin sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla bütünlük arzeden tek bir sigorta ilişkisi meydana gelmez. Geçici sigorta himayesi ilişkisi ile kesin sigorta ilişkisi birbirinden bağımsız iki sigorta ilişkisidir. Kesin sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla düzenlenen poliçede prim ve sürenin birleştirilerek yazılması, her iki sözleşmenin birbirinden bağımsız sigorta ilişkisi olma niteliğine aykırı değildir. Geçici güvence birtakım özellikleri olan gerçek bir sigorta sözleşmesidir. Bu özellikler, kesin sigorta ilişkisinin kurulmasıyla birlikte, kesin sigorta sözleşmesinin geçici güvencenin yerine kaim olması veya kesin sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla geçici sigorta ilişkisi sona ermesidir. Bütün bu hususlar da tarafların iradesine uygundur. Sigortacının kesin sigorta sözleşmesi kurulmasa bile, geçici güvence süresi içerisinde gerçekleşen rizikolardan sorumlu olması, geçici güvencenin kesin sigorta sözleşmesinden bağımsız olduğuna delalet eder²⁶. Geçici güvenceye ilişkin sigorta primi ve himaye süresinin sigorta poliçesinde kesin sigorta sözleşmesine ilişkin prim ve sigorta sözleşmesi ile birlikte bütün olarak gösterilmesi; ayrı ayrı yazılmaması, sigorta tekniğinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Bütün bu hususlar, iki ilişkinin ayrı ayrı değerlendirmesi gerekliliğini değiştirmez²⁷. Alman hukuku doktrininde de hâkim olan görüş de ayrılık teorisini benimsemektedir²⁸.

²³ **BÜHRING, G.:** zur vorläufigen Deckungszusage, HansRZ 1925, Sp. 878.

²⁴ **HENZLER, R.:** age., sh. 65-68.

²⁵ Bkz. BGH, VersR 1951, sh. 114; BGHZ, 2, sh. 91; BGHZ, 21, sh. 129; BGH, VersR 1982, sh. 381; RGZ, 140, sh. 321; OGH, VR 1952, sh. 173; OGH, SZ 34, sh. 100; OGH, VersR 1972, sh. 702; OGH, VersR 1978, sh. 931. Türk hukuku için bkz. **KENDER, R.:** age., sh. 128.

²⁶ BGHZ, 2, sh. 91.

²⁷ RGZ, 114, sh. 323.

²⁸ **DEUTSCH, C.:** age., sh.50; **PRÖLSS, E.R. / MARTIN, A.:** Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zu VVG und EGVVG sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen, München 1998, Zusatz zu § 1 VVG Anm. 2; **HONSELL, H. / SCHWINTOWSKI, H.-P.:** Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin – New York 1998, § 5a VVG Anm. 94; **STIEFEL, E. /HOFMANN, E.:** Kraftfahrtversicherung,

E- Geçici Güvencenin Benzer Hukuki Müesseselerden Ayırımı

Bu başlık altında geçici güvencenin “muvakkat kuvertür” ve “geçmişe etkili sigortadan” farklılıkları ortaya konacaktır.

1. Geçici Güvence - Muvakkat Kuvertür

Türk Ticaret Kanunu'nun 1265'inci maddesinde adı geçen “*muvakkat ilmühaber*” mahiyeti itibariyle, geçici teminattan farklı bir kavramdır. Muvakkat ilmühaber poliçe düzenleninceye kadar onun yerine kaim olmak üzere düzenlenir. Bir nevi sigorta himayesinin mevcudiyeti hakkında yazılı teyid beyanıdır. Teminat mektubu sigorta sözleşmesini belgelemeye; icabında ispat etmeye yarar²⁹. Muvakkat ilmühaberinin düzenlenmesi için sigorta sözleşmesinin kurulmuş olması gerekir. Geçici teminatla ise yapılması niyetlenen sözleşme kural olarak henüz inikad etmemiştir³⁰.

2. Geçici Güvence - Geçmişe Etkili Sigorta

Sigorta himayesi kural olarak ileriye etkili olarak sağlanır (Vorwärtsversicherung) Zira, sigortacının edim yükümlülüğü kural olarak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği *objektif* belirsiz olayın sözleşmesinin kurulmasından sonra (sigortanın şekli başlangıcından sonra) meydana gelmesiyle doğar. Ancak pratik bir takım ihtiyaçlar sebebiyle, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda *sübjektif* belirsizlik olmasının sigortacının himaye sağlamaya yükümlülüğünün doğması için yeterli olduğu kabul edilmektedir³¹. İşte geçmişe etkili sigortayla sağlanan teminat nevi bu şekildedir. Buna göre, geçmişe etkili sigorta, sigortanın maddi himaye süresi (sigortacının himaye sağlama yükümlülüğünün başlayıp devam ettiği süre), sigorta sözleşmesinin kurulmasından (sigortanın şekli başlangıcından) önceki bir tarihten başlayacak şekilde yapılması halinde söz konusudur³² Demek ki, geçmişe etkili sigortada, Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan genel kurala bir istisna söz konusu olmaktadır. Şöyle ki, anılan hükümdeki genel kurala göre, sigortanın maddi başlangıcı

Müncehn 2000, § 1 AKB, Anm. 67; **RÖMER W. / LANGHEID, T.:** Versicherungsvertragsgesetz, München 1997, vor § 1 VVG anm. 12; **PRÖLSS, E.R.:** Rückdatierte Deckungszusagen und § 158c VVG, VersR 1952, sh. 1; **EBERHARDT, W.:** Die vorläufige Deckungszusage, ZfV 1962, sh. 254.

²⁹ “*Sigorta sözleşmeleri Borçlar Kanunu'nun genel ilkeleri ışığında karşılıklı icap ve kabulle kurulur. Sigorta poliçesi ve sigorta geçici ilmühaberi geçerlik şartı olmayıp, sadece bir ispat belgesidir. O halde uyumsuzluğun çözümünde sigorta poliçesi (veyageçici ilmühaber) düzenlenme tarihi değil, sigorta sözleşmesinin vücut bulması önemlidir ve bu nazara alınmalıdır*“ Bkz. ULAŞ, I.: Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 3. Bası, Ankara 2002, sh. 50-51.

³⁰ **KUNTALP, E./OMAĞ, M.K.:** age., sh. 133.

³¹ **HONSELL, H/BAUMANN, B.:** Berliner Kommentar, § 2 Anm. 3;

BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., § 2 Anm. 14.

³² **BGHZ, 111, sh. 30; MAENNER, R.:** Rückwärtsversicherung in moderner Gestalt, VersR 1984, sh. 717.

(sigortacının himaye sağlama yükümlülüğünün başladığı tarih) sigortanın şekli başlangıcından (sigorta sözleşmesinin inikad ettiği tarihten) sonra iken; geçmişe etkili sigortada sigortanın maddi başlangıcı, sigortanın şekli başlangıcına tekaddüm etmektedir³³. Oysa, geçici sigorta himayesinde sigortacının sigorta himaye sağlama yükümlülüğünün başlangıcı (sigortanın maddi başlangıcı) ile sigortanın şekli başlangıcı (geçici himaye sözleşmesinin kurulduğu tarih) aynı ana tekabül etmektedir.

Geçmişe etkili sigorta kendi içerisinde, *gerçek anlamda geçmişe etkili sigorta* (echte Rückwärtsversicherung) ve *gerçek olmayan geçmişe etkili sigorta* (unechte Rückwärtsversicherung) olmak üzere ikiye ayrılır. *Gerçek anlamda geçmişe etkili sigorta*, sigorta himayesinin sigorta ettirenin sigorta sözleşmesine ilişkin icapta bulunduğu tarihten önce başlatıldığı sigortalardır. Geçmişe etkili sigortadan klasik anlamda anlaşılan da budur. Buna karşılık, *gerçek olmayan geçmişe etkili sigortada*, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesine ilişkin olarak talepte bulunduğu tarih ile sigortanın şekli anlamda kurulduğu tarih arasında sigorta himayesi sağlanır.

Geçmişe etkili sigorta himayesi, geçici sigorta himayesinden farklılık arzeder. Her iki kurumun farklılıklarını ortaya koymadan evvel belirtelim mi, herşeyden önce bu iki kurum, sigortacının himaye sağlama yükümlülüğünün Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'nci maddesinin 2'nci fıkrası anlamında ilk primin ödenmesiyle başlayacağı kuralına istisna oluşturması; yani sigortacının sorumluluğunun bu nevi sigortalarda ilk primin ödenmesinden önce başlaması noktasında benzerlik teşkil eder. Gerçekten de Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'inci maddesine göre, sigortacının himaye sağlama yükümlülüğü (sigortanın maddi başlangıcı) ilk primin ödenmesiyle başlar. Her iki kurumda da, sigortanın maddi başlangıcı, Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'inci maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen zaman noktasından (primin ödenmesinden) daha önceki bir tarihe kaydırılmaktadır. Dolayısıyla her iki kurum arasındaki ortak husus, normal bir sigorta sözleşmesinin sigorta himayesi bahşetmediği zaman aralığını sigorta kuvertürü içersine almasıdır.

Geçici güvence ile geçmişe etkili sigorta kurumlarının bu ortak özelliğine rağmen meydana gelişleri ve temel yapısı bakımından bazı farklılıklar göstermektedirler. Sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra taraflar, sigortacının sorumluluğunun sigorta sözleşmesinin inikadından önceki bir tarihte başlaması hususunda anlaşılırsa geçici sigorta himayesi değil; geçmişe etkili sigorta söz konusu olur³⁴. Sigorta sözleşmesinin kurulduğu anda, rizikonun, sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşip gerçekleşmediği objektif anlamda bellidir. Dolayısıyla gerçek anlamda bir

³³ **HONSELL, H/BAUMANN, B.:** Berliner Kommentar, § 2 Anm. 3; **BGHZ**, 111, sh. 30; **MAENNER, R.:** agm., VersR 1984, sh. 717; **ROHLES, D.:** Zur Frage der vereinbarten Rückwirkung des § 2 VVG unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, VersR 1986, sh. 214.

³⁴ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 35.

riziko söz konusudur değildir Gerçek anlamda riziko, gerçekleşip gerçekleşmediği objektif olarak belli olmayan rizikodur. Bu nevi sigortalarda, kararlaştırılan rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği **aktin kurulduğu anda** taraflarca bilinmediği, bu manada sübjektif bir belirsizlik söz konusu olduğu için geçmişe etkili sigorta caiz addedilmiştir. Aktin kurulduğu anda sözleşmenin taraflarından birisi rizikonun gerçekleşmiş olduğunu bildiği takdirde, artık rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda sübjektif beirsizlik ortadan kalktığından geçmişe etkili sigorta himayesi de meydana gelmez³⁵. Geçici sigorta himayesinde sigorta ettiren sigorta sözleşmesine ilişkin icapta bulunduğu anda geleceğe ilişkin olarak himaye sağlanmasını arzulamaktadır. Bir başka deyişle, geçici sigorta himayesinde, maddi sigorta himayesi *ex nunc* olarak sağlanmaktadır³⁶. Geçici sigorta himayesinde sigorta ettirenin talebi sigortacı tarafından değerlendirilirken bu süre zarfında sigorta ettirenin sigorta himayesinden mahrum kalmaması için *geçici olarak* sigorta himayesi bahşedilir. Bu himaye geçicidir. Zira, himaye belirli bir süre ile sınırlı olarak ya da sigortacının sigorta ettirenin icabını reddetmesiyle veya görüşmelerin başka nedenlerle sonuca ulaşmamasıyla sigorta sözleşmesinin kesin olarak kurulamayacağı anlaşılmamasıyla sona erer. Anlatılan bütün bu hususlardan da anlaşılacağı üzere, geçmişe etkili sigortada, buna ilişkin anlaşmanın yapıldığı anda taraflar arasında sigorta sözleşmesi kurulmuş olup; taraflar yaptıkları anlaşmayla, sağlanacak sigorta himayesinin sigorta sözleşmesinin kurulmasından önceki bir tarihe teşmil edilmesini; sigorta sözleşmesinin geçmişe yönelik etki doğurmasını mümkün kılmaktadırlar. Oysa, geçici himayede yapılması niyetlenen sigorta sözleşmesi henüz kurulmamıştır; fakat sigorta ettiren sözleşmeye ilişkin talpepte bulunduğu andan itibaren ileriye yönelik olarak(kesin sigorta sözleşme kuruluncaya veya sigorta sözleşmesinin kurulmayacağı kesin olarak anlaşılincaya kadar) sigorta himayesi talep etmektedir³⁷. Her iki sigorta nevi arasındaki ana farkı daha kısa ve veciz bir ifade ile ortaya koymak gerekirse gerekirse, geçici sigorta himayesinde sigortacının himaye sağlama yükümlülüğü, *ex-nunc*; geçmişe etkili sigortalarda *ex-tunc* olarak sağlanmaktadır³⁸. Anlatılan bu hususları bir şekil üzerinde göstermek gerekirse:

Sigorta himayesinin sağlandığı zaman aralığı:

_____ şekliyle gösterilecek olursa:

Normal Sigorta Sözleşmesi:

³⁵ JABORNEGG, P.: age., sh. 35.

³⁶ BISCHOFFBERGER, E.: age., sh. 99.

³⁷ NIDEGGEN, G.: Die vorläufige Deckungszusage im Privatversicherungsrecht, Köln 1938, sh. 46; JABORNEGG, P.: age., sh. 35; HENZLER, R.: age., sh. 52.

³⁸ NIDEGGEN, G.: age., sh. 46-47; HENZLER, R.: age., sh. 52; BISCHOFFBERGER, E.: age., sh. 105.

Sözleşmenin	Primin	
İcap	Kuruluşu	Ödenmesi

İcap
Geçici Sigorta Himayesi :

Geçmişe Etkili Sigorta :
Sigortanın Sözleşmenin

Başlangıcı	İcap	Kuruluşu
------------	------	----------

Ayrıca, geçmişe etkili sigorta, sigorta sözleşmesinin bir parçasını teşkil ederken; geçici güvence kesin sigorta sözleşmesinden bağımsız bir sigorta sözleşmesidir. Hayat sigortalarının bir türünü teşkil eden *ölüme karşı sigortada*, sigorta ettiren kural olarak kendisinin ölümü halinde varislerine veya lehdara sigorta meblağının ödenmesini istemektedir. İşte sigorta ettirenin kendi ölümüne karşı sigortada *geçmişe etkili sigorta* kavramsal olarak mümkün değildir. Buna rağmen, taraflar sigorta sözleşmesine sigorta himayesini sözleşmenin inikadından önceki bir tarihten başlayacağına dair bir kayıt koymuşlarsa, bu kayıt, sigortanın maddi başlangıcını değil; teknik başlangıcını ifade eder³⁹. Sigorta ettirenin kendi ölümüne karşı sigorta da ise, geçici güvencenin sağlanması mümkündür.

F- Geçici Himaye Sağlayan Sigorta Sözleşmesinin Kurulması (Sözleşmenin Meydana Gelmesi)

Geçici güvence sağlayan sigorta sözleşmesi de her sözleşme gibi, tarafların yani sigortacı ile sigorta ettirenin birbirine uygun karşılıklı irade beyanı ile meydana gelir. Genellikle geçici güvence sözleşmelerinde açıkça “geçici güvence” veya “geçici himaye”, muvakkat kuvertür” gibi ibarelere yer verilmez. Sözleşmede yer alan tarafların beyanları, genel yorum ilkelerine göre yorumlanarak, birbirine uygun iradelerinin geçici güvence ilişkisini mi; yoksa kesin sigorta sözleşmesini mi kurmaya yönelik olduğu ya da onların geçmişe etkili sigorta yapmayı mı arzuladıkları tespit edilir⁴⁰.

Geçici güvence ilişkilerinde genellikle talep sigorta ettiren tarafından yapılır. Sigorta ettiren sigortacı veya onun yetkili acentesine başvurarak sigorta sözleşmesi yapmak istediğini bildirir. Sigorta ettiren talep formunu doldururken hemen kendisine sigorta himayesi sağlanmasını ister. Bu icabın sigortacı ya da yetkili temsilcisine ulaşmasından sonra sigortacı da kesin

³⁹ HENZLER, R.: age., sh. 49-50; PRÖLSS, E.R./MARTIN, A.: age., § 2 VVG, Anm. 1) b); BGHZ, 84, sh. 275.

⁴⁰ JABORNEGG, P.: age., sh. 39.

sigorta sözleşmesiyle ilgili tetkikler bitinceye kadar ; dolayısıyla sigorta ettirenin yapmak istediği sigorta sözleşmesi hakkında kabul ya da red şeklinde bir karar verinceye kadar geçici himaye taahhüd eder. Bu suretle taraflar arasında geçici himaye sözleşmesi kurulmuş olur.

1994 tarihli Avusturya Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin Tasarının 1.1.1995 tarihinde yürürlüğe girmesiyle söz konusu Kanun'a (1a) maddesi olarak şu şekilde bir düzenleme yapılmıştır:

“Sigorta ettiren sigorta sözleşmesinin yapılmasına yönelik talebini matbu talep formu üzerinde yaparsa, sigortacı geçici sigorta himayesi sağlamak istemiyorsa, sigorta sözleşmesinin ancak poliçenin gönderilmesi veya ayrı bir kabul beyanıyla birlikte kurulacağını ve bu ana kadar sigorta himayesinin söz konusu olmadığı keyfiyetine işaret etmekte yükümlüdür. Sigortacı, işaret etme yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, talep edilen sigorta himayesi, icabın bizzat kendisine veya acentesine ulaşmasından itibaren sözleşme kuruluncaya kadar sağlamak zorundadır. Sigorta sözleşmesi meydana gelmezse, sigorta ettirenin talebiyle bağlı olmadığı andan hemen sonra geçici himaye sona erer. Sigortacı, sağladığı himaye süresine uygun prime hak kazanır”.

Yapılan bu düzenleme ile ilgili olarak Avusturya tasarısının gerekçesinde, haklı olarak şu hususlara değinilmiştir: Kural olarak sigorta sözleşmesi sigortacının kabul beyanının sigorta ettirene vasıl olmasıyla kurulur. Dolayısıyla kural olarak sigorta ettirenin icapta bulunmasıyla kabulü arasında geçen süreye ilişkin olarak sigorta himayesi sağlanmaz. Ancak, sigorta hususunda tecrübe sahibi olmayan bir kimse açısından bu keyfiyet bilinmez. Sigorta talebinde bulunan bu kişiler, genellikle, sigortacın acentesi nezdinde talep formunu doldurduktan sonra acentenin işletmesinden ayrılırken sigortalı olduğunu düşünürler. Şüphesiz sigorta ettirenin bu güveninden dolayı zarar görmesi mümkündür. Dolayısıyla, sigorta ettirene onun talep formunu doldurmasın rağmen belirli bir süre daha sigorta himayesinden mahrum kalacağı hususunda bilgi verilmelidir. Sigortacı, sigorta ettireni, belirli süre himayeden mahrum kalacağı hususunda bilgilendirmezse sigorta ettiren tarafından talep edilen himayeyi, talebin kendisine ya da acentesine varmasından itibaren sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca, Tasar gerekçesinde “icabın acenteye ulaşmasından itibaren” tabirinin kullanılmasının gerekçesi olarak da, aracı acentelere yapılan icap sigortacıya ulaştırılmadıkça sigorta sözleşmesine ilişkin tamamlanmış bir icaptan bahsedilemeyeceğinden sigorta ettirenin talebin sigortacıya ulaştırıldığı süreye kadar himayeden mahrum kalmasını önlemek olduğu belirtilmiştir⁴¹.

Basler'e göre, sigortacı tarafından sigorta ettirene doldurmak ve imzalanmak üzere verilen matbu talep formunda onun geçici güvenceyi

⁴¹ Avusturya Sigorta Sözleşmesi Kanunu Değişiklik Tasarısı'na ilişkin Gerekçeyle ilgili olarak bkz. **HEISS, H.:** Versicherungsvertragsgesetz, Wien 1996, sh. 32 vd.).

isteyip istemediğine dair bir soru da yer alıyorsa, sigortacının geçici güvence sözleşmesine ilişkin *icap beyanından* bahsedilir⁴². Bu görüşe iştirak edilmemelidir. Yazarın bu görüşünün benimsenmesi bizi, talep formunda yer alan icap beyanının sigortacıyı geçici güvence sözleşmesi yapmak hususunda bağladığı; sigorta ettirenin talep formunu doldurması sigortacı yada onun yetkili acentesine verilmesiyle de zımni olarak söz konusu icabın kabul edildiği; dolayısıyla geçici güvence sözleşmesinin meydana geldiği sonucuna götürecektir. Bu hukuki durum ancak, talep formunda, talepte bulunma anından itibaren sigorta ettirene geçici güvence sağlanacağına dair irade beyanını ihtiva eden bir kloz yer alması halinde, kabul edilebilir ve sigortacının icabından bahsedilir. Örneğin, internet üzerinden yapılan sözleşmelerde sigortacının “homepage”inde: talep formunun “gönder” tuşuna basılması suretiyle gönderilmesi halinde sigorta ettirene otomatikman geçici güvence sağlanacağı yazıyorsa, sigortacının bu beyanı geçici güvence sözleşmesine yönelik icap, sigorta ettirenin “gönder” tuşuna basması ise, kabul beyanı olarak kabul edilecektir⁴³. Oysa sigortacı herkese geçici güvence sağlamak istemeyeceğinden onun sırf talep formunda geçici güvence talep edilip edilmediğini sormasından hareketle, bu şekilde bir bağlanma iradesinin varlığından bahsedilemez⁴⁴. Dolayısıyla böyle bir durumda *invitatio ad offerendum* söz konusu olur.

Geçici güvence sözleşmesi kesin sigorta sözleşmesi gibi herhangi bir şekle bağlı değildir; dolayısıyla, yazılı veya sözlü ya da zımnen meydana gelmesi mümkündür. Ancak, uygulamada, geçici güvencenin koşulları konusunda şüpheleri bertaraf etmek ve ispat kolaylığı sağlamak için geçici güvence yazılı olarak yapılabilir. Böyle bir durumda yazılı şekil, geçerlilik koşulu değildir. Akdedilmesi talep edilen sigorta mecburi bir sigorta olsa dahi, sigortacının sigorta ettirenin geçici güvence sağlanmasına yönelik talebini kabul zorunluluğu yoktur⁴⁵.

Sigortacının acente gibi yardımcıları sigortacının kendisine oranla daha hızlı ve fleksibil bir şekilde sigorta ettirenin talebine cevap verebileceklerinden, Geçici güvencenin sağlanması açısından özel bir öneme sahiptirler. Geçici güvence sözleşmesini vermeye sigorta sözleşmesini kurmaya yetkili acenteler de mezundur. Sigorta sözleşmesi yapmaya yetkili acentenin sözlü olarak geçici güvence vermesi iç ilişkide yasaklanmış olsa bile, keyfiyetten haberdar olmayan ve bilgisizliği ağır kusuruna dayanmayan sigorta ettirenin taraf olduğu sözlü sözleşme geçerli olur⁴⁶. Buna karşılık,

⁴² **BASLER, F.:** Abschluss, Beurkundung und Wirkungsbeginn des Versicherungsvertrages, Diss. Bern 1913, sh. 105.

⁴³ **HERMANN, H.:** Customer Relations Center und Verbraucherschutz im Versicherungsvertragsrecht, VersR 1998, sh. 934-935.

⁴⁴ **BISCHOFFBERGER, E.:** age., sh. 47.

⁴⁵ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 39- 40.

⁴⁶ **BRUCK, E./ MÖLLER, H.:** age., § 1 Anm. 99.

aracı acentelerin geçici güvence sözleşmesi yapma yetkileri yoktur⁴⁷. Sigorta sözleşmesi yapmaya yetkili olmayan aracı acentenin yaptığı geçici güvence sözleşmesinden haberdar olan sigortacı, sözleşmeye icazet vermediğini geçici himaye talebinde bulunan şahsa derhal bildirmediği takdirde, icazet vermiş sayılır (TTK mad. 117/ b. 2 ve mad. 122).

Geçici güvencenin başlangıcı da, doğrudan doğruya tarafların akdi anlaşmasından hareketle tespit edilir. Şöyle ki, sigorta ettiren geçici güvence talebinde bulunur ve sigortacı da geçici sigorta himayesini hemen sağlayacağını söylerse, geçici güvence bu beyanın (kabul beyanı) sigorta ettirene ulaşmasından hemen sonra sağlanır; yoksa, sigortacının geçici güvenceye ilişkin yazılı bir belge düzenlemesi beklenmez. Geçici güvencede, sigortanın şekli başlangıcı ile maddi başlangıcı aynı ana rastlamaktadır. Buna göre, sigortalı riziko, geçici güvencenin yürürlükte olduğu zaman aralığı içinde; fakat Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'nci maddesinin 2'nci fıkrası anlamında ilk primin ödenmesinden önce gerçekleşirse, sigortacı sigorta himayesi sağlamakla yükümlü olur. Zira, taraflar arasında geçici güvencenin kararlaştırılmasıyla Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'inci maddesinin 2'nci fıkrasının aynı Kanun'un 1264'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasınca caiz görülen sigorta ettiren lehine değiştirilmesi söz konusudur⁴⁸. Aksine bir düşünce, hem Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'üncü maddesinin düzenleniş amacına hem de geçici güvencenin fonksiyonuna uymayan bir yorum olurdu. Geçici güvencenin sağlanmasıyla, -taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece- ilk primin ödenmesinin sigortacı tarafından ertelendiğinin kabulü gerekir. Sigorta ettirenin prim ödeme yükümlülüğü, akdedilmesi amaçlanan kesin sigorta sözleşmesine ilişkin primin muaccel olacağı tarihe kadar ertelenmektedir. Eğer kesin sigorta sözleşmesi meydana gelmezse, prim, sözleşmenin niteliği ve koruma süresi göz önüne alınarak belirlenmelidir⁴⁹.

