



KURULUŞ: OCAK - 1975, YIL: 25, SIRA SAYI: 98

YARGITAY DERGİSİ



CİLT: 25

TEMMUZ - 1999

SAYI: 3

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Mehmet UYGUN**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H. Bayram USLU**

YAYIN KURULU

Başkan : Hakkı DİNÇ	(2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : Dr. E. Işıl KOÇHISARLIOĞLU	(10. Ceza Dairesi Üyesi)
Halil KILIÇ	(17. Hukuk Dairesi Üyesi)
Kudret Yalçın BAL	(4. Ceza Dairesi Üyesi)
Nazım KAYNAK	(6. Hukuk Dairesi Üyesi)

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

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir kez yayımlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No: 3) 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (0-312) 425 16 49; 425 16 32
 - **Abone servisi:** (0-312) 417 44 60/3505, 3506
 - **Faks:** (0-312) 419 41 11
 - **Santral:** (Ek Bina): (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 10 (5 hat)
 - %1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1999 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 3.232.000.- liradır.**
 - Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826 sayılı veya Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktararak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %30 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
 - Dış kapak: **Ertekin KAYA**
 - İç kapak ve grafikler: **Faruk AFŞAR**
-

İÇİNDEKİLER

1- GENEL KONULAR

Sayfa

- a) Ömer Uğur GENÇCAN Hukukun Temel Sorunu:
Bilimsel Tavrı 197-210

2- ANAYASA HUKUKU

- a) İlker Hasan DUMAN "Genel Ahlakın Korunması"
Gerekçesiyle Hak ve Özgürlüklerin
Sınırlanması..... 211-216

3- BORÇLAR HUKUKU

- a) Nihat YAVUZ Alacaklılardan Mal Kaçırmaya
Yönelik İşlemlerin Hukukun
Nitelendirilmesi Sorunu ve
Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı
İşlemler Hakkındaki Yargıtay
Uygulamasından Örnekler..... 217-241
- b) Yrd. Doç. Dr. Çiğdem KIRCA Manevi Tazminatın Fonksiyonu
ve Niteliği..... 242-270

4- CEZA HUKUKU

- a) Seydi KAYMAZ Çeşitli Yönleriyle Önödeme
Kurumu..... 271-312
- b) Dr. Halûk ÇOLAK Ceza ve Ceza Yargılaması
Hukukunda İkrar Kavramı..... 313-329

5- USUL HUKUKU (CEZA)

- a) Prof. Dr. Erdener YURTCAN Temyizde Genişleme Etkisi
(CMUK. 325) Nasıl
Uygulanmalıdır? 330-333

6- İCRA İFLAS HUKUKU

- a) Seyithan DELİDUMAN Haciz Tutanağının Borç
Ödemeden Aciz Belgesi
Hükmünde Sayılması
(İİK. M. 105, I) 334-337

7- İŞ HUKUKU

- a) Dr. Hülya AKINTÜRK TÜRKMEN İş ve İşçi Bulmaya Aracılık
Faaliyeti Açısından Ödünç İş
İlişkilerinin Değerlendirilmesi..... 338-357
- b) Osman USTA Türk İş Hukukunda
Kapıcılık 358-398

8- İNSAN HAKLARI HUKUKU

- a) Doç. Dr. Sami SELÇUK Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi ve Türk Uygulaması..... 399-428

HUKUKUN TEMEL SORUNU: BİLİMSEL TAVIR

Ömer Uğur GENÇCAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. **BİRİNCİ BÖLÜM.** Kavram. 1- Gnoseoloji - Epistemoloji Ayrımı. 2- Tarihsel Köken. 3- Yeniçağ'daki Belirleyici Dönüşüm. A- Mantık Nasıl Kurulur? Özellikleri Nelerdir? Bacon Neler Bekliyor? B- İndüktif Mantığın Gerekliliği ve Kapsamı. C- Bacon'a Göre İndüktif Mantığın Özellikleri. 4- Kant'da Metafizik Sorunu. 5- Auguste Comte ve Pozitivizm. 6- Viyana Çevresi (Vienna Circle). 7- Viyana Çevresinin Ana Düşünceleri. **İKİNCİ BÖLÜM.** Doğa Bilimlerindeki Bilim Anlayışları. 1- Pozitivizm. A- Genel Olarak. B. Doğrulama (Verification) Sorunu. 2- Realizm. 3- Konvensiyonalizm. **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.** Sosyal Bilimlerin Bilimselliği. 1- Genel Olarak. 2- Pozitivist Dünya Görüşü. 3- Yorumsamacı Dünya Görüşü. **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.** Bilim Üzerine. 1- Genel Olarak. 2- Bilimin Varlık Nedeni. 3- Bilim Kavramsallaştırmaları. Son Söz Yerine.

Giriş

Çevresinde olup bitenleri açıklamak ve anlamlandırmak insanoğlunun en çetin görevidir. Dünyaya bu çerçeveden bakıldığında hukuk adamı çevresini biçimlendirmekle aydın olmanın ezici sorumluluğundan kurtulmuş olmamaktadır. Hukuk adamının uykularını kaçırان olgu, önüne gelen olayları doğru ve yansız olarak biçimlendirebilmek kaygusudur. Başka bir anlatımla hukuk adamı dış dünya (nesnel gerçek) ile bilgi arasındaki ilişkiyi nasıl oluşturmaktadır?

Dış dünya ile bilginin ilişkisi bir denklik (correspondence) yoksa bir oluşum - kuruluş (formation - constitution) şeklinde mi oluşmaktadır?

HUKUK ADAMI KENDİSİNİ SORGULAMAK ZORUNDADIR: İşinin konusu toplumsal ilişkiler nedensel midir yoksa anlamsal mıdır? Hukuk adamı olarak sözü olaydan, dili dünyadan türetebilir mi? Hepsinden de öte, hukuk ile doğa bilimleri arasında metod birliği kurulabilir mi? Bu çelişkileri içinde taşıyan bir hukukçu olarak söyleminin tamamını kucaklayan bir çerçeve olarak "bilimsel açıklama nasıl yapılır?"ı çizdim. Kuşkusuz bu iddialı bir başlıktır. Determinist tavırların iticiliği gözönüne alındığında yapacağım açıklamalara "bilimsel açıklama nasıl yapılır" bir bakış" olarak bakılması beni bir çok sıkıntıdan kurtaracaktır.

(*) Yargıtay 2. HD. Tetkik Hâkimi

Öncelikle genel kavramsal çerçeve çizilmelidir. Kavramsal çerçeve epistemoloji (bilim kuramı) konusu olarak düşünmek gerekir. Epistemoloji sözcüğü tarihsel süreç içinde gnoseoloji (bilgi kuramı) sözcüğüne denk düşer biçimde kullanılmıştır. O halde bu olgu da açıklanmalıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM

1. GNOSEOLOJİ - EPİSTEMOLOJİ AYRIMI:

Gnoseoloji (Gnosis-Logos): Bilgi Kuramı (Bilgi tanıma - Kuram / öğreti), genel anlamda bilginin sınırlarını, biçimlerini, olanaklılığını ve kaynaklarını araştıran felsefe dalıdır. (Bilgi çeşitleri / düşünce tarzları: Sanat, teknik, günlük, din, mitoloji, büyü, felsefe v.b.)

Felsefi geleneğe göre "bilgi", "özne" ile "nesne"nin birbirine uyumu, uygunluğu, denk düşmesidir. (Adequatio intellectus ad rem: Entellektin nesneye uygunluğu). Adequatio intellectus ad rem, öznellik - nesnellik sorunu için çıkış noktası teşkil etmektedir.

Epistemoloji (Episteme-Logos): Bilim Kuramı (Bilim-Kuram), özel anlamda bilimsel bilginin neliğini araştıran felsefe dalıdır.

Bu ayrımlama, daha çok "günümüz" bakış açılarıdır. Konuya biraz daha açıklık getirmek gerekirse: Bu sözcüklerin etimolojik açıdan ilk kullanımlarına rastladığımız Aristoteles felsefesinde böylesine bir ayrımlama görülmemektedir. Zira 17. yüzyıla dek metafizik, bilim ve felsefe "bir ve aynı şey" olarak düşünülmüştür. Ayrışma sürecinin ise 17. yüzyılda "modern bilimler"in ortaya çıkışıyla belirmeye başladığı söylenebilir.

2. TARİHSEL KÖKEN (Modern tartışmaların kaynağı "mantık" ve "metafizik"e ilişkin dönüşümler)

Aristoteles'te (M.Ö. 384 - 322) Episteme-Nûs ayrımı vardır.

Episteme: Kanıtlanabilir doğruların bilgisidir.

Nûs: Kanıtlanamaz doğruların bilgisidir. Tüm bilimlerin ilkelerini kanıtlama gücünde olanıdır. Öz'e ilişkin bilgiler (ilk ilkeler) Nûs ile elde edilir(1).

(1) Prof. Dr. Ahmet Arslan'ın 1982-83 "Aristoteles Semineri: Metafizik" adlı Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü Ders notları.

Aristoteles'te "bilim" kavramı ile metafizik" (yani ilk felsefe) kavramı özdeşdir. (Aristoteles'in öğrencisi Rodos'lu Andronikos, hocasının eserlerini sıraya sokarken "ilk felsefe" adlı çalışmasını "Fizik" (Doğa) adlı çalışmasının peşine ekler. Bu anlamda, metafizik (Meta ta fizika) "Fizikten Sonra" olarak anılır.

Aristoteles'e göre Metafizik "Varlık olmak bakımından Varlık'ın bilimi"dir. Bu bilim diğer özel bilimleri de içeren ve onları olanaklı kılan ilkeleri ve nedenleri ortaya koyan en genel bilimdir(2).

Bilim'e de tarihsel köken çerçevesinde bir açıklama getirebilmek kaygısıyla yaptığımız bu açıklamalar cümlesinden olarak şunu sormak durumundayız: Peki, bu bilimin bilgisi nasıl olanaklı olacaktır? Aristoteles'in "Organon" (Alet) dediği mantık ile, Aristoteles'in mantık derken kastettiği tümdengelimsel çıkarımdır. Bilindiği üzere Tümdengelim (Dedüksiyon), öncüllerden sonucun zorunlu olarak çıkarsandığı, bu anlamda kesin olabilen "tek" akıl yürütme biçimidir.

"Örneğin: Bütün insanlar ölümlüdür

Sokrates insandır.

O halde Sokrates ölümlüdür."

"Sokrates'in ölümlü oluşu" (tekil önerme) sonucu, "Bütün insanların ölümlü oluşu" (tümel önerme) öncülünde zaten ta başından içerilmektedir. Bu nedenle tümdengelimci (dedüktif) Aristoteles mantığı ile yeni bir bilgiye ulaşma sözkonusu değildir. Sadece öncülde içerilmiş olan sonuçta açılmıştır. Bu anlamda bir to-toloji (kendisinin bilgisi) olmaktan ileri gidemez(3).

"Ona göre mantık, bilimlerin girişi, bilimin aleti veya bilimin biçimi ve hatta bütün bilimler bu alete gereksinme duyduklarından bilimlerin bilimidir. Gerçek varlığın, varlık olarak varlığın bilimi ilk felsefe veya metafizik olduğundan mantık gerçek varlığın bilimi değildir. Fakat, varlığın yasaları düşüncenin de yasaları olduğundan varlık yasaları ile düşünce yasalarının özdeşleştirilmesi sonucunda (....) o, bilimin aleti olmakla kalmıyor, bilimin kendisini de konu olarak alıyor"(4).

Günümüz açısından bakıldıkta, Aristoteles'in, soruna varlığı konu edinen on-toloji düzleminde ve yeni bir bilgi edinme olanağı vermeyen mantığın tüm-dengelimselci (dedüktif) kullanımı ile bakmasının sözcüğün "bugünkü anlamında" bilime ket vurduğu ve metafiziği aşamadığı sonuçlarını çıkartabiliriz.

(2) Aristoteles, "Metafizik", Çeviren Ahmet Arslan, Yazko Felsefe Yazıları, 4. kitap, 1982, s. 178

(3) Aristoteles Felsefesi, Afşar Timuçin, Kavram Yayınları, İstanbul, 1976, s. 75-82

(4) Aristoteles, Organon I, Çeviren Hamdi Ragıp Atademir'in Önsöz'ünden s.8, M.E.B. Yay. Ankara, 1963

Ortaçağ'da Aristotelesçi çizginin, teokratik bir evren tasarımıyla meşrulaştırılması doğrultusunda coşku ile izlendiğine tanık olmaktadır. Tanrı, büyük öncül, tümel önerme olarak, "evren" tekil önermesini, sonucunu kendi içinde içermekte ve böylece açıklayıcısı olmaktadır.

3. YENİÇAĞ'DAKİ BELİRLEYİCİ DÖNÜŞÜM

Bu çağda modernliğin temeli olarak yeni bir mantık, yöntem geliştirilir. Bu açıdan en çarpıcı örnek F. Bacon tarafından "Nouvel Organum" (Yeni Alet)'de ortaya konmuştur. Bacon, modernliğin kaçınılmaz temel ögesi olan ampirizm kavramı ile doğayı bilmeye yönelik zihni sorgulama konusu yapar(5).

A. Mantık nasıl kurulur? Özellikleri nedir? Bacon neler bekliyor?

Bilimlerin hatalarının nedeni ve kökeni, zihnimizi çok beğenmemizdir. Zira insan bilimsel ilerlemeler kaydedememiştir.

O güne dek kullanılan ampirizm kavramı yanlış anlaşılmıştır. Duyumlara ilişkin yanılma ve ampirizmin yetersizliği. Zihinsiz düşünülen ampirizm.

Amaç, doğaya egemen olmaktır.

Rasyonalistler: örümcek, ampiristler: karınca. İkisi de yetersizdir.

Sentezleme gerekir: arı olmak gerekir.

Bu söylem ileride açıklayacağımız "Mantıkçı Pozitivizmin" kaynağı/özünü teşkil edecektir.

Sağlam bilgiye ulaşmak için, zihnin tüm olanaklarını kullanması gerekir.

İndüktif (tümevarımsal) mantık (-yeni alet-) kullanılmalıdır. Doğa bilimlerindeki coşkusala gelişme bu yargıda çok etkili olmuştur.