Sigorta ettirenin geçici himaye talebi, hazır olmayanlar arasındaki süresiz icap niteliğinde ise, sigorta ettiren icabıyla makul süre bağlıdır. Sigortacı, kabul haberini bu sürenin geçmesinden sonra gönderirse, bu gecikmiş beyan yeni bir icap olarak addedilir. Geçici güvence ilişkisinin meydana gelmesi için gecikmiş beyanın sigorta ettiren tarafından kabul edilmesi gerekir. Sigorta ettirenin bu durumda susması, ancak Borçlar Kanunu'nun 6'ncı maddesi kapsamında zımni kabul olarak değerlendirilir. Kural olarak sigorta ettirenin sigortacının zamanında gönderilmemiş kabul

⁴⁷ Bkz. **BOZER, A.:** age., sh. 141.

⁴⁸ Bkz. **BOZER, A.:** age., sh. 142. Alman hukukunda benzer düşünce için bkz. BGHZ, 21, sh. 129; OLG Nürnberg, VersR 1966, sh. 916; OLG Hamm, VersR 1982, sh. 1042-1043; OLG Hamm, VersR 1987, sh. 926-927; OLG Karlsruhe, ZfS 1984, sh. 50; **HONSELL, H. / SCHWINTOWSKI, H.-P.:** Berliner Kommentar, § 5 a VVG Anm. 114; **BRUCK, E./ MÖLLER, H.:** age., § 1 Anm. 103. Avusturya hukukunda benzer düşünce için bkz. **JABORNEGG, P.:** age., sh. 57-58; **MARTIN, S.:** age., sh. 155-156.

⁴⁹ Karş. TTK mad. 1294 / I, c. 2.

beyanına karşılık verme külfeti söz konusu değildir. Sigorta ettirenin böyle bir külfeti ancak, Borçlar Kanunu'nun 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının şartları dairesinde mümkündür. Buna göre, sigortacı, kabul haberini zamanında göndermesine rağmen, icap sahibine (sigorta ettirene) postadaki gecikme gibi bir sebeple geç ulaşmışsa, sigorta ettiren, sigortacının “*yeni icap*” sayılan kabul beyanını derhal reddetmelidir; aksi takdirde geçici himaye sözleşmesi meydana gelecektir.

Alman Federal Mahkemesine göre, geçici güvencenin varlığını sigorta ettiren ispatla yükümlüdür⁵⁰. Bu görüşe, sigortacının edim yükümlülüğü söz konusu olduğu sürece iltifat edilmelidir. Şüphesiz, sigortacı, sigorta ettireni geçici güvenceden doğan prim borcu için dava etmişse, geçici güvencenin varlığını sigortacı ispat edecektir. Aynı şekilde, sigortacı, geçici güvencenin hükümsüz olduğunu iddia ediyorsa, iddiasını ispatla mükelleftir⁵¹. Bunun gibi, geçici güvencenin varlığı taraflar arasında tartışma yapılmıyor; fakat sigortacı, sigorta ettirenle acentenin işbirliği yaparak, geçici güvence sözleşmesini rizikonun gerçekleşmesinden önceki bir tarihten başlatacak şekilde yaptıklarını iddia ediyorsa, iddiasını ispata mecburdur⁵². Şüphesiz, gerçekleşmiş rizikoları teminat kapsamına alacak şekilde geçici güvence anlaşması yapılması, geçmişe etkili sigorta olarak da nitelendirilemez. Zira, geçmişe etkili sigortadan bahsedilebilmesi için varlığı zorunlu olan, “*gerçekleşen rizikolardan sigortacı ve sigorta ettirenin haberdar olmaması*” şartı gerçekleşmemektedir⁵³.

G- GEÇİCİ GÜVENCENİN MUHTEVASI

Geçici güvence iki taraflı taahhütleri havi bir sözleşme olduğundan hem sigortacı hem de sigorta ettiren açısından hak ve yükümlülükler doğurur. Sigortacının riziko taşıma yükümlülüğüne karşı sigorta ettirenin prim ödeme yükümlülüğü söz konusudur. Sigorta ettirene ayrıca, ifası rizikonun gerçekleşmesinden önce ve sonra olmak üzere bir takım külfetler de yüklenmiştir.

Geçici güvence talebi, genellikle, nihai sigorta sözleşmesinin akdine yönelik icaba ilaveten onunla aynı zamanda ve aynı talep formuyla yapılır. Bu sebeple, geçici güvence talebi, nihai sigorta sözleşmesine ilişkin icaptan muhteva yönünden farklı unsurları ihtiva etmez. Binaenaleyh, bu tespitten, kesin sigorta sözleşmesinin muhtevasının, geçici güvence sözleşmesinin muhtevasının belirlenmesinde ölçü alınabileceği sonucunun çıkarılabilmesi mümkündür. Ancak geçici güvencenin muhtevasının tespitinde, ona has özelliklerin de dikkate alınarak değerlendirilme yapılması zorunluluğu gözardı edilmemelidir.

⁵⁰ BGH, VersR 1986, sh. 541. Aynı görüş için bkz. **PRÖLSS, E.R./MARTIN, A.:** age., Zus. § 1 Anm. 4.

⁵¹ BGH, VersR 1986, sh. 131.

⁵² BGH, VersR 1986, sh. 131.

⁵³ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 48.

Geçici güvencede sigortacının riziko taşıma yükümlülüğüyle ilgili olarak genel sigorta sözleşmesinden farklı olarak pek fazla özellik söz konusu olmadığından, bu hususta pek fazla ihtilaf çıkmaz. Bu sebeple, geçici güvencede sigortacının riziko taşıma yükümlülüğü konusu burada ayrıca ele alınmayacaktır.

Sigorta ettirenin sigorta telebiyle sigorta ettirenin zımnî kabul beyanını ihtiva eden sigorta poliçesi arasında farklılıklar söz konusu olması geçici güvence açısından ele alınması gereken bir sorundur. Şöyle ki, sigorta ettirene geçici güvence, onun kesin sigortaya ilişkin talebine uygun olarak sağlanır. Bir başka deyişle geçici güvence sigorta ettirenin kesin sigorta sözleşmesine yönelik talebine uygun olarak kurulur. Şimdi, sigorta ettirene sigorta sözleşmesinin kabul edildiğine dair gönderilen poliçede sağlanan sigorta himayesi, onun bu talebine oranla daha sınırlı ise, bu durumun geçici güvenceye etkisi olacak mıdır? Bu mesele, ilk olarak Alman Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesinin bir kararında tartışılmıştır. Karara konu teşkil eden olayda, sigorta ettiren davalı sigortacı nezdinde, işlettiği butik mağazasını hırsızlık rizikosuna karşı sigortalamak için başvurmuştur. Sigorta ettiren talebinde, sigorta himayesinden yararlanacak emtia ile ilgili herhangi bir sınırlandırma yapmamıştır. Gene onun talebi doğrultusunda sağlanan geçici sigorta himayesinde de emtia ile ilgili herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir. Daha sonra sigorta ettirene gönderilen poliçede, sigorta himayesinin kürk ve deri ürünleri dışında sadece tekstil ürünleriyle sınırlı olacağı yazmaktadır. Gönderilen poliçe sigorta ettirene ulaşmadan kısa bir süre önce de mağazadaki deri pantolonlar çalınır. Yüksek mahkeme, sigorta ettirenin deri pantolonlarının tazminine yönelik talebini haklı olarak kabul etmiştir. Mahkeme gerekçe olarak da, geçici güvencenin, kesin sigorta sözleşmesine ilişkin olarak gönderilen poliçeye göre değil; sigorta ettirenin herhangi bir sınırlandırma ihtiva etmeyen talebine uygun olarak kurulmuş olduğunu göstermiştir. Böylece, Mahkeme gönderilen poliçedeki sınırlandırmayı haklı olarak geçici güvenceye teşmil etmemiştir⁵⁴. Mahkemenin bu kararına, geçici güvence ile kesin sigorta sözleşmesi arasındaki ilişkiyi ortaya koymak için ileri sürülen teorilerden hangisi benimsenirse benimsensin iştirak edilmelidir. “Ayrılık teorisi” açısından mesele herhangi bir önemi haiz değildir. Zira, söz konusu teori zaten her iki ilişkiyi birbirinden bağımsız addetmektedir. Dolayısıyla, kesin sigorta sözleşmesiyle ilgili değişikliğin ondan bağımsız olan geçici güvenceye herhangi bir etkisi de söz konusu olmayacaktır. “Bütünlük teorisi” açısından da mesele şu şekilde değerlendirilebilir. Burada taraflar mevcut bir sözleşmenin muhtevasıyla ilgili değişikliğe gitmişlerdir. Sigorta ettirenin mevcut bu değişikliğin geçmişe de, yani geçici güvenceyi de kapsayacak şekilde etkili olmasını istiyorsa, sigortacı karşısında bu yöndeki iradesini

açıkça ortaya koymalıdır. Aksi takdirde taraflar arasında mevcut ilişkinin muhtevasıyla ilgili değişiklik anlaşması geçmişe değil; pro futuro etkilidir⁵⁵.

Sigorta ettiren, geçici güvencede normal bir sigorta sözleşmesinde olduğu gibi kanunun kendisine yüklediği külfetleri yerine getirmelidir. Külfetlerin yerine getirilmesi, sigorta ettirenin sigorta edimine kavuşabilmesinin bir şartıdır. Geçici güvence bakımından incelenmesi özellik arz eden külfet, sigorta akdinin inikadı anındaki ihbar külfetidir. Sigorta ettiren Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesine göre, sigortacının sigorta sözleşmesi yapılırken gerçek durumu bildiği takdirde sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarda yapmasını gerektirecek bütün hususları sigortacıya bildirmeye mecburdur. Akit öncesi ihbar külfeti, geçici güvence için de söz konusudur; fakat burada geçici güvence sözleşmesi kurulmadan önce, sağlanacak teminatın kısa süreli olması sebebiyle, rizikonun sigortacı tarafından yüzeysel incelendiği hususu göz ardı edilmemelidir. Sigortacının geçici güvencenin sağlanması için akit öncesi külfetinin ifası babında sigorta ettirene yazılı soru listesi vermesi pek sıklıkla rastlanılan bir durum değildir. Bu sebeple, sigortacının akit yapmayı yapmamak veya daha ağır şartlarda yapmasını gerektirecek hususları sigorta ettiren kendiliğinden ihbar edecektir. Doktrinde, geçici güvence sağlanırken, Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesi anlamında ihbar külfetinin tam ve eksiksiz ifasından bahsedilebilmesi için aranılacak ölçünün normal sigorta sözleşmesine oranla daha hafif olması gerektiği söylenmektedir⁵⁶. Uzun süreli olarak bir rizikonun kesin olarak üstlenilmesinde sigortacı için önem arzeden hususların hepsi, geçici güvencenin sağlanmasında aynı öneme sahip olmayabilir. Sigortacı, özellikle, kendisine karşı geçici güvence sağlamak istemeyeceği ağır rizikoları bilmek ister. Sigortacının geçici güvence sağlarken, gerçekleşme olasılığı yüksek ve gerçekleştiğinde büyük zararlara sebep olabilecek rizikoları bilmesinde menfaati vardır. Buna karşılık, tehlike yoğunluğu az olan durumların geçici güvence sağlanırken akit öncesi ihbar külfetinin konusu olması zorunlu değildir⁵⁷.

Kesin sigorta sözleşmesini ilgilendiren hususlarda akit öncesi ihbar külfetinin ihlalinin, geçici güvence ilişkisine etki edip etmeyeceği meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bu soruya verilecek cevap, geçici güvence ile kesin sigorta sözleşmesi arasındaki ilişkinin belirlenmesinde ileri sürülen teorilerden hangisinin benimsendiğine göre değişecektir. Bizim de iştirak ettiğimiz *ayrılık teorisini* benimseyenlere göre, akit öncesi ihbar külfetinin ihlali halinde sigortacı Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesinin kendisine bahsettiği sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, dönme, sadece bu sigorta ilişkisi bakımından geriye etkili olur; yoksa geçici güvence ilişkisine her hangi bir etkisi söz konusu olmaz. Bir başka deyişle, sigortacı, sadece akdedilen kesin sigorta sözleşmesi için dönme hakkını

⁵⁵ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 50-51; **HENZLER, R.:** age., sh. 108.

⁵⁶ **HENZLER, R.:** age., sh. 102.

⁵⁷ **HENZLER, R.:** age., sh. 102-103.

kullanabilecek; geçici güvence ilişkisi için ise dönme hakkını kullanamayacaktır⁵⁸. Buna karşılık, *bütünlük teorisini* savunanlara göre, akit öncesi ihbar külfetinin amacı sigortacıyı rizikoyu yanlış değerlendirerek üstlenmesinin önüne geçmektir. Burada, sigortacı kesin olarak üstleneceği riziko hakkında tam malumat sahibi olmak istemektedir. Sigortacı geçici olarak üstlendiği rizikoyu kesin olarak üstlenip üstlenmemek hususunda karar verirken şimdiye kadar geçici üstlendiği riziko hakkında tam bir malumat sahibi olmakta haklı menfaati vardır. Ayrıca, sigortacı akitten dönme müeyyidesini kullanma imkanı elinde olmalı ki, sigorta ettireni riziko hakkında tam ve gerçeğe uygun olarak bilgi vermesini sağlasın. Bu sebeple Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesi bu durumlarda en azından kıyasen uygulanmalıdır⁵⁹.

Sigorta ettirenin geçici güvenceye ilişkin talepte bulunduğu an ile kesin sigorta sözleşmesine ilişkin talepte bulunduğu an aynı olduğundan, geçici güvencenin sağlanmasından sonra sigortacının kabulü arasında geçen zaman zarfındaki riziko değişikliklerine, akdedilen kesin sigorta sözleşmesi açısından akdin inikadı anındaki ihbar külfetini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesi uygulanacaktır. Aynı Kanunun akdin kurulmasından sonraki rizikoyu ağırlaştırmama ve ağırlaşan rizikoyu ihbar külfetini düzenleyen 1291'inci maddesi uygulama alanı bulmayacaktır⁶⁰. Bu durumda, sigortacı, kesin sigorta sözleşmesinin akdinden sonra **bu sözleşmeyle(akdedilen kesin sigorta sözleşmesi) ilgili olarak** sadece Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesinin kendisine bahsettiği hakları kullanabilecektir. Buna karşılık, böyle bir durumda, **geçici güvence ilişkisi** Türk Ticaret Kanunu'nun 1291'inci maddesi hükmüne tâbi olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1297'nci maddesinde mal sigortaları ile bir yıldan kısa süreli can sigortalarında primin ödenmemesi halinde sigorta sözleşmesinin feshine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla geçici güvence için de Kanunda bir düzenlemenin mevcut olmadığı söylenebilir. Zira, daha önce mevcut olan düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine rağmen⁶¹, yerine yeni bir hüküm hâlâ ısdar edilmemiştir. Yargıtay, haklı olarak bir kararında bu durumda, yasa boşluğu oluşmadığı sonucuna varmıştır. Söz konusu kararında Yüksek Mahkeme, prim ödenmesinde temerrüt halinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1264'üncü maddesinin 1'nci fıkrasındaki yollama sebebiyle, Borçlar

⁵⁸ Bkz. RGZ, 140, sh. 321-322; BGH, VersR 1955, sh. 350; **PRÖLSS, E.R./MARTIN, A.:** age., Zus.§ 1 Anm. 2; **HEIM, W.:** agm., Versicherungsnehmer 954, sh. 38; **EBERHARDT, W.:** agm., ZfV 1962, sh. 254. "Bütünlük teorisini" benimseyen Bruck/Mşller de bu görüşü paylaşmaktadır. Bkz. **BRUCK, E./MÖLLER, H.:** age., § 1 Anm. 102.

⁵⁹ **HENZLER, R.:** age., sh. 104-105.

⁶⁰ **OMAĞ, M.K.:** Türk Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, Ankara 1985, sh. 54.

⁶¹ Anayasa Mah.11.3.1996 tarihli ve E. 1997/24, K. 1997/35 sayılı kararı için bkz. RG 16.10.1997, S. 23142.

Kanunu'nun 101 vd. maddelerinin uygulanmasının gündeme geleceğine hükmetmiştir⁶². Buna göre, primin ödeneceği tarih taraflarca kesin olarak tespit edilmişse, alacaklının temerrüt için ihtarda bulunmasına gerek yoktur (BK mad. 101). Bu durumda, geçici güvenceye ilişkin prim borcunun ödenmemesi halinde, Borçlar Kanunu'nun 106'ncı maddesi uygulanarak, temerrüt halinin doğumundan sonra, fesih için sigortacının sigorta ettirene feshi ihbarda bulunması gereklidir.

H- Geçici Himaye Sağlayan Sigorta Sözleşmesinin Sona Ermesi

Geçici güvencede rizikonun teminat altına alınmasıyla sigorta ettiren kısa süreli de olsa asıl akdedilmek istenen kesin sigorta sözleşmesinin sağladığı himayenin aynısından yararlanır. Adından da anlaşılacağı üzere, sağlanan himaye geçicidir. Sigortacı, asıl akdedilmek istenen geçici güvence hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar almışsa geçici güvenceyi devam ettirmenin bir anlamı yoktur. Geçici güvence sözleşmesinin kendisine has bu özellikleri dolayısıyla, ona özgü bir takım sona erme sebepleri mevcuttur. Aynı şekilde, geçici güvence sözleşmesi, sigorta sözleşmesi niteliğinde olduğundan sigorta sözleşmeleri için söz konusu olabilecek sona erme sebepleri onun hakkında da geçerli olacaktır. Ancak söz konusu sona erme sebeplerini geçici güvenceye uygularken onun kendisine has özellikleri dikkate alınmalıdır. Aşağıda ilk önce, sigorta sözleşmesi için geçerli olan genel sona erme sebepleri, geçici güvence için ele alınacak; daha sonra da geçici güvenceye özgü sona erme sebepleri incelenecektir.

1. Sigorta Sözleşmeleri İçin Geçerli Olan Genel Sona Erme Sebepleri

Bu bölümde sigorta sözleşmeleri için geçerli olan genel sona erme sebeplerinden sigorta sözleşmesinde öngörülen sürenin geçmesi; fesih ve cayma halleridir.

a) Sigorta Sözleşmesinde Öngörülen Sürenin Bitmesi

Taraflar geçici güvencenin geçerli olacağı süreyi sınırlandırmışlar ise, aralarındaki sigorta ilişkisi kararlaştırılan sürenin geçmesiyle sona erer⁶³. Ancak bu şekilde geçici güvencenin süre yönünden sınırlandırılması, tarafların menfaatine uygun değildir. Zira, ne sigortacı ne de sigorta ettiren akdedilmesi amaçlanan asıl sigorta sözleşmesine ilişkin talebin değerlendirilmesi ve rizikonun tetkiki çalışmalarının ne kadar süre gerektireceğini önceden kestiremezler. Bu durumda da sürenin sona ermesine rağmen taraflar arasındaki sigorta sözleşmesine ilişkin müzakere

⁶² Yarg. 11. HD, 20.9.1999 gün ve E. 99/4923, K. 99/7901 sayılı karar için bkz. YKD. C. 26, S. 1, sh. 55-58.

⁶³ **NICKEL, F.G.:** Die vorläufige Deckungszusage, Untersuchungen zu einem Versicherungsvertrag eigener Art, ZversWiss 1986, sh. 102; **BRUCK, E.:** agem., JRPV 1926, sh.98; **HENZLER, R.:** age, sh. 174.

ya da sigortacının tetkikleri bitmemiş olabilir. Buna rağmen taraflar geçici güvenceyi süreye bağlamışlar ise, sürenin geçmesiyle birlikte sigortacının gerçekleşen rizikodan dolayı sorumluluğu ortadan kalkar ve sigorta ettirenin prim ödeme yükümlülüğü sona erer⁶⁴.

b) Taraflardan Birinin Feshi ya da Sözleşmeden Dönme

Türk Ticaret Kanunu'nun 1291'inci maddesine göre, rizikonun ağırlaştırılması halinde, sigortacıya keyfiyeti öğrendiği tarihten itibaren 8 gün içinde kullanmak şartıyla sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır. Bunun gibi, açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, sigortacı, sigortalı malın sahibinin değişmesi halinde sigorta sözleşmesini feshedebilir. Bu hususa ilişkin açık düzenlemeyi Karayolları Trafik Kanunu'nun 94'üncü maddesinin 2'nci fıkrası ihtiva etmektedir. Türk 1297'nci maddesi ise primin ödenmemesi halinde sözleşmenin feshini kaleme almıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ncü maddesi ise, akit öncesi ihbar külfetinin ihlali halinde sigortacının sigorta mukavelesinden dönme hakkını hükme bağlamaktadır.

Bu fesih sebeplerinden, özellikle sigortalı malın sahibinin değişmesi halinde fesih hakkı ayrıca ele alınması gerekli bir özellik göstermektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1303'üncü maddesine göre, sigortalı malın sahibinin değişmesi halinde, sigortadan doğan hak ve borçlar yeni malike geçer. Bu hüküm geçici güvence için uygulanamaz. Yeni malikin geçici güvence ilişkisine dahil olması söz konusu olmaz; zira, sigorta sözleşmesi henüz kurulma aşamasındadır ve yapılan icap beyanının kabul edilip edilmediği bu beyanı yapan eski malike yöneltilmesi gereklidir. Oysa, devreden malik için de artık sigortalanabilir menfaat ortadan kalkmıştır. Sözleşme süreye bağlanmış olsa dahi, sigortalı malın sahibinin Türk Ticaret Kanunu'nun 1303'üncü madde anlamında değişmesiyle birlikte geçici güvence ilişkisi de kendiliğinden sona erecektir⁶⁵.

2. Geçici Güvence İlişkisine Özgü Sona Erme Sebepleri

Aşağıda geçici güvenceye özgü sona erdirme sebeplerinden, kesin sigorta sözleşmelerine ilişkin müzakerelerin sonuçsuz kalarak sözleşmenin kurulamayacağına anlaşılması; bu bağlamda sigortacının sigorta ettirenin asıl sigorta sözleşmesine ilişkin icabını reddetmesi ile sigorta sözleşmesinin inikadı meselesi incelenecektir.

a) Akdi Müzakerelerin Sonuçsuz Kalması

Hakim olan görüşe göre, geçici güvence, asıl olarak yapılmak istenilen sigorta sözleşmesine ilişkin müzakerelerin kesin olarak sonuçsuz kalması ve kesilmesi; bu suretle sigorta sözleşmesinin inikad etmeyeceğinin anlaşılması halinde sona erecektir⁶⁶. Buna göre, geçici güvence sözleşmesi,

⁶⁴ Bkz. HENZLER, R.: age, sh. 174; BISCHOFBERGER, E.: age., sh. 76.

⁶⁵ Bkz. BISCHOFBERGER, E.: age., sh. 91.

⁶⁶ HENZLER, R.: age, sh. 179; JABORNEGG, P.: age., sh. 87.

sigorta ettirenin kesin sigorta sözleşmesine ilişkin icabıyla bağlılıktan kurtulduğu anda sona ermez⁶⁷. Geçici güvence, asıl yapılması amaçlanan sigorta sözleşmesine ilişkin icabın açıkça olmasa da reddedildiği ana kadar devam eder. Her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak geçici güvencenin sona erip ermediği tespit edilmelidir. Somut olayın özellikleri incelenirken de, sigorta ettirenin sözleşmeye ilişkin müzakerelerin kesilmesinden, asıl olarak amaçlan sigorta sözleşmesinin kurulamayacağını anlamasının da gerektiği hususu dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, somut olayın özelliklerinden, asıl olarak niyetlenen sözleşmeyle ilgili müzakerelere devam etme iradesine sahip olan kişi, görüşmelerin artık kesin olarak kesildiği veya bu sözleşmeyi artık karşı tarafın kurmak istemediği sonucunu çıkaramadığı durumlarda, sözleşmeyi kurmak istemeyen tarafın hiç bir yanlış anlaşılmaya yol açmayacak şekilde yapılan müzakerelerin hiç bir sonuç getirmeyeğini ifade etmesi gereklidir. Bu manada, taraflardan birisinin, müzakerelere devam etmenin artık hiç bir anlamı olmadığını ya da geçici güvenceye artık sona ermiş olarak anlaşılması gerektiğini söylemesi, söz konusu ilişkinin sona erdiğinin yeteri kadar açıklıkla ifadesi olarak kabulü gerekir⁶⁸. Bu şekilde sözleşmenin kurulmayacağına dair red beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla geçici güvence sona erecektir⁶⁹.

Bunun gibi sigorta ettirenin ilk olarak yaptığı talebi geri alarak yerine başka başka bir rizikoyu teminat altına almak üzere yeni bir icapta bulunması halinde, geçici güvence de sona erecektir⁷⁰.

Bütün bu hallerde, sözleşmenin haklı sebeple olağanüstü bir feshi söz konusu olduğundan feshi ihbar süresinin tayin edilmesine gerek yoktur. Ancak bu tür durumlarda özellikle sigorta ettirenin kendisine hızlı bir şekilde yeni bir sigorta koruması aramasına imkan sağlamak ve bu süre zarfında himayeden mahrum kalmasını önlemek amacıyla 1 haftalık feshi ihbar süresinin genel ya da özel şartlara konması de lege ferenda adil bir çözüm olur⁷¹.

b) Kesin Sigorta Sözleşmesinin Meydana Gelmesi

Geçici güvencenin yapılması niyetlenen sigorta sözleşmesinin kurulmasına kadar sigorta ettiren güvenceden mahrum kalmasını önlemeye yönelik olduğundan, kesin sözleşmesinin kurulmasıyla sona ermesi de tabii görülecektir. Bu sebeple, kesin sigorta sözleşmesinin akdiyle geçici güvence

⁶⁷ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 87; **HENZLER, R.:** age, sh. 179-180; **NICKEL, F.G.:** agm., ZversWiss 1986, sh.103; BGH, VersR 1955, sh. 340; OLG Hamm, VersR 1984, sh. 174.

⁶⁸ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 87.

⁶⁹ **HENZLER, R.:** age, sh. 179.

⁷⁰ LG Hanau, VersR 1978, sh. 1132; **PRÖLSS, E.R./MARTIN, A.:** age., Zus.§ 1 Anm. 3; **NICKEL, F.G.:** agm., ZversWiss 1986, sh.102-103; **HENZLER, R.:** age, sh. 179.

⁷¹ **JABORNEGG, P.:** age., sh. 88.

ilişkisi de sona erecektir⁷². Ancak, sağlanan sigorta himayesinde devamlılığın sağlanması; sigorta ettirenin kesin sözleşmeyle ilgili icapta bulunmasından sonraki süreçte sigorta himayesine ilişkin boşluğun meydana gelmesini engellemek için geçici güvencenin sona ermesini sigortanın şekli başlangıcından daha öteye; yani maddi başlangıcına götürmek gerekir⁷³. Aksine düşünce, geçici güvencenin icap beyanından hemen sonra sigorta ettirenin sigorta himayesine kavuşması yönünde köprü vazifesi görme fonksiyonuna aykırı olurdu.

Sigorta ettirene sağlanacak sigorta himayesinde boşluk, ancak, sigorta ettirenin sigortacının kesin sigorta sözleşmesinden doğan sigorta himayesi sağlama borcunun (sigortanın maddi başlangıcı) başlamasının gecikmesine kusurlu bir şekilde sebep olması halinde kabul edilebilecektir. Bu durum, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin kurulmasına rağmen, primin veya ilk taksidinin ödenmesinde temerrüde düşmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu konuya yukarıda değinildiğinden burada ayrıca ele alınmayacaktır.

SONUÇ

Geçici güvence sözleşmesi, esas itibarıyla yapılması niyetlenen asıl sigorta sözleşmesinin kurulmasına kadar geçen süre zarfında sigorta ettirene geçici olarak sigorta himayesi sağlama amacıyla yapılır. Bu kurum, sigorta ettirenin sigortaya ilişkin talepte bulunduktan hemen sonra sigorta himayesine kavuşmak istemesi ile sigortacının, üstleneceği riziko hakkında araştırma yapma zorunluluğunun yarattığı birbiriyle çatışan menfaatleri dengelemek için uygulamanın geliştirdiği bir kurumdur. Söz konusu sözleşme, esas itibarıyla yapılması niyetlenen asıl sigorta sözleşmesinin kurulmasına kadar geçen süre zarfında sigorta ettirene geçici olarak sigorta himayesi sağlama amacına yöneliktir.

Geçici güvence bir “*ön sözleşme*” de (pactum de assecurando) değil; gerçek anlamda bir sigorta sözleşmesidir. Geçici sigorta himayesinin gerçek anlamda bir sigorta sözleşmesi olması keyfiyetinden onun akdedilen kesin sigorta sözleşmesi ile olan ilişkisi meselesi ortaya çıkar. Bu bağlamda doktrin ve yargısal içtihatlarda, geçici himayenin, nihai amaçlanılan sigorta sözleşmesinin akdiyle birlikte, onunla yeknesak bir bütün mü oluşturduğu; yoksa her iki sözleşmenin iki bağımsız bir sözleşme ilişkisi mi teşkil ettiği şeklinde özetleyebileceğimiz bir tartışma çıkmıştır. Bu hususta iki farklı teori ileri sürülmüştür. Bütünlük teorisine göre, tarafların sözleşmede

⁷² RGZ, 107, sh. 200; BGHZ, 2, sh. 91; BGH, VersR 1951, sh. 115; OLG München, VersR 1959, sh. 607; OLG Hamm, VersR 1984, sh. 115; **PRÖLSS, E.R./MARTIN, A.:** age., Zus. § 1 Anm. 3; **BRUCK, E./MÖLLER, H.:** age., § 1 Anm. 104; **HENZLER, R.:** age, sh. 180; **JABORNEGG, P.:** age., sh. 89; **SCHAUER, M.:** age., sh. 106.

⁷³ **BRUCK, E./MÖLLER, H.:** age., § 1 Anm. 104; **HENZLER, R.:** age, sh. 181; **JABORNEGG, P.:** age., sh. 90; **SCHAUER, M.:** age., sh. 106.

açıkça öngörmemesi halinde, onların geçici güvence ile asıl amaçlanan sigorta sözleşmesinin bir bütün teşkil edecek şekilde meydana getirilmesini arzuladıkları kabul edilmelidir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız doktrinde hakim olan ayrılık teorisine göre, akdedilmesi amaçlanan kesin sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla bütünlük arz eden tek bir sigorta ilişkisi meydana gelmez. Geçici sigorta himayesi ilişkisi ile kesin sigorta ilişkisi birbirinden bağımsız iki sigorta ilişkisidir.

Geçici güvence sözleşmesi kesin sigorta sözleşmesi gibi herhangi bir şekle bağlı değildir; dolayısıyla, yazılı veya sözlü ya da zımnen meydana gelmesi mümkündür. Ancak, uygulamada, geçici güvencenin koşulları konusunda şüpheleri bertaraf etmek ve ispat kolaylığı sağlamak için geçici güvence yazılı olarak yapılabilir. Böyle bir durumda yazılı şekil, geçerlilik koşulu değildir. Akdedilmesi talep edilen sigorta mecburi bir sigorta olsa dahi, sigortacının sigorta ettirenin geçici güvence sağlanmasına yönelik talebini kabul zorunluluğu yoktur.

Geçici güvencede, sigortanın şekli başlangıcı ile maddi başlangıcı aynı ana rastlamaktadır. Buna göre, sigortalı riziko, geçici güvencenin yürürlükte olduğu zaman aralığı içinde; fakat Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'nci maddesinin 2'nci fıkrası anlamında ilk primin ödenmesinden önce gerçekleşirse, sigortacı sigorta himayesi sağlamakla yükümlü olur. Zira, taraflar arasında geçici güvencenin kararlaştırılmasıyla Türk Ticaret Kanunu'nun 1295'inci maddesinin 2'nci fıkrasının aynı Kanun'un 1264'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasınca caiz görülen sigorta ettiren lehine değiştirilmesi söz konusudur.

Sigorta ettiren, geçici güvencede normal bir sigorta sözleşmesinde olduğu gibi kanunun kendisine yüklediği külfetleri yerine getirmelidir. Doktrinde, geçici güvence sağlanırken, Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesi anlamında ihbar külfetinin tam ve eksiksiz ifasından bahsedilebilmesi için aranılacak ölçünün normal sigorta sözleşmesine oranla daha hafif olması gerektiği söylenmektedir. Sigortacının geçici güvence sağlarken, gerçekleşme olasılığı yüksek ve gerçekleştiğinde büyük zararlara sebep olabilecek rizikoları bilmesinde menfaati vardır. Buna karşılık, tehlike yoğunluğu az olan durumların geçici güvence sağlanırken akit öncesi ihbar külfetinin konusu olması zorunlu değildir. Sigortacının geçici güvence sağlarken, gerçekleşme olasılığı yüksek ve gerçekleştiğinde büyük zararlara sebep olabilecek rizikoları bilmesinde menfaati vardır. Buna karşılık, tehlike yoğunluğu az olan durumların geçici güvence sağlanırken akit öncesi ihbar külfetinin konusu olması zorunlu değildir.

Sigorta sözleşmesine ilişkin icabın yapılmasından sonra sigortacının kabulü arasında geçen zaman zarfındaki riziko değişikliklerine akdin inikadı anındaki ihbar külfetini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesi uygulanacaktır. Aynı Kanunun akdin kurulmasından sonraki rizikoyu ağırlaştırmama ve ağırlaşan rizikoyu ihbar külfetini düzenleyen

1291'inci maddesi uygulama alanı bulmayacaktır. Bu durumda, sigortacı, kesin sigorta sözleşmesinin akdinden sonra bu sözleşmeyle(akdedilen kesin sigorta sözleşmesi) ilgili olarak sadece Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesinin kendisine bahsettiği hakları kullanabilecektir. Buna karşılık, böyle bir durumda, geçici güvence ilişkisi Türk Ticaret Kanunu'nun 1291'inci maddesi hükmüne tâbi olacaktır.

Geçici güvence sözleşmesi, sigorta sözleşmesi niteliğinde olduğundan sigorta sözleşmeleri için söz konusu olabilecek sona erme sebepleri onun hakkında da geçerli olacaktır.

Geçici güvenceye özgü sona erdirme sebepleri ise, kesin sigorta sözleşmelerine ilişkin müzakerelerin sonuçsuz kalarak sözleşmenin kurulamayacağına anlaşılması; bu bağlamda sigortacının sigorta ettirenin asıl sigorta sözleşmesine ilişkin icabını reddetmesi ile sigorta sözleşmesinin inikadı olarak sayılabilir.

**2001 YILI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ
ÇERÇEVESİNDE MİLLİ GÜVENLİK VE İNSAN
HAKLARI İLİŞKİSİ**

**(THE RELATIONSHIP BETWEEN NATIONAL SECURITY
AND HUMAN RIGHTS AFTER THE CHANGE OF CONSTITUTION
IN 2001)**

Prof. Dr. Hasan TUNÇ (*)

ÖZET

Özellikle soğuk savaş sonrasında ön plana çıkan milli güvenlik kavramı, Birleşmiş Milletler başta olmak üzere bir çok yerde yerini insan güvenliğine, dolayısıyla insan haklarına bırakmış durumdadır. Bunun anlamı, bundan böyle, insan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiçbir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, 2001 yılında 4709 sayılı yasa ile yeni şekil verilmeden önceki haliyle temel hak ve hürriyetlerin "genel sınırlandırma sebepleri"ne dayanılarak sınırlandırılabilirdiği hükme bağlanmıştı. Oysa, sözkonusu değişiklikte birlikte genel sınırlama sebepleri ve bu arada "milli güvenliğin korunması", madde metninden çıkarılmıştır. Bu durumda Anayasada belirtilen temel hak ve hürriyetler, sadece ilgili maddelerinde belirtilen özel sebeplerle sınırlandırılacaklardır. Yapılan bu değişiklikte 13. madde temel hak ve hürriyetler açısından sınırlama hükmü olmaktan öte bir koruma hükmü haline getirilmiştir.

SUMMARY

The human rights and personal security became more important than national security after the cold war. Because of this, anything related with human rights cannot be thought just a problem of domestic law.

It was possible to restrict the human rights based on "general restriction reasons" before changing the article 13. of the Constitution in 2001 with the act of 4709. By the mentioned change, "general restriction reasons", meanwhile "national security" were removed. Now, it is possible to restrict the human rights based on just the reason of restriction which existed at the article that connected with the particular human right. This change made the article a protective rule.

2001 YILI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE

“MİLLİ GÜVENLİK VE İNSAN HAKLARI” İLİŞKİSİ

İnsan hakları, çevre, nüfus, yoksulluk ve açlık ve aynı zamanda uyuşturucu kaçakçılığı, nükleer silahların ve uluslararası terörizmin yayılması dünya gündeminde önemli rol oynayan konuların başında gelmekte, hiç kuşkusuz insan hakları bu konular sıralamasının en şerefli yerini işgal etmektedir.⁷⁴ Özellikle, soğuk savaş sonrasında ön plana çıkan ve tüm insanlığı ve teker teker insanları ilgilendiren sorunların arasında milli güvenlik kavramı, Birleşmiş Milletler başta olmak üzere bir çok yerde yerini insan güvenliğine, dolayısıyla insan haklarına bırakmış durumdadır. Konu “insan hakları” ya da “insan güvenliği” olduğunda milli sınırlar anlamını yitirmekte, uluslararası hukuk, yapılanların “milli güvenlik” gerekçesiyle meşrulaştırılması yöntemini artık tanımamaktadır.⁷⁵ Ülkemiz de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamakla, bu sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri kendi vatandaşlarına da tanımak ve iç hukukunda sözleşme hükümleri doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda uluslararası bir yükümlülük altına girmiştir. Doktrinde de belirtildiği gibi “bunun anlamı, bundan böyle, insan hakları ve temel hürriyetler ile ilgili hiçbir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir.”⁷⁶

Milli güvenlik kavramı, siyasi ve ekonomik yönlerinin yanında hukuki içeriği olan bir kavramdır. Milli güvenlik kavramı uluslararası ve iç hukuk metinlerinde yer almakta ve anayasalarda bir özgürlük sınırlama nedeni olarak düzenlenmektedir. Özgürlüklerin sınırlanmasının, özellikle kamu hukukunun ilgilendiği en önemli konulardan biri olmasının yanı sıra, kişi hak ve özgürlüklerine devletten ve diğer kişilerden gelen müdahalelerin türü ve bu müdahalelerin doğurduğu hukuki ve fiili sonuçlar ile bu müdahalelerin yargı denetimine konu olması, milli güvenlik kavramının hukuki yönden de incelenmesini gerekli kılmaktadır.⁷⁷ Milli Güvenlik, tanımlanması oldukça zor bir kavram olmakla birlikte, kısaca, “bir ülkenin iç ve dış tehlikeden korunabilmesi” şeklinde tanımlanabilir.

1982 TC Anayasasının 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla* yapılan değişiklikten önceki 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, Devletin milleti ve ülkesiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin,

⁷⁴ (*) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

KIMCHE David'den naklen: **ÇANDAR Cengiz**: ‘Ulusal güvenlik’ ve Sharon’a kucak açmak (1), Yeni Şafak, 07.08.2001.

⁷⁵ **ALTINAY Ayşe Gül**: Milli güvenlikten insan güvenliğine, Radikal, 12.08.2001.

⁷⁶ **Danıştay** 5. D., E.1986/1723, K..1991/933, KT: 22.05.1991, DD, Yıl: 22, S.84-85, 1992, sh. 326 327.

⁷⁷ **AKGÜNER Tayfun**: 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, İÜSBF Yayını, İstanbul-1983, S.VII, sh. 60-61.

* 17 Ekim 2001 tarihli ve 24556 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır

Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştı. Bütün hak ve hürriyetler için geçerli, yani genel nitelikte olan ve milli güvenliğin korunmasının da aralarında bulunduğu bu nedenlerden herhangi birisi, tek başına yahut birkaçı bir arada, belli bir hak ve hürriyetin sınırlanmasına meşru gerekçe teşkil etmekteydi. Gerek Danışma Meclisinin, gerek Milli Güvenlik Konseyinin gerekçelerinde de açıkça belirtildiği gibi,⁷⁸ bu genel sınırlama sebepleri, temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olacaktır.⁷⁹ Temel hak ve hürriyetlerle ilgili bir maddede o hak ve hürriyet için hiçbir sınırlama sebebi öngörülmemiş olması o hak ve hürriyetin hiçbir nedenle sınırlanamayacağı anlamına gelmemekteydi. Genel nitelikli bu sınırlama nedenlerinin herhangi bir hak ve hürriyet konusunda uygulanabilmesi, bunların o hak ya da özgürlüğe ait maddede ayrıca öngörülmüş olması gibi bir koşula bağlı değildi.⁸⁰

17 Ekim 2001 tarihli ve 24556 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun 2. maddesiyle, Anayasanın 13. maddesi, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” şeklinde değiştirilmiştir. Böylelikle genel sınırlama sebepleri ve bu arada “milli güvenliğin korunması”, madde metninden çıkarılmıştır. Bu durumda Anayasada belirtilen temel hak ve hürriyetler, sadece ilgili maddelerinde belirtilen özel sebeplerle sınırlandırılacaklardır.⁸¹ Yapılan bu değişiklikle 13. madde temel hak ve hürriyetler açısından bir koruma hükmü haline getirilmiştir.⁸² Bununla birlikte, Anayasanın yine aynı Kanunla değiştirilen

⁷⁸ **ÖZBUDUN Ergun:** *Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2000, sh.101*

⁷⁹ 13. madde gerekçesi: **AKAD Mehmet-DİNÇKOL Abdullah:** *1982 Anayasası, Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınevi, İstanbul-1998, sh.71-73; **GÖZLER Kemal:** *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa-2001, sh.8; **GİRİTLİ İsmet, BİLGEN Pertev, AKGÜNER Tayfun:** *İdare Hukuku*, DER Yayınları, İstanbul-2001, sh.47.

⁸⁰ **Anayasa Mahkemesi**, E.1985/21, K.1986/23, KT: 06/10/1986, AMKD, S.22, sh.223-224.

⁸¹ **GÖZLER Kemal:** *Anayasa Değişikliği Gerekli mi?*, sh.10.

⁸² 1982 Anayasasının 13. maddesinin bir koruma hükmü şeklinde düzenlenmesi yerinde bir değişiklik olmuştur. Şöyle ki; “bir hak ve özgürlük sadece ilgili maddesinde gösterilen özel neden(ler) ve amaç(lar)la sınırlanabilmelidir. Bazı hak ve özgürlüklerin içeriği sınırlama kabul etmez. Bunlarla ilgili maddelerde sınırlama sebebi konmamalıdır. Bilim ve sanat,

birçok maddesinde “milli güvenlik”, bazı temel hak ve hürriyetler için özel sınırlama sebebi olarak öngörülmüştür.⁸³ “Ancak bu, özellikle yargının, bir hakkın sınırlandırılması konusunda başvurabileceği hukuki bir ölçütten ibarettir ve bu bağlamda, Türkiye’nin mensup olduğunu iddia ettiği Avrupa kurumlarının uygulaması ışığında değerlendirilmek zorundadır. Yoksa amaç, haklar ve demokrasi konularının ‘ulusal güvenlik’ tarafından kucaklanıp, sarılıp sarmalanması hiç değildir.”⁸⁴

Anayasada anılan Kanunla yapılan değişiklikle “milli güvenlik”, özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti

düşünce ve açıklama, dinsel inanç, hak arama, savunma hakkı, dilekçe hakkı gibi kategoriler buna örnektir. Bu hak ve özgürlüklerin içeriği sınırsızdır. Bunlar ancak usule ilişkin bazı noktalardan düzenlenebilir.” Bkz. TÜSİAD, ‘Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri’, sh.98.

⁸³ **MADDE 5.** — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20 nci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

MADDE 6. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 21 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 21. — Kimsenin konutuna dokunulamaz. **Millî güvenlik**, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

MADDE 7. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 22 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 22. — Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

(m.22), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26), kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (m.31), dernek kurma hürriyeti (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34) ve sendika kurma hakkı (m.51) nın sınırlama sebebi olarak düzenlenmiştir. Açıkça görüldüğü gibi milli güvenliğin korunması, daha doğrusu Anayasanın 13. maddesinde yer alan genel sınırlama sebepleri kaldırılmakla birlikte milli güvenlikle birlikte bu sebepler birçok maddeye tekrar konulmuştur.⁸⁵

Anayasa değişikliği teklifinin 13. maddeye ilişkin 2. maddesinin

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

MADDE 9. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasına "Bu hürriyetlerin kullanılması," ibaresinden sonra gelmek üzere "**millî güvenlik**, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması," ibareleri eklenmiş, üçüncü fıkrası metinden çıkarılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra son fıkra olarak eklenmiştir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.

MADDE 11. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 31 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Kanun, **millî güvenlik**, kamu düzeni, genel ahlâk ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamaz.

MADDE 12. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 33 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 33.— Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir.

Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.

Dernek kurma hürriyeti ancak, **millî güvenlik**, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu mercinin kararı, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir.

Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır.

MADDE 13. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 34 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 34. — Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

gereğesinde “Anayasanın 13. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir” denilmekte ise de, “ülkenin bütünlüğü”, “milli güvenlik”, “kamu emniyeti”, “dirlik ve düzenin korunması” gibi kavramlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması sebepleri olarak öngörülmüştür.⁸⁶ Sözgelimi, anılan sözleşmenin 10. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tunceleri “Her fert ifade ve ızhar hakkına maliktir: Bu hak içtihat hürriyetini ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzubahis olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder...” hükmünü taşımakta, ikinci fıkrasında da bu hak ve özgürlüklerin “...demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için” ancak ve kanunla belirli merasime, koşullara,

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, **millî güvenlik**, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

MADDE 20. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 51 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 51.— Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, **millî güvenlik**, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz.

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.

⁸⁴ **TARHANLI Turgut:** *Haklarımız ve güvenlik*, Radikal, 23.08.2001

⁸⁵ Bu konudaki eleştiriler için bkz: **GÖZLER Kemal:** *Anayasa Değişikliği Gerekli mi?*, sh.60-61.

⁸⁶ **GİRİTLİ İsmet:** *Milli güvenlik tartışması*, Türkiye, 17.08.2001; **GÖZLER Kemal:** *Anayasa Değişikliği Gerekli mi?*, sh. 10-11; **GÖZÜBÜYÜK A. Şeref:** *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara-1994, sh.404.

sınırlamalara veya yaptırımlara tabi tutulabileceğine işaret edilmektedir.⁸⁷

Anayasa Mahkemesine göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yasa koyucuya tanınan ölçünün sınırlarını belirleyen “kamu düzeni”, “milli güvenlik” gibi deyimler, uygulayıcıların görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilen çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açabilecek kapalı, genel kavramlardır.⁸⁸ Danıştay’a göre de, “genel güvenlik, siyasi veya idari icap” gibi deyimlerin aslında, belirsiz yasal kavramlar oluşturduğunda ve bugünkü yoğun uluslararası ilişkiler karşısında, uygulamada çok büyük bir duyarlılığı gerektirdiğinde kuşku yoktur.⁸⁹

Milli güvenliğin korunması için alınacak önlemler ile bu önlemler alınırken temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar arasındaki dengeyi kurma, zamanımızda devletlerin karşılaştıkları bir dilemmayı oluşturmaktadır. Her zaman içten ve dıştan bir takım tehlikelerle karşı karşıya gelebilen demokratik ülkeler, bir taraftan kurdukları düzeni ve demokrasiyi kuvvet kullanarak yıkmaya çalışanların çabalarına karşı, anayasalarının öngördüğü koşullar ve çareler içinde düzeni ve demokrasiyi korurken, diğer taraftan bu çabaların anayasalarının izin verdiği çizgi dışına taşmamasına, vatandaşlarının sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin gereksiz yere ya da gereğinden fazla sınırlandırılmamasına dikkat etmek durumundadırlar. Batı uygarlığı ve demokrasinin kökeninde, milli güvenlik ile özgürlük arasında kurulması gereken dengenin, özgürlüğü harcama pahasına kurulmaması gerektiğine inanılmakla birlikte, siyasi iktidarın acz içinde bırakılması ve devletin anarşi içinde çökmesi sonuçlarını doğurabilecek durumlara da müsamaha edilmemektedir. Bu bakımdan, devletlerin hem kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak, hem de bunlara yönelik tehlikeleri önlemeye çalışmak şeklinde karşılaştıkları çıkmaz, ancak özgürlüklerle bunlara yönelik tehlikeler arasında bir dengenin kurulması ve özellikle alınan tüm önlemlerde, amacın temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğunun unutulmaması suretiyle çözülebilir.⁹⁰

Görüldüğü gibi, milli güvenlikle temel hak ve özgürlükler arasında bir çatışma ihtimali olmakla ve bu iki kavramın birbirinin alanına tecavüz etme olasılığı bulunmakla birlikte, milli güvenlik kavramı ile özgürlükler arasında aynı zamanda yakın bir bağ mevcuttur. Çatışan söz konusu çıkarlar hakkında, daha açık bir ifadeyle, çatışan devlet çıkarları ve kişinin çıkarları

⁸⁷ **Danıştay** 5. D., E.1986/1723, K..1991/933, KT: 22.05.1991, DD, Yıl: 22, S.84-85, 1992, sh.326.

⁸⁸ **Anayasa Mahkemesi**, E.1976/27, K.1976/51, KT: 18-22/10/1976, RG, 16.05.1977 S.15939, **BİLGİN Pertev**: *İdare Hukuku Dersleri-İdare Hukukuna Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul-1996, sh.55.

⁸⁹ **Danıştay** 12. D., E.1977/1349, K..1978/955, KT: 24.04.1978, AİD, 1978, c.11, S.4, sh.101.

⁹⁰ **AKGÜNER Tayfun**: *1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu*, sh.117-118.

arasında arabuluculuk rolünü oynama ve son sözü söyleme yetkisi ise yargı organıdır.⁹¹

⁹¹ **AKGÜNER Tayfun:** *1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu*, sh.118.

CMUK TASARISI (2002) ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN*

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ*

Özet

Yeni bir ceza muhakemesi kanunu için yapılan çalışmalar sonucunda hazırlanan Öntasarı metni, Adalet Bakanlığı tarafından 2002 yılının başında üniversitelere gönderilmek suretiyle, bu Öntasarıyla ilgili görüş ve düşüncelerin Bakanlığa bildirilmesi istenmişti. Ancak belirtmek gerekir ki, bu talep, sadece bir şekilden ibaretti. Çünkü, Bakanlık yazısında söz konusu Öntasarıya ilişkin görüş ve düşüncelerin en geç iki ay içinde Bakanlığa bildirilmesi istenmişti.

Bu tarihten beri de söz konusu Öntasarıyla ilgili olarak kamuoyunda tatmin edici bir tartışma da yapılabilmiş değildir.

Buna rağmen, yeni hükümet, bazı küçük değişikliklerle bu Öntasarıyı bir kanun tasarısı olarak 3.12.2002 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk etmiştir.