B. İndüktif Mantığın Gerekliliği ve Kapsamı

İndüktif mantık modernliğin gerektirdiği bir mantıktır. Ama tek ve mükemmel mantık değildir. Burada indüktif-dedüktif mantık karşıtlığı yoktur.

İndüktif mantık:

- Zihnin seferber edilmesinin bir uzantısıdır.
- bir düzeltme süreci olarak ele alınır.
- bir onarım işi değil, tamamen yeniden çekidüzen vermedir.
- bu süreklilik ile söz konusu olacaktır, anlık değildir.

(5) Kaynak: Modern Felsefenin Temelleri: Prof. Dr. Nermi Uygur.

Bu bağlamda modernlik buluşlar bilgileri ile değil, zihnin sorgulanması ile söz-konusu olmuştur.

C. Bacon'a göre İndüktif Mantiğin Özellikleri:

Adım adım, derece derece yürür. Dedüktif mantıktan farklı olarak bu yürümede sürekli bilgi artması söz konusudur. Öncülden sonuca gidiş; kurallılık (Mantıkta içerik yoktur) Mantık bilgi arttıran bir gereçtir. Bu mantık bulgulayıcı mantıktır. Bu mantığın kullanımı sürekli kılınınca bilgiyi elde etmek otomatikleşir. Dedüktif mantık sadece bilineni çeki düzen verir. Öncelikle doğada neyin ne olduğu kararlaştırılmalı. Doğanın sınıflanması ve bir eleme yapılması. Öngörü: Predication. Dedüksiyondan farklı olan yan, indüksiyonda öncülde gözlemler vardır.

İndüksiyonda doğaya uygulanmış bir mantık, uygulamalı bir mantık, uygulamalı mantık matematiktir. Ontolojik - metafizik düzlemde (varlık nedir? sorusundan) bilimsel düzleme (bilgi nedir? sorusuna) geçiş:

4. KANT'DA "METAFİZİK" SORUNU

Kant öncesinde: Varlık nedir? Varlığı bilmek bakımından metafizikle ilgilenilir.

Kant'ta: Bilgi, bilme nedir? Varlığın varoluşu ön koşul kabul edilmiştir. Metafiziğin bir bilim olarak olanaklılığı sorgulanır.

Kant'ın deyişle: kendisini "dogmatik" uykusundan uyandıran D. Hume'un nedensellik anlayışıdır. Hume nedenselliği ilk kez ontolojik düzlemde çeker. O'na göre nedensellik her ne kadar psikolojik kökenli bir alışkanlık ise de (güneşin bugüne kadar doğmasından yarın da doğacağını söyleme gibi) insan doğasına taşınmıştır ve "bilgi nedir?" çerçevesinde düşünülmüştür.

Temel soru : Aklımla neyi, nereye kadar bilebilirim? Aklın sınırları nedir?

Kant'a göre, BİLMEK : "Duyulabilir olanın" çeşitliliğini kavramlarla bağlamak, birleştirmek etkinliğidir. (Biraz sonra açıklayacak olduğumuz Viyana Ekolüne etkisidir.)

Artık bu bağlamda şunu söyleyecek aşamaya konumuzu getirmiş olduğumuzu sanıyorum ki:

Ampiristler : Doğa (deney)

Rasyonalistler: Akıl'ı "ölçüt" kabul etmişlerdir.

Kant'a göre ise: "Bilgi" için her ikisi de gerekli ve yeterli ön koşuldur.

Başka bir anlatımla Kant'a göre: Metafizik olan, akıl ile bilinebilir olan sınırın dışındadır. Bilinemez olan kanıtlanamaz. Sadece yanıtını veremediğimiz sorular çerçevesinde aklımın sınırlarını tamamlayıcı, bütünleyici ideler/fikirler olma özelliğine sahiptir.

5. AUGUSTE COMTE VE POZİTİVİZM

Pozitivizm akımını başlatan Auguste Comte (1798 - 1857)dur. Ütopik sosyalistlerden Saint - Simon'dan etkilenmiştir. 1789 Fransız Devrimi'nin patlak vermesine yol açan toplumsal yaşamdaki karmaşayı çözümlmek adına bu bilimin kurulmasına ön ayak olur(6).

Zihnin kendi kendine ürettiği bilgiler uyduruktur. Bu anlatımda metafiziktir. Böylesi bir bakışla bilim yapmanın olanağı yoktur. Yapılması gereken "olgu"lar hakkında "nesnel" araştırmalara girişmektir. O halde toplum yaşamını doğa bilimleri örneğinde olduğu üzere yasalı/kurallı açıklamak gerekir.

Auguste Comte'ye göre bilim insanlıkla birlikte üç halden geçmiştir (ünlü "üç hal yasası"). Din, Felsefe, Bilim:

- Teolojik evre : Toplum düzeni "din" ile açıklanır. Toplumu "kutsal monarşi"ler yönetmektedir. Hükümdarın iktidarı, "Tanrı"nın iradesi" ile açıklanmaktadır.

- Metafizik evre : Toplum düzeni "soyut kavram"lar ile açıklanır. Örnek vermek gerekirse: Toplum sözleşmesi, Halk egemenliği.

- Pozitif evre : Toplum düzeni "olgu"lar ile açıklanır. Pozitif bilimden başka bir bilim yoktur. Toplumbilim (sosyal fizik - sosyoloji) doğa bilimlerindeki yöntemle çalışmalıdır. En yalın bilim matematiktir. Onun için de "üçxüç'ün" on etmesi için Tanrı'ya yalvarmanın bir alemi yoktur.

Pozitivizme göre insanlığa hiçbir insanüstü varlığa dayanmayan yeni bir "din" gereklidir. Bu din "teoloji" ve "metafizik"e sırtını çevirip pozitif bilim ile uğraşmalı, bu din'de "papazlar" yerine "bilim adamları" geçmelidir.

Üç hal yasası ileride ayrışmasını vereceğimiz doğa bilimleri/toplum bilimleri ayrımının hareket noktasını oluşturmaktadır.

6. VİYANA ÇEVRESİ (VIENNA CİRCLE)

1910'u izleyen yıllarda Viyana'daki kahvehanelerden birinde her perşembe akşamı toplanan bir grup öğrenci bilim felsefesi üzerine söyleşmekteydi. Bu beraberlik sonra seminerlere ve nihayetinde disiplinli bir ekole dönüşür(7).

Çoğunluğunu fizik ve matematikçilerin oluşturduğu bu çevrenin amacı: Anlamlılığa ve bilimselliğe bir "ölçüt" geliştirmek, Metafiziğin yüzyıllardır oluşturduğu tortuyu kazımak, Bilim ve felsefeye yeni tanım getirmektir.

(6) Kaynak: Siyasi Düşünce Tarihi, Prof. Dr. Murat Sarıca, s.117 - 119.

(7) Kaynak: Bilim Felsefesi, Ömer Demir, s.15, Siyaset Biliminin "Bilimselliği" ve David Easton'ın İki Farklı Terminolojisi, Dr. Erkan Akın, s.1, Pozitivist Felsefe, Şafak Ural, s. 17-32, Dil, Doğruluk, Mantık, A.J. Ayer, Çev: Vehbi Hacıkadıroğlu, s.13-16, Bilim Felsefesi, Ömer Demir, s. 39-46, Dr. Erkan Akın, a.g.e., s.52-57

Nitekim bu çevre 1929'da bir program yayınlayarak amaçlarını şöyle bildirdiler: "Tek bir bilim yaratmak". Viyana çevresi bu çalışmaları sonucunda teknolojik gelişmenin haklılaştırdığı "matematiksel ve mantıksal" düşünce biçimlerini "formalize" ederek pozitivism - ampirizm ikilisine "kuramsal" bir nitelik kazandırdı.

Bu kuramsallık bilimsel yöntem ve bilim felsefesi tartışmalarına da sokularak doğa bilimleri, toplum bilimleri ikilisini de etkilemiştir. Bu etkiyi ileride açıklayacağız. Yukarıda belirttiğimiz kaynaklar çerçevesinde konuya biraz daha açıklık getireceğiz:

Hareket noktası: Metafiziğin elenmesi. Birçok metafizik söylem mantıksal ya-nılgıların etkisiyle ortaya çıkar.

İzlenecek kanıtlama çizgisi (Temel Önerme): Duyu sınırlarını aşan (ki bu Kant etkisidir) bir "gerçek"ten söz eden bildirimlerin gerçek bir anlamı bulunmasının "olanaksızlığının" gösterilmesi.

Yapılması gereken: Bir tümcenin, bir olgusal durum üzerine gerçek bir önerme anlatıp anlatmadığını sınınamamıza olanak verecek ölçüde düzenlemek, tümcelerin bu ölçütü karşılayıp karşılamadığını göstermektir.

Ölçüt : olgu bildirimlerinin gerçekliğini sınamada "doğrulanabilirlik". Başka bir anlatımla, belli koşullar altında hangi gözlemlerin bizi önermeyi doğru olarak kabule ya da yanlış olarak reddetmeye götüreceğini biliyorsak, o tümce bizim için olgusal bir anlam taşır (Pozitivism / Olguculuk). Önermeyi anlatan tümce bir kişi için coş-kusal bir anlam taşıyabilir fakat tümcenin gerçek anlamı yoktur.

Sorular içinde aynı durum gereklidir. Eğer yanıtlamaya götürücü gözlemler bulunamıyorsa sözkonusu tümcenin dilbilgisel kuruluşu onun anlamlı olduğunu ne denli güçlü biçimde gösterirse gösterebilirsin bizim için gerçek bir soru olmadığı so-nucuna varmamız gerekir (Gerçek sorular / sahte sorular - metafizik ayrımı). An-lattıklarımızı örneklemek istiyorum: Şu an Yargıtay dergisinde "Bilimsel Açıklama Nasıl Yapılır?" şeklinde kendi sorduğum soruyu yanıtlamanın gayreti / çabası için-deyim. Yazdıklarımı okumakta olan Yargıtay Yayın Kurulu'na / Okuyuculara so-ruyorum: Yazımın incelenmesi açısından "iyi yanıt nedir?" sorusunu ele alalım.

- Pozitivist anlayışa göre: "İyi yanıt nedir?" sorusu metafizik veya ideoloji ala-nında yer aldığı için hiç de bilimsel olmayan bir sorudur. Kuşku yok ki pozitivism benim bu soruma yönelik anlayışı "zımnî" bir yanıtı da kapsamaktadır. Pozitivism bilimsel düşünceyi sadece "varolanın" açıklanması ile sınırlı tuttuğuna göre şunları benimsediği açıktır. Yazımın Yargıtay Yayın Kurulu'na / Okuyucularca olduğu gibi kabul edilmesi ya da verdiğim yanıtların "iyi" olduğu.

- Eleştirel sosyal bilim anlayışına göre: Bu yazım Yargıtay Yayın Kurulu'nca / okuyucularca olduğu gibi kabul edilmez ve nasıl daha iyi bir duruma getirileceğinin çabasına düşülür.

Sırası gelmişken Karl Mannheim açısından da konuyu değerlendirmeye kalkışırsam:

Pozitivizm : Benim bu yazımdan (status quo) hoşnut bir "İDEOLOJİ"

Eleştirel Sosyal Bilim Anlayışı: Benim bu yazımı değiştirme amacı güden "ÜTOPYA" olduğunu söyleyebilirim.

7. VIYANA ÇEVRESİNİN ANA DÜŞÜNCELERİ:

Felsefe, bir öğreti, sistem değildir. Sadece bir etkinliktir. Bu etkinlikten "bilginin mantıksal analizi" anlaşılır(8).

Felsefe, bilimin temellerini, çıkış noktalarını, yöntemlerini önermelerini mantığın verdiği araçlarla incelemek, arıklamak, farkına varılmadan bilimin içine karışmış bilim dışı öğeleri dışarıya atmak, tutarsızlıkları ortadan kaldırma çabasıdır.

Bilime gelince o da her türlü gerçek bilgi gibi, insanın görgüsüne, deneye dayanır. Bilim ancak "deney"de temelini bulur.

Akıl ve onun gidiş yollarını gösteren mantık, deneyin verilerini "onlara içerik katmadan" geliştirir, düzene sokar, yani akıl: yaratıcı değil, "düzenleyici"dir. Böyle bir çalışma için "ORGANON"a gereksinme vardır. Aristoteles ve orta çağdan kalma "klasik mantık", bu eleştiri işi için yeterli olmaktan uzaktır.

Bu, 19. yüzyılın ikinci yarısından beri geliştirilen "Sembolik Mantık" (Lojistik) olacaktır. Viyana çevresinin başarısı, bir yandan mantığı geliştirirken öte yandan yeni mantığın her türlü düşüncesinin kontrol aygıtı olduğunu göstermiş olmasındadır.

Antik çağda Aristoteles mantığının yanında bir "stoa mantığı" vardı. Stoacılar, Aristotelesin tersine, mantığın ağırlık noktasını, "kavram"dan "sözcüklere ve önermeler"e kaydırmıştır. Özellikle Hrisippos, mantıksal geçerliliğin temelini "dil ifadelerinin" doğruluğu ve yanlışlığı açısından görmek gerektiğini ileri sürmekle bugünün lojistiğinin (sembolik mantık) de ilk habercilerinden olmuştur.

Bilimsel düşünüş etkinliğinden beklenen koşullar üç noktada toplanabilir. Bunlar sırasıyla tek anlamlılık ve açıklık, mantık bakımından tutarlılık ve son olarak incelemin yeter ölçüde temellendirilmiş olmasıdır. Tüm çevrenin ortak/temel düşüncesi, bilimsel karakterde bir mantık eleştirisidir.

(8) Kaynak: Felsefe yazıları, Nusret Hızır, s. 130 - 139 - Mantık, Doğan özlem, s. 318.

İKİNCİ BÖLÜM

DOĞA BİLİMLERİNDEKİ BİLİM ANLAYIŞLARI

Doğa bilimlerinde bu konuda üç farklı yaklaşım görülmektedir. Pozitivizm, realizm ve konvensiyonalizm(9).

1. POZİTİVİZM

A. Genel Olarak

Bilim: Dışsal dünyaya ilişkin kestirimci (predictive) ve açıklayıcı bilgi elde etme girişimidir.

Bilimsel açıklama: Bir olayın onun bir düzenliliğin örneği olduğunu göstermekten ibarettir.

Yöntem: Doğrulukları veya yanlışlıkları sistematik gözlem ve deney yoluyla değerlendirebilen evrensel önermelerden oluşan teoriler inşa etmek.

Önerme ve yasalar: A priori olarak bilinemez. Hiçbir mantıksal, nedensel, ampirik ve doğal zorunluluk yoktur. Vukuu askıda olan/contingent ilişkileri ifade eder. Olayın "arkasındaki" ve "ötesindeki" öz'leri bulmayı içermez/gerek de yoktur/bilimsellik dışıdır.

B. Doğrulanma (Verification) Sorunu:

Bilim ile bilim olmayanın (Bilimsellik Kategorisi) ile anlamlı olan ile anlamlı olmayanın (Anlamlılık Kategorisi) ölçütü nedir(10)?

a- Doğrulanabilirlik İlkesi

İnsan zihni, nesneyle ilişkisinden önce "boş"tur. İnsan zihni nesneleri "nesnel" olarak algılar. Tikel önermeler ise "tümevarım"la genellenebilir. Genellemeler ise "birikimsel" bir vetire ile bilimi meydana getirir.

O halde denilecektir ki: Bilim ile bilim olmayanın, anlamlı ile anlamlı olmayanın ölçütü "doğrulanabilirlik"tir.

b- Yanlışlanabilirlik İlkesi

Kuramdan bağımsız gözlem olamaz. Genelleme, mantıksal kesinlik taşımaz. Bu nedenle bilimselliğin ölçütü yanlışlanabilirliktir. Bilimsel bilgi, yanlışların ayıklanması ile oluşur.

(9) Kaynak: Bilim Olarak Sosyal Teori, Russel Keat/John Urry, Çev.: Nilgün Çelebi, s.9-14, 34-41, 56-66, Dr. Erkan Akın, a.g.e., s. 23-26.

(10) Kaynak: İki Farklı Siyaset, Levent Köker, s.19-25, Bilim Felsefesi, Ömer Demir, s. 22-37, Dr. Erkan Akın, a.g.e., s. 23-24.

O halde denilecektir ki: Bilim ile bilim olmayanın ölçütü "yanlışlanabilirlik", buna karşılık anlamlı ile anlamlı olmayanın ölçütü ise "bilimsel bilgi ve metafizik arasındaki açılarından uyulaşım"dır.

Karl Popper iki ilkeyi şöyle örneklemektedir:

"Bütün kuğular beyazdır" önermesinde doğrulanma/verification nasıl uygulanacaktır?

- Doğrulanabilirlik ilkesine göre: Yeryüzünde yaşamış, yaşayan ve yaşayacak olan tüm kuğuların beyaz olduğunun gösterilmesi gerekir. Buna hiçbir zaman olanak yoktur.

- Yanlışlanabilirlik ilkesine göre: Tek bir "beyaz olmayan kuğunun" varlığı halinde bu önermenin yanlış olduğu kanıtlanmış olacaktır.

2. REALİZM

Bilim: Dışsal dünyaya ilişkin -kestirimci (predictive) -açıklayıcı bilgi elde etme girişimi.

Bilimsel açıklama: Düzenliliğin altında yatan yapılar ve mekanizmaları açığa çıkararak, fenomenlerin "nedensel"liğini göstermek.

Önerme ve yasalar: Fizik dünyada var olan doğal zorunluluk ilişkilerini göstermelidir. Sonucun doğruluğunun öncüllerden zorunlu olarak çıkarılabileceğini göstermek, doğadaki şeyler arası zorunlu, nedensel bağlantıları betimlemenin yerine ikame edilemez.

Yöntem: Mantıksal argümanlar dahil bilimsel açıklamanın yükü "model"lere yüklenmektedir.

3. KONVENSİYONALİZM

Bilim: - Her bilimsel teori, görüneni kendi düşündüğü gibi tanımlar.

- Teorik inanç ve kavramlardan bağımsız bir dışsal gerçeklik yoktur.

- Gözleme dayalı olarak kurulamaz ve gözlem tarafından denetlenemez.

Hanson'ın ortodoks görüşü: Teorik bakış açısı değişmedikçe, bakılan şey "aynı" olsa dahi görülen şey aynı olamaz.

Örnek: Teorik "bakış" açıları değişik iki kişi güneşin "doğuşu"nu seyretmektedir.

Birisi: Ufuk batıyor

Diğeri : Güneş doğuyor, diyecektir.

Oysa herikisi de aynı olguya "bakmakta", ancak olguyu değişik "görmektedir". O halde "görme" nesnel değildir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SOSYAL BİLİMLERİN BİLİMSELLİĞİ

1. GENEL OLARAK

Sosyal bilimlerin "nesnesi" ile Doğa bilimlerinin "nesnesi" arasında bir nitelik farkı var mıdır? Sosyal bilimler ile doğa bilimlerinin yöntemsel ilkeleri birbiri ile bağdaşır mı? Bu konuda iki dünya görüşü mevcuttur. Dolayısıyla iki toplum modeli sunulmaktadır: - DOĞAL Toplum

- SEMBOLİK Toplum(11).

Her iki toplum modeli farklı teorik görüşlerce temellendirilmektedir. Ki bu teorik görüşler:

- POZİTİVİZM: Doğal Toplum modelini temellendirmektedir.

- YORUMSAMA (HERMENEUTİK): Sembolik toplum modelini temellendirmektedir.

Doğa bilimleri ile sosyal bilimler arasında metod birliği var mıdır? sorusunu ise:

- POZİTİVİST DÜNYA GÖRÜŞÜ: Vardır/başka türlü olamaz.

- YORUMSAMACI DÜNYA GÖRÜŞÜ: Yoktur/temel nitelik farkları vardır şeklinde yanıtlamaktadır.

2. POZİTİVİST DÜNYA GÖRÜŞÜ:

Sosyal bilimlerin bilimselliğinin ölçütü: Doğa bilimlerine uygunluğudur. Pozitivizme göre bilimsel bilgi nesnel gerçekliğin insan zihni tarafından kavranmasıdır. Pozitivizm insanın dışında nesnel bir gerçeklik alanı öngörmektedir. Bilgi, dış dünyayı olduğu gibi temsil etmektedir. Bilgi-Dış Dünya ilişkisi bir denklik ilişkisidir (Correspondence). Özne - nesne ilişkisi pratik etkinlik yoluyla kurulmaktadır.

3. YORUMSAMACI DÜNYA GÖRÜŞÜ:

Sosyal bilimler ile doğa bilimleri arasında temel nitelik farkları vardır. Dış dünya "sembolik" olarak kurulmaktadır. İnsan dış dünya ayrımı yoktur. Bilgi ile dış dünyanın düzeni kurulur. Bilgi - Dış dünya ilişkisi bir oluşum (formation) veya kuruluş (constitution) ilişkisidir. Özne - nesne ilişkisi "sembolik sistem" yoluyla kurulmaktadır.

(11) Kaynak: Düşün ve Toplum, İlkay Sunar, s. 1-5, 127-135. Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi, Levent Köker, s.73-80 Dr. Erkan Akın, a.g.e., s.52-57, Levent Köker, İki farklı siyaset, s. 51-60.

Konumuzu aşağıdaki gibi "şekillendirebiliriz":

<u>NİTELİK</u>	<u>POZİTİVİZM</u>	<u>HERMENEUTİK</u>
Bilgi-Dış Dünya İlişkisi	Denklik (Correspondence)	Oluşum - Kuruluş (Formation) (Constitution)
Özne-Nesne İlişkisi	Pratik Etkinlikle	Sembolik Sistemle
Bilgi-Dış dünya (Nesnel Gerçek)	Yansıma	Araç
İlişkisi	(Temsil)	(Düzen Kurucu)
Dil: Dünyadan		
Teori: Doğadan	Türetilir	Türetilemez
Söz: Olaydan		
Toplumsal İlişkiler	Nedensel	Anlamsal
Sosyal Bilimler-Doğa Bilimler arasında metod birliği	Vardır/olmak zorundadır.	Yoktur/Kurulamaz
İnsan-Dış dünya ayrımı	Vardır	Yoktur
Bilgi	Dış dünyadan insan zihnine yansır	Dış dünyanın düzenini kurar
Düşünsel sistemi	pratik etkinliğe indirger	sembolik nitelikte görür

Metod konusuna yukarıdaki çerçeve içerisinde bakacak olursak: Pozitivist görüş metot birliğini iki varsayıma dayanarak açıklamaktadır. İlki, tündengelimci açıklama biçiminin geçmişteki bir olayın açıklanmasının aynı zamanda gelecekteki bir olgunun ne olacağını da içermesidir. Diğer, doğa bilimlerinin problem çözücü görevinin sosyal bilimlere de yüklenilmesi faydacı anlayışıdır.

Yorumsamacı görüşe göre ise: Sosyal bilimler, doğa bilimlerinin epistemolojik ve metodolojik ilkelerine bağlı kılınabilecek niteliklere sahip değildir. Zira yorumsamacıya göre, dış dünya "kaos"tur. Kaos ancak dil aracılığı ile anlaşılmaktadır. Böylece kaos, "kosmos"/Düzenliliğe dönüştürülmektedir. Sosyal bilimlerin konusu: "Anlamsal ve kural-bağımlı" insan eylemidir. Anlamsaldır: Toplum, anlam sistemi ile temellendirilmiş "yaşam biçimi"dir. Davranış, "anlamsal nedene" dayanır.

Kural-bağımlıdır: Toplumsal gerçeklik kurallarla temellendirilmiştir. Yaşam biçimi bu kurallardan ayırık değildir. Toplumsal gerçeklik evrensel değildir. Toplumsal gerçeklik bağlam-bağımlı, özgül gerçektir.

İşte bu "anlamsal ve kural-bağımlı" insan eylemini pozitivist nomolojik yöntem açıklayamaz. Bu nedenle beşeri ilişkilerin insan zihniyetinin dışında bir olgu gibi ele alınması olanaksızdır. Zira toplumsal olgular doğadaki nesneler gibi "şeyler" arasındaki bir etkileşim ilişkisine sahip değildir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BİLİM ÜZERİNE

1. GENEL OLARAK

Bu bölüme kadar bilimi tartışabilecek argümanları ortaya koyduğumuz kanısı ile hiçbir itiraz kabul etmeyen bir tanıımı bile olmayan "bilim" kavramına geçebiliriz. Bilimi tanımlamaya kalkışmak, bilimsel yaklaşım konusunda ki benim tavrım bundan ibarettir diye söylemenin başka bir anlatımından başka bir şey değildir(12).

Bilim, toplumsal, ekonomik, siyasal, kültürel ve ideolojik örgütlenmenin merkezini oluşturmaktadır. O halde hiçbir "değer yargısı" içermeyen bir örgütlenmeden bahsedilebilir mi? Weber'e göre kültürel bağlam dışında insan bir hiç teşkil etmektedir.

İşte bilim bu yüzden "değer yüklü"dür. Bilimin meşrulaştırılması farklı bilgi zeminlerini gerektirmektedir. Bu bilgi zeminlerini ise evrensellik, nesnellik, tarafsızlık olarak sıralanabilir. Ne var ki böyle kapsamlı bir bilgi zemini aramaya kalkışmak, umutsuz ve boş bir çabadan öteye gidemez.

Neden boş bir çabadır. Çünkü:

- Bilim, ontolojik bir kategori değildir.
- Doğa bile "kültürel" bir doğadır.
- Bilim, konuşmaz, "konuşturulur".
- Birileri bir şey söyler ve adını da bilim koyarlar.

O halde BİLİM: Ortalıkta dolaşan herşeye uygun bir isim takarak "yerli yerine" yerleştiren, uygarlık biçimi içerisinde anlam kazanan bir bilgi kategorisidir.

(12) Kaynak: Bilim Felsefesi, Ömer Demir, s. 9-13, Dr. Erkan Demir, a.g.e., s. 4-7, Bilim Dedikleri, Alan Chalmers, Çev: Hüsamettin Arslan, s.9-47

2. BİLİMİN VARLIK NEDENİ

Bilim, herşey apaşık olmadiğı için vardır. Bilginin öznesi olan "insan" sınırlı bir varlıktır. Sınırlı varlık durumunda olan insan:

- bütün zamanlarda yaşayamaz.
- bütün mekânlarda yaşayamaz.
- olanaklı durumların hepsini yaşayamaz(13).

"Gerçeklik" ise insan beni tümüyle görüp anlasın kaygısıyla kendisini insanın sınırlılığına göre ayarlamaz.

3. BİLİM KAVRAMSALLAŞTIRMALARI

Etkinlik açısından: Bilimin tanımı, sırf kendini betimleyen özelliklerinin belirtilmesi ile değil, onu diğer düşünce tarzlarından ayıran özelliklerinin sıralanması ile gerçekleştirilebilir.

Saf Bilgi ve Düşünce Yöntemi açısından: Bilimin tanımı, dünyayı yorumlamanın ve anlamının bir aracı olarak tanımlanabilir. Ancak diğer düşünce tarzları da aynı iddiada oldukları için bilimi, onlardan ayırt etmekte başarılı olunamaz. Ayırt etmede en başarılı akım, ampirizmle temellenmiş pozitivizmdir. Bu yoruma göre, ampirik gerçeklikle uyum halinde olmayan her türlü insan etkinliği "bilimsel olmayan"dır.

Ampirizm: Salt olgusal olarak sınanabilir betimleyici (descriptive) bir bilgi ile yetinir.

Pozitivizm: Ampirik bilgiyi belirli bir sistematik içine oturtarak inceleme konusunu oluşturan "gerçeklik alanı"na ilişkin genellemelere varmayı hedeflemektedir(14).

SON SÖZ YERİNE:

İnsanın kaçınılmaz yazgısı, evrene "insan bakışlı" bir bakış fırlatmasıdır. (Bir çeşit Antropomorfizm). Acaba tüm olup bitenler gerçekten akıl ile tüketisiye açıklanabilir mi? Bu, bilimin ideali, ütopyasıdır. Bilim adamı, yalnızca sonsuz etkenler örüntüsünün belli bir kesitini yakalar. Bilim doğası gereği araştırma alanını dondurur. YAŞAM İSE AKIP GİDER.