Yazarlar, bu makalede söz konusu Ceza Muhakemesi Kanun Tasarısının bazı hükümleri hakkındaki eleştirel görüş ve düşüncelerini ortaya koymaktadırlar.

Zusammenfassung

Das Türkische Justizministerium hat in letzten Jahren einen Vorentwurf der Strafprozessordnung vorbereitet. Dieser Vorentwurf ist vervielfältigt und am Anfang 2000 an die Universitäten übermittelt, um ihre Meinungen über diesen Vorentwurf zu erhalten. Das war nur formelhaft, weil die Meinungen und Äußerungen in zwei Monaten an das Ministerium erreichen sollten.

Seit dieser Zeit ist keine ausreichende Diskussion über diesen Vorentwurf in der Öffentlichkeit entstanden. Trotz allem hat die neue Regierung diesen Vorentwurf in einigen Änderungen als Gesetzentwurf am 3.12.2002 an das Parlament übermittelt.

In diesem Artikel haben die Verfasser ihre kritische Äußerungen über

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

bestimmten Vorschriften dieses Gesetzentwurfes veröffentlicht.

Schlüsselbegriffe: StPO Vorentwurf, Gesetzaenderung

Anahtar Sözcükler: CMUK Tasarısı, Kanun Değişikliği

Giriş

Adalet Bakanlığınca 2000 yılında hazırlanan ve 372 maddeden oluşan CMUK Tasarısı (2000 Tasarısı), bazı değişikliklerle birlikte 387 maddelik bir metin olarak, 3.12.2002 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile TBMM'ne gönderilmiş bulunmaktadır (2002 Tasarısı).

Her iki Tasarı da, bazı terim ve kavram değişiklikleri, bazı maddelerin birleştirilmesi, yeniden düzenlenmesi ve bazı yeni maddeler eklenmesi dışında, büyük ölçüde aynıdır, biri diğerinin devamı niteliğindedir. Bu nedenle, asıl olarak 2002 Tasarısı esas alınmak suretiyle değerlendirme yapılacak olmakla birlikte, değerlendirmelerimiz her iki Tasarı için de hemen hemen aynen geçerlidir.

Ancak buradaki değerlendirmelerimizin oldukça eksik olduğunu, gerek şekil gerekse esas yönünden her iki Tasarının da ayrıntılı bir biçimde tartışılması gerektiğini ifade etmek isteriz.

I. Temel Kanun Değişiklikleri ve Hukuk Kültürü

Halen yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK, kabul edildiği 1929 yılından bugüne kadar çok sayıda değişikliğe uğramıştır. Bunlardan, örneğin 1936, 1973, 1985 ve 1992 değişiklikleri geniş kapsamlı olup; bu yolla birçok hüküm kaldırılmış, değiştirilmiş veya yenileri öngörülmüştür. Böylece, hemen hemen bütün hükümleriyle birlikte 1877 tarihli Alman CMUK'ndan alınmış olan CMUK, adeta Türkleştirilmiştir⁹².

Bu arada hukuk, insan hakları, suçlulukla mücadele alanlarında ve anlayışlarında ortaya çıkan hızlı değişme ve gelişmeler, kanun koyucunun bu durumu yakından ve seri bir biçimde izlemesini zorunlu kılmaktadır. Batı ile bütünleşme yönünde yol almak isteyen Türkiye, bunun gereği olarak, ceza muhakemesi hukuku alanında da taahhütlerini yerine getirmek zorundadır.

Ancak bütün bu zorunluluklar, yeni bir CMUK'nu gerekli kılmakta mıdır? Bunun cevabı kısmen Tasarı(lar)da mevcuttur. Tasarıya bir bütün olarak bakıldığında; sistem değişikliğinin, köklü bir değişikliğin olmadığı görülmektedir. Yeni bazı kurumlar, maddeler eklenmiş, bazı maddelere küçük ilaveler yapılmış, bazı hükümlerin yeri değiştirilmiş (duruşmanın aleniliğine ilişkin hükümler gibi), fakat bir çok hüküm aynen, sistem ise maalesef bozularak muhafaza edilmiştir.

⁹² **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa R./**Özbek**, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2000, s. 32.

Yürürlükteki kanunun yetersiz olduğunu söylemek mümkünse de, tamamen ihtiyaca cevap vermediğini ifade etmek zordur. Yürürlükteki kanunun ancak % 20-40 kadar hükmünün uygulandığı, uygulamanın en tepesindeki yetkililer tarafından açıklanırken⁹³, en az % 60'ı uygulanmayan bir kanunun ihtiyaca cevap vermediği söylenebilir mi? Tasarı da, kanunlaştıktan sonra benzer bir durumla karşılaşır, yine en baştan yeni bir kanun mu yapılacaktır?

Cumhuriyetle birlikte farklı bir sistem tercihi bulunmuş olan Türkiye, hukuk kültürünün oluşumu ve birikimi konusunda müsrif davranmak lüksüne sahip değildir. Yaklaşık 80 yıllık hukuk kültür birikimi bir toplumda çok fazla değildir ve bunun titizlikle korunması gerekir. Bu konuda, kendimize örnek aldığımız ülkelere bakılması yeterlidir. Birçok önemli değişikliğe rağmen, 1877 tarihli Alman CMUK, sistematığı bozulmadan halen yürürlükte ise, bu, hukuk kültürüne saygının ve yerleşmiş bir hukuk kültürüne verilen önemin bir ifadesidir. Kanunun sistematığının bozulması ve yeni baştan maddeler numaralandırılarak bir kanun hazırlanması, o toplumdaki hukuk kültür ve birikimine yeterince değer verilmediğinin bir ifadesi olarak anlaşılabilir.

II. Tasarıda Kullanılan Dil

Özellikle 2000 Tasarısında kullanılan dil konusunda bir kafa karışıklığı içinde olduğu söylenebilir. Hukukun bu alanının kendine has, yerleşmiş kavram ve terimlere kimi zaman yer verilmiş, kimi yerde ise, zorlama olduğu hissi uyandıran sözcükler seçilmiştir. Maddelerin veya bölümlerin farklı kişiler tarafından kaleme alındığı ve komisyon üyelerinin dil konusundaki kişisel tercihlerinin Tasarıya yansıtılmak istendiği anlaşılmaktadır. Örneğin acele yerine “ivedi” (2002/45, 171; 2000/46, 161), masraf yerine “gider” (2002/46; 2000/47), talep yerine “istem” (2002/26 vd.; 2000/27 vd), tasdik, onay yerine “onam” (2000/164), mesken, ikametgah veya adres yerine “konut veya yerleşim yeri” (2000/177), gizli yerine “kapalı” (2002/188 vd.; 2000/180 vd.), aleni yerine bazen “açık” bazen “aleni” (2000/180/1 ve 3, 221) gibi tabirler kullanılırken, “tefhim”, “mehil” (2000 Tasarısı, Birinci Kitap, İkinci Kısım başlığı, m. 35 vd., 180, 183, 185, 235), “istinabe” “istinabe olunan mahkeme”, “naip”, “naip hakim” (2002/46, 217; 2000/47, 209), “ihzar” (2002/199; 2000/191), “ihzar müzekkeresi” (2002/46; 2000/47), “delillerin ikame edilmesi” (2002/198, 213 vd.; 2000/190, 205 vd.), “vareste tutulma” (2002/202; 2000/194), “avdet etmiş bulunma” (2002/233; 2000/225), “mahkûm” ve “mahkûmiyet” (2002/1, 242; 2000/234), “berâet” (veya “beraat”) (2002/242, 380; 2000/234, 363), “temyiz” (2002/317 vd.; 2000/304 vd.), “temyiz layihası” (2000/307, 313, 315, 316, 320), “adlî tevbih” (2002/334; 2000/321) gibi tabirlerin muhafaza edilmesi veya kullanılması bu kanaatimizi kuvvetlendirmektedir. Bazı

⁹³ Bu konuda açıklama, Yargıtay Başkanlığı döneminde sayın Sami Selçuk tarafından yapılmıştır.

hükümlerde ise, karşıt iki kavramın ard arda kullanılması gerektiğinde, “yararına veya aleyhine” gibi kavramlardan biri günümüz Türkçe’si diğeri eski Türkçe olarak kullanılmıştır (2002/326; 2000/313). “Aleyh” sözcüğünü kullanabilen kanun yapıcı, bunun karşıtı olarak “leh” sözcüğünü de kullanabilirdi ve dilin kullanımı açısından daha estetik olurdu. Nitekim, madde metninde farklı olmakla birlikte, 346. maddenin (2000/331) kenar başlığı, hükümlünün “lehine” yargılamanın yenilenmesi nedenleridir. Böyle yapılmak istenmiyorsa ve amacı ifade ediyorsa, “yarar” karşıtı olarak “zarar” tercih edilebilirdi.

Bazı kavramların kullanımında bir istikrar bulunmamaktadır. “Karar” ve “hüküm kavramları bunun en somut örneğidir. Sözelimi, 2002 Tasarısının 35. maddesinin (2000/36) gerekçesinde; “karar” teriminin, hakimlik kararı ve mahkeme hükmünü kapsadığı ifade edilmiş olduğu halde, Tasarının değişik maddelerinde bazen “karar ve(ya) hüküm” (2002/24, 238 vd.; 2000/25, 230 vd.), bazen “karar” (2002/290, 295, 297 vd.; 2000/279, 284, 286 vd.), bazen de “hüküm” (2002/24, 303 vd.; 2000/25, 291 vd.) tabirleri kullanılmıştır. Örneğin bazı maddelerde (2002/24; 2000/25) bütün bu terimler aynı fıkra içinde peş peşe kullanılmıştır: Bir “karar veya hükme” katılan hakim, üst mahkemesince *bu* “hükme” ilişkin verilecek “karar veya hükme” katılamaz. Keza, “hakim ve mahkeme kararı” (2002/290; 2000/279), “hakimlik kararı ve mahkeme hükmü” (2002//35; 2000/36 gerekçesi) örneklerinde olduğu gibi, karar ve hüküm terimleri bazen sistemsiz bir biçimde kullanılmış, bazen de ara kararlarını ifade etmek için “karar”, son kararı karşılamak üzere ve isabetli olarak “hüküm” terimi kullanılmıştır (2002/318; 2000/305).

2002 Tasarısında, dil konusundaki bu tutarsızlığın belli ölçüde giderildiği görülmektedir. Örneğin; “yerleşim yeri” ifadesinden vazgeçilerek “adres” (2000/177; 2002/185), bazen “aleni(lik)” (2000/180, 182) bazen “açık(lık)” (2000/221) yerine sadece “açık(lık)” (2002/188, 190, 229) gibi; meramı tam ifade etmese de, kendi içinde tutarlılık arz eden kavramlara yer verilmektedir. Ancak, “açıklık” tam olarak “alenilik”i karşılamadığı gibi, bunun karşıtı olarak tercih edilen “kapalılık” kavramı kesinlikle doğru değildir ve “gizlilik” yerine kullanılmamalıdır.

Bununla birlikte 2002 Tasarısı, dil konusunda, önceki Tasarıda olmayan tutarsızlıkları da bünyesine almıştır. Örneğin tutuklama süresinin uzatılması ile ilgili 121. maddenin birinci fıkrasında, bir defaya “özü” olmak üzere; ikinci fıkrasında ise, bir defaya “mahsus” olmak üzere süre uzatımından söz edilmektedir. Aynı durum, kararların bildirimini iki şekli olan ve her ikisi de 2000 Tasarısında yer alan “tefhim” ve “tebliğ”den birini (tebliği) muhafaza edip, “tefhim” yerine açıklanma” kavramının kullanılmış olması bakımından da geçerlidir (2002 Tasarısı, İkinci Kısım, Birinci Bölüm başlıkları ve m. 36). Keza, delillerin “ırat” edilmesini (2000/205, 206) kabul etmeyen ve değiştiren 2002 Tasarısı (m. 213), delillerin “ikame” edilmesi (2002/198, 213 vd.; 2000/190, 205 vd.) kavramını kullanmaya devam

etmektedir.

III. Kanun Yapma Tekniği ve Tasarı

Kanun yapma tekniği açısından, çok önemli olmasa da, Tasarıya bazı eleştiriler yöneltilebilir. Örneğin, itirazı mümkün her bir hükmün ayrı bir fıkra ve hatta bazen ayrı bir madde halinde (örneğin 2002/180; 2000/170) belirtilmiş olması, Tasarının kapsamını gereksiz yere genişletmektedir.

Keza, adli kontrol kararının kaldırılması ile ilgili itiraz hükmünün (2002/114-2; 2000/110-2) bir önceki maddede olması gerekirdi.

Takibi şikayete bağlı bir suçun mağdurunun bu fiilden dolayı yaptığı ihbarın şikayet hükmünde olduğu bilinen bir husustur. Bunun ayrıca bir hükümde (2002/160-son; 2000/150-son) ifade edilmesi gereksizdir.

2002 Tasarısının 165/1. maddesi (2000/155) gereksiz bir tekrardır. Zira aynı husus 147. maddede (2000/138) “kolluk amir ve memurları ile Cumhuriyet savcısı” demek suretiyle açıkça zikredildiği gibi, 148. maddede de (2000/139) bu durum anlaşılmaktadır.

Aynı şekilde, Tasarının 166. maddesinin (2000/156). 163/2. madde (2000/153-2) ile birleştirilmesi mümkündür. Zira her iki hüküm de kolluğun adli görevlerini düzenlemektedir.

İddianamenin mahkemeye verilmesiyle kamu davasının açılmış olacağını öngören Tasarının 177. maddesi (2000/167), 173/2. maddenin (2000/163-2) tekrarıdır, bu nedenle gereksiz bir hükümdür.

2000 Tasarısının 180/1. maddesinde, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden bulunan duruşmanın aleni olduğu ifade edildikten sonra, hemen bunu takiben, “Duruşmanın aleniliği herkese açık olması demektir” şeklinde aleniyetin tarif edilmesi; üzerinde hiçbir tartışma olmayan bir hususa ilişkin olduğu için anlamsız, Tasarının kapsamını gereksiz yere genişletici bir hüküm idi. Bu cümleye 2002 Tasarısında (m. 188) yer verilmemesi isabetli olmuştur.

IV. Tasarının Gerekçesi

Gerekçe kanunun tamamlayıcısıdır ve bir normun anlamını belirlemede önemli bir yorum aracıdır. Ancak, Tasarının madde gerekçelerinin bazı kısımları tatmin edici ise de, çoğunlukla madde metinlerinin tekrarından ibaret olduğundan, hükümleri anlamlandırmakta fazla yardımcı olamamaktadır.

V. Kapsam ve Yorum İlkeleriyle İlgili Hüküm (m. 1)

2000 Tasarısında “Kanunun kapsamı” başlığını taşıyan ve iki fıkradan oluşan madde; 2002 Tasarısında “Kanunun kapsamı ve yorumunda uyulması gerekli ilkeler” başlığı ile uzunca bir madde şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

2002 tasarısının ilgili hükmü şu şekildedir:

“Kanunun kapsamı ve yorumunda uyulması gerekli ilkeler

Madde 1- 1. “Bu Kanun, suç nedeniyle ceza soruşturma ve kovuşturmasının nasıl yapılacağı, ceza davasının ne suretle açılacağı, yürütüleceği ve sonuca bağlanacağı hususundaki kuralları içerir.

Diğer kanunların, bu konudaki hükümleri saklıdır.

2. Bu Kanunun uygulanmasında, adil yargılama, tarafların iddia ve savunmanın haklarının dengeliliği ilkelerine uyulur.

Kamu davasını açmakla ve bu husustaki işlemleri yürütmekle görevli olanlarla, hüküm mercileri arasındaki kesin ayırım her zaman korunur.

Kanunların ayrıca hüküm getirdiği haller saklı kalmak üzere, birbirine benzer koşullar içinde bulunan ve aynı suçlardan dolayı kovuşturulan kişiler ortak kural ve ilkelere göre yargılanırlar.

3. Ceza adalet sistemi içerisinde yer almış görevliler ve adli merciler kamu davasının bütün aşamalarında mağdurların haklarının saptanması ve güvence altında tutulması hususunda özen göstermekle yükümlüdürler.

4. Şüpheli altında bulunan veya kovuşturulan herkes suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. Kişilerin suçsuzluk karinesine karşı yöneltilen müdahaleler önlenir ve bu karinenin ihlali ile neden olunan zararlar giderilir. Kanunların öngördüğü cezalara ayrıca hükmolunur.

Şüpheli veya sanıklara, haklarındaki iddialar bildirilir ve bir avukatın yardımından yararlanmaları hiçbir suretle engellenmez

Şüpheli veya sanıklar hakkında kanunların öngördüğü zorlayıcı tedbirler; ancak hakimlerin verecekleri kararlarla ve bunların etkin denetimleri altında karara bağlanır ve uygulanır. Bu tedbirler; kanun ve usullerin zorunlu kıldığı hâllerde ve zorunluluk ölçüsüne sıkı biçimde ve özenle uyulması suretiyle uygulanır. Tedbirler; hiçbir suretle kişilik onurunu zedeleyemez ve ancak makul bir süre ile uygulanabilir.

Mahkûm edilen herkes, kanunun belirlediği istisnalar dışında, hakkındaki hükmü diğer bir yargı merciinde incelemek hakkına sahiptir”.

Kanunun kapsamını gösteren böyle bir hükmün (1 nolu fıkranın ilk paragrafının) kanunda yer alması gereksiz olup, bu husus kanunun bütününden çıkarılabilecek bir sonuçtur.

Ayrıca, 2000 Tasarısı, doğru olarak, sadece “ceza soruşturması”ndan söz etmişken, 2002 Tasarısında, “kovuşturma” da zikredilmektedir. Hem kovuşturmanın nasıl yapılacağı hem de ceza davasının ne suretle yürütüleceği ve sonuca bağlanacağı hususlarına yer verilmiş olması isabetsizdir. Çünkü ceza davasının yürütülmesi ve sonuca bağlanması, her iki Tasarının da 2. maddesinde “kovuşturma” olarak tanımlanmaktadır. Böylece

2002 Tasarısı kovuşturmanın nasıl yapılacağını aynı fıkra içerisinde iki kez zikrederek düzenlemiş bulunmaktadır.

2002 Tasarısı ile bu maddeye eklenen diğer hususlar da gereksiz, anlaşılmaz ve tekrar niteliğinde hükümlerdir. Örneğin 2 nolu fıkranın ilk paragrafındaki “ tarafların iddia ve savunmanın haklarının dengeliliği” ifadesi, herhalde bir yazım hatasıdır. Aynı şekilde, 2 nolu fıkranın ikinci paragrafındaki hükmün gerekçesi hükmün kendisinden daha anlaşılır haldedir. Ancak gerekçedeki şu cümle kafa karıştırmaktadır: “Bu itibarla soruşturma evresinde bir işlemi gerçekleştirmiş bulunan görevli, aynı suç nedeniyle kovuşturma evresinde herhangi bir işleme katılamayacaktır”. Buna göre, örneğin soruşturmayı yapmış olan savcının da kovuşturma evresinde görev alamayacağı sonucu mu çıkmaktadır? Keza, zorlayıcı tedbirlerin ancak hakim kararıyla uygulanacağı belirtilmektedir (4 nolu fıkranın üçüncü paragrafı). Her şeyden önce “zorlayıcı tedbir” kavramı usul hukukunda yer almamaktadır. Ayrıca, asıl olarak koruma tedbirleri kastedilmekte ise, örneğin yakalama bakımından bu hüküm nasıl uygulanacaktır? Yine, son paragrafta, “mahkûm” edilen herkesin bu hükmü diğer bir yargı merciinde incelemek hakkı ifade edilmektedir. Bu husus 2002 Tasarısının 290. maddesi başlığında zaten bir “hak” olarak düzenlenmiştir. Kaldı ki, 290 ve devamı maddelerde bu hak sadece mahkûm edilenlere tanınmış değildir; hakim ve mahkeme kararlarından söz edilmektedir. Mahkûmiyet ise bu kararlardan sadece birisidir. Bu durumda 1. maddenin bu düzenlemesi ile zikredilen diğer hükümler arasında bir çelişki mi vardır? 1. maddenin bu paragrafı kanun yoluna başvurma hakkını sınırlandırmakta mıdır?

Keza bu maddenin; eşitlikle, mağdurun korunmasıyla, suçlu sayılmama karinesiyle, isnadı öğrenme ve avukat yardımından yararlanma hakkı ile ilgili hükümleri de, hem gereksiz hem belirsiz hükümler olup, İnsan hakları Avrupa Sözleşmesindeki bazı ilkelerin serpiştirildiği bu maddenin gerekçesindeki açıklamalar da ikna edicilikten uzaktır.

VI. Tanımlar (m. 2)

İkinci maddede bazı terimlerin tanımlanmış olması isabetli görülebilir. Ancak bu, öncelikle, tanımlanması gereken başka terimlerin kanunda bulunup bulunmadığı sorusunu da gündeme getirmektedir. Örneğin, 2002 Tasarısının 175/2. maddede (2000/165-2); hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş şüpheliye karşı, yeni delil, iz, eser ve emareler meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz dendiikten sonra, bir sonraki fıkrada; yeni delil, iz, eser ve emare tarif edilmiştir. Aynı şekilde, hükmün tefhimi m. 243’de (2000/235), gaip m. 256’da (2000/249) tarif edilmiştir. Bu tür tanımlama çabaları, doktrin ve uygulamaya bir güvensizliğin ve her şeyi kanunla düzenleme çabasının bir ifadesi olarak anlaşılabilir. Belki aynı endişeyle ya da gözden kaçmış olduğu için, aşağıda yeri geldikçe inceleneceği üzere, mükerrer hükümlere yer verilmek zorunda kalınmıştır.

Ayrıca, burada verilen tanımların bazılarının, ceza muhakemesi doktrinindeki gelişmelere aykırı olduğu görülmektedir. Örneğin şüphelilik-sanıklık ayırımında, sanıklık; ilk olarak ancak kamu davası yetkili mahkemece kabul edildikten sonra sözkonusu olabilecektir. Oysa, sanık hakları bakımından, bu statünün olabildiğince öne çekilmesi gerekmektedir⁹⁴. Her ne kadar Tasarıda, bu ayırımın bazı sakıncalar doğurmaması için, sanığa tanınan haklar, imkanlar ölçüsünde şüphelilere de tanınmışsa da⁹⁵, böyle bir ayırım hem şüphelinin hem de sanığın aleyhine sonuçlar doğuracak niteliktedir. Şüpheli-sanık ayırımı konusundaki tartışmaların önüne geçmek⁹⁶ için, Tasarıda yapıldığı gibi, sanıklığın başladığı anı geriye doğru değil daha öne çekmek gerekirdi.

Kaldı ki, şüphelilik ile sanıklığı ayırmada, bir belgenin bir makam tarafından kabul edildiği an, bir zaman dilimi bir ölçü olamaz. Bu iki statü arasındaki fark şüphelinin yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Şüpheliden farklı olarak, sanık; şahsında suç şüphesinin somutlaşıp yoğunlaştığı kişidir. Oysa Tasarıya göre, örneğin, aleyhinde kuvvetli şüphe bulunduğu için tutuklanan kişi, yeterli şüphenin yeterli görüldüğü kamu davası henüz açılmamış olduğu için, sanık sayılmamaktadır.

Keza, “soruşturma” ve “kovuşturma” terimleri de, ceza muhakemesi hukukunda yerleşmiş birtakım kavram ve terimlerin terki sonucunu doğurmaktadır. Örneğin hazırlık soruşturması, son soruşturma gibi. Tasarıdaki bu ayırma göre, artık hazırlık soruşturmasında yetkili olan makamlardan savcılık, kolluk ve sulh ceza hakimliğinden kovuşturma makamı olarak söz edebilmek mümkün olmayacaktır.

Soruşturma-kovuşturma ayırımı, Tasarıdaki şekliyle, muhakemedeki bazı aşamaların nasıl nitelendirileceğine cevap verememekte, bazı aşamaları açıkta bırakmaktadır. Örneğin, m. 177 ve 178 (2000/168 ve 169) ile iddianamenin iadesi ve reddi imkanları getirilmiştir. Buna göre, mahkeme, soruşturmada veya iddianamede bazı eksiklikler tespit etmesi halinde, beş gün içinde iddianameyi savcılığa iade veya reddedecektir. İşte bu beş günlük aşamanın nereye ait olduğu belli değildir. Zira soruşturma aşaması, iddianamenin mahkemeye verilmesiyle bitmekte, kovuşturma aşaması ise iddianamenin kabulü ile başlamaktadır. Oysa burada iddianame mahkemeye verildiği için soruşturma aşaması bitmiş, ancak henüz iddianame mahkemece kabul edilmediği için kovuşturma aşaması başlamamıştır.

VII. Mahkemelerin Görev ve Yetkileri

⁹⁴ Öztürk/Erdem/Özbek, s. 303; Centel, s. 92; Şahin, s. 42 vd.

⁹⁵ Öztürk, Bahri, Şüpheli Ve Sanık Hakları, Özellikle Savunma Hakkı, İzmir Barosu tarafından 5-8 Nisan 2000 tarihlerinde düzenlenen Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar-Bildiriler-Tartışmalar-Belgeler, İzmir 2000, s. 668.

⁹⁶ Öztürk, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, s. 668.

Mahkemelerin görev ve yetkilerini belirleyen hükümlerde (ikinci bölüm, dördüncü bölüm), üzerinde uzlaşma sağlanmış bulunan doktrindeki ayırımı uyulabilirdi. Bilindiği üzere, mahkemelerin yetkileri dörde (veya beşe) ayrılarak incelenmekte ve bunlar; (millet), madde, yer, görev ve kişi yönünden (bakımından) yetki olarak ifade edilmektedir⁹⁷. Kanunda madde bakımından yetkiye “görev”, yer bakımından yetkiye ise “yetki” denmesi, diğer yetki çeşitleri ile karışıklığa ve kavram konusunda belirsizliğe yol açtığı için eleştirilmekteydi. Aynı eleştirinin Tasarı için de devam edeceği anlaşılmaktadır.

Madde bakımından yetki konusunda çıkacak uyuşmazlıkların çözümü tek bir hükümde (m. 4/2) düzenlendiği halde, 2000 Tasarısında yer yönünden yetki konusunda çıkacak uyuşmazlıkların olumlu veya olumsuz olmasına göre ayrı ayrı maddelerde ele alınmasının nedeni anlaşılammakta idi (m. 18, 19). Oysa her iki hüküm de, uyuşmazlığın “olumlu” veya “olumsuz” olması dışında, tamamıyla aynı ibarelerle, aynı şekilde düzenlenmişti. Bu nedenle, madde bakımından yetki konusundaki hüküm için yapılanın, 2002 Tasarısında yer yönünden yetki uyuşmazlıkları bakımından da yapılmış, iki hükmün birleştirilmiş olması isabetlidir.

Yer bakımından yetkisiz mahkemenin veya hakimin yaptığı işlemlerin akıbeti hakkında hüküm bulunduğu halde, madde bakımından yetkisiz mahkemenin verdiği kararların akıbetine dair bir hükmün bulunmaması bir eksikliklerdir. Bu konuda bir hüküm konarak doktrindeki tartışmaların⁹⁸ da önüne geçilebilirdi.

VIII. Hakim Reddi

Hakimin reddi talebinin reddine dair kararlara karşı iki tür kanun yolu gösterilmektedir (2002/29; 2000/30). Hem itiraz hem de hüküm ile birlikte istinaf (veya temyiz) kanun yolu öngören hükmün gerekçesinde; hakimin reddi isteminin kovuşturma evresinin öncesinde veya içerisinde yapılabileceği belirtilmektedir.

Kovuşturma evresinin “öncesi”, soruşturma evresidir ve tanımların yer aldığı m. 2 başka bir evreye yer vermemektedir. Soruşturma evresinde ise, ortada, reddi istenebilecek bir “hakim” bulunmamaktadır. Kast edilen, iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kabulü arasındaki iddianamenin iadesi veya reddi süreci ise, bu aşamada hakimin reddi yoluna gidilmesine gerek yoktur, zira henüz o mahkemenin davaya bakıp bakmayacağı belli değildir. M. 181 (2000/171) uyarınca iddianamenin kabulü ile birlikte ise kovuşturma evresi başlamaktadır (m. 2).

O halde burada, gereksiz yere ve karışıklığa sebep olacak şekilde, aynı işlem için iki ayrı kanun yolu öngörülmüş bulunmaktadır. Bu durumda tek

⁹⁷ **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2000, s. 302.

⁹⁸ **Kunter/Yenisey**, s. 312.

bir kanun yolu olmalı ve bu da itiraz olarak kabul edilmelidir. İstinaf (2000 Tasarısında ise “üst mahkeme”) kanun yoluna (veya temyize) gerek yoktur ve sakıncalıdır. Zira istinaf kanun yoluna (veya temyize) ancak son kararlarla birlikte gidilebilmektedir. İstinaf kanun yoluna (veya temyize) başvurulduğunda, İstinaf mercii (veya Yargıtay), red talebinin reddi kararını yanlış, red talebini haklı bulursa ne olacak? Ya taraflı olduğu istinaf mahkemesince (veya Yargıtayca) kabul edilmiş bulunan bir hakimin yaptığı yargılama kabul edilmek zorunda kalınacaktır ki, bu hukuken mümkün değildir ve red talebinde bulunmayı ve red talebinin reddi kararına karşı kanun yoluna başvurmayı anlamsız kılmak demektir. Ya da Tasarı m. 30/son (2000/31-son) gereği, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşmanın red dilekçesinin verilmesinden sonraki kısmı tekrarlanacaktır ki, bu durumda sırf bu yüzden bütün bir duruşma tekrarlanmak zorunda kalınacaktır.

Kanun yolu olarak sadece istinaf yolunun (veya temyiz) kabul edilmesi, duruşma sırasında reddi istenen hakimin o oturuma devam etmekle birlikte, tarafların son sözlerinin dinlenilmesine geçilemeyeceği ve aynı hakimle bir sonraki oturuma başlanamayacağı yolundaki m. 30/2 (2000/31-2) hükmü ile de çelişmektedir. Tarafsızlığı tartışılan bir hakimin yargılamaya devam etmesi düşünülemeyeceğine ve aynı konuda birden fazla kanun yolu olamayacağına göre, sorun bir an önce itiraz yoluyla çözümlenip bitirilmeli ve bu husus artık istinaf yolu (veya temyiz) konusu yapılamamalıdır.

Aynı gerekçeler, Tasarı m. 32/son (2000/33-son) için de geçerlidir. Red talebinin geri çevrilmesi kararına karşı da, hükümlerle birlikte istinaf yoluna (veya temyize) değil, itiraz kanun yoluna başvurulması kabul edilebilir. Bu görüşe karşı, bu kararların mahkeme makamı kararı olduğu ve bu kararlara karşı kanun yolunun da kural olarak temyiz (ve Tasarı uyarınca buna ilave olarak, istinaf yolu) olduğu söylenebilir de, mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yolunun belli hallerde kabul edildiği ve bunun kapsamının genişletilebileceği gerekçesi ileri sürülebilir. Nitekim bu imkan Tasarı da zaten öngörülmektedir (2002/29-1-son cümle; 2000/30-1-son cümle).

IX. Hakimin Çekinmesi ve Dava Nakli

Tasarıya göre (2002/31; 2000/32), şahsında red nedenleri bulunduğunu belirterek davaya bakmaktan çekinen hakimin bu durumunu haklı bulan merci, bu nedenle davanın aynı mahkemede görülme imkanı kalmaması halinde, davayı başka hakime veya mahkemeye nakledecektir. Hakimin çekinmesi nedeniyle davanın o yer mahkemesinde görülememesi, yetkili hakim veya mahkemenin hukuki bir nedenle görevini yerine getiremeyecek halde bulunması dolayısıyla davanın nakli sonucunu doğurmaktadır. Dava nakli ise Tasarı m. 20 (2000/21)’de düzenlenmektedir. Buna göre, hukuki veya fiili nedenlerden ötürü davanın nakline “yüksek görevli mahkeme” karar verir.

Hakimin çekinmesi de bir dava nakli sonucunu doğurabildiği halde, Tasarı m. 31 (2000/32)'de, çekinme halinde, nakle ilişkin genel kuraldan (2002/20; 2000/21) ayrılmış olmaktadır. Örneğin Ağırceza Mahkemesinden başka bir Ağırceza Mahkemesine genel nakil kuralı çerçevesinde dava nakli sözkonusu olduğunda, nakle yetkili merci, “yüksek görevli mahkeme” sıfatıyla “Yargıtay” olmaktadır. Oysa çekinme halinde aynı mahkemeden davayı nakledecek merci, Tasarı m. 31 (2000/32)'nin m. 28 (2000/29)'a yollaması dolayısıyla, bir başka Ağır Ceza Mahkemesi olmaktadır. Belki işi uzatmamak için kabul edilmiş olan ve genel kuraldan sapmayı ifade eden bu hüküm, aynı düzeyde bir mahkemenin, dava kendisine gönderilen bir mahkemeyi bağlayıcı bir karar verebilmesi doğru mudur tartışmasını gündeme getirmektedir.

X. Tanıklık

Avukatların, stajyerlerinin veya yardımcılarının, yüklendikleri “yargı görevi” nedeniyle tanıklıktan çekinebilecekleri hükmü yer almaktadır (2002/48; 2000/49). Savunma makamını işgal eden bu kişilerin ne gibi bir “yargı” görevi yüklenebilecekleri anlaşılammaktadır. Belki muhakeme görevlerinden ve bunun bir şekli olarak savunma görevlerinden söz edilebilir. Doktrindeki hakim görüş, bu hukuk dalının isminin “muhakeme” hukuku olduğu yönündedir ve bunun üç faaliyeti, üç görevi içerdiğini belirtir: İddia, savunma ve “yargılama”. Yargı ise, yargılama faaliyetini değil, yargılama makamının yaptığı faaliyetin sonunda yapılan şeyi veya o faaliyette kullanılan aleti ifade etmektedir⁹⁹. Bu disiplinin adına “yargılama” hukuku diyenler de, “yargı” tabirini, yargılama makamının yaptığı faaliyet olarak kabul etmektedirler¹⁰⁰. Kısaca, hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, savunma makamında yer alan kişilerin yüklenebilecekleri bir “yargı görevi” söz konusu olamaz. Bu tabirin Anayasada hatalı biçimde kullanılmış olması dahi bu gerçeği değiştiremez.

Devlet sırları hakkında ilgililerin tanıklığının düzenlendiği m. 49'daki (2000/50) “Yukarıdaki fıkra hükümleri, adı geçenler hakkında, görevleri sona ermiş olsa da uygulanır” biçimindeki son fıkra gereksiz bir tekrardır. Zira aynı husus, “görevlerinden ayrıldıktan sonra da” demek suretiyle ilk fıkroda zaten ifade edilmiş bulunmaktadır. Belki son fıkranın, sadece, kendisinden bir önce gelen fıkraya, yani Bakanlar Kurulu üyelerine, milletvekillerine ve Cumhurbaşkanına ilişkin olduğu söylenebilir. Ancak hem son fıkroda yer alan “hükümler” ifadesi hem de maddenin gerekçesinden, açıkça, ilk fıkrayı da içerecek şekilde, maddenin bütününe yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle yataklıktan şüpheli veya sanık olanlar “tanık” sıfatıyla

⁹⁹ **Kunter/Yenisey**, s. 7, dn. 9.

¹⁰⁰ **Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, (Bazı bölümleri yeniden yazılmış), 7. Baskı, İstanbul 1998, s. 2.

dinlenebilmektedirler (2002/52; 2000/53). Oysa bu kişilerin durumu sanıklık statüsüne daha uygundur. Nitekim, “suç ortakları, Almanya’da gerek birlikte işlenen fiil ve gerekse kendisinin fiile olan katkısı bakımından tanık olarak kabul edilmemektedir”¹⁰¹. Bunların tanık olarak ifade vermek zorunda olmaları ise sanık hakları açısından sakıncalıdır. Zira bu kişiler her ne kadar tanık sıfatıyla yeminsiz olarak dinleneceklerse de, gerçeğe aykırı ifade vermeleri halinde TCK m. 288/son uyarınca cezalandırılabilirlerdir. Bu ise, başta Anayasanın 17. maddesi olmak üzere, ceza muhakemesinin pek çok ilkesine aykırıdır¹⁰².

Suç ortaklarının tanık olarak nitelendirilmesi ve tanıklığa ilişkin hükümler yoluyla korunması mümkün değildir. Tanıklarla suç ortaklarının hukuki durumları; şartları ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklıdır. Suç şüphesi altında olan bu kişilere, kendini suçlamaya zorlama amacıyla tanık muamelesi yapılması son derece sakıncalıdır. Hiç kimsenin kendini suçlamaya zorlanamayacağı şeklindeki hukuk devleti ilkesi, suç ortakları için de kabul edilmelidir. Susma hakkı veya beyan yükümü sözkonusu olduğu sürece; zor durumlarının benzerliğinden ötürü, bu kişilerin hukuki durumunun sanığinki ile aynı olması daha uygun olur. Sadece tanık, daha doğru bir ifadeyle, suç şüphesi altında olmayan tanık sınırsız bir ifade yükümlülüğü altındadır.

Gerekçede, “Tanığa dinlenmesinden önce davanın anlatılması, sanık hazır ise, onun gösterilmesi düzenleyici bir kuraldır, ihlal edilmesi kanun yolu nedeni olmaz” (2002/61; 2000/62 gerekçesi) ifadesine yer verilmiştir. Bu, hiçbir hukuki dayanağı olmayan bir açıklamadır ve maddenin lafzı ile çelişmektedir. Ayrıca bu yaklaşım, soruşturma ve kovuşturma ile görevli olanların hukuka aykırı olarak elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağını öngören m. 226/son (2000/218-son;CMUK 254/2) ile de bağdaşmamaktadır.

XI. Beden Muayenesi

2000 Tasarısında, “vücudun muayenesi” başlığı altında iki maddeye yer verilmekte idi: 79. maddede “şüpheli veya sanığın”, 80. maddede ise “diğer kişilerin” vücudunun muayenesi düzenlenmekte idi. 2002 Tasarısında ise bu hususta üç yeni madde daha yer almaktadır: Beden muayenesi yapılacak kişinin “kadın” olması halinde muayene ayrıca düzenlenmiş (m. 80), ayrıca moleküler genetik incelemeler ile ilgili 81. maddeye ve bu incelemenin nasıl yapılacağını düzenleyen 82. maddeye yer verilmiştir.

Ceza muhakemesi; bir yandan suç işlemiş olanları belirleyip cezalandırılmalarını sağlamakla suçluluğa karşı toplumu korumak, diğer

¹⁰¹ Bkz. **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 387.

¹⁰² **Tosun**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul 1984, s. 755; **Şahin**, Cumhuriyet, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 57 vd.; **Öztürk/Erdem/ Özbek**, s. 387.

yandan da, daha üstün değerlere; insan haysiyetine, kişi hak ve özgürlüklerine zarar vermeden gerçeğe ulaşmak zorundadır. Bu şekilde ortaya çıkan kamusal yarar-bireysel yarar arasındaki hassas dengeyi sağlamak son derece zor olabilir. Sanıktan delile değil, delilden sanığa gidilmesi, daha doğrusu ceza muhakemesinde bilimsel delil aşamasına geçilmesi bu konuda önemli bir dönüm noktası sayılabilir¹⁰³. Bununla birlikte, bu tür düzenlemelerin hukukiliği ve sanık hakları açısından uygunluğu her zaman tartışılacaktır¹⁰⁴.

Nitekim, beden muayenesi ile ilgili hükümlerin (m. 78 vd.), Anayasada (m. 38) yer alan; hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı kuralı ile ne ölçüde bağdaştığının düşünülmesi gerekir. Şüpheli veya sanıktan örnek alınmasının “çok zorunlu ve başka suretle delil elde etme olasılığı bulunmayan haller”le sınırlı tutulması dahi, bu aykırılığı kaldırmaz. Burada adeta şüpheli veya sanık kendi suçluluğunu ispata zorlanmaktadır. Şüpheli veya sanık dışındaki kişilerde böyle bir zorunluluk şartına dahi yer verilmemiş olması, bu kişileri ceza muhakemesinin objesi konumuna getirme tehlikesi taşımaktadır.

XII. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmeye Girme

Telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmeye girilerek elde edilen kayıt ve tespitlerin, yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemeyeceği hükmü (2002/107-3; 2000/104-3), m. 221/1 (2000/213-1; CMUK m. 247-1) ile uyum çabasının sonucu olarak kabul edilebilir. Ancak bu gibi hükümlerin, ağırlığın hazırlık soruşturmasına kaydırılması yolundaki ceza muhakemesi gelişmelerine ve ceza muhakemesindeki delil anlayışına uymadığı söylenebilir.

XIII. Tutuklama Nedenleri ve Süresi

Tutuklama bir koruma tedbiridir ve bütün koruma tedbirlerinin amacı tutuklamanın da amacıdır. Koruma tedbirlerinin amacı ise maddi gerçeğe, doğru hükme ulaşmak ve sonuçta verilen kararların uygulanmasını sağlamaktır¹⁰⁵. Böylece bu tedbirler, ceza muhakemesinin amacına ulaşmanın birer aracı olmaktadır. Oysa Tasarınının 119. maddesinde (2000/115) buna uymayan hükümlere yer verildiği görülmektedir. Gerçekten; fiilin kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnai ve ısrarlı düzensizliğe son verilmesi (m. 119/5); şüpheli veya sanığın, kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması (m. 119/6); suça son verilmesi (m. 119/7) ve suçun yinelenmesine engel olunması (m. 119/8),

¹⁰³ **Tezcan**, Durmuş, Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 211; **Öztürk**, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, s. 673.

¹⁰⁴ Aynı yönde **Tezcan**, Edis Armağanı, s. 215, dn. 12.

¹⁰⁵ **Yurtcan**, s. 310.

tutuklama kararı verilmesi için birer neden olarak sayılmıştır. Bütün bu nedenler, tutuklama koruma tedbirinin amacında, diğer koruma tedbirlerine nazaran bir genişleme ve farklılaştırmaya gidildiğini ifade etmekte ise de, bunların; “Bu kanun, suç nedeniyle ceza soruşturmasının nasıl yapılacağı ve ceza davasının ne suretle açılıp, yürütülüp, sonuca bağlanacağı hususundaki kuralları içerir” demek suretiyle CMUK’nun (Tasarının) kapsamını ortaya koyan 1. madde hükmüyle bağdaştırılması mümkün değildir. Özellikle; insan hayatının veya beden bütünlüğünün korunması, yeniden suç işlenmesine engel olunması, bir hukuk devletinde Devletin görevi olabilirse de, ceza muhakemesinin ve koruma tedbirlerinin amacı olamaz.

Beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama süresinin uzatılması yarı oranında iken (1 yıl-6 ay), beş yıla kadar olan cürümlerde altı aylık tutukluluk süresi dört ay daha uzatılabilmektedir. Uyum açısından bu sürenin de yarı oranında uzatılabilmesi uygun olabilir (6 ay-3 ay).

Tutukluluk süresinin altı veya dört ay uzatıldığı hallerde, belli aralıklarla (soruşturma evresinde en geç otuzar günlük süreler itibariyle ve kovuşturma evresinde her duruşmada veya duruşmalar arasında) tutukluluğun incelenmesini düzenleyen hükmün (2002/128; 2000/124) ayrıca uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir.

Ağır cezalı işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır ve bu sürenin uzatılması öngörülmemiştir. Hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından ağır cezalı işler; her türlü ağır hapis cezasını gerektiren davalarla on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren davalardır (m. 2/12). Muvakkat ağır hapis cezası bir yıldan başlamaktadır (TCK m. 13). Bu durumda; örneğin üst sınırı on yıl hapis cezası olan bir davada bir yıl ve uzatmayla altı ay daha tutukluluk söz konusu olacakken, bundan çok daha kısa süreli ağır hapis cezası gerektiren bir davada iki yıl tutukluluk olabilecektir.

Yine, hapis cezası gerektiren bir uyuşmazlığın ağır cezalı mı yoksa asliye cezalı mı olduğu belirlenirken, on yıllık sınır esas alınmaktadır. Bu nedenle, Tasarının 121. maddesinin 2. fıkrasında ifadesini bulan bir yıllık tutuklama süresi, asliye ceza mahkemesinde görülecek olan ve beş yıldan fazla fakat on yıl ve aşağı hapis cezası öngörülen uyuşmazlıklarda gündeme gelecektir. Hapis cezası on yıldan fazla ise, ağır cezalı iş sayıldığından, 3. fıkra gereği tutuklama süresi iki yıl olabilecektir. Bu nedenle, örneğin on yıl hapis cezası öngörülen bir olayda tutukluluk süresi bir yıl olurken, on yıldan biraz fazla hapis cezası öngörülen bir olayda ise tutukluluk süresi iki yıla çıkabilecektir.

XIV. İfade ve Sorgu

Suç şüphesi altında bulunan kişi ya şüphelidir veya sanıktır. Tasarıda; suç şüphesi altında bulunan kişiye iddianamenin kabulünden önceki aşamada şüpheli, iddianamenin kabulünden sonrasında ise sanık denmektedir. Oysa, daha önce de açıklandığı gibi, şüpheli ve sanık kavramlarını belirlemede

iddianamenin kabulü gibi usuli bir işlem değil, ancak şüphenin yoğunluğu bir kriter olabilir.

İfade ve sorgu, suç şüphesi altında olan kişinin dinlenmesini ifade eden kavramlardır. Tasarıya göre, suç şüphesi altında bulunan kişiyi kolluk veya savcı dinlerse, bu işlem ifade almadır (2002/147; 2000/138). Bu makamlar sadece şüphelinin ifadesini alabilirler; zira bu görevliler hazırlık soruşturmasında (Tasarının ifadesiyle “soruşturma evresinde”) yetkilidirler ve bu aşamada henüz sanıktan söz edilemez. Hakim veya mahkemenin suç şüphesi altında bulunan kişiyi dinlemesine ise sorgu denmektedir. Sorgu hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma (son soruşturma) aşamasında sözkonusu olabilir. Bu durumda; soruşturma aşamasında hakim tarafından “şüphelinin”, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından “sanığın” sorgusu yapılmaktadır.

Görüldüğü üzere, ifade alma ve sorgu kavramları, bu işlemleri yapan makamlara göre ayrılmaktadır. İfade ve sorgu aynı esaslara tabi kılındığı için, böyle bir ayırım gereksizdir, zorlama bir ayırımdır. Aslında burada ya sadece ifade almadan ya da sadece sorgudan söz etmek gerekirdi. Buna karşılık, mutlaka böyle bir ayırıma yer verilmek isteniyorsa, şüpheli ve sanık kavramlarına paralel olarak ifade ve sorgu ayırımına gidilmesi daha anlamlı olurdu. Başka bir deyişle; şüphelinin ifadesinin alınmasından, sanığın ise sorgusundan söz edilebilirdi.

XV. Yasak Sorgu Usulleri

Yasak sorgu usullerinin (2002/148; 2000/139) CMUK’ndan aynen aktarılmaması gerekirdi. Çoğu zaman birbiriyle iç içe geçen birtakım usullerin peş peşe sayılması, faydadan çok bir kafa karışıklığına yol açmaktadır. Örneğin kötü davranma ve işkence ile bedensel cebir ve şiddette bulunma arasındaki farkı ortaya koyabilmek her zaman mümkün olamamaktadır. “Bazı araçlar uygulama” ibaresinin neyi ifade ettiği ise anlaşılammaktadır. Kaynak kanunda olduğu gibi, “vücuda yapılan müdahaleler” ifadesi daha doğrudur.

Bu gibi yasak metodları hiç saymadan; özgür iradeyi engelleyici nitelikte iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahalelerin yasak olduğunun belirtilmesiyle yetinilmesi daha isabetli olurdu.

Son fıkradaki (2002/148-3; 2000/139-3) “yukarıdaki fıkralarda belirtilen” sözcükleri de gereksizdir; adeta orada sayılmayan metodların hukuka uygun olabileceği yolunda tereddütlere yol açtığı için, metinde yer almamalıdır.

Yine, son fıkradaki “ifadeler rıza ile verilmiş olsa da” ibaresi yanıltıcıdır. Her şeyden önce, yasak usullere muhatap olan kişinin “rıza ile” ifade vermesinden söz edilemez. Zira bu usuller ya sanığın özgür iradesini ortadan kaldıracak yoğunluktadır ve bu durumda artık rıza ile ifade vermekten, irade özgürlüğünden bahsedilemez; ya da bu bedeni veya ruhi

müdahalelerin irade üzerinde bir etkisi, dolayısıyla yasak bir sorgu metodu sözkonusu değildir. Ayrıca, kaynak kanun olan Alman CMUK'nda (m. 136 a/son) sanığın rızasından, aynı fıkra içinde ard arda iki kez söz edilmekte, fakat hiç birisi Tasarının öngördüğü anlamda kullanılmamaktadır. Alman CMUK m. 136 a/son şöyledir: “Birinci ve ikinci fıkrada öngörölmüş olan yasaklar, sanığın rızası olsa da geçerlidirler. Sözkonusu yasakların ihlali suretiyle elde edilmiş olan ifadeler, sanık değerlendirmeye rıza gösterse dahi delil olarak değerlendirilemezler”. Görüldüğü üzere, ilk olarak rıza, yasak metodların sanığın kendine uygulanmasına ilişkindir. Örneğin yalan makinası, narkoanaliz uygulamasına rıza göstermek gibi¹⁰⁶. Sanığın rızasından söz edilen ikinci hal ise, bu şekilde alınan ifadenin değerlendirilmesi ile ilgilidir. Sanığın, ifadesinin değerlendirilmesine rıza göstermesinin bir değer taşımadığı belirtilmektedir. Aslında sanığın, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bir ifadeyi değerlendirilebilir kılmak gibi bir yetkisi sözkonusu olamaz. Bu nedenle bu son durumdaki rıza açıklamasına ilişkin uyarıyı, bir pekiştirme, yasağı kuvvetlendirme vurgusu olarak anlamak gerekir. Buna göre, özgür irade ihlal edilerek alınan ifadenin değerlendirilememesi keyfiyeti, bedeni veya ruhi müdahaleye muhatap olan ifade sahibinin rızasına rağmen, mutlak olarak geçerlidir. Bu hususa ilişkin CMUK m. 135 a/son düzenlemesi, muğlak olmasına rağmen, Tasarıdakinden daha isabetlidir. Aslında böyle bir hükmün, Tasarı m. 226/3 (2000/218-3; CMUK 254-2) karşısında gerekli olup olmadığının da düşünülmesi gerekir.