— oOo —

(13) Kaynak: Sosyolojinin Ontolojik Temeli: İnsan Özgürlüğü, Dr. Kadir Cangızbay.

(14) Kaynak: Dr. Erkan Akın, a.g.e., s: 5-6.

"GENEL AHLAKIN KORUNMASI" GEREKÇESİYLE HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI

İlker Hasan DUMAN(*)

ANLATIM DÜZENİ: A- Genel Ahlak. B- Hukuk Öngörecektir. C- Meşru Amaç. D- Sınırlamanın Demokratik Toplumlarda Gerekli Görülmesi. Sonuç.

Genel sınırlama nedenlerinin sayıldığı Anayasanın 13. maddesinde, "genel ahlakın korunması" gerekçesiyle hak ve özgürlüklerin sınırlandırabileceği kabul edilmiştir. "Genel ahlakın korunması" bir "genel sınırlama" nedeni olduğu için bütün hak ve özgürlükler bu gerekçe ile sınırlandırabileceği halde, Anayasanın bazı özel maddelerinde, örneğin Basın Özgürlüğünün düzenlendiği 28. maddenin yedinci fıkrasında süreli ve süresiz yayınların "genel ahlakın korunması" gerekçesiyle sınırlandırabileceği ayrıca belirtilmiştir. Anayasa, genel ahlak ilkelerine aykırı hak ve özgürlük kullanımlarını BENİMSEYEREK, genel ahlak ilkelerine hukuksal bir değer vermiş olmaktadır. Anayasa koyucu, bu yaklaşımla, insanların bir arada yaşamalarında toplumun tanıdığı temel değerleri korumakta, bireyleri genel ahlak ilkelerine aykırı düşecek hak ve özgürlük kullanımlarından uzak tutmaktadır.

Üzerinde durulması gereken pek çok sorun vardır: a) Genel ahlak nedir, b) Korunan genel ahlak mıdır, yoksa genel ahlakın biçimlendirdiği toplumun maddi düzeni midir, c) Sınırlamanın sınırları ve ölçüleri nedir?

A- GENEL AHLAK:

Anayasa Mahkemesi'nin 28.1.1964 gün ve 128/8 sayılı kararına göre "GENEL AHLAK KURALLARI", "Belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından kabul edilen ahlak kuralları ile ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan" ilkelere dir.

Genel ahlak kavramı, göreceli bir kavramdır; bu kavram çeşitli toplumlara, yer ve zamana göre değişir.

Genel ahlak ilkeleri, toplumun manevi temellerini korumayı amaçlayan "asgari

(*) Avukat

ortak değerler"dir. Toplumun maddi varlığının ve temellerinin korunabilmesi için ahlak ilkelerine de gereklilik vardır: Örneğin; sözünde ve işlerinde doğru olmak, özü sözü bir olmak; koşullar ne olursa olsun gerçeği söylemek ve savunmak, tedaviyi reddetmemek, başkalarını aldatmamak, insanların ve toplumun sağlığıyla ve ekmeğiyle oynamamak, çalışana alın teri kurumadan emeğinin karşılığını vermek, verimlilik, yalan söylememek, kötülük ve fitne yaratmamak ve buna katılmamak, sır saklamak, vaadini yerine getirmek, "devlet malı deniz yemeyen domuz" anlayışını reddetmek, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken doğruluk kurallarından ayrılmamak, iyi niyet, iyiye yönlendirmek, kötülükten alıkoymak, güçlülüklere direnmek, büyüklük taslamamak, başkalarına yüksekte bakmamak, cimri olmamak, kötü eğilimlerin ve içgüdülerin tutsağı olmamak, taşkın yersiz ve kaba davranışlardan uzak durmak, insanlara ve haklarına saygı göstermek, başka insanlara, topluluklara ve tüm ulusa iyi duygular taşımak, saldırıya-çekişmeye ve savaşmaya karşı olmak, barıştan uzlaşmadan ve yumuşamadan yana olmak, güven vermek, insanların onur, saygınlık ve umutlarına dokunmamak, utanma duygusuna sahip olmak, çekemezlik, kıskançlık ve kinden uzak durmak, affetmek, iftira etmemek, yumuşak huylu olmak, paylaşmak yardımlaşmak, ailenin kurulmasını ve korunmasını desteklemek, insan soyunun sürmesini istemek, soykırıma ve ırkçılığa karşı olmak, namus ve iffeti korumak, başta vergi, sigorta primi ve askerlik olmak üzere devlete ve ulusa olan borcu zamanında ödemek, israftan kaçınmak, hak sahibine hakkını vermek, haksızlık yapmamak ve yapılanı gidermek adaletten yana olmak, verdiği sözden dönmemek, başkalarının iyiliğine ve mutluluğuna karşılık beklemeden koşturmak, işbirliği yapmak, adaleti mülkün temeli yapmak, cana kıymamak, halkın yararına çalışmak, insanların ve halkın zararına olan davranış ve girişimlerden kaçınmak, ormanları ve yeşili tahrip etmemek, yetimi ve yoksulu gözetmek, devlet işlerini yetenekli insanlara teslim etmek, devlete, hükümete ve hukuk kurallarına itaat etmek, çalışmak, çalışmadan nimet beklememek, başka insanlara ve topluma yük olmamak, hileli kazançlara yönelmemek ve bunları reddetmek, ekonomik üretim, değişim ve tüketim alanlarında dürüst ve namusuyla çalışmak ve kazanmak, tembel olmamak, ekonomik, sosyal ve siyasal rekabeti düşmanlığa, çatışmaya vurdurmak, iyi yaşamayı kötü görmemek, dünyadan yararlanmayı kabul etmek, yoksullara, yetimlere, çaresizlere, borçlulara yardım etmek, tabii afetlerde zarar görenlere koşturmak, verimli ve sürekli çalışmak, ölçüyü tartışı doğru yapmak, her türlü hile ve kötülükten uzak durmak, kadın ve çocuk haklarını tanımak ve saygı göstermek, hırsızlık ve benzeri meşru olmayan kazanç yollarına yönelmemek gibi toplumun maddi düzeninin korunmasına yönelik değerlerimiz vardır. Toplumun maddi düzenini bozacak davranışların önlenmesi esastır. Yoksa, kamu düzenini

bozmayan eylemler ahlaki kurallara uygunlukları açısından değerlendirilmez ve sınırlandırılmaz (Bkz. İlker Hasan Duman, 82 Anayasasında İnsan Haklarına Saygılı Devlet, İstanbul - 1997, sf. 88, İnkılâp Kitabevi).

Hukuk, bu ilkeleri kendi dünyasına şöyle katmaktadır:

* Hak ve özgürlük kullanımının ahlaksızlığı ve şiddeti kışkırtmak veya korumak,

* Kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez niteliği güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden kısmen veya tamamen vazgeçmek,

* Din, tabiiyet, ikametgâh, meslek değiştirmek veya değiştirmemek taahhütleri ile belirli bir kimse ile evlenmek veya evlenmemek, bir çocuğu evlat edinmek, siyasi bir partiye derneğe veya sendikaya girmek veya oradan çıkmak... taahhütleri veya kabulleri,

* Bireyin kendisinin veya başkalarının hayat ve vücut bütünlüğünü tehlikeye sokan hak kullanımları,

* Ekonomik karşılık ve baskılarla din, mezhep, milliyet, siyasi düşünce değiştirmeyi öngören kabuller, bireyin ekonomik özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırlandıran veya ortadan kaldıran girişimler, tasarruflar ve kabuller,

* Cinsel özgürlüğünü kısıtlayan sözleşmeler, evlilik ve aile kurumlarından doğan ödevlerin ihlaline yönelik sözleşmeler,

* Bireyin ekonomik faaliyetini yok edecek derecede tehlikeye koyan veya karşı tarafın keyif ve arzusuna bağlı kılan sözleşmeler, ticari doğruluk ve dürüstlüğü aykırı sözleşmeler, rüşvet sözleşmeleri, şiddetli rekabet yasağı şartı, yerine getirilmesi hayat için bir tehlike oluşturan bir borç, borçlunun zaman sınırı olmaksızın veya pek geniş iş alanları için muhtaç olduğu bütün şeyleri yalnızca alacaklısından sağlayacağına ilişkin taahhüdü, bireylerin iktisadi özgürlüklerini pek sıkı olarak kaldıran veya sınırlandıran sözleşmeler ile, kartel ve benzeri sözleşmeler ahlaka aykırıdır.

Söz konusu edilen "belli", "tercih edilmiş", "imtiyazlı" ahlak ilkeleri değil; toplumun büyük çoğunluğunca kabul edilen ve kolaylıkla anlaşılan ahlak ilkeleridir. Bunların felsefi, siyasi, sosyal yönleri ve özleri vardır ve amacı kamu düzenini korumaktır.

B- HUKUK ÖNGÖRECEK:

"Genel ahlakın korunması" gerekçesiyle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması Anayasaya uygun yasa kurallarıyla öngörülür. Anayasaya uygun yasada, genel

ahlak gerekçesiyle hak ve özgürlüğün nasıl ve ne kadar sınırlandırabileceğinin esas, şart ve usullerini gösterilir. Örneğin gençleri uyuşturucu, müstehcen yayın, kumar ve alkol bağımlılığına karşı korumayı isteyen yasama organı, bunun esas, şart ve usullerini çıkaracağı bir yasada öngörür. Sınırlamayı öngören yasanın Anayasaya uygun olması ve kamu yararını gözetmesi gerekir. Kamu yararını gözetmeyen bir "genel ahlak koruması" sınırlama nedeni olamaz.

Hak ve özgürlük kullanımının genel ahlaka aykırılığı değerlendirilirken, bunu bireylerin öznel anlayışı değil, kullanımın gerçekleştiği ana bakarak nesnel ölçülere göre yargıç belirler. Hak ve özgürlük kullanımının genel ahlak ilkelerine aykırı düşüp düşmediğini gözetmek ve değerlendirmek, yargıcın kendiliğinden yerine getireceği görevidir.

Hukuk, bazı meslek çevrelerinin, örneğin doktor ve avukatların mesleki ahlak anlayışı daha sert bir değerlendirmeye bağlı tutabilir.

Anayasa yapıcının "ahlak kurallarına uygunluk" değil "genel ahlak kurallarına uygunluğu" gözetmiş olması anlamlıdır. Bir toplumda belirli bir dönemde orta zekâda, dürüst ve makul kişilerin düşünce ve görüşleri, o toplumun genel ahlakını oluşturur.

Hukuk kuralları, ahlaka aykırı bir sonuç elde etmeye yönelen veya bu sonucu kolaylaştıran bir hak ve özgürlük kullanımını ahlaka aykırı saymakta ve bunu anlamanın yolu olarak da, hak ve özgürlük kullanımının nitelik, içerik ve kapsamı ile amacına bakılmasına öngörmektedir. Bir hak ve özgürlük kullanımının genel ahlaka aykırı olabilmesi için, "genel ahlaka aykırılık kastıyla" gerçekleştirilmiş olması gerekmez; bireyler ahlaka aykırılığı fark etmeseler ve bunu istememiş olsalar bile, hukukun öngörmesi nedeniyle, ahlaka aykırı bir duruma ve sonuca düşebilirler.

C- MEŞRU AMAÇ:

Sınırlamanın "meşru amaç"la yapılması gerekir. Kamu yararına yönelen "genel ahlakın korunması" gerekçesi bizzat Anayasa tarafından "meşru amaç" olarak gösterildiğinden, bir hak ve özgürlük bu amaçla sınırlandırıldığında "meşru amaç"la sınırlandırılmış olur.

Hemen belirtelim ki, yasalar, tüzük ve yönetmelikler ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra ortaya çıkan olaylara, durumlara, sorunlara ve ilişkilere uygulanabilirler. Bu, genel hukuk kuralıdır. Ancak bunun da istisnaları vardır. Örneğin, bir yasa, önemli bir meşru amaç olması nedeniyle, tıpkı kamu düzeni gerekçesinde olduğu gibi, genel ahlak kurallarına uygunluğu dikkate alarak, yürürlüğünden önce ger-

çekleşen bir hak ve özgürlük kullanımının sonuçlarını düzenleyebilir ve bu hak ve özgürlükleri sınırlandırabilir. Örneğin, yasa yalnız yürürlüğe girdiği tarihten sonra ortaya çıkacak tekel ve kartelleri değil, yürürlüğünden önceki dönemde ortaya çıkan tekel ve kartelleri ortadan kaldırmayı öngörebilir; başka bir anlatımla bireylerin ekonomik özgürlüklerini tam olarak kullanabilmeleri için geçmişe dönük bir sınırlama öngörülebilir.

D- SINIRLAMANIN DEMOKRATİK TOPLUMLARDA GEREKLİ GÖRÜLMESİ:

Genel Ahlakın korunması gerekçesiyle bir hak ve özgürlük her durum ve koşulda sınırlanamaz. Sınırlamanın da sınırları ve ölçüleri vardır. Nedir bunlar:

SINIRLAMA;

- a. Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olacaktır.
- b. Demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacaktır.
- c. Öngöröldükleri amaç dışında kullanılmayacaktır.
- d. Amaç ile araçlar arasında bulunması gereken uygun orantıyı bozmayacaktır.
- e. Kamu yararına yönelecektir.