Yine, Tasarı m. 147/son (2000/139-son), yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza olsa dahi “delil” olarak değerlendirilemeyeceği hükmünü öngörmektedir. Hükmün karşıt kavramından hareketle, yasak usullere başvurulmadan, hukuka uygun olarak alınmış ifadelerin delil olarak değerlendirilebileceği sonucuna varılabilir. Ancak böyle bir sonuç, Tasarının başka bir hükmüyle çelişmektedir. Gerçekten, m. 221 (2000/213)'e göre; sanığın “hakim” tarafından düzenlenen tutanaktaki ifadesi ikrarına delil olmak üzere okunabilir. Yani sadece hakim huzurunda ön soruşturmada (soruşturma evresinde) verilmiş ifadeler ikrara “delil” olmak üzere okunabilecektir. Oysa m. 138 gereği, sadece hakim değil, kolluk ve savcı da ifade alabilecektir ve m. 147/son, hukuka uygun olan bu ifadelerin “delil” olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Ceza muhakemesinde her şey delil olabileceğine ve kolluk veya savcının hukuka uygun olarak aldıkları ifade tutanağı da delil olacağına göre, ikrara delil olarak okunması yasak olan bir tutanak nasıl değerlendirilecektir? Bu iki hüküm nasıl bağdaştırılabilecektir?

XVI. Müdafî

Müdafî kavramının Tasarıdan çıkarıldığı ve her durum için sadece avukat tabirinin kullanıldığı görölmektedir (2002/149 vd.; 2000/140 vd.).

¹⁰⁶ **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kurzkommentar, 43. Auflage, § 136 a, Rn 26.

Sadece 2002 Tasarısının “tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesine eklenen 3. bentte, avukatın; şüpheli veya sanık bakımından müdafii ifade ettiği belirtilmekle yetinilmiştir. Vekilliği ve temsil ilişkisini ifade eden avukatlığın müdafiliği karşılamadığı, kamu çıkarını da ilgilendirmesi nedeniyle bir kamu hizmeti sayılan müdafiliğin vekillikten farklı olduğu¹⁰⁷ düşünülecek olursa, bu değişiklik, sadece bir dilin sadeleştirilmesi olmanın ötesinde, bir ceza muhakemesi kurumunu yok etmektedir.

Müdafinin dosya inceleme hakkına hemen hemen hiçbir sınırlama getirilmemesi (2002/153; 2000/144), hazırlık soruşturmasının gizliliğini ortadan kaldırmaktadır. Başka bir deyişle, müdafii yönünden hazırlık soruşturmasının aleniyeti kabul edilmiş ve gizliliğin istisna olduğu sonucu ortaya çıkmıştır. Böylece savunma güçlendirilmek istenirken, “soruşturmanın gizliliği” balığı ile 2002 Tasarısına eklenen hükme (m. 159) rağmen, hazırlık soruşturmasının gizliliği esası ortadan kaldırılmıştır¹⁰⁸. Bu durum, ayrıca, özellikle organize suçlulukla mücadelede olumsuz bir ortam oluşturduğu gibi, uygulamada, müdafiden gizlenen bir ikinci dosya tutulmasına ve sonuçta hukuka aykırı hale gelen buradaki delillerin değerlendirilememesine yol açmaktadır¹⁰⁹.

Tutuklunun avukatı ile görüşme ve yazışmalarının, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın denetim dışı bırakılması (2002/154; 2000/145) kabul edilemez. Avukatın bu hakkını kötüye kullanması ihtimali göz önüne alınarak bu konuda bir kısıtlama getirilmeden denetimin sınırsız olarak kaldırılması, sanığın kayırılmasına yol açmaktadır. Suçlulukla mücadeleyi önemli ölçüde gözardı eden, bireyi (sanığı) koruyan bir ceza muhakemesi sistemi, adeta suç işlemeyi özendirici bir rol ifa etmiş, bu yolla toplum anarşiye sürüklenmiş olur¹¹⁰.

XVII. Kamu Davasının Açılması

CMUK m. 148/son’a karşılık gelen Tasarı m. 173/son (2000/163-son) değişikliği isabetli olmamıştır. CMUK m. 148/son gereği valiler, savcıdan kamu davası açılmasını isteyebilmektedirler. Savcının mucip sebepler göstererek bu talebi kabul etmemesi halinde ancak vali Adalet Bakanına başvurabilmektedir. Oysa Tasarıda, vali-savcı-vali arasındaki ilişkiye yer verilmeksizin, doğrudan doğruya, valinin Adalet Bakanına başvurabileceği ifade edilmektedir. Bu haliyle bu fıkranın maddede yer almasına gerek

¹⁰⁷ Bu konuda ayrıntı için bkz. **Centel**, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, İstanbul 1984, s. 40 vd.

¹⁰⁸ **Demirbaş**, Timur, Hazırlık Soruşturmasında Müdafilik, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, s. 109.

¹⁰⁹ Bkz. **Hafizoğulları**, Zeki, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, AÜHFD 1993/1-4, s. 138; **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 319; **Demirbaş**, CMUK Sempozyumu, s. 110.

¹¹⁰ Benzer yönde **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 317.

yoktur. Zira herkes Adalet Bakanını harekete geçirebileceğine göre, vali de herkes gibi Bakana başvurabilecektir.

Kamu davasının mecburiliğinin yumuşatılması ve maslahata uygunluk ilkesine yer verilmesi, yetersiz olsa da, isabetlidir. Bununla birlikte, kamu davasının açılmasının ertelenmesini düzenleyen Tasarı m. 174/1-d (2000/164-1-d)'de yer alan “Şüpheli, suçtan meydana gelen ve Cumhuriyet savcısının saptayacağı zararı ödemişse” hükmü açıklanmaya muhtaçtır. Burada kastedilenin nasıl bir zarar olduğu, nasıl saptanacağı ve kime ödeneceği sorularının cevabı gerekçede de yer almamaktadır. Keza, aynı maddenin c bendine göre, “şüpheli ve toplum açısından” kamu davasının açılmasından daha yararlı ise, kamu davasının açılması ertelenebilecektir. Burada şüpheli ile toplumun yararları karşı karşıyadır ve mağdurun yararı da toplumun yararları içerisinde. Bir yandan mağdurun yararından hiç söz edilmediği gibi, diğer yandan da birbirine zıt iki yararın aynı anda nasıl gözönünde bulundurulacağı anlaşılammamaktadır. Kaldı ki m. 174, dört bent halinde sayılan bütün şartların “birlikte” bulunması halinde ancak kamu davasının açılmasının ertelenebileceği hükmünü getirmektedir. Bütün şartların birlikte bulunması imkansız gibi gözükmektedir.

Cumhuriyet savcısının kararına itirazı (kovuşturma davasını) düzenleyen Tasarı m. 176/1 (2000/166-1)'deki “şikayetçi aynı zamanda suçtan zarar gören kimse ise” ifadesinin, halen yürürlükteki CMUK'dan aynen alınmış olması, bu hükümle ilgili tartışmaların sürmesi sonucunu doğuracaktır. Burada kastedilenin sadece teknik anlamda şikayetçi olmadığı açıktır. Takibi şikayete bağlı suçlarda teknik anlamda şikayetçi olan bu kişi, re'sen kovuşturulan suçlarda ise failin cezalandırılması için talepte bulunan, bu konuda dilekçe veren suçtan zarar görendir. Bu nedenle burada “şikayetçi”den değil, belki, kaynak kanunda olduğu gibi, talepte bulunan veya dilekçe vermiş olan suçtan zarar gören kişiden söz etmek daha isabetli olur.

Tasarı m. 177 (2000/167), m. 173/2 (2000/163-2)'nin tekrarıdır, bu nedenle gereksiz bir hükümdür.

İddianamede yer alacak hususlar Tasarı m. 173/4 (2000/163-4)'de gösterilmiştir. Bunlardan birisi, “şüphelinin açık kimliği”dir. Oysa Tasarı m. 178/1-1 (2000/168-1-1)'deki iddianamenin iadesi sebepleri arasında, şüphelinin açık kimliğinin belirtilmemesi yanında, “veya hiç değilse o kişinin belirlenmesine olanak sağlayacak diğer özelliklerin” belirtilmemiş olması da sayılmaktadır. Bu iki hükmün birlikte yorumlanmasından çıkan sonuçlar şunlardır: Ya bu iki hüküm birbirini tamamlamaktadır ve iddianamede şüphelinin açık kimliğinin belirtilmesi her zaman şart değildir; açık kimliği olmasa da, şüphelinin belirlenmesine olanak sağlayacak diğer özelliklerin belirtilmiş olması kamu davası açabilmek için yeterlidir. Ya da bu iki hüküm arasında çelişki vardır; iddianamede yer alamayacak bir husus, iddianamenin iadesi sebebi olarak m. 178/1-1'de öngörülmüştür. Aynı şeyler

m. 178/1-6 (2000/168-1-6) için de söylenebilir. Bu hükümde, “varsa gözaltı, tutukluluk ve salıverme tarihlerinin açıklanmaması” iade sebebi olarak gösterilmektedir. Oysa m. 173/4’de, bu bilgilerin iddianamede yer alacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Sekiz bent halinde iddianamenin iadesi sebepleri sayıldıktan sonra, “diğer eksik ve hatalı noktaların var olduğu saptandığında” iddianamenin savcılığa iadesine karar verileceğinin belirtilmiş olmasıyla (2002/178-1-9; 2000/168-1-9) neyin ifade edilmek istendiği anlaşılamamaktadır. Sayılanların dışında başka hangi bilgilere iddianamede yer verilebilir ki?

İddianamenin reddi kurumu (2002/179; 2000/169); kamu davası açılabilmesi için delillerin yeterli olduğu konusunda savcının takdir yetkisini ortadan kaldıracı niteliktedir. Ayrıca savcının bu konudaki takdir yetkisinin denetimi mahkemeye bırakılmış olmaktadır. “Mahkeme başkanı veya hakim... davanın bir veya birbirini hemen izleyen birden çok oturumlarda bitirilmesini sağlamak için gerekli tedbirleri duruşma hazırlığı devresinde alır” ve “ve başkaca ispat araçlarının toplanmasına karar verebilir” diyen m. 181 (2000/172) ile ve mahkemenin (hakimin) re’sen araştırma yükümlüğü ile iddianamenin reddi hükmünün bağdaştırılmasında sorunlar çıkabilir.

XVIII. Savcının Duruşmada Yer Alması

Tasarı m. 194/2 (2000/186-2)’de, CMUK m. 219/2’ye aynen yer verilmiş ve sulh ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda savcı bulunmayacağı öngörülmüştür. 1930’lu yılların Türkiyesinde belki mazur görülebilecek bir hususun halen Tasarıda yer bulabilmesi anlaşılamamaktadır. Bu hususun hükmün kollektifliği, çelişme metodu ve duruşmanın yüzekeşiliği özelliği ile bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.

XIX. İspat

Duruşmada okunulmasıyla yetinilebilecek belgeleri düzenleyen m. 219/1-3 (2000/211-1-3) hükmü, bazı tanıkları duruşmadan dışlayıcı bir özelliğe sahip olabilir. Bir tanığın ifadesinin önem derecesi, genellikle, tanık duruşmada dinlendikten sonra tayin edilebilir. Oysa hüküm, bu konuda peşinen karar verme imkânı getirmektedir. Bu hükmün kaynağını teşkil ettiği anlaşılan Alman CMUK’nda (m. 251/1-3), sadece ifadenin önem derecesi değil, ayrıca mesafenin uzaklığı da göz önüne alınarak tanığın duruşmada hazır bulunmasının uygun olup olmadığının tayini istenmektedir.

Tanığın duruşmadaki ifadesiyle önceki ifadesi arasında çelişki bulunduğu, evvelki ifadesi “bütünüyle” okunarak çelişki giderilmeye çalışılacaktır (2002/220-2; 2000/212-2). Çelişki sadece belirli bir noktada ise, önceki ifadenin bütünüünün okunması gereksizdir. Ayrıca, önceki ifadenin tamamının okunması, tanığa, duruşmadaki ifadesini öncekine göre düzeltme fırsatı da verebileceği ve duruşmada önceki ifadesini tekrardan ibaret bir açıklamada bulunacağı için, gerçeğin araştırılması bakımından sakıncalı olabilir. Ayrıca, CMUK’da (m. 246/2), çelişki halinde dahi, tanığın önceki

ifadesinin okunması “son çare” olarak öngörülmüştür. “Çelişkinin... başka suretle telif ve izalesi mümkün olmazsa” ancak o zaman tutanak okunabilecektir. Böylece duruşmanın vasıtasızlığı ilkesine daha fazla riayet edilmiş olmaktadır. Oysa Tasarıda bu ilkenin önemsizleştirildiği görülmektedir. İfadesi okunacak kişiler dışında tamamıyla aynı konuyu düzenleyen bir sonraki madde ile bu konuda bir farklılık yaratılması anlamsız, bütünlüğü bozucu niteliktedir.

Sanığın hakim tarafından düzenlenen tutanaktaki ifadesinin ikrarına delil olmak üzere okunabileceği hükmünün Tasarıda muhafaza edilmesi de (2002/221; 2000/213) eleştirilmelidir. Ancak hakim tarafından düzenlenen tutanağın tam olarak güvenilir olabileceği iddiası (m. 221 gerekçesi) geçerli değildir. İlk veya olayın işleniş zamanına en yakın ifadenin daha doğru, daha güvenilir olduğu da aynı derecede iddia edilebilir¹¹¹. Kaldı ki, gerek CMUK’nun gerekse Tasarının, hakimle diğer kovuşturma makamları arasında ayırım yapmayan ifade ve sorguya ilişkin hükümleri (CMUK m. 135; 2002/147; 2000/138) bu kabul ile bağdaşmamaktadır. “Hakim” sözcüğünün veya ilk fıkranın tamamıyla madde metninden çıkarılması daha uygun olacaktır.

Tasarı m. 221/2 (2000/213-2) de isabetli düzenlenmemiştir. Her şeyden önce, gerekçede, sadece hakim huzurunda yapılmış olan sanık açıklamaları ikrar olarak kabul edilmektedir. Oysa ikrar, bir hususu kabul olup, kimin huzurunda yapıldığının önemi yoktur. Yine gerekçede, ikrar dışında sanık tarafından yapılan açıklamalar (kolluk, savcı huzurunda yapılan açıklamalar) arasında çelişki bulunduğu, önceki tutanakların okunabileceği belirtilmektedir. Oysa kaynak kanunun ilgili maddesine ilişkin açıklamalara bakıldığında, önceki ifadenin de hakim huzurunda verilmiş ifade olması gerektiği hususu fikir birliği halinde kabul edilmektedir. Yani ilk fıkra ikinci fıkrayı da kuşatacak genişlikte anlaşılmaktadır. Elbette her türlü ifade, gerektiğinde duruşmada okunup değerlendirilebilmelidir. Maddi gerçeğin araştırıldığı bir ceza muhakemesinde başka türlü düşünülemez. Tasarının hükmü bu yönüyle ve sonuç itibarıyla isabetlidir; ancak hareket noktası, gerekçesi için aynı şey söylenemez. Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ta; çelişkinin başka türlü yollarla giderilememesine rağmen, önceki ifadenin okunmasının zorunlu olup olmadığıdır. “Okunabilir” ibaresi, burada bir ihtiyariliğin olduğunu gösterebilir ve bu yönüyle gerek CMUK’daki gerekse kaynak kanundaki hükümlerle uyumludur. Ancak bu tür bir kabul, mahkemenin maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü ile bağdaşmaz. Nitekim, konuyu tanık açısından ele alan bir önceki maddenin son fıkrasında, isabetli olarak, önceki ifadesi okunarak çelişkinin giderilmesine “çalışılır” demek suretiyle bir zorunluluk öngörülmüştür. Burada da okunabileceğinden değil, okunacağından söz edilmesi daha uygun olacaktır.

¹¹¹

Bkz. Şahin, s. 152.

CMUK m. 254/2'den aynen alınmış olan, soruşturma ve kovuşturmayla görevli olanların hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağı kuralı(2002/226-3; 2000/218-3), 3842 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar olan bütün eleştirilerin muhatabı olmaya devam edecektir. Hükümün alanının ve mutlaklığının bir biçimde sınırlandırılması uygun olacaktır. Aksi takdirde ceza muhakemesinin suçlulukla mücadele fonksiyonu zaafa uğramaya devam edecektir.

XX. Hükümün Geri Bırakılması ve Denetimli Serbestlik

Ceza muhakemesi hukukumuz açısından yeni bir kurum olan denetimli serbestlik ve hükümün geri bırakılması hükmü (2002/233; 2000/225), bazı noktalardan açıklanmaya muhtaç gibi gözükmektedir.

Örneğin, gerekçede, dikkate alınacak cezanın soyut ceza olduğu belirtilmektedir. Oysa madde metninden, somut cezanın arandığı sonucu çıkmaktadır. Hükümün şu şekilde düzenlenmesi halinde gerekçe ile uyumlu hale geleceği söylenebilir: “Sanığa yüklenen ve kanunda, yalnız veya birlikte; para cezası, hafif hapis veya üç yıl ve daha aşağı hapis cezası öngörülmüş bulunan bir suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda mahkeme,.....”.

Ayrıca, geri bırakma şartlarından birisi, suçun sebebiyet verdiği zararların giderilmiş olmasıdır. Burada kime verilen, nasıl bir zarar aranmaktadır; zarar ve miktarı nasıl ve kim tarafından belirlenecektir?

Keza, denetimli serbestlik tedbirinde sanığa ne gibi “davranış kuralları” yüklenebilecektir ve geri bırakılan hükümün açıklanma sebebi olarak, bu davranış kurallarının “ısrarla” ihlal edilmesi ne anlama gelmektedir?

Nihayet, davanın düşmesi sebebi olarak gösterilen, denetim süresinin kanun ve “nizamlara” uygun olarak geçirilmesi ile, bu konuda ayrı bir düzenlemenin çıkarılacağı mı ifade edilmek istenmektedir?

XXI. Mağdur ve Şikayetçinin Hakları

Suçun mağduru ile şikayetçinin konumu önemli ölçüde tanıklara benzemektedir. Hatta m. 245 (2000/237) ve sonraki maddelerde, tanıklara ilişkin hükümlerin bu kişilere de uygulanacağı birkaç kez zikredilmiş, açıkça bu hususun zikredilmediği yerlerde ise, yine tanıklık hükümlerine paralel düzenlemeler öngörülmüştür (2002/248; 2000/240, 241). Mağdur ve şikayetçinin daveti bakımından da tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir (2002/245-2; 2000/237-2). Tanıkların nasıl çağrılacağı ve çağrıya uymayan tanıklara uygulanacak yaptırımlar ise m. 45 ve 46'dadır (2000/46 ve 47). Tasarının 45. maddesinde, tanıkların hangi araçlardan yararlanılarak davet edileceği, gelmemenin sonuçlarının bildirileceği, bazen bu usullere uyulmaksızın ihzar müzekkeresi verilerek zorla

getirilebilecekleri; m. 46 da ise, zorla getirilen tanıklara, gelmemelerinin neden olduğu masraflar ve para cezası öngörülmektedir. Tasarı m. 245/2'nin davet bakımından tanıklara ilişkin bu hükümlere yollama yaptığı görülmektedir. Ancak m. 247'de (2000/239), mağdur ile şikayetçinin davete uymamalarının sonuçları gösterilmekte ve bu hükme göre, davet edilen mağdur veya müştekinin gelmemesi halinde yeniden tebligatta bulunulmayacağı, bu kişilerin beyanının alınmasının zorunlu görüldüğü hallerin dışında; adres yanlışlığı vb. nedenlerle tebligat yapılamaması hallerinde adresin araştırılmayacağı belirtilmektedir. Yani, kural olarak, m. 46 mağdur ve şikayetçiler bakımından geçerli olamayacaktır. Zira davetiyeye rağmen gelmediği halde yeniden tebligatta bulunulmayan kimseye, gelmemesinin neden olduğu masrafların yükletilmesi ve para cezasına hükmedilmesi düşünülemez. Bu durumda ya bu hüküm (m. 247) ile m. 245/2 çelişmektedir ya da m. 245/2'deki atıf, sadece, tanıkların hangi araçlardan yararlanılarak davet edilecekleri ile ilgili m. 45/1- ilk cümle ile sınırlı kalmaktadır. Eğer son seçenek doğru ise, o zaman da, m. 245/2'deki "... hükümler..." ifadesi isabetli seçilmemiştir.

XXII. Tüzel Kişilerin Yargılanması

Ceza muhakemesi hukukunda sanık tarif edilirken, diğer birçok özelliğinin yanında, "gerçek kişi" olması aranır¹¹². Oysa Tasarıda, "tüzel" kişilerin yargılanmasına ilişkin bir bölüm yer almaktadır (2002/259-263; 2000/252-256). Yaşayan bir kişi olmayan hükmi bir varlığın, ceza hukuku anlamında bir suçun faili, bir yargılamanın muhatabı olması düşünülemez¹¹³.

Yargılama sonunda mahkûm olan sanık aleyhine hükmedilebilecek olan ceza hukuku anlamında müeyyideler ceza kanunlarında belirtilmiştir ve bunların hepsi gerçek kişi hükümlüleri gerekli kılmaktadır. Oysa Tasarı m. 263'de, tüzel kişilere özgü adli kontrol yükümlülüklerinden söz edilmektedir. Tüzel kişi bizatihi suç işleyemeyeceğine, bir gerçek kişi tarafından bu suç kendisi ve/veya tüzel kişi yararına işlenebileceğine ve gerçek kişi hakkında dava açılıp yargılabileceğine göre, ceza ve ceza muhakemesi hukuku anlamında tüzel kişilerin faillikleri-sanıklıkları, yargılanıp mahkûm edilmeleri düşünülemez.

Keza, m. 261'de, kamu davasının, fiilin işlendiği tarihte tüzel kişinin yasal temsilcisi olan kişiye karşı açılacağı belirtilmektedir. Kendisine karşı kamu davası açılan kişi, ceza muhakemesinde, ancak "sanık" olabilir. Sanığın ceza muhakemesindeki her türlü hak ve yükümlülükleri, tüzel kişiyi temsil eden bu yasal temsilci için de söz konusu olacak mıdır?

¹¹² Öztürk/Erdem/Özbek, s. 303.

¹¹³ İçel, Kayıhan/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoglu, Fatih S./Ünver, Yener, Suç Teorisi, İstanbul 1999, s. 67 vd.; İçel, Kayıhan/Akıncı, Füsün-Sokullu/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoglu, Fatih S./Ünver, Yener, Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, s. 17 vd.; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 303.

Ayrıca, savcılığın ve mahkemenin yer bakımından yetkisi konusunda da sorunlar doğabilir. Tasarıda, soruşturma ve kovuşturma bakımından suçun işlendiği veya tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer savcılığı ve mahkemesi yetkili kılınmaktadır (2002/260; 2000/253). Tüzel kişinin de yargılanmasını gerektiren suç, somut durumda ancak bir gerçek kişi işleyebileceğine göre, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerin dışında suçun işlenmesi halinde, merkezi başka bir yerde bulunan bir tüzel kişi yargılanmış olacaktır. Oysa ceza muhakemesinde yer bakımından yetkinin nasıl belirleneceği bellidir. Tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer savcılığı ve mahkemesinin yetkili kılınmasıyla yeni ve özel bir yer bakımından yetki hükmü getirilmektedir. Yine, tüzel kişi yararına suç işleyen gerçek kişi belirlenemese dahi, tüzel kişinin yargılanacağı anlaşılmaktadır. Faili belli olmayan bir suçtan ötürü tüzel kişi mi yargılanacaktır?

Sonuç

Sadece bir kısmına burada yer verilmiş bulunan bir takım belirsizlik, tutarsızlık ve eksiklikleri olan Tasarının bu haliyle kanunlaşması, yürürlükteki kanun bakımından gündemde olan çeşitli eleştiriler ve sıkıntılıların, değişik biçim ve boyutta yeni kanun için de yaşanması anlamına gelmektedir.

Her iki Tasarı da yeterince tartışılma imkanına sahip olamamışlardır. Bu konudaki eksikliğin giderilmesi ve toplum hayatında oldukça önemli bir yeri olan böyle bir temel kanun değişikliği gerçekleştirilmeden önce, ilgili kesimler nezdinde yeterince tartışılması, bunun sonucunda büyük ölçüde bir uzlaşmanın sağlandığı bir Tasarı oluşturulması gerekir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA TERÖRİZM¹¹⁴

Doç. Dr. Vahit BIÇAK*

ÖZET

Geride bıraktığımız 20 yıl içinde hem terör olaylarının sayısında önemli bir artış, hem de terör olgusunun niteliğinde önemli bir değişim yaşandı. Terörle mücadelede temel amaç demokrasinin ve hukuk devletinin korunması ve devamının sağlanması olmalıdır. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları mahkemesinin terörle ilgili vermiş olduğu kararlar inceleme konusu yapılmıştır. İçtihat incelemesi yöntemiyle, demokrasi ve hukuk devleti sınırları içinde kalınarak terörizm tehdidi ile nasıl mücadele edilebileceği konusunda genel bir çerçeve ortaya konulması amaçlanmıştır.

ABSTRACT

Over the last twenty years, there have been both a dramatic increase in the incidence of terrorism in the world, and significant changes in its nature. The primary objective of counter-terrorist strategy must be protection and maintenance of democracy and the rule of law. In this study, the case law of the European Court of Human Rights on terrorism has been examined. By doing so, it is expected that one may have a general idea on how to combat on the treat of terrorism within the boundaries of democracy and the rule of law.

Anahtar Kelimeler - Key Words:

Terror, Terrorism, human rights

Terör, terörizm, insan hakları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Terörizm

¹¹⁴ 24-26 Aralık 2001 tarihinde Ankara'da düzenlenen 13. Hukuk İhtisas Semineri'nde tebliğ olarak sunulmuştur.