SONUÇ: Demokratik toplumlarda, maddi düzenin korunması bakımından, zorunluluk bulunması halinde, sınırlamayı sınırlandırarak ve bunun ölçütlerini de koyarak, genel ahlakın korunması gerekçesiyle hak ve özgürlükler sınırlanmaktadır. Ancak demokratik toplumlar, her durum ve koşulda değil, "**maddi düzenin korunmasında zorunluluk bulunması halinde**" genel ahlakın korunmasını hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında sınırlama nedeni yapmaktadırlar. Başka bir anlatımla, "**hak ve özgürlük kullanımı asıl, sınırlama istisna kabul edilmekte**", genel ahlakın maddi düzenin sürdürülmesindeki önemine bakılmakta, demokratik toplum için zorunluluk ve kamu yararı süzgecinden geçirilmektedir. Türk Yargısında (Anayasa Yargısı, Adli Yargı, Yönetmelik Yargısı); genel ahlak gerekçesiyle hak ve özgürlük sınırlamalarını denetlenirken, son yıllarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarından ve bilimsel görüşlerden daha çok yararlanma eğiliminin arttığı görülmektedir. Sınırlama ölçüleri, esas, usul ve koşulları demokratik toplumla çok yakından ilgilidir. Çünkü, demokratik toplumlar "insan hakları" üzerine kurulur. İnsanın ve haklarının etken, egemen ve belirleyici olmadığı toplumlara "demokratik toplum" denmemektedir. Bu bakımdan, sınırlamanın "demokratik toplum gerekleriyle" bağdaşıp bağdaşmadığına mutlaka bakılmalıdır. Burada söz konusu

olan "demokratik toplum ve bunun gerekleri" kavramlarının, yalnız Türk toplumu ve onun gereklerini değil, yöneldiğimiz içinde yer aldığımız ve parçası olduğumuza inandığımız uygar / demokrat / batı toplumlarını ve onların demokrasi anlayış ve standartlarını anlattığını unutmayalım. Bu yaklaşım, ulusal koşulların ve gereksinmelerin göz ardı edilmesini gerektirmez; ama, haklı olarak, demokratik toplumların gerekleriyle bağdaşmayan bir sınırlama "hak ve özgürlüklerin özüne dokunduğu" kabul edilmektedir.

— oOo —

ALACAKLILARDAN MAL KAÇIRMAYA YÖNELİK İŞLEMLERİN HUKUKEN NİTELENDİRİLMESİ SORUNU VE BU AMAÇLA YAPILAN MUVAZAALİ İŞLEMLER HAKKINDAKİ YARGITAY UYGULAMASINDAN ÖRNEKLER

Nihat YAVUZ(*)

ANLATIM DÜZENİ: BİRİNCİ KESİM. Alacaklılardan Mal Kaçırmak Amacı ile Yapılan İşlemlerin Hukuksal Niteliği. A- Bu Konuda Bilimsel Öğretideki Görüşler. B- Yargıtayımızın Görüşü. C- Üçüncü Kişilerin Muvazaa Davası ile HK. 277 vd. Maddelerde Borçlunun Bazı Hileli Tasarruflarını İptal Ettirebilmelerini Temin İçin Bahşedilen İptal Davası Arasındaki Farklar. D- Sonuç. E- Görüşümüz. İKİNCİ KESİM. Yargıtay Uygulamasında Saptanan İlkeler. A- Yargıtay 4. HD.nin Belirlediği İlkeler ve Eleştirisi. 1- Muvazaalı Bir Hukuksal İşlem ile Üçüncü Kişiye Zarar Verilmesi. 2- Alacağın ödenmesini Önlemek Amacı İle Yapılan Muvazaalı İşlem. 3- Davacının Amacı Belirlenmelidir. 4- Davacının Hakkı Kişisel Mahiyettedir. 5- Dava Şartları. 6- Alacağın Kesinleşmesi Gerekir. 7- Muvazaalı İşlem ile Üçüncü Kişiye Haksız Eylem İşlenmiştir. 8- Örnek Kararlar. 9- Değerlendirme. a- Hukuksal Sorunların Çözümündeki Yöntemler. b- Muvazaalı İşlem Yoluyla Haksız Eylemde Bulunma Durumu. c- Sonuç.

- BİRİNCİ KESİM -

ALACAKLILARDAN MAL KAÇIRMAK AMACI İLE YAPILAN İŞLEMLERİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

A- BU KONUDA BİLİMSEL ÖĞRETİDEKİ(1) GÖRÜŞLER

1- v. Tuhr'a göre, alacaklılardan mal kaçırma amacı ile yapılan işlemler ne muvazaa nedeniyle; ne de BK. 20 gereğince hükümsüzdürler. Zira kanun, mal kaçırma suretiyle alacaklılara zarar verilmesini, ahlak ve adaba aykırı saymamış; sadece bu tip devirleri bazı özel hükümlere tabi kılmakla yetinmiştir(2). Yine bu büyük hukukçuya göre, mal kaçırma amacını güden inançlı devirler, ilk hamlede alacaklılara zarar vermemektedirler. Zira alacaklının, inanana ait bulunan şey'in iadesi talebine el atabilmesi daima mümkündür. Ne var ki bu hak inanç anlaşmasına

(*) Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Başkanı

(1) Hukuk Edebiyatındaki bu yeni sözcük (deyim) hakkında bkz. Yavuz, Nihat: Medeni Kanunun Birinci Maddesinin İkinci Fıkrası Açısından Bir Cinsiyet Değiştirilmesi Davasının Düşündürdükleri. ABD. Sayı: 1982 - 6, Yıl: 39, sh. 5 vd.

(2) Andreas von Tuhr: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı. Cilt: 1-2, Çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayını, No: 15, Ank. 1980, sh. 200/201, 248 ve dipnot: 46.

uygun olarak inanan (borçlu) tarafından kullanılamıyorsa ya da koşullar bakımından kullanılması çok güç bulunuyorsa, alacaklı inançlı kazandırmaya ancak bir iptal davası ile hücum edebilir(3).

Sözüedilen yazara göre bu tür işlemlerin ilke itibarıyla muvazaalı olarak değil, fakat inançlı olarak kabulü gerekir. Çünkü cebri icra tehlikesinden kurtulmak, ancak mülkiyetin devrini ciddi olarak istemekle kabildir. v. Tuhr'un ileri sürdüğü ölçüt şöyle özetlenebilir: Bir işlem, hileli olduğu ölçüde ciddidir. Gayeyi isteyen, kendisini o gayeye ulaştıran vasıtayı da ister(4).

Oser/Schönenberger(5) tarafından da desteklenen bu görüş bazı Federal Mahkeme kararlarında da kabul edilmiş bulunmaktadır. Örneğin bir kararda, alacaklısının takibinden kurtulmak için borçlunun, bir dostu lehine yaptığı kazandırmaların inançlı olduğuna hükmedilmiştir. Anılan yüksek mahkemenin görüşü başlıca iki gerekçeye dayanmaktadır:

a) İlk olarak, tarafların istedikleri amaca ulaşabilmeleri için, mülkiyetin ciddi olarak devrini istemiş olmaları,

b) İkinci olarak, mademki bir iptal davası söz konusudur, o halde bu işlemin iptali için alacaklıdan mal kaçırmak amacı ile yapılan kazandırma, muvazaalı olarak değil, fakat taraflarca gerçekten istenmiş geçerli bir işlem olarak nitelendirilmelidir(6).

2- İsviçre hukukunda Yung; Türk Hukukunda ise Esener(7), Özsunay(8) ve Postacıoğlu(9) alacaklılardan mal kaçırmak amacı ile yapılan işlemleri muvazaalı olarak kabul etmektedirler. Bu yazarların görüşlerinin gerekçesinin daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıya kısa alıntılar konulmasını yararlı gördük:

a) İlhan E. Postacıoğlu: "Filhakika bir kimsenin alacaklılarının takibinden azade tutmak için münhasıran bu maksatla bir malı mamelekinden çıkarır gibi yaparak münhasıran bir mal üzerinde mülkiyet hakkının bahşettiği bilcümle selahiyetleri mu-

(3) Sh. 201, 248 ve dipnot: 46, 276 ve dipnot: 31.

(4) Sh. 276.

(5) Dr. H. Oser/Dr. W.Schönenberger: Borçlar Hukuku, Çev. Recai Seçkin, Ank. 1947, sh. 147. Aynı yazarların bu konudaki şu açıklamaları da ilgi çekicidir: "İtimad (inanç) muamelesi ekseriyetle muvazaalı işlem olarak telakki edilmektedir. Bunun kafa yormaya yer bırakmayan mucib sebebi aşağı yukarı şudur: Böyle daima itirazdan masun olmayan hukuki fiilleri batıl saymak hukuki emniyetin bir ihtiyacıdır" sh. 146.

(6) Özsunay, Ergun: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İst. 1968, sh. 212. Aynı karar için bkz. Esener, Turhan: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İst. 1956, sh. 168 ve 169.

(7) Sh. 41, 50, 169/170.

(8) Sh. 29, dipnot: 14.

(9) Postacıoğlu, E. İlhan: Namı Müstear Meselesi - Vekalet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri. İHEM. 1947, C. XIII, Sayı: 3, sh. 1027/1032.

hafaza ederse burada itimat mukavelesinden bahsetmemek ve aradaki münasebeti hukukiyei muvazaalı bir ferağ olarak tavsif etmek daha doğru olur. Şu bakımdan daha doğru olur ki malın borçlunun mamelekenden çıkmış olmasının tevlit edeceği neticelerin tarafeyn arasında hiçbirinin husule gelmeyeceği kararlaştırılmış olması yapılan ferağın bir gösterişten ibaret olduğu manasını taşır... Eğer tarafeyn arasındaki anlaşmada bu (mülkiyet) selahiyetlerinin cümlesinin bilfiil devreden tarafından kullanılmakta devam olunacağı kararlaştırılmış bulunuyorsa devrin taraflar arasında hiç bir hüküm tevlit etmeyeceğini münhasıran 3. şahısları istihdaf ettiğini kabul gerekir. Bu ise muvazaanın tarifi değil de nedir?"(10).

b) Turhan Esener: "Biz bu gibi hallerde Tuhr'un telakkisinin aksine olarak diğer bazı müelliflerle birlikte mülkiyetin naklini tazammun eden temlik işleminin muvazaalı olduğunu zannediyoruz. Bir temlik tasarrufun itimada dayalı olarak vassıflandırılması için, bu temlik tarafların ciddi olarak istemiş olmalarından başka devir edilen hakkı iktisap eden kimsenin o hak üzerinde malik sıfatı ile tasarruf edebilmesi ve karar alma selahiyetini haiz olması lazımdır"(11).

c) Reymond Claude: "Borçlu mallarından ayrılmayı ciddi olarak istememekte sadece muayyen bir gayeyi elde etmek için, sırf kendi menfaatine olarak, onları üçüncü bir kişinin (mutemedin) himayesine terk etmektedir"(12).

d) Ergun Özsunay: "Bir kazandırmanın "inançlı" sayılabilmesi için, kazandırıcı işlemin taraflarca ciddi olarak istenmesi yanında; ayrıca devir olunan şey üzerinde inanılanın tek başına karar alabilme ve tasarrufta bulunabilme yetkilerine sahip kılınması da aranır. Oysa taraflar, aralarındaki anlaşmada, mülkiyete ait yetkilerin bizzat devir-eden tarafından kullanılacağını kararlaştırmış bulunuyorlarsa, o zaman inançlı bir devirden söz edilemez"(13). Sonuç olarak Özsunay her somut olayda, inançlı işlemlerin muvazaadan ayırtedilebilmesi için, devir - alan kişinin ne dereceye kadar tasarruf ve karar alma yetkilerini haiz olduğunu ayrı ayrı tesbit etmek gerektiğini vurgulamaktadır(14).

(10) Sh. 1029.

(11) Sh. 170.

(12) Esener, sh. 169'dan ve Özsunay sh. 214'ten naklen.

(13) Sh. 29, dipnot: 14. Bu böyle olmakla beraber Özsunay durumun bu kadar açık olmadığı zaman yorum kuralları ile somut olayın çözümlenmesinin taraf iradelerine daha uygun düşeceği kanaatındadır (sh. 228, dipnot: 45'in devamı).

(14) Sh. 227.

B) YARGITAYIMIZIN GÖRÜŞÜ

1- Muvazaa Karinesi Lehindekiler

a) "Davacı, muzayaka durumundan kurtuluncaya kadar herhangi bir alacaklı tarafından yok pahasına satışının önlenmesi için 2,5 milyon lira değerindeki 9 parça çiftlik ve tarlayı kayınpederi Kazım'a 160 bin liraya ve muvazaalı olarak sattığını, muvazaa sebebiyle kayıtların iptalini, adına tescilini istemiştir... Usul yönünden bir hukuksal işlemde (yan) taraf olan kişiler arasında muvazaaya dayanan iddiaların, her halde yazılı belge ile kanıtlanması zorunluğu vardır"(15).

b) "Kişiler çeşitli saik ve nedenlerle muvazaalı işlemler yapmak gereğini duyarlar. Çok kez üçüncü kişilerin koğuşturmalarını önlemek, onların hak ve alacaklarını karşılıksız bırakmak, çeşitli yasaların takibinden kurtulmak... gibi değişik amaçlarla bazı kimselerin muvazaayı can kurtaran simidi gibi kullanmakta sakınca görmedikleri kuşkusuzdur"(16).

2- İnançlı İşlem Karinesi Lehindekiler

a) Olayda, vergi mükellefi olan davalının tahakkuk eden vergi borcunu ödemek amacı ile kardeşine yaptığı taşınmaz satışının iptali ile tekrar borçlunun adına tesciline karar verilmesi istenilmiş ve mahkemece de satış akdi muvazaalı olarak nitelendirildikten sonra tapu kaydının iptali ile eski malik (borçlu) davalı adına iadeten tesciline karar verilmiş idi. Yüksek 4. HD.si bu olayla ilgili olarak verdiği kararında önce İİK.nun 277 ve müteakip maddelerinde düzenlenmiş bulunan iptal davaları ile muvazaa davaları arasındaki farklara dikkat çektikten sonra konumuz bakımından aynen şu sonuca varmıştır:

"1- İİK.nun 277 ve 6183 sayılı Kanunun 24. maddelerinde sözü edilen iptal davaları, borçlu tarafından ciddi ve geçersiz olarak yapılmış bazı tasarruf muamelelerinin hükümsüz kılınması için açılır. Oysa muvazaanın mahkeme kararı ile tesbit ettirilmesi davası, alacaklı ve borçlunun yaptığı tasarruf muamelesinin gerçek halde hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar. O halde her iki dava arasındaki en önemli fark, iptal davasının geçerli (muteber) muamelelere karşı açılmasına mukabil muvazaa davasının ca'li muamelelere karşı açılmasında kendini gösterir.

(15) 1. HD. 21.11.1978; 10321/11567 (YKD., 1979/5, sh. 616-619). Bu kararda yüksek daire olayı tartışmaya gerek kalmayacak derecede muvazaalı olarak kabul etmiş görülmektedir.