* Ceza Hukuku Öğretim Üyesi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi

1. Giriş.

11 Eylül 2001 günü inanılmaz bir organizasyonla, aynı anda dört uçak kaçırıldı. Uçaklardan ilk ikisiyle Dünya Ticaret Merkezi'nin kulelerine, üçüncüyle Pentagon'a saldırıldı. Dördüncü uçak ise Pennsylvania semalarında yolcularıyla birlikte düştü. Dünya Ticaret Merkezi kuleleri çarpmanın etkisiyle tutuştuktan sonra çöktü. Ardından yakındaki üçüncü bina da yıkıldı. Gözler New York'tayken Pentagon'a çarpan uçak ve Dışişleri'nde patlayan bomba şoku büyüttü. Ülkedeki havaalanları ve önemli binalar boşaltıldı. Saldırıları dünya televizyonlarında canlı verildi. New York Borsası bir hafta kapatıldı. Altın ve petrol fiyatları fırladı.

Bu saldırı, geleneksel güvenlik sorunlarını ve tehditleri gözden geçirmeyi gerekli kıldı. İyi planlanan, iyi organize edilen ve büyük çapta hasar ve zayıata neden olan bu saldırıda kitle imha (nükleer, biyolojik, kimyasal, NBC) silahları kullanılmadı ancak bunların teröristler tarafından kullanılması olasılığının potansiyel bir tehdit oluşturduğu anlaşıldı.

11 Eylül olayı terörizm tehdidinin belirli bir bölgeyle ya da belirli bir Devletle sınırlı olmadığını, dünya çapında etki ve sonuçlar doğurabilecek nitelikte olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Teröristlerin ulusal sınırları aşan hareketliliği, hedef ülke dışında kalan diğer ülkelerde kaynak elde edebilme imkanları, internet gibi gelişmiş haberleşme araçlarından yararlanabilmeleri bu tehditle ulusal düzlemde değil, uluslararası düzlemde mücadele etmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır (Beşe, 2001, s. 15).

ABD'ne yapılan saldırıya bir tepki olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bir gün sonra, 12 Eylül 2001 tarihinde, uluslararası terörizmle mücadele deklarasyonu yayınladı. Bu olgu, terörle mücadele edilirken demokratik toplumda uyulması gereken kuralların neler olması gerektiğinin ortaya konulması ihtiyacını da beraberinde getirdi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (kısaca AİHM) terörizmin önlenmesi ya da teröristlerin cezalandırılmasına yönelik doğrudan görev ve sorumluluğu olan bir mahkeme değildir. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (kısaca Sözleşme) güvence altına alınan bireysel hakların Sözleşmeye taraf olan kırk dört devlet tarafından ihlal edildiği iddialarını inceleyerek karara bağlayan uluslararası bir organdır. Bu işlevini yerine getirirken AİHM'si, zaman zaman terörizm olgusuyla karşı karşıya gelmekte ve bu konuda çeşitli değerlendirmeler yapmak durumunda kalmaktadır. Bu çalışmada, AİHM'nin kararları gözden geçirilerek terörizm olgusu konusundaki değerlendirmeleri ortaya konulması amaçlanmıştır.

2. Terörün Tanımı.

Terör ve terörizmin birbirinden farklı çok sayıda tanımı yapılmıştır (E. Beşe, 2001, s. 7). Terör olgusunun siyasal, sosyolojik, ekonomik, yasal, felsefi, etiksel ve uluslar arası boyutlara sahip karmaşık ve subjektif niteliği ortak bir tanım üzerinde uzlaşmayı mümkün kılmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi terörizmi tanımlamadığı gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında terörizmi tanımlama çabası içerisinde olmamıştır. Dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin terörden ne anladığını ortaya koyan net bir tanım mevcut değildir. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının gözden geçirilmesiyle Mahkemenin terörizme yaklaşımı konusunda kısmi bir aydınlanma sağlanabilmesi mümkün olabilir.

3. Devletlerin Bireyleri Terörden Koruma Pozitif Yükümlülüğü.

Yargı alanlarında yaşayan kişileri muhtemel terör saldırılarına karşı korumak şeklinde devletlerin pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük Sözleşmesinin ikinci maddesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, terör suçu mağdurları devletlerinin kendilerini koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle AIHM'ne başvurma konusunda fazla istekli bulunmamaktadır.

4. Terörle Mücadele Sırasında da Yaşam Hakkına Saygı Gösterilmelidir.

Bazı zorunluluklar bulunması durumunda yaşam hakkına müdahaleye Sözleşme izin vermiştir. Ancak müdahalenin izin verilebilir olduğu sonucuna ulaşabilmesi için Mahkemenin kişileri hukuka aykırı şiddete karşı koruma amacı ile kullanılan şiddetin orantılı olup olmadığı, terörle mücadele operasyonunun öldürücü kuvvet kullanımını minimuma indirecek ölçüde planlanması ve denetlenmesinin sağlanıp sağlanmadığını incelemesi gerekir.¹¹⁵

McCann, Frawell & Savage / İngiltere davasında (27 Eylül 1995) öldürme ile son bulan eylemin *mutlak zorunluluk* sonucu olması gerektiği Mahkeme tarafından ifade edilmiştir. Güç kullanımı ile güdülen meşru amaç arasındaki orantıyı da AIHM'si dikkate almaktadır. *Aytekin / Türkiye* davasında (18 Temmuz 1997) meşru güç kullanımının ulaşılmak istenen amaçla "orantılı" ve "mutlak zorunlu" nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir.

Yaşa / Türkiye davasında (2 Eylül 1998) olayın terörün etkili olduğu bir bölgede meydana gelmiş olmasının Devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı sonucuna varılmıştır.

5. Terörle Mücadele Herşey Meşru Değildir.

¹¹⁵

McCann ve diğerleri / Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995, para. 194.

Demokrasi ve insan hakları arasında karşılıklı bir ilişki bulunmaktadır. Yargı alanlarında yaşayan bireyleri gizli dinleme konusunda devletlerin sınırsız takdir yetkisine sahip oldukları söylenemez. Böyle bir takdir yetkisi demokrasiyi zayıflatır hatta tahrip eder; terörizmle mücadele gerekçesiyle de olsa taraf devletler gerekli gördükleri her türlü tedbiri alamazlar (*Klass ve diğerleri / Almanya*, 6 Eylül 1978, para. 28, 49).

Demokrasinin ve kurumlarının korunması konusunda genel kamu yararı ile bireyin haklarının korunması arasındaki genel kamu yararı arasındaki dengeyi AİHM'si kararlarında göz önünde tutmaktadır. Demokratik toplumun korunması ihtiyacı ile bireyin haklarını koruma arasındaki uzlaşma Sözleşme sisteminin özünde mevcuttur.¹¹⁶

Terörle mücadele ile bağlantılı somut problemleri mahkeme kendi önüne getirilen davalarda dikkate almaya hazır bulunduğunu ifade etmiştir.¹¹⁷

Terörle mücadele amacıyla yürütülen soruşturmanın da AİHS'ne uygun olması gerekir. Mahkeme terörle mücadele amacıyla belirli yöntemlerin kullanılabilmesine izin vermektedir. Gizli izlemeye, iletişimin gizli dinlenilmesine imkan sağlayan yasanın mevcudiyetini mahkeme kabul etmektedir.¹¹⁸

6. Terörle Mücadelede İşkence Yasağı Devam Eder.

İşkence yasağı mutlak bir yasaktır. Mahkeme bu olguya birçok kereler dikkat çekmiştir. İşkence yasağı demokratik toplumun en temel değerlerinden birisidir. Bu yasağın ortadan kaldırılabileceği, askıya alınabileceği herhangi bir durum bulunmamaktadır. İşkence yasağı açısından sanığın işlediği suçun ne olduğunun hiçbir önemi bulunmamaktadır.¹¹⁹

İşkence ve kötü muamele yasağı açısından mağdurun tavırlarının da bir önemi yoktur.¹²⁰ Terör saikiyle işlenen suçların doğasından gelen

¹¹⁶ *Klass ve diğerleri / Almanya*, 6 Eylül 1978, para. 28, 59. Ayrıca bk. *Brogan ve diğerleri / Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1999, para 48.

¹¹⁷ *İncal / Türkiye*, 9 Haziran 1998, § 58. Ayrıca bakınız *Ireland / United Kingdom*, 18 Ocak 1978, 25, §§ 11; *Aksoy / Türkiye*, 18 Aralık 1996, §§ 70 ve 84; *Zana / Türkiye*, 25 Kasım 1997, §§ 59-60; *Birleşik Komünist Partisi / Türkiye*, 30 Kasım 1998, § 59.

¹¹⁸ *Klass ve diğerleri / Almanya*, 6 Eylül 1978, para. 48.

¹¹⁹ *9 Labita / İtalya*, 6 Nisan 2000, para. 119. Ayrıca, bk. *İrlanda / Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, para. 25, 163; *Soering / Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1989, para. 88; *Chahal / Birleşik Krallık*, 15 Kasım 1996, para. 79; *Aksoy / Türkiye*, 18 Aralık 1996, para. 62; *Aydın / Türkiye*, 25 Eylül 1997, para. 81; *Assenov ve diğerleri v. Bulgaristan*, 28 Ekim 1998, para. 93; *Selmouni / Fransa*, 28 Temmuz 1999, para. 95.

¹²⁰ *The Chahal / Birleşik Krallık*, 15 Kasım 1996, Reports 1996-V, p. 1855, § 79

güçlükler ve soruşturmanın gerekleri de bireyin vücut bütünlüğüne müdahaleye gerekçe olamaz.¹²¹

7. Terör Nedeniyle Haklar Askıya alınabilir.

Sözleşmenin 15. maddesi Sözleşmeye taraf devletlere savaş durumunda veya ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike halinde Sözleşmede güvence altına alınan hakları askıya alabilme yetkisi vermiştir. Ancak bu madde askıya alma uygulamasını sınırlandırmıştır. Yaşam hakkı (md.2), işkence yasağı (md. 3), kölelik yasağı (md. 4/1) ve kanunilik ilkesi (md 7) nin hiçbir şekilde askıya alınması kabul edilmemiştir. Askıya almanın şartlarının oluşup oluşmadığını AİHM'si kendi denetim yetkisi içinde görmektedir.¹²²

Hakların askıya alınmasını *Brannigan and Mc Bride davasında* inceleyen AİHM (26 May 1993), terörizmin hakların askıya alınmasını haklı çıkarabileceğini, yargı organının görüşüne aykırı olarak birisinin gözaltına alınmasının takdir yetkisini aşmayacağına karar vermiştir. Bununla birlikte askıya alma konusunda taraf devletler sınırsız takdir yetkisine sahip değildir. Mevcut krizin gerektirdiğinin ötesinde tedbirlere başvurulup başvurulmadığını denetlemek AİHM'nin görevidir. Bu incelemeyi yaparken AİHM nin dikkat alacağı faktörler; askıya alma işlemiyle etkilenen hakların doğası, acil duruma yol açan nedenler ve acil durumun süresidir.¹²³

Askıya almayı mazur gördüğü durumlarda bile AİHM, otuz gün poliste gözaltında tutma işlemini Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmiştir.¹²⁴

Sözleşmenin 15. maddesi olağanüstü hallerde devletlerin yükümlülük azaltmasına olanak sağlamaktadır. Devletler gerektiğinde bir kısım hakları "kısmen" veya "geçici" olarak askıya alabilmektedir. *Lawless / İrlanda* davasında (18 Ocak 1978) mahkeme kararı olmadan tutuklama yapılmıştır. Komisyon bu davada "olağanüstü bir durumun varlığını" üç gerekçeye dayanarak kabul etmiştir. İlk olarak, IRA askeri yapıda bir örgüttür, demokratik prensiplere ve İrlanda devlet kurumlarına karşı ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. İkinci olarak, olayın gerçekleştiği dönemde "sürekli ve korkunç bir şekilde artan" terörist eylemler meydana gelmektedir. Üçüncü olarak, Uluslar arası hukukun İrlanda Cumhuriyetine kendi bölgesinin bir başka devletin (Birleşik Krallık) hedeflerine yönelik silahlı eylemlere başlangıç noktası ya da üs olarak kullanılmasına müsaade etmemektedir.

Olağanüstü hallerde yükümlülük azaltmanın şekline ve alınan önlemlere ilişkin bazı şartları bulunmaktadır. Şekle ilişkin şartlar; Avrupa

¹²¹ *Tomasi / Fransa*, 27 Ağustos 1992, § 115. See also *Ribitsch / Avusturya*, 4 Aralık 1995, para. 38.

¹²² *Lawless / İrlanda*, 1 Temmuz 1961, para.22.

¹²³ *Brannigan ve Mc Bride / Birleşik Krallık*, 26 Mayıs 1993, para. 43.

¹²⁴ *Aksoy / Türkiye*, 18 Aralık 1996.

Konseyi Genel Sekreterliğine alınan önlemleri içeren bildirim sunulması, alınan önlemlerin gerekçelerinin bildirilmesi ve bu bildirim gecikme olmaksızın yapılması şeklindedir. Alınan önlemlere ilişkin şartlar ise; alınan önlemlerin ulaşılmak istenen amaçlarla orantılı olması, önlemlerin ayrımcı olmaması ve önlemlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerle aykırı olmaması şeklindedir.

8. Terör Suçu Sanıklarının Hürriyetleri Makul Şüphe Olmadan Sınırlanmaz.

Mahkeme terörizmle mücadelenin meşru bir amaç olduğunu kabul etmekte ancak bu mücadelenin her şeyi haklı çıkaramayacağı kanaatini taşımaktadır. Örneğin, terörle mücadele gözaltı süresinin uzatılmasını haklı çıkarabilir ancak gözaltı işleminin yargısal denetime tabi olmasının engellenmesini haklı çıkaramaz.¹²⁵ Kişi özgürlüğü keyfi olarak sınırlandırılmamalıdır. Yürütmenin özgürlüğü kısıtlama işlemi yargı denetimine konu olmalıdır.¹²⁶

Tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için "makul şüphe" bulunmalıdır. Makul şüphe bulunmasının ön şartı tarafsız bir kişi kişiyi bir kişinin suç işlemiş olabileceğine ikna edebilecek olguların ve bilgilerin olmasını ifade eder. "Makul şüphe"nin hangi durumlarda var olduğunu tespiti olayın tüm şartlarının değerlendirilmesiyle anlaşılabilir. Bu açıdan terör saikiyle işlenen suçlar özel bir kategori oluşturabilir. Hayat kaybı riski söz konusu olduğundan kolluk gizli kaynaklardan gelen bilgilerde dahil olmak üzere tüm bilgileri değerlendirerek çok acil hareket etmek durumundadır. Terör durumlarında da "makul şüphe" şartı ortadan kalkmaz. Ancak terör saikiyle işlenen suçlarda tutuklamaya yol açan olgunun veya bilginin gizli olan kaynağını açıklamaya taraf devlet zorlanamaz.¹²⁷ Terörle mücadelede gizli bilgi kullanılmasının temel bir gereklilik olduğunu mahkeme kabul etmiştir.¹²⁸

9. Terör Sanıklarının Yargılamasında Kimliği Gizli Tutulan Tanık Kullanılabilir.

Kimliği gizli tutulan tanığa başvurulması her zaman Sözleşmeyle uyum içinde olmayabilir.¹²⁹ Ancak terör suçlarında tanığın kendisini veya

¹²⁵ *Brogan ve diğerleri / Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1998, para 61.

¹²⁶ *Sakik ve diğerleri / Türkiye*, 26 Kasım 1997, para. 44.

¹²⁷ *Fox, Campbell and Hartley / Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, para. 32 and 34.

¹²⁸ *Murray / Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, para. 58.

¹²⁹ *Bk. Doorson / Hollanda*, 26 Mart 1996, para. 69-70. Bu dava uyuşturucu ticaretiyle ilgili olmakla birlikte mahkemenin tespitleri terörle mücadele açısından da geçerlidir. Ayrıca Bakınız, *Van Mechelen / Netherlands*, 23 Nisan 1997, para. 52.

ailesini oç alma riskine karşı korumak için, ileride yapılacak operasyonlara zarar vermesini önlemek için tanığın kimliğinin gizli tutulmasına mahkeme izin verebilmektedir.¹³⁰

10. Özgürlükleri Yok Etme Özgürlüğü Yoktur.

AİHS'nin 17. maddesi "özgürlükleri yok etme özgürlüğü" tanınamayacağını genel ilke olarak kabul etmiştir. Bu yasak devletler açından olduğu gibi gruplar ve bireyler açısından da geçerlidir.

Terörist faaliyetlerden kaynaklanan başvuruların incelenmesini AİHM'si bu madde çerçevesinde değerlendirilebilir.

Hiç kimse Sözleşmede öngörülen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade ve basın özgürlüğü ve toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne dayanarak, bu özgürlükleri, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hür demokratik düzeni yıkmak amacıyla kullanamaz. Komünist parti / Almanya davasında (20 Temmuz 1957) rejimi diktatörlüğe götüren faaliyetler, Sözleşmenin öngördüğü bir çok özgürlüğün yok edilmesine yol açacağından Sözleşmenin temel amacı ile bağdaşmaz kararı verilmiştir.

11. Terör Suçu Sanığı da Aile Yaşamına Saygı Hakkına Sahiptir.

Sözleşmenin 8. Maddesinin 2. Fıkrasında milli güvenlik, kamu düzeni ve suçların önlenmesi amacıyla özel hayatın ve aile yaşamına saygı hakkının sınırlandırılmasına imkan sağlamıştır. *McVeigh & diğerleri* davasında terör suçu işlediği şüphesiyle yakalanan kişinin nikahlı eşiyle görüşmesinin engellenmesi 8. Maddenin ihlali olduğu sonucuna Komisyon tarafından varılmıştır. Engelleme için eşin kuryelik yapacağına ilişkin somut verilere yer verilmemiş olması ve genel olarak böyle bir ihtimalin varlığı ihlal tespitinde belirleyici olmuştur.

12. İfade Özgürlüğü konusunda Ölçüt, Şiddet Çağrısıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin, Sözleşmenin en temel ve en önemli hükümlerinden birini içerdiği genelde kabul edilmektedir.¹³¹ 1988 yılında yeniden yapılanan Avrupa İnsan hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüne verdiği önemi sembolik olarak göstermek amacıyla ilk kararını ifade özgürlüğü ile ilgili olarak vermiştir.¹³²

¹³⁰ *Van Mechelen / Hollanda*, 23 Nisan 1997, para. 57.

¹³¹ **FRANÇOİSE TULKENS**, "Freedom of Expression and Information in a Democratic Society and Right to Privacy Under the ECHR: in a Comparative Look at Article 8 and 10 of the Convention in the Case Law of the European Courts of Human Rights", Freedom of Expression and the Right to Privacy, Conference Reports, 1999, s.18.

¹³² *Fressoz and Roire*, 21 Ocak 1999.

Sözleşmenin 10. maddesi sadece yazılı basınla değil, aynı zamanda görsel basınla da ilgilidir. Her türlü mesaj (ticari reklam¹³³ içerenler de dahil) bu maddenin güvencesi altındadır. İfadeyi iletmek için kullanılan vasıtalar, radyo ve televizyon gibi araçlarda güvence sistemi içindedir. İletilen bilginin muhtevası siyasi, kültürel, ekonomik, ticari, artistik vs. olabilir. Bilgi ve fikir alma ve sahip olunan bilgi ve fikirleri yayma özgürlüğü olmak üzere ifade özgürlüğü iki boyuttan oluşmaktadır. Demokratik toplumda ifade özgürlüğü sınırlamalardan muaf değildir. Ancak sınırlamaların da sınırı vardır. İfade özgürlüğü ile AİHM'nin vermiş olduğu kararların bir kısmı terör ve terörle doğrudan ilgilidir. Bu davalarda ortaya çıkan ilkeler şu şekilde ifade sıralanabilir.

12.1. Yetkilerini kötüye kullanan kamu görevlilerinin isimleri yayımlanabilir.

Sürek / Türkiye (No: 2)¹³⁴ davasında haftalık bir derginin, bir grup eski milletvekilinden oluşan bir grubun terör olaylarının yoğun olarak yaşandığı bir bölgede gerçekleştirdikleri ziyaretler üzerinde düzenledikleri basın toplantısında açıklanan bilgilere yer verirken terörle mücadelede görev yapan emniyet müdürünün ve jandarma komutanının adının da yayınlaması, terörle mücadele eden kolluğun kimliğini açıklayarak hedef halinde getirme olarak değerlendirilmiş ve Derginin sahibi para cezasına çarptırılmıştır. Olayı değerlendiren Divan, haberde yer alan bilgiler, emniyet müdürünün ve jandarma komutanının söylediklerinin aktarılması olduğunu; yetkilerin kötüye kullanılması durumunda toplumun kötüye kullanılan yetkinin içeriği ile birlikte, yetkilerini kötüye kullanan kişilerin isimlerini de bilme hakkı olduğu; haberin diğer gazetelerde de aktarılmış olması dolayısıyla yeni bir bilgi içermediği; aynı haberden dolayı diğer gazeteler hakkında herhangi bir işlem yapılmadığı tespiti yaparak ifade özgürlüğüne müdahalenin Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali olduğu hükmünü vermiştir.

12.2. Milletvekillerini daha fazla ifade özgürlüğüne sahiptir. / Hükümet daha fazla eleştirilebilir.

¹³³

The X and Church of Scientology / İşveç, 5 Mayıs 1979.

¹³⁴

8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

*Castells / İspanya*¹ davasında bir İspanya senatörünün Bask bölgesindeki faili meçhul cinayetlerle ilgili bir dergide bir makale yayınlaması üzerine milletvekilinin dokunulmazlığı kaldırılarak hapis cezasına mahkum edilmiştir. Dava konusu yazıda, işlenen cinayetlerin ve bunları işleyen faşist örgütlerin bir listesine yer verilerek cezasız kalan suçların arkasında başta hükümet ve onu oluşturan idare olmak üzere tüm devlet teşkilatının bulunduğu iddia edilmesi, "hükümetin manevi şahsiyetine hakaret" olarak İspanyol yargısı tarafından kabul edilmiştir. Olayı inceleyen Divan, ifade özgürlüğünün herkes açısından önem taşımakla birlikte halkın seçilmiş temsilcileri bakımında bilhassa önemli olduğu; hükümet hakkındaki eleştirinin caiz olan sınırlarının, özel kişilere hatta bir politikacıya yapılan eleştiriye oranla daha geniş olduğu; hükümetin medyadaki haksız saldırı ve eleştirileri başka yollarla önlemek varken, işgal ettiği hakim pozisyonu dolayısıyla ceza davası açarak önlemeyi tercih etmesini aşırılık olduğu değerlendirmesini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği tespitini yapmıştır.

*Aksoy / Türkiye*² davasında Partisinin bir il kongresinde yaptığı konuşmadan dolayı aynı zamanda partinin genel sekreteri olan bir milletvekili hapis ve para cezasına çarptırılmış, aynı kişi haftalık bir dergide yayınladığı bir makalesinden dolayı tekrar hapis ve para cezasına mahkum edilmiş, bunlara ilave olarak, yeni bir siyasi partinin tanıtımını yapmak amacıyla yayınladığı bir dergide bölücülük propagandası yaptığı gerekçesiyle hapis ve para cezasına çarptırılmıştır.

Üç olayı da inceleyen Mahkeme; ilk olayla ilgili olarak, bir siyasi partinin milletvekili ve genel sekreterinin, kongrede yaptığı konuşma ile katılımcılara partisinin izlediği politikayı anlattığı; bu konuşma sırasında, Türk hükümetinin Kürt halkının varlığını inkar ettiğini belirttiği; partisinin Türkiye'de ezilen Kürt halkının ezilen partisi olduğunu, Kürt halkının sorunu ülkenin ulusal sorunu olup gasp edilmiş ulusal demokratik hakların mücadelesini verdiğini vurguladığı; konuşmanın yapıldığı tarihte, konuşmacının muhalif bir milletvekili olduğu; halkın oylarıyla göreve gelen bir kişinin halkın haklarını savunma ve sıkıntılarını dile getirme mecburiyetinde olması ifade özgürlüğünün önemini daha da arttırdığı; konuşmada, şiddete yada silahlı direnişe bir çağrı olmadığı; konuşmada ırkçı bir yaklaşım da sergilenmediği; Türkiye'de en fazla ezilen ırkın Kürt ırkı olduğunun vurgulanması bu ırkın ve halkının tanınması yönünde bir talep olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

İkinci olayla ilgili olarak, Mahkeme, yazıda Birleşmiş Milletlerin Kürt halkının yaşadığı bölgeye müdahale etmesi gerektiği anlatıldığı; Türkiye'nin doğu bölgesini Kürdistan olarak tanımlanmasında dolayı mahkumiyetin söz

¹ 23 Nisan 1992, Series A, No:236.

² 10 Ekim 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000.

konusu olduğu; şiddete başvurma, silahlı direniş veya bir başkaldırının teşvikinin söz konusu olmadığı; yapılan yayınlara kamu oyunu bilgilendirme gibi önemli bir görevin yerine getirildiği tespiti yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Üçüncü olayla ilgili olarak, mahkeme, dergide kamuyu ilgilendiren konuların tartışılmasının yanı sıra ülkedeki azınlık grupların tanınmasının teklif edildiği; yayının içinde demokratik ilkeleri ret eden veya başkaldırma ve şiddeti teşvik eden hiçbir unsur bulunmadığı; yayında açıklanan parti programının Türkiye devletinin mevcut ilkeleri ve yapısı ile uyumlu olmamasının demokratik kuralları ihlal etmediği; Demokrasiye bir zarar vermemek şartıyla, devletin mevcut düzenini sorgulayan yeni programların önerilmesi ve görüşülmesi demokrasinin temel unsurlarından olduğu tespiti yapılarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmüne ulaşılmıştır.