(16) HGK. 30.3.1977; 3265/320 (YKD. C. IV. S. 4, Nisan 1978, sh. 501). Fransız hukuku yönünden de durumun bu merkezde olduğu hakkında bkz. Fabrequettes, M.P.: Adalet Mantiği ve Hüküm Verme Sanatı, çev. Anonim, Ank. 1944, sh. 248'deki dipnot: 2'nin devamı.

Çünkü, alacaklılardan mal kaçırmak amacı ile yapılan bu tür muamelelerin ahlak ve adaba aykırı olmadığını kabul eden Tuhr'a göre (Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı -Cevat Edege Çevirisi- 31/V, not 46 ile ilgili metin), borçlunun mal varlığından bir mal alacaklısının takibinden kaçırmak amacını güden muameleler, prensip itibarıyla muvazaalı olmayıp, inançlıdır. Alacaklının takibinden kurtulmak, mülkiyetin ancak ciddi olarak devri ile mümkündür. Zira, gayeyi isteyen, kendisini o amaca ulaştıracak vasıtayı da ister (Tuhr -age- 35/111) (Oser/Schönenberger - Seçkin Çevirisi- Madde 18, N.9) (Özsunay -age- 212, dipnot 1 ve 2 civarı)" (17). Bize göre bu kararın bir özelliği de yüksek dairenin sadece v.Tuhr'un görüşünü aktarmak suretiyle kabul etmesi ve bilimsel öğretilerdeki karşı fikirleri tartışmadığı gibi neden bu büyük hukukçunun görüşünü kabul ettiğini de açıklama gereğini duymamasıdır.

C) ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MUVAZAA DAVASI İLE İİK. 277 vd. MADDELERDE BORÇLUNUN BAZI HİLELİ TASARRUFLARINI İPTAL ETTİREBİLMELERİNİ TEMİN İÇİN BAŞEDİLEN İPTAL DAVASI ARASINDAKİ FARKLAR

İlk bakışta iptal davası ile muvazaa davası arasında bir benzerlik gözlenmekte ise de, bu benzerlik her iki tür davanın izlediği amaçtan ileri gelmektedir. Her iki dava ile de borçluların tasarrufi işlemlerinden zarar gören alacaklılar bu tasarrufları hükümsüz bırakabilirler. Ne var ki her iki dava gerek nitelik ve şartları ve gerek hüküm ve sonuçları bakımından yekdiğerinden farklıdır. Şöyle ki;

1) İİK. 277 (ve 6183 sayılı Kanunun 24. maddelerinde) sözüedilen iptal davaları, borçlu tarafından ciddi ve geçerli olarak yapılmış bazı tasarruf işlemlerinin hükümsüz kılınması için açılır. Oysa muvazaanın mahkeme kararı ile tesbit ettirilmesi davası, alacaklı ve borçlunun yaptığı tasarruf işleminin gerçek halde hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmeyi amaçlar. O halde, her iki dava arasındaki en önemli fark, iptal davasının geçerli (muteber) işlemlere karşı açılmasına mukabil muvazaa davasının ca'li işlemlere karşı açılmasında kendini gösterir.

2) Bilimsel öğretilerde baskın görüşe göre, iptal davası aynı (nesnel) bir dava olmayıp, şahsi (kişisel) bir davadır. Diğer bir deyimle, iptal davası taşınır mala da taşınmaz mala da ait bulunsa, bu malların aynıyle ilgili bir dava değildir. Yani, iptal davası, borçlunun hukuksal işlemlerinin sonuçlarını yok edici nitelikte bir dava sayılmaz. Böyle olsaydı, iptal kararı ile örneğin taşınmazın mülkiyeti alacaklıya geçerdi ve tapu kaydının iptali gerekirdi. Oysa iptal davasının amacı, tıpkı iptali istenilen işlem hiç yapılmamış gibi, borçlunun malvarlığından çıkan malın, iptali isteyen davacı bakımından, tekrar iadesini temin ederek alacaklının hakkını elde etmesini olanaklı kılmaktadır. O halde, iptal davasının ve iptal kararının, müktesibin

(17) 4. HD. 30.5.1977; 11500/3670 (YKD. C. IV, S. 8, Ağustos - 1978, sh. 1284 vd. özellikle 1286).

borçludan yaptığı iktisaba etkisinin bulunmadığını söyleyebiliriz. Binaenaleyh, iptal davası mülkiyeti kazandırıcı işleme etkili değildir. Bu nitelikteki dava sonunda taşınır ya da taşınmaz mülkiyeti el değiştirmiş olmaz, mülkiyet davadan önceki malik şeyin mülkiyetini muhafaza eder, mülkiyet ne iptal davacısına ve ne de borçluya döner. Bunun doğal sonucu olarak da davalı müktesip aciz vesikasında yazılı meblağı (ya da kamu borcunun tahsil olunmayan bölümünü) ödeyerek onun talebinden kurtulma olanağına ve davaya son verme yetenek ve hakkına sahiptir. Ayrıca, borçludan iktisapta bulunan aleyhine açılmış davada davalının iyi ya da kötüniyetle iktisabı davacının hukukuna etkili değildir.

Halbuki muvazaa davası ile alacaklı, yapılan tasarruf işleminin muvazaa nedeniyle hükümsüz olması sonucunda, borçlunun malvarlığında hiçbir eksilmenin meydana gelmediğini, yani malın borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış olduğunu tesbit ettirmek istemektedir. Örnekler:

"İptali istenilen tasarruf işlemiyle elden çıkarılmış mallar borçlunun malvarlığı arasına tekrar girmez. Tam tersine, mal sahibi durumunda olan davalının malvarlığında kalmakta devam eder. Fakat, iptal davası ile alacaklı, o malları, sanki borçluya ait imiş gibi, haczettirmek veya paraya çevirmek hakkını kazanmış olur"(18).

"İptali kabil bir işlem ile borçlunun mallarını iktisap eden kimse, zarar gören alacaklıları tatmin ederek, açılan davada sulh olmak suretiyle iktisap ettiği eşyanın haciz ve satışına mani olabilir"(19).

Halbuki, muvazaa nedeniyle işlemin hükümsüzlüğü kesindir ve mallar borçlunun malvarlığından çıkmamış sayılır.

Keza, borçlunun bir taşınmazını devir ve nakletmesi üzerine açılan iptal davası sonucunda tapu kayıtlarının düzeltilmesine gerek yoktur(20). Muvazaa davasında ise, muvazaa ispat olunduktan sonra Hakim tapu kayıtlarının düzeltilmesini emreder.

Sonuç olarak, iptal davası (ve özellikle 6183 sayılı Yasanın düzenlediği iptal davası) alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte yasadan doğan bir davadır; bu dava alacağın tahsilini sağlayan şeyin aynı (nesnesi) ile ilgili olmadığından tapu kaydının iptaline karar verilemez. Ancak hukuksal tasarrufun (örneğin satışın) alacak (ya da vergi borcu tutarı) üzerinden sınırlı olmak üzere hükümsüzlüğüne ve dolayısıyla davacının borçlunun malvarlığından çıkmış olan taşınmaz üzerinde cebri icra yapabilme olanağının tanınmasına hükmolunmak gerekecektir.

(18) RO 47 III 92.

(19) RO 26 II 214.

(20) RO 63 III 31.

3) Muvazaa davası, iptal davasına göre daha kapsamlıdır. Hukuksal bir yararı ihlal edilen tüm üçüncü kişiler muvazaa davasını açabilecekleri halde iptal davasını İİK. 277 gereğince yalnız elinde muvakkat yahut kat'i (kesin) aciz vesikası bulunan alacaklı ile iflas idaresi yahut İİK. mad. 245 ve 255/3'de yazılı hallerde alacaklıların kendileri açabilir.

Muvazaa davası borçlunun ivazlı veya ivazsız hertürlü muvazaalı işlemleri aleyhine açılabilirdiği halde, iptal davası ile ancak İİK. 278-280'de gösterilen tasarruf işlemlerinin butlanına hükmolunabilir.

Muvazaanın üçüncü kişilerce isbatında yazılı delile gerek yoktur. Bu konuda tanık dinletebilirler. Oysa iptal davasında davacı (alacaklı, borçlunun muvazaalı işlemi hakkında tanık dinletmeden de) dava konusu işlemin, yasanın öngördüğü belirli kimseler arasında veya belirli süreler içinde yapılmış olduğunu (İİK. mad. 278, 279, 280) kanıtlamak suretiyle kendi yararına tasarrufun iptali konusunda, mahkemeden bir karar alabilir.

4) Muvazaa davası zahiri sözleşmenin tarafları aleyhine açıldığı halde, iptal davası İİK. mad. 282/1'e göre "Borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılır. Bunlardan başka, kötünîyet sahibi üçüncü şahıslar aleyhine de iptal davası açılabilir. İptal davası iyiniyetli üçüncü şahısların haklarını ihlal etmez."

5) Muvazaa iddiası zamanaşımına tabi olmadığı halde iptal davası, tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren engeç beş yıl içinde açılması gerekir (İİK. mad. 284). Örnekler:

"Muvazaa iddiasına dayanan davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü süre söz konusu olamaz. Anılan yön yargısal uygulamada benimsenmiş bulunmaktadır"(21).

"Muvazaalı işlemin hiçbir hüküm doğurmayacağı konusu gerek uygulamada ve gerekse bilimsel görüşlerde oybirliği ile benimsenmiş bulunduğu; bu nedenle hakimın muvazaayı istek olmaksızın re'sen gözönünde tutması gerektiğine; muvazaa sebebinin ortadan kalkması veya bir zamanın geçmesi ile görünüşteki işlemin geçerli hale gelmeyeceği kuşkusuz bulunduğu, muvazaanın gerek def'an ve gerekse dava yolu ile her zaman ileri sürülebileceğine, bir başka ifadeyle muvazaa iddialarında zamanaşımı söz konusu olmadığına göre (22) Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi yasaya aykırıdır"(23)

(21) 1. HD. 10.12.1987; 9438/11993.

(22) Kenan, Tunçomağ: Türk Borçlar Hukuku, C.1, Genel Hükümler, sh. 300 vd; Becker, Borçlar Kanunu Şerhi, sh. 87.

(23) HGK. 22.6.1983; 497/713.

6) Acaba muvazaa davası ile iptal davası birleşebilir mi? Ya da aynı hukuksal istem için her iki iptalin aynı olayda yığılması olanaklı mıdır?

a) Eğer muvazaa ispat edilmişse, tasarruf işleminin ayrıca bir iptal davası ile iptal edilmesine gerek yoktur. Zira muvazaa nedeniyle baştan itibaren geçersiz olan bir işlemin butlanına hükmettirilemez.

b) Muvazaanın henüz ispat edilmemiş olması halinde ise, Jager muvazaa ile iptal davasının birleşemeyeceği fikrindedir. Çünkü muvazaalı işlemin geçersizliği kesin olup hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

İptal davası ile muvazaa davasının uygulama bakımından birleşebileceğini kabul etmek gerekir. Zira muvazaa davasının iptal davasını bertaraf ettiği kabul edilecek olursa İİK. 277 vd.da öngörülen iptal davasının pratik önemi kaybolmuş olur. Böyle bir yorum tarzı borçlu ile borçlunun mal kaçırma eylemine katılan kötüniyetli üçüncü kişileri koruyucu bir sonuç yaratacağından hukuk mantığı ile de bağdaşmaz. Nitekim, Yargıtay 13. HD. 13.2.1978; 5021/535 ve 15. HD. 28.1.1991; 57/208 sayılı kararlarında muvazaalı işlemler hakkında iptal davası açılabilceğini benimsemiş bulunmaktadır(24).

D) SONUÇ

1- Yargıtay'a göre takip hukuku alanında borçlunun gerek özünde geçerli tasarrufları, gerekse hukuken geçerli sayılmayan muvazaalı işlemleri için ayırım gözetmeden tasarrufun iptali kurallarının (İİK. mad. 277 vd) uygulaması gerekmektedir. Örnekler:

"İcra takibine konu olan borçlarını ödememek amacı ile satın aldığı taşınmaz malları eşi diğer davalı adına tescil ettirdiğini ileri sürerek, tapunun iptali ile borçlu adına tescilli dava edilmiştir. Niteliği itibariyle dava tasarrufun iptaline ilişkindir. İİK. 282. maddesine göre bu davalar borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler aleyhine açılır. Bu kişinin borçları nedeniyle yakında mallarının haczolunacağını düşünerek malvarlığını alacaklılardan kaçırmak amacı ile yakın akrabasına doğrudan veya dolaylı olarak devirler yapması muvazaalı bir işlem olup, yukarıda sözüedilen yasa hükmü kar-

(24) Bu bölüm hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. Turhan Esener; Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İst. 1956, sh. 104 vd; Ergun Özsunay; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İst. 1968, sh. 215 vd; Sabri Şakir Ansay; Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ank. 1949, sh. 257 vd; Serda Kurtoğlu, İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği, İBD. Temmuz/Ağustos, 1973, c. 47, sayı: 7-8, sh. 776 vd; Cengiz Kostakoğlu; Takip Hukukunda İptal Davaları, AD. 1989/6, sh. 11 vd; 4. HD. 30.5.1977; 11500/3670.

şısında borçlu tarafından yapılan bir ödeme olarak kabul edilmelidir. Bu konuda tanık dinlenmesine yasal bir engel de yoktur (MK. mad. 2, HUMK. mad. 293). Olayda dinlenen tanıklar, borçlu davalının alacaklıdan mal kaçırmak maksadıyla dava konusu bağımsız bölümlerin davalı eş adına tescil edildiğini ve satış bedelinin davacıdan alınan borç para ile borçlu tarafından karşılandığını doğrulamışlardır. O halde yeterli belge ve gerekçeye dayalı iptale ilişkin mahkeme kararının onanmasına..."(25).

"Davacı (M)'den olan alacağı için borçlunun mallarına haciz koydurduğunu, ancak borçlunun daha önce davalı ile anlaşarak muvazaalı biçimde davalıya borçlandığını ileri sürerek bunun iptalini istemiştir. Davacı muvazaalı iddia etmiş ve alacağın doğumuna konu tasarrufun iptalini istemiştir. O halde dava İİK. 277 vd. maddelerinde yer alan tasarrufun iptali davasıdır"(26).

"Borçlunun malvarlığını alacaklıdan kaçırmak için yakın akrabasına doğrudan ve dolaylı olarak devretmesi muvazaalı bir işlem olup, İİK. 277 vd. gereğince tasarrufun iptaline konu olur"(27).

"Alacağın tahsilini imkansız bırakmak için sahibi olduğu taşınmaz davalıya temlik edildiğinden bahisle açılan dava İİK. 277 vd. maddelerde yer alan tasarrufun iptaline ilişkin olup, anılan yasanın 277. maddesine göre dava ön şartı bulunmadan açılan davanın reddi gerekir"(28).

Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere borçlunun muvazaalı işlemleri bir ayırım gözetmeksizin iptal davasına konu edilebilmektedir. Gerçekten de icra takibine konu edilen ve takip hukuku kapsamına giren bir alacağın tahsilini temin için borçlunun malvarlığını alacaklı yönünden koruyucu bir hukuk yolu olan iptal davası hükümlerinin, özünde geçerli tasarruflar için uygulanıp borçlu ile danışıklı hareket ederek alacaklıdan mal kaçırmaya eylemine yardımcı olan üçüncü kişilerle yapılan muvazaalı tasarruflara uygulanmaması hukuk anlayışına ve yasanın amacına ters düşer. O halde takibe konu bir alacağın tahsilini temin için, borçlunun özünde geçerli tasarrufları ile yaptığı muvazaalı tasarruflar arasında bir ayırım yapılmaksızın, koşullar mevcutsa iptal davası hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.

(25) 15. HD. 26.4.1984; 775/1466.

(26) 13. HD. 13.2.1978; 5021/535.

(27) 15. HD. 26.4.1984; 775/1466.

(28) 15. HD. 22.1.1987; 49/96.

2- Borçlunun muvazaa suretiyle elinden çıkardığı mal veya değer hakkında alacaklı tarafından BK. mad. 18'e göre sözkonusu işlemin hükümsüz olduğunun tesbiti istenebilir.

Gerçekten de iptal davası, varolan bir icra takibinde alınan geçici veya kesin aciz belgesine dayanılarak alacaklı tarafından (İİK. mad. 277/1) veya iflas idaresince (İİK. mad. 187) ve iflas idaresinin dava hakkını devredeceği alacaklı tarafından (İİK. mad. 245 ve 255) açılabilir. **Bu nedenle alacaklının muaccel olsa dahi henüz takip aşamasına girmeyen alacağı için borçlu tasarrufunun iptali sözkonusu olmaz**(29). Bu gibi durumlarda muvazaa suretiyle elinden çıkardığı mal veya değer hakkında alacaklı tarafından BK. 18. maddesine dayanılarak yapılan işlemin hükümsüz olduğunun tesbiti davası açılabilir. **Bu durumda, takip hukuku ile ilgili bulunmayan davada İİK. 278 vd. maddelerindeki alacaklı yararına kabul edilen ispat karineleri uygulanamaz, muvazaa iddiasının usul hükümleri dairesinde ispat edilmesi gerekir**(30)

Özellikle mahkemeden istihsal eylediği tazminat ilamının infazı için icra dairesine başvurmayan alacaklının istemi borçlunun tasarrufları ile felce uğratılabilir. Örneğin davacının kesinleşmiş olan ilamlı alacağının tahsilini önlemek için borçlunun yaptığı muvazaalı işlemin BK. 18. maddesine dayanılarak pekala iptali istenilebilir. İİK. 277 vd. maddelerinin infaz aşamasında dikkate alınacağına ve davacı alacaklı da tazminat ilamı için icra dairesine başvurmadığına göre bu tür davayı açmakta hukuki yarara sahip olduğu kabul edilmelidir. Davacının sözleşmenin tarafı olmadığı ve bir yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği ve de İİK. 277. maddesine göre aciz vesikası alınmadığı ileri sürülüp BK. 18. maddesine dayanılarak açılan muvazaa davasının reddine karar verilemez. Zira davacı dilerse icraya başvurabilir, dilerse anılan 18. maddeye dayanarak iptal davası açmakta muhtardır(31).

3- MUVAZAALİ BİR HUKUKSAL İŞLEM İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İZRAR EDİLMESİ ONA KARŞI İŞLENMİŞ BİR HAKSIZ EYLEM NİTELİĞİNDEDİR. O halde davaya konu edilen satışın muvazaalı yapıldığı kanıtlandığı takdirde bu satışa konu edilen maldan da alacağın tahsili için yararlanabilecektir. Davacının bu

(29) İptal davalarında, davalıların borçluda bir alacağının bulunması ve davacının borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edememiş (yani alacağını tam olarak tahsil edememiş) olması ön koşuldur (15. HD. 24.5.1989; 4546/2485).

(30) Zira İİK. 277 ve sonraki maddelerinde öngörülen iptal davasından amaç, 278, 279 ve 280. maddelerde yazılı tasarrufların butlanına hükmedilmesini sağlamaktır (4. HD. 3.7.1973; 7053/7760).

(31) 1. HD. 22.5.1984; 3005/6104.

hakkı aynı (nesnel) değil şahsi (kişisel) sonuç doğurur. Davanın, muvazaanın isbatı sonucunu vermesi halinde "tapunun iptaline" değil, (olayda kıyasen uygulanması gereken İİK. 283/1 maddesi uyarınca) iptal ve tescil olmaksızın da taşınmazın haciz ve satışına karar verilecektir. Bu davanın amacı da budur(32).

O halde borçlunun muvazaalı bir işlemde bulunduğunu öğrenen alacaklı, (şartları oluşmak kaydıyla) dilerse İİK. mad. 277 vd. göre "iptal davası", dilerse BK. mad. 18'e göre yapılan işlemin muvazaa neğeniyle hükümsüz olduğunun tesbiti davası, dilerse de muvazaa hukuksal işleminin haksız eylem niteliğinde olması nedeniyle bu işlemin kendileri yönünden geçersizliğine ilişkin dava açabilecektir.

Çoğu kez iptal davalarının açılmasında davacının, tasarrufa konu mal tescile konu ise, üçüncü kişi adına olan kaydın iptali ile borçlu adına tescili şeklinde talepte bulunduğu veya mahkemelerce bu nitelikte hüküm kurulduğu gözlenmektedir. Dava dilekçesinin yorumu ve davanın hukuksal yönden nitelenmesi ile uygulanacak yasa ve hükümlerinin belirlenmesi hakimın görevi cümlesindendir (HUMK. mad. 76). Bu durumda hakim, dava dilekçesindeki ifadelerden davacının istek ve amacını tesbit etmeli ve davanın niteliğine göre uygun hüküm kurmalıdır. O halde davacının takip hukuku kapsamındaki alacağının, borçlunun yetersiz malvarlığından sağlanamadığı ve takip öncesi veya takip sırasında yapılan tasarruftan bu alacağın tahsilinin istendiği yorumlanarak davanın İİK. 277 vd. maddelerinde yer alan iptal davası olarak nitelenmesi sonucunda verilecek hükmün İİK. 283. madde kapsamında olması gerekir. Daha değişik bir anlatımla, iptal (veya haksız eylem) davalarında davanın subutu halinde, davaya konu mal veya değer aynına ilişkin bir hüküm kurulmaksızın, verilecek kararda (davaya konu edilen mal veya değer hakkında borçlu tarafından yapılan tasarrufun iptaline) yargısı ile yetinilmesi gerekir.

E- GÖRÜŞÜMÜZ

Biz Yung'tan esinlenerek bu konuda şu sonuca ulaştık: Kural olarak muvazaalı bir temlikte taraflar, temlik işlemi gerçekte istemedikleri halde, inanca dayalı bir işlemin tarafları, temlik işlemi ciddi olarak istemektedirler. Ciddi (samimi) bir devirin (temlikin) mevcudiyeti için devir alanın, devrolunan hakka ait başlıca yetkileri, kendi irade ve takdirine göre bizzat kullanması gerekir(33). Bununla beraber devir-edenin

(32) 4. HD. 4.4.1996; 2177/2705. Not: İddia itibarıyla bu tür davalarda aciz vesikasının alınması gerekli ve zorunlu değildir. O halde muvazaanın var olup olmadığı konusunda araştırma yapmaksızın, aciz vesikasının yokluğu nedeniyle davanın reddi doğru değildir.

(33) "Satışa rağmen taşınmazlara davacının eskisi gibi tasarrufa devam etmesi... satışın muvazaalı olduğuna karinedir". 1. HD. 21.11.1978; 10321/11567 (YKD. C.V, S.5, Mayıs, 1979, sh. 618).

yararlarını gözönünde tutmak ve onun tarafından verilen genel talimat çerçevesinde hareket etmekte ciddi ve samimi bir devrin mevcudiyetini engelleyemez. Buna karşı, devir - alan hiç bir bağımsızlığa sahip değil ise ve hergün devir edenin ufak tefek emirlerini yerine getirmek mükellefiyetiyle yükümlü ise; o, hak sahibinin iradesinin sadece pasif bir taşıyıcısı olup, hakkın gerçek sahibi olamaz. Hakkın kullanma ve idaresine ilişkin karar alma yetkisinin devir alana verilmediği yerde, artık bir inançlı işlem den söz edilemez.

Bu kriterler, taraf iradelerinin yorumunda Hakime büyük görevler ifa ederseler de bize göre asıl sorun bu iki ihtimalden birinin seçilemediği sınır durumlarda, işlemin inançlı mı, yoksa muvazaalı mı olarak kabul edilmesi gerektiğinde gözükmeştir. Zira İİK.nun 277 vd. maddelerinde sözü edilen iptal davaları, inançlı işlem gibi (borçlu tarafından ciddi ve geçerli olarak yapılmış bazı tasarruf işlemlerinin hükümsüz kalması için) açılırken muvazaanın mahkeme kararı ile tesbit ettirilmesi davası, alacaklı ile borçlunun yaptığı tasarruf işleminin gerçek halde hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar(34). Daha yukarıda da belirtildiği üzere böylesi sınır durumlarda Tuhr, Oser/Schönenberger, Ehrenzeller ve Keller (35) İnançlı işlem, Esener ve Postacıoğlu ise muvazaa karinesi lehinde görüşlerini belirtmişlerdir.

Biz de bitişik ve birbirinden kesin olarak ayrılamayan olaylarda Yüksek Birinci Hukuk Dairesinin yıllardan beri uygulayageldiğini kabul ettiğimiz muvazaa karinesi görüşünü paylaşıyoruz. Zira bu görüş menfaatler dengesini sağladığının yanında yaşam koşul ve gerçeklerine daha uygun düşmektedir. Öte yandan davalı (borçlu)nın bu iradesi haksız bir sonuca yöneltmiş olması nedeniyle hile(36) olarak kabul edilmektedir. Hile ise üçüncü bir kişinin haklarını elinden almak, bu hakların kullanılmasını felce uğratmak amacını gütmesi bakımından her türlü muvazaa olarak kabul edilmektedir(37). Oysa inançlı sözleşmede, üçüncü kişileri aldatmak amacı bulunmamaktadır(38).

Üçüncü kişi durumunda olan alacaklıyı zararlandırıcı kazandırma işlemi ilke olarak muvazaalı işlem kabul etmek ve bunun aksini yani inançlı olduğunu ileri süren borçluyu bu iddiasını kanıtlamaya zorlamak hak ve adalete de uygun düşmektedir. Zira iptal davaları daha külfetli ve sıkı koşullara bağlıdır; şöyle ki: İİK. 277 vd. dayalı iptal davasını açma hakkı, iptale tabi tasarrufun yapıldığı tarihten

(34) Esener, sh. 105; 4. HD. 30.4.1977; 11500/3670 (YKD. C. IV, S. 8, Ağustos 1978, sh. 1284 vd.)

(35) Ehrenzeller ve Keller, Özsunay: sh. 227, dipnot 44'te anılmıştır.

(36) Tuhr, sh. 378.

(37) Fabreguettes, sh. 248'deki dipnot'un devamı.

(38) Tekinay, Selahattin Sulhi: Borçlar Hukuku, 4. bası, İst. 1979, sh. 364.

itibaren beş yıl geçmekle düşer (İİK. mad. 284). Bu beş yıllık süre hak düşürücü nitelikte olduğundan mahkemece kendiliğinden gözetilir(39). Bundan ayrı yasanın metninin sözlerine sıkı sıkıya bağlı bir Hakim önünde, bir tasarrufun iptale tabi olduğunu ispat etmek çok zor ve ekseriya olanaksızdır. Çünkü, davacı alacaklı borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ilişkilerin yabancısıdır. Bu nedenle Kuru'nun da belirttiği üzere(40) kesin bir şekilde isbatı çok güç olan iptal davalarında, hakim, kanunun koymuş olduğu karinelerden de yararlanarak, serbest takdir hakkını kullanmalı ve iptal davasından beklenen amacı gerçekleştirmeye çalışmalıdır. Bu nedenle muvazaalı kazandırmalarda, alacaklılar muvazaayı isbat suretiyle, kazandırma konuları üzerinde haciz takibi yapabilecekleri halde; inançlı kazandırmalarda, alacaklının korunması biraz daha dolaşık bir yoldan gerçekleştirilmektedir(41).

Bu kesimi GAUDY'nin konumuzla ilgili şu sözleri ile bitirmek isteriz: "Böyle kuresuz olmayan hukuksal işlemleri hükümsüz saymak, hukuksal emniyetin bir ihtiyacıdır. Daha pratik olan, daima daha iyidir"(42).

- İKİNCİ KESİM -

YARGITAY UYGULAMASINDA SAPTANAN İLKELER

A) YARGITAY 4. HD.NİN BELİRLEDİĞİ İLKELER VE ELEŞTİRİSİ

1- MUVAZAALI BİR HUKUKSAL İŞLEM İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİYE ZARAR VERİLMESİ

Muvazaalı bir hukuksal işlem ile üçüncü kişinin zarara sokulması ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir. O halde üçüncü kişiler (davacılar) muvazaa nedeniyle hakları halele uğratıldığı takdirde tek taraflı veya çok taraflı hukuksal işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler.

(39) Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku, Ank. 1983, sh. 788.

(40) Sh. 789.

(41) Postacıoğlu, sh. 1025; Özsunay, sh. 218.

(42) Oser/Schönenberger, sh. 146; Özsunay, sh. 221.