12.3. Politik konularda ifade özgürlüğü daha geniştir.

*Sürek ve Özdemir / Türkiye*³ davasında bir terörist örgütün lideriyle iki ayrı tarihte gerçekleştirilen mülakatları yayımlayan ve başka bir sayısında da dört sosyalist kuruluşun ortak deklarasyonunu yayımlayan dergi toplatılmış ve yayıncı "Devletin bölünmezliği aleyhine propaganda yapmak" suçu işlediği gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmıştır. Konuyu inceleyen Divan, basın politik konularda, bu konular farklılaşmalara ve bölünmelere yol açacak nitelikte olsa da, bilgi ve fikirleri aktarma görevi olduğunu; kişilerin de bu bilgi ve fikirleri öğrenme hakkı olduğunu; politik konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünü sınırlamak için manevra alanının oldukça dar olduğu; hükümet ile özel kişiler ve hatta politikacılar karşılaştırdığında, hükümet için getirilebilecek eleştirinin sınırları daha geniş olduğunu; hükümetlerin elinde bulundurdukları güç nazara alındığında kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı bir çok farklı şekilde cevap verme hakkı varken cezai prosedürü işletme konusunda oldukça hassas davranmaları gerektiğini; mülakat yapılan kişinin terör örgütü olarak kabul edilen bir örgütün lideri olmuş olmasının tek başına ifade özgürlüğünün sınırlanması için yeterli olmadığını; bir mülakatın bir devlet politikasına ciddi eleştiriler getiriyor olması ve ülkenin bir bölümündeki bir problemin kaynağı veya sorumluları hakkında tek taraflı bir görüş aktarıyor olmasının ifade özgürlüğünü sınırlamak yeterli olamayacağını ifade ederek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.

12.4. Şiddet içermeyen direniş çağrısı yapılabilir.

*İncal / Türkiye*⁴ davasında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir partinin il teşkilatı yönetim kurulunun bir üyesi tarafından, partinin il teşkilatının yoksul insanların yaşadığı alanda güvenlik birimlerince alınan önlemleri eleştiren bir bildiri dağıtma kararı alması üzerine, hazırlanan bir

³ 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999

⁴ 9 Haziran 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-IV.

bildiride belli bir etnik grubun şehirden uzaklaştırılmak istendiği, bu kişilerin doğum yerlerine dönmeye zorlandığı, kamu makamlarının söz konusu etnik grubu sosyal hayattan dışlanması gerektiğine ilişkin propaganda yaptığı ifade edilmiş ve bu uygulamalara karşı direniş çağrısı yapılmıştır. Bildiri savcılıkça toplatılmış ve bildiri hazırlayan kişi, devleti terörist olarak tanımladığı, vatandaşlar arasında ayrımcılık yaptığı gerekçesi ile "halkı kasten kin ve düşmanlığa tahrik ve yasa dışı metotlar kullanmaya teşvik etmekten" dolayı hapis cezasına mahkum edilmiştir. Divan, bildirin mahalli idarenin özellikle sokak esnafına karşı almış olduğu bazı tedbirlere eleştirmekte olduğu; olayın geçtiği şehrin halkını ilgilendiren gerçek olaylara dayandığı, uygulamalara karşı direniş yapılması çağrısının şiddet içermediğini belirterek ifade özgürlüğünün cezai tedbirle sınırlandırılmış olmasının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu kararını vermiştir.

12.5. Tarihi gerçekler taraflı dile getirilebilir.

*Arslan / Türkiye*⁵ davasında Türkiye'de Kürt probleminin çözümü ile ilgilenen ve daha sonra öldürülen Kürt kökenli bir politikacı ve yazar tarafından yazılan bir önsöz içeren kitabın ilk baskısı, Türkiye'de birden fazla ulus olduğunu ve Kürtlerin devamlı olarak baskı altında tutulduğunu ileri sürmekten, Türk ulusunu barbar olarak nitelenmekten ve terör örgütünün faaliyetlerini kutsallaştırmaktan dolayı toplattırılmış, yazarı da bölücü propaganda yaptığı gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmıştır. Hapis cezasının kanuni dayanağını oluşturan ceza normunun (TCK md. 142) yürürlükten kalkmasıyla verilen hüküm ortadan kalkmıştır. Ancak kitabın ikinci baskısının yapılması üzerine başka bir ceza normuna dayanılarak Kürt halkını devlete karşı ayaklanmaya teşvik ederek devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yaptığı gerekçesiyle kitap toplattırılmış, yazarına da hapis cezası verilmiştir.

Olayı inceleyen Divan, kitabın tarihi gerçekleri taraflı olarak tanımladığını; ancak yazarın fikirlerini, özel bir şahıs olarak, yazılı medya yerine edebi bir eser ile dile getirdiğini; bu yöntemin açıklanan fikirlerin ulusal güvenlik, kamu düzeni, ve toprak bütünlüğü üzerindeki negatif etkisinin büyük ölçüde azalttığı; kitabın bazı kısımlarında yer alan açıklamaların, Türk halkı hakkında oldukça negatif bir resim ortaya koymakla ve düşmanca bir üslupla kaleme alınmış olmakla birlikte, açıklanan fikirlerde şiddete, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvik olmadığı tespitini yaparak verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasında orantılılık olmadığından ifade özgürlüğüne yapılan müdahale demokratik bir toplum için gerekli olmadığını, dolayısıyla ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

⁵

8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

12.6. Tarafli düşünce açıklanabilir.

*Okçuoğlu / Türkiye*⁶ davasında bir dergide yayınlanan bir makalede, yazarın da yer alması ile gerçekleştirilen bir yuvarlak masa toplantısında açıklanan görüşlerin yayınlanması üzerine yazar "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmaktan" dolayı hapis cezasına çarptırılmış ve derginin toplatılmasına karar verilmiştir. Olayı inceleyen Divan, başvuru sahibinin etnik bir grubu oluşturan nüfusun durumunu uluslar arası ilişkiler açısından açıklamaya çalıştığını; yapılan değerlendirmede kullanılan dilin tarafsız olduğu söylenemese de kullanılan dilin aşırı veya uç nitelikte olduğunun söylenemeyeceği; yazarın Türk halkı için söyledikleri sözler, negatif ve düşmanca bir içerik taşımakla beraber, şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana başvurulması konusunda teşvik olmadığı tespitini yaparak ifade ihlal edildiği hükmüne ulaşmıştır.

*Erdoğdu / Türkiye*⁷ davasında bir okur tarafından gönderilen ve Türkiye'nin Güney Doğusu hakkında gelişmelere ve bunların yurt içi ve yurt dışı yansımalarına ilişkin açıklamalar içeren bir yazının bir dergide yayınlanması üzerine derginin editörü mahkum edilmiş, ancak cezası tecil edilmiştir. Olayı inceleyen Mahkeme, "Kürt ulusal hareketi" ve "Kürdistan da ulusal direniş" gibi deyimlere yazıda yer verilmekle birlikte yazarın vermek istediği mesaj, Kürt sorununun Türk toplumunun genel sorunu olduğu ve çözümünün de, Türk halkının, Kürt ulusal direnişini, kendi özgürlük ve demokrasi mücadelesinin bir parçası olarak görmesine bağlı olduğu hususuna ilişkin olduğu; makalenin tarafsız bir dille kaleme alındığı söylenememekle birlikte, bunun tek başına, başvuru sahibinin ifade özgürlüğünü kısıtlamak için yeterli olmadığı; makalede, terör örgütünün eylemleri övülerek şiddet çağrısı yapılmadığı; şiddete yöneltici bir unsur söz konusu olmadığı; cezanın tecil edilmesinin mağduriyeti ortadan kaldırmadığı tespiti yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

12.7. Şiddet çağrısı içermeyen akademik çalışma engellemez.

*Başkaya ve Okçuoğlu / Türkiye*⁸ tarafından bir ekonomi profesörü tarafından akademik bir çalışma olarak hazırlanan ve 219 sayfa ve 370 dipnottan oluşan, Türkiye'nin 1920'den bu yana geçirdiği sosyo-ekonomik gelişmesini inceleyen ve resmi devlet politikasını eleştiren bir kitabın yayınlanması üzerine kitabın yazarı ve yayıncısı, Türkiye sınırları içerisindeki toprak parçasına Kürt halkına ait Kürdistan diye referansta bulunduğu ve bu toprak parçasının Türk'ler tarafından istila edilen bir koloni olarak değerlendirildiği gerekçesiyle kitap toplattırılmış, kitabın yazarı ve yayıncısı hem hapis hem de para cezasıyla cezalandırılmış ve yazar üniversitedeki görevinden uzaklaştırılmıştır. Olayı değerlendiren Divan, kitapta yer alan bazı değerlendirmelerin sert ifadeler olmakla birlikte

⁶ 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

⁷ 15 Haziran 2000, Reports of Judgments and Decisions, 2000.

⁸ 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

Türkiye'nin sosyo-ekonomik gelişmesini ve uygulanan politik ideolojisini tarihi açıdan inceleyen akademik bir çalışmada dile getirilmiş olduğu; kullanılan ifadelerde şiddete teşvik söz konusu olmadığı; şiddete çağrı anlamında bir anlatım tarzı da benimsenmediği; verilen cezaların oldukça ağır olduğu; kitabın toplattırıldığı ve yazarının üniversitedeki işini kaybettiği tespitini yaparak verilen ceza ile elde edilmek istenen araç arasında orantı olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmüne ulaşmıştır.

12.8. Sert bir üslupla düşünceler açıklanabilir.

*Ceylan / Türkiye*⁹ davasında Haftalık bir gazetede bir işçi sendikası genel başkanı tarafından yayınlanan bir makalede Kürt halkının Türkiye'de baskı altında tutulduğunun, öldürüldüğünün ve susturulduğunun iddia edildiği gerekçesiyle "halkı din, dil ırk ayrımı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmek" suçu işlediğinden dolayı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı değerlendiren mahkeme, dava konusu yazının siyasi bir konuşma olduğu; Marksist düşünce çerçevesinde ülkenin bir bölümündeki şiddetin dinmemesinin sebeplerin açıklamaya çalışıldığı; yazıda kullanılan dilin sert olmakla beraber, kişileri şiddete veya silahlı ayaklanmaya teşvik etmesinin söz konusu olmadığı; uygulanan önlemin yazarın sendikadaki işini kaybetmenin yanında bazı siyasi ve medeni haklarını kaybına da yol açmasından dolayı oldukça ağır olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

12.9. Saldırgan ifadeler kullanılabilir.

*Şener / Türkiye*¹⁰ davasında Haftalık bir dergide yayınlanan bir makalede Türkiye'nin belirli bir kısmı Kürdistan olarak nitelendirilmesi ve bu bölgede yaşayan insanların Kürt insanı olduğunun belirtilmesi, "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda" oluşturduğu gerekçesiyle derginin sahibi ve yazıyı kaleme alan yazar hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Dergi sahibinin hapis cezası para cezasına çevrilmiş, yazara verilen ceza ise, tecil edilmiştir. Olayı inceleyen Mahkeme, yazarın Kürt problemi hakkındaki düşüncelerini açıkladığı; yazının hükümet politikaları ve güvenlik kuvvetlerinin Kürt kökenli nüfusa karşı eylemleri ciddi bir eleştiriye tabi tuttuğu; aydın kesimin Kürt problemine genel bakışına eleştiriler getirdiği; Kürt realitesinin tanınması gerektiğini, Kürt probleminin çözümü için askeri metotların değil barışçı metotların kullanılmasını gerektiğinin vurgulandığı; her ne kadar bazı cümleler üslup olarak saldırgan bir nitelik taşısa da, makalenin, genel olarak, şiddeti övmediği; şiddete, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvikin söz konusu olmadığı; silahlı mücadeleye bir son verme çağrısı yapıldığı; verilen cezanın

⁹ 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

¹⁰ 18 Temmuz 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000.

infazı tecil edilmiş olsa bile verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitleri yapılarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

12.10. Fikirler düşmanca bir üslupla kaleme alınabilir.

*Polat / Türkiye*¹¹, davasında Türkiye'deki Kürt isyan hareketleri ile ilgili tarihi olayları destan formunda kaleme alan ve bir hapisanede mahkumların hayatıyla ilgili gerçeklere ve uygulandığı iddia edilen kötü muamelelere yer veren bir kitap yayınlanması üzerine kitap toplattırılmış ve yazara hapis cezası verilmiştir. Olayı değerlendiren Mahkeme, kitabın Türk tarihinin bazı olayları hakkında yorumlar getirdiği; medya aracılığı ile fikirlerin açıklanmamış olmasının fikirlerin ülkenin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki etkisini ciddi olarak azalttığı; kitaptaki bazı bölümlerde Türk yetkililere ciddi eleştiriler getirilmekte ve düşmanca bir üslup ile kaleme alınmış olmakla birlikte, kişilere, şiddet, silahlı karşı koma ve isyan çağrısı yapılmadığı; ele alınan olayların çok uzun bir süre önce gerçekleştiği tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararına varmıştır.

12.11. Terör örgütü söylemiyle özdeşleşmeyen sosyolojik açıklama yapılabilir.

*Erdoğan ve İnce / Türkiye*¹² davasında aylık bir derginin editörünün bir sosyolog ile yaptığı bir söyleşiyi dergisinde yayınlaması üzerine derginin editörü ve sosyolog yazar ilk ceza yargılamasında hem hapis hem de para cezasına çarptırılmış, ancak yapılan ikinci yargılamada, yürürlüğe giren bir tecil yasası gereği derginin editörü hakkında karar verme işlemi ertelenmiş, sosyolog hakkında verilen mahkumiyet kararı da sosyologun mahkemedeki iyi davranışı sebep gösterilerek cezanın icrası tecil edilmiş ve şartla salıverme söz konusu olmuştur.

Olayı değerlendiren Mahkeme, bir sosyologun bir mülakatta Türk devletinin Kürt problemi üzerinde muhtemel politika değişiklikleri hakkında fikirlerini açıkladığı; son gelişmelerin sonucu olarak Kürt kültürünün canlanacağı konusunda bir tahminde bulunduğu; sosyologun kendisini özdeşleştirmeden, terör örgütünün Kürt hareketindeki rolünü ve Türk devletinin reaksiyonunu sosyolojik açıdan açıkladığını; her ne kadar editör hakkında verilmesi düşünülen ceza ertelenmiş, sosyolog hakkında verilen ceza tecil edilmiş olsa da, bu kişilerin ağır cezalarla karşı karşıya bırakılmasının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu hükmünü vermiştir.

¹¹ 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

¹² 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999

12.12. Beyanın nasıl bir topluluğa yapıldığı önemlidir.

*Gerger / Türkiye*¹³ davasında Daha önce idam edilen bir kişiyi anma törenine davet edilen ancak bu davete icabet etmeyen bir gazetecinin gönderdiği mesajın anma töreninde okunması nedeniyle, mesajı gönderen gazeteci "toplumun ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda yapmak" suçundan dolayı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, sayısı sınırlı bir katılımcı grubuna okunmuş bir mesajın ulusal güvenlik, kamu düzeni ve ülkenin toprak bütünlüğü için oluşturduğu potansiyel tehlikenin oldukça sınırlı olduğu; mesajda, karşı koyma, mücadele ve bağımsızlık gibi kelimeler kullanılmış olmakla birlikte, şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana teşvik olmadığı, mesaj sahibine verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespiti yaparak ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığı dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.

12.13. İfadenin nasıl açıklandığı önemlidir.

*Karataş / Türkiye*¹⁴ davasında bir psikologun yayınlamış olduğu bir şiir kitabında "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücülük propagandası yapmak" suçu işlediği gerekçesiyle şiir kitabı toplattırılmış, şair ve yayıncı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, şiirlerdeki bazı pasajlar saldırgan bir dille kaleme alınmış olmakla ve şiddet çağrısı yapmakla birlikte, fikirlerin sanatsal nitelik taşıyan bir yolla aktarılması, etki alanının çok az olması bir isyan veya ayaklanma ihtimalini azalttığını; mahkumiyet kararının şiirlerin kişileri şiddete teşvik ettiği için değil, Türkiye'nin belli bir kesimine Kürdistan diye referansta bulunarak ve ayrılıkçı hareketi överek kutsallaştırmak suretiyle bölücü propaganda yapmaktan dolayı verildiği; verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararı vermiştir.

12.14. Belgesel biyografi nitelikli kitap yayınlanabilir.

*Öztürk / Türkiye*¹⁵, davasında 1973 yılında kurulan, yasadışı Maoist *Türkiye Komünist Partisi - Marksist Leninist'in* (TKP-ML) kurucu üyelerinden birisinin hayatını anlatan kitabın 1988 yılında yayınlanması üzerine kitap toplatılmış, yayıncısı para cezasına çarptırılmıştır. Yayıncı ile ilgili dava sonuçlandıktan iki yıl sonra kitabın yazarı hakkında, üç ceza hukuku profesörünün verdiği bilirkişi raporuna dayanarak, kitabın belgesel bir nitelik taşıdığı kanaatine ulaşılarak suç unsuru taşımadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmiştir. Olayı değerlendiren Mahkeme; kitabın bir biyografi niteliğinde olduğunu; yerel mahkemenin kararında kitabın hangi kısımlarının

¹³ 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999

¹⁴ 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999

¹⁵ 28 Eylül 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

kişileri kin ve düşmanlığa tahrik ettiğini açıklamadığı; aynı mahkemenin farklı hakimlerden oluşan heyetinin iki yıl sonra farklı bir yorum getirerek farklı karar vermiş olmasının haksız cezanın önemli bir göstergesi olduğu; kitabın ilk baskısında ikinci baskısına kadar geçen süre içinde kitabın yayınından etkilenerek işlenilmiş suç bulunmadığı tespitini yaparak, ağır bir sosyal ihtiyaçtan bahsedilemeyeceği ve yapılan müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında orantı söz konusu olmadığı gerekçesi ile Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

12.15. Olayları farklı perspektiften öğrenme hakkı vardır.

Sürek / Türkiye (No 4)¹⁶, Haftalık bir dergide bir süre sonra olabilecek birtakım olaylar hakkında spekülasyon içeren ve bir terör örgütünün siyasi kanat temsilcisi ile yapılan röportaja yer verilmesi üzerine dergi toplatılmış ve "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmak" suçunu işlediği gerekçesiyle dergi sahibi para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Divan, haberde yer alan ifadelerin şiddeti daha da arttırmaya yönelik bir çağrı niteliği taşımadığı; halkın olayları değişik bir perspektiften öğrenme hakkının olduğu tespiti yapılarak uygulanan tedbirin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

12.16. İfade özgürlüğünü sağlamak konusunda Devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.

*Özgür Gündem / Türkiye*¹⁷ davasında günlük bir gazeteye ve gazete personeline yönelik iki yıl içerisinde çok sayıda yasadışı şiddet olayı gerçekleşmiş olmasına rağmen bu olayları araştırma konusunda kamu makamlarınca herhangi bir işlem yapılmamıştır. Saldırı ve tacizlerin kamu görevlilerinin doğrudan veya dolaylı yönlendirmesi ile gerçekleştiği iddia edilmiştir. Gazetenin ofisinde güvenlik kuvvetlerince yapılan aramada binada bulunan kişilerin hepsi gözaltına alınmış, bütün doküman ve arşivler el konulmuştur. Arama süresince gazete iki gün yayınlanamamıştır. Gazetenin editörleri terör örgütüne üye olmak, yardım ve yataklık etmek suçunu işledikleri gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmışlardır. Gazete hakkında toplatma ve kapatma kararları verilmiştir.

Olayı değerlendiren Mahkeme, ifade özgürlüğünün önemli fonksiyonlarından birisinin demokrasinin gerektiği gibi çalışmasının bir ön şartı oluşturması olduğunu; bu özgürlüğün gerçek anlamda kullanılabilmesi için sadece devletin ifade özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemesinin yeterli olmadığı; devletin, pozitif önlemler alması gerekebileceği; söz konusu gazeteye ve personeline ciddi saldırılar gerçekleştirildiği ve bu saldırıların gazetenin yayını ve dağıtımını etkilediğinin devletçe bilinmesine rağmen, gazete yönetiminin ve personelinin istek ve dilekçelerinin hiç birisine cevap verilmediği; saldırıların ciddiyeti ve

¹⁶ 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

¹⁷ 16 Mart 2000, Reports of Judgments and Decisions, 2000.

yaygınlığının yanı sıra saldırıların sistematik olarak yapıldığı ve yetkililerin bilgisi ve desteği dahilinde gerçekleştiği iddiaları dikkate alındığında, savcılarca gerçekleştirildiği söylenen araştırma ve soruşturmalar yeterli ve etkili tedbirler olarak kabul edilemeyeceği; gazetenin arşivlerine, dokümanlarına ve kütüphanesine el koymayı haklı kılan bir sebebin olmadığı; aşçı, temizlikçi ve kaloriferci dahil, gazetenin binasında bulunan herkesin toplu olarak göz altına alınmasını haklı kılan bir sebebin hükümetçe gösterilemediği; arama sırasında binada, gazete ile ilgisi olmayan 40 kişinin bulunması herkesin yakalanmasını haklı kılamayacağı; bir terör örgütü üyesinin görüşlerinin yayınlanmış olması veya devletin resmi politikasını ifade eden fikirlerin kötülenmesi tek başına bir gazetenin ifade özgürlüğünü sınırlamak için yeterli olmadığı tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

12.17. Terör örgütünü destekleyen açıklama yapılamaz.

*Zana / Türkiye*¹ davasında bir ilin eski bir belediye başkanının gazetecilerle yaptığı bir görüşmede, bir terör örgütünün ulusal bağımsızlık mücadelesini desteklediğini, ancak katliamdan yana olmadığını ifade eden beyanının günlük bir gazetede yayınlanması, beyanı yapan eski belediye başkanının mahkumiyetine neden olmuştur. Olayı değerlendiren Divan, günlük büyük bir gazetede yayınlanan söyleşinin, ülkenin bir bölümünde terör örgütünün sivillere karşı yürüttüğü saldırıları arttırdığı bir zamana rastladığını; böyle hassas bir zamanda terör örgütünün mücadelesinin ulusal bağımsızlık mücadelesi olarak tanımlanmasının ortamı gerginleştireceğine ve terör olayların artmasına neden olabileceğini ifade ederek verilen cezanın sosyal bir ihtiyaçtan kaynaklandığını, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığı kararı vermiştir.

12.18. Kin ve nefret arttırmaya yönelik beyanlar yasaklanabilir.

Sürek / Türkiye (No 1)² davasında haftalık bir dergide yayınlanan "silahlar özgürlüğü engelleyemez" ve "suç bizim" başlıklı iki mektuba yer verilmesi, derginin sahibinin ve sayı editörünün "devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmak" suçundan dolayı para cezası ile cezalandırılmasına yol açmıştır. Olayı değerlendiren Divan, mektuplarda Türk ordusunun katliam yapan, şiddet ve baskı uygulayan bir kurum olarak tanıtılması ve "faşist", "ölüm timi", "emperyalizmin kiralık katilleri" olarak nitelendirilmesi; mektupların içeriğinin taraflar arasında kökleşmiş olan kin ve nefrete dayanan şiddeti daha da arttırmaya yönelik olduğu; mektuplarla, okuyucuya, saldırgan olarak gösterilen devlete karşı, kendini savunmak için şiddete başvurmanın gerekli ve haklı olduğu mesajı verilerek şiddetin övüldüğü; mektuplarda, açıklanan fikirlerle editör kendisini özdeşleştirmiş olmasa da, dergisinde değişik yazarlara, şiddeti ve kini tahrik etme imkanı tanıdığı; verilen para cezasının oldukça az olduğu

¹ 25 Kasım 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997 VI.

² 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

tespitini yaparak ifade özgürlüğü ihlalinin söz konusu olmadığı kararını vermiştir.

12.19. Yazar kendisini terör örgütüyle özdeşleştiremez.

Sürek / Türkiye (No 3)¹ davasında haftalık bir dergide yayınlanan bir makalede devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapıldığı gerekçesi ile dergi toplatılmış ve sahibi para cezasına mahkum edilmiştir. Konuyu inceleyen Divan, ulusal güvenliğin sağlanması, toprak bütünlüğünün korunması ve kamu emniyetinin sağlanması, ifade özgürlüğünü sınırlamada kullanılacak haklı müdahale sebeplerinden olduğu; dava konusu makalede ülkenin bir bölgesindeki mücadeleyi, "güvenlik kuvvetlerine karşı yürütülen bir savaş" olarak nitelendirilmesi ve "özgürlük mücadelesini sonuna kadar sürdüreceğiz" ifadesinin kullanılması, makalenin yazarının kendisini terör yoluyla mücadeleyi sürdüren örgütle özdeşleştirmiş olduğu; makalenin etnik bir grubun ulusal bağımsızlığının sağlanması için silahlı mücadeleye bir çağrı ve teşvik içerdiği tespitlerini yaparak söz konusu derginin sahibine verilen cezanın ağır bir sosyal ihtiyacın neticesi olduğu ve verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasından orantısızlık olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.

Sonuç

Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları gözden geçirilerek Mahkemenin terör ve terörle mücadele konusundaki yaklaşımının fotoğrafının çekilmesi amaçlanmıştır. İnceleme neticesi ortaya çıkan tablo, AİHM'nin terörle mücadele gereklerini göz önünde tutarak taraf devletlere temel hakları sınırlama konusunda geniş bir takdir yetkisi tanıdığı şeklindedir. Mahkeme, tutukluluk ve hükümlülük koşulları, haberleşme ve özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü konularında terörün önlenmesi amacıyla getirilen sınırlamaları kabul etmekte, ancak bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyumlu olması koşulunu aramaktadır. Bununla birlikte, Devletlerin terörle mücadele amacıyla aşırı şiddete yönelmeleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Sözleşmeye taraf devletleri zor durumda bırakabilmektedir. Yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı ve kanunilik ilkesinin terörle mücadele gerekçesiyle de olsa hiçbir şekilde askıya alınmasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kabul etmemektedir.

¹ 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