2- ALACAĞIN ÖDENMESİNİ ÖNLEMELİK AMACI İLE YAPILAN MUVAZAALİ İŞLEM

Üçüncü kişilerin muvazaalı işlem ile hakkının halele uğradığının benimsenebilmesi için, onun muvazaalı işlemde bulunandan bir alacağının bulunması ve bu alacağının ödenmesini önlemek amacıyla muvazaalı işlemde bulunulması gerekir.

3- DAVACININ AMACI BELİRLENMELİDİR

Davacının bu tür davalardaki amacı elde edemediği alacağını tahsil edebilmek için hukuksal işlemin kendisi yönünden geçersizliğini sağlamaktır. Gerçekten de bu dava ile davacılar, davalıların muvazaalı işlem yapmak suretiyle alacağın tahsilini önlemek istediklerini hakime tesbit ettirmektedirler. Muvazaalı işlemin tümünün butlanı için bir istek bulunmamaktadır. Zira davacı eğer muvazaa davasını kazanırsa, mahkemeden alacağı ilamı icra dairesine sunacak ve dava konusu taşınmazın (borçlunun borcundan dolayı) haczedilmesini isteyebilecektir. Ayrıca iptal davası (İİK. mad. 277 vd) açılmasına gerek yoktur.

4- DAVACININ HAKKI KİŞİSEL MAHİYETTEDİR

Davacının bu hakkı aynı (nesnel) değil ve fakat şahsi (kişisel) sonuç hasıl eder. Zira Federal Mahkemenin de belirttiği üzere(43) eğer muvazaalı sözleşmeye dayanılarak bir aynı (nesnel) hak tapu siciline tescil edilmişse, bundan aynı (nesnel) hakları haleldar olan taraf, MK. mad. 933'e göre kaydın silinmesini isteyebilir. Oysa davacının istemi aynı (nesnel) olmayıp tamamen şahsi (kişisel) mahiyette bulunmaktadır. O zaman davanın (muvazaanın) sonucunu vermesi halinde tapunun iptaline değil (olayda kıyasen uygulanması gereken İİK. 283/1 maddesi uyarınca) iptal ve tescil olmaksızın taşınmazın haciz ve satışına karar verilecektir. Zira davanın amacı esasen budur. O halde davacıların alacaklarının tahsilinden sonra kalan değer olur ise tasarruf tüm şartları ile hukuksal kıymetini muhafaza eder.

5- DAVA ŞARTLARI

İİK. mad. 277 - 284'e göre iptal davası açabilmek için, alacaklının elinde **bir borç ödemedi belgesi (İİK. mad. 143, 105) bulunmalıdır** (İİK. mad. 277/1). İptal davası açıldıktan sonra, dava şartı olan aciz belgesi mahkemeye verilirse, dava şartı noksanlığı sonradan ortadan kalkmış olacağından, mahkemenin iptal davasına bakması gerekir. Aksi takdirde davanın esasına girilmeksizin onu mesmu olmadığından dolayı (usulden) reddetmekle yükümlüdür.

(43) RO 46 II 30.

Muvazaa davalarında ise mahkemenin diğer şartlar yanında muvazaanın var olup olmadığı konusunda araştırma yapmak ve doğacak uygun sonuç dairesinde karar vermek durumundadır. Aciz vesikasının yokluğu nedeniyle dava reddedilemez.

6- ALACAĞIN KESİNLEŞMESİ GEREKİR

Üçüncü kişinin (davacının) muvazaalı işlem ile hakkının halele uğradığının benimsenebilmesi için, onun muvazaalı işlemde bulunandan bir alacağının mevcut olması ve bu alacağının ödenmesini önlemek amacıyla muvazaalı işlemde bulunulması gerekir.

İlke olarak alacağın mahkeme kararından önce kesinleşmiş ve tahsili için hiçbir engelin bulunmaması gerekir. Dahası var: Kesinleşmemiş bir alacak bile olsa davanın hemen reddedilmeyip alacağın kesinleşmesinin sonucunun beklenmesi, tahsili gereken bir alacak varsa bu tür davanın ona göre sonuçlandırılması zorunludur. Zira dava şartı noksanlığı (alacağın muaccel hale gelmesi hususu) sonradan tamamlanmış olmaktadır.

7- MUVAZAALI İŞLEM İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİYE HAKSIZ EYLEM İŞLENMİŞTİR

Muvazaalı bir hukuksal işlem ile üçüncü kişinin ızzar edilmesi ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir. Ancak üçüncü kişinin muvazaalı işlem ile hakkının halele uğradığının benimsenebilmesi için, onun muvazaalı işlemde bulunandan bir alacağının mevcut olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla muvazaalı işlemde bulunulması gerekir. Genel olarak denilebilir ki bir kimsenin başkalarının sözleşmesel ilişkilerine bilerek zarar vermemesi gerekir. Böyle bir genel davranış yükümüne aykırı davranan kişi (veya kişiler) verdikleri zararı gidermekle yükümlüdürler.

Yargıtay 4. HD. 14.11.1940; 2056/2430 sayılı eski bir kararında "alacaklıların takibine maruz kalan davacının, onları zararlandırma amacı ile karısına mallarını devir etmesini" ahlak ve adaba aykırı saymıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi de, iflas masasından kurtarmak amacı ile bir borçlu tarafından (X)'e yapılan itimat ve itibara dayalı faydalandırıcı bir işlemi ahlaka aykırı ve bundan dolayı da geçersiz saymıştır. Andreas von Tuhr'a göre bu karar, borçludan bütün istirdat haklarını ortadan kaldıran BK. 65. maddeye istinat etmek suretiyle pek ileri gitmiştir. Bu tür faydalandırıcı işlemler iptal davasına müteallik hükümlere göre takdir edilmek gerekir. Bazı defa itibara dayalı yapılan faydalandırıcı işlemin amacı devredilen şeyi alacakların takibinden kaçırmak ve kurtarmaktır. Bu hukuksal işlemler ne muvazaa ve ne de BK. 20. madde gereğince batıldır; kanun alacaklılara verilen zararı adaba aykırı saymamış, bu işlemleri özel kurallara tabi tutmakla yetinmiştir. İtibara dayalı devir ilk hamlede alacaklılara zarar vermez,

çünkü bunların devreden istirdat hakkını haczettirmeleri daima caizdir. Eğer bu hak itibari surette devreden ve itibari surette iktisap eden kimseler arasındaki sözleşmeye göre halen kullanılmıyorsa veya şartları bunun kullanılmasını çok güç kılıyorsa faydalandırıcı işlem İLK. mad. 277 ve müteakip maddeler gereğince iptal olunabilir. Adabın kınadığı (takbih ettiği) sözleşmeler, ancak kanunun diğer bir hukuki hüküm ve netice derpiş etmemesi halinde BK. 20. madde gereğince batıldır. Örneğin, diğer alacaklılar zararına bazı alacaklıları korumaya yönelik bir tasarruf işlemi ancak -hatta bu işlem adaba bir tecavüz teşkil etse bile- İLK. 277 vd. maddelere istinaden iptal edilebilirler(44).

Ehrenzeller de Federal Mahkemenin görüş tarzının anlaşmalarda itimat ve hukuksal emniyet ilkelerini sarstığını iddia etmiştir.

Şu var ki malları devir alan kimseyi burada korumaya pek gerek görülmemektedir. Zira o da ahlak ve adaba aykırı sayılan işleme iştirak etmiş bulunmaktadır(45).

8- ÖRNEK KARARLAR

a) "Davacı, senetli alacağı nedeniyle davalı Hasan Doğdu aleyhine takip başlattığını, bu davalının takibi semeresiz kılmak için sahibi olduğu traktörü kardeşi olan diğer davalı Mehmet Doğdu'ya devrettiğini, bu devrin muvazaalı olduğunu bildirerek iptalini istemiştir.

Davalılar muaccel bir alacak bulunamadığını, satış işleminin muvazaaya dayanmadığını bildirerek davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkemece, satış işleminin yapıldığı sırada henüz icra işleminin başlamamış sayılacağı, ihtiyati haczin ilk emniyet tedbiri sayılması gerektiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dava, muvazaaya (Borçlar Kanunu madde 18) dayalı bir iptal davasıdır. Kural olarak üçüncü kişiler (olayımızda davacı) muvazaa nedeniyle hakları halele uğratıldığı takdirde tek taraflı veya çok taraflı hukuki muamelelerin geçersizliğini ileri sürebilirler. Çünkü muvazaalı bir hukuki muamele ile üçüncü kişinin ızzar edilmesi ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir. Ancak üçüncü kişinin muvazaalı muamele ile hakkının halele uğradığının benimsenebilmesi için, onun muvazaalı muamelede bulunandan bir alacağının mevcut olması ve bu alacağının ödenmesini önlemek amacıyla muvazaalı muamelede bulunulması gerekir.

(44) Tuhr, sh. 201, 248 dip not: 46, 431.

(45) Esener, sh. 53.

Somut olayda davacı, 10.8.1990 vade tarihli senetle davalı Hasan Doğdu ve 3. kişiden alacaklı olduğu için borçluları aleyhine Kastamonu Asliye Hukuk Mahkemesinden 1991/52-39 D. İşler sayılı ve 26.2.1991 günlü ihtiyati haciz kararı almış, bu kararı Kastamonu İcra Müdürlüğü'nün 1991/1169 sayılı dosyası ile takibe koyarak borçlu Hasan Doğdu'nun traktörü üzerine ihtiyati haciz konulması için trafiğe yazı yazdırmıştır. Trafik bürosunun "26.2.1991 tarihinde sözü geçen traktörün Mehmet Doğdu'ya devredildiğini, bu nedenle yazı gereğinin yapılmadığını" bildirmesi üzerine davacı kendisine borçlu olan Hasan Doğdu ile traktörü devralan Mehmet Doğdu aleyhine bu davayı açmış bulunmaktadır.

Mahkemenin davayı red gerekçesi ile alacağının tahsil edilebilir düzeye gelmediği görüşüne katılmak mümkün değildir. Davacının borçlusu aleyhine başlattığı takip mahkeme kararından önce kesinleşmiş tahsili için hiçbir engel kalmamıştır. Kaldı ki kesinleşmemiş bir alacak bile olsa davanın reddedilmeyip alacağın kesinleşmesinin sonucunun beklenmesi, tahsili gereken bir alacak varsa bu tür davanın ona göre sonuçlandırılması gerekir.

Özellikle davalıların kardeş olmaları, ihtiyati haciz kararı ile bu karar gereği trafiğe yazılan yazı ve trafikteki devir tarihleri ile alacağın tahsili için gösterilen gayretleri belirtir dosyada bulunan bilgi belge ve dosyalar değerlendirildiğinde, sözü geçen satışın alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik muvazaalı satış olduğu sonucuna varılır. Bu nedenle davanın kabulüne karar vermek gerekirken reddi doğru olmamıştır"(46).

b) "Davacıların bu davadaki amaçları tahsil edemedikleri alacaklarını tahsil edebilmek için satış işleminin kendileri yönünden geçersizliğini sağlamaktır. Bu hak aynı değil şahsi sonuç doğurur. Yani davacıların alacaklıların tahsilinden sonra kalan değer olur ise tasarruf tüm şartları ile hukuki kıymetini muhafaza eder. Bu nedenle tapunun iptali ve tesciline karar verilmeksizin (olayda kıyasen uygulanması gereken İİK.nun 283/1 maddesi uyarınca) "tasarrufun iptaline" karar vermekle yetinilmesi gerekir. Yerel mahkeme kararı sonucu bakımından doğru bulunduğundan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438/9. maddesi uyarınca ek gerekçe ile ve hüküm bölümünde aşağıda yazılı çıkarma ve eklemeler yapılmak suretiyle karar onanmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle hüküm bölümünün birinci maddesinin son satırının çıkarılarak yerine "intikali ile ilgili tasarrufun iptaline" sözcüklerinin yazılmasına ve kararın bu düzeltilmiş biçimi ile onanmasına..."(47).

(46) 4. HD. 25.4.1995; 2310/3645.

(47) 4. HD. 24.6.1996; 5498/5734.

c) "Taraflar arasındaki tapu iptali ve tescil davası üzerine yapılan yargılama sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davacının davasının kabulü ile Karşıyaka Bayraklı, Ada 25149 ve 8 nolu parselde kayıtlı ve halen Mustafa Uslu adına görülen tapu kaydının iptali ile iş bu tapunun Turgut Uzunoğlu adına tapuya kayıt ve tesciline ilişkin hükmün süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor okunduktan sonra dosya incelendi gereği görüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öteki temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Dava, BK.nun 18. maddesine dayanan danışıklılık iddiasına ilişkindir. Dava kabul edildiğine göre İcra İflas Kanununun 283/1. maddesinin kıyasen uygulanarak tapu iptal ve tesciline karar verilemez. Yerel mahkemece bu konunun gözetilmemesi yanlış ise de yanılının giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK.nun 438. maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanması gerekir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın (2) sayılı bentte gösterilen nedenle hüküm fıkrasından tapu iptal ve tesciline ilişkin bölümlerin çıkartılarak yerine "davalı adına olan kaydın düzeltilmesine yer olmadan davacının haciz ve satışını isteyebilmesine olanak tanınmasına" biçimindeki sözcük dizisinin yazılmasına; öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddi ile kararın düzeltilen bu durumyla **ONANMASINA...**(48).

d) "Davacı, davalılardan Nazım Aslantürk'ten alacağı nedeniyle takip başlattığını, bu davalının takibi etkisiz kılmak için sahibi olduğu gayrimenkulü önce İbrahim Akkaya'ya, ondan da oğlu Derya Aslantürk'e satış göstermek suretiyle devrettiğini, bu devrin muvazaalı olduğunu bildirerek iptalini istemiştir.

Mahkemece, davacının elinde İİK.nun 277 ve müteakip maddeleri gereği aciz vesikası bulunmadığı, borçlunun bir kısım borcunu ödediği, aczin belirlenmemesi halinde bu tür davanın açılmasının mümkün bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dava muvazaaya (BK. mad. 18) dayalı iptal davasıdır. Kural olarak üçüncü kişiler (olayımızda davacı) muvazaa nedeniyle hakları halele uğratıldığı takdirde tek taraflı veya çok taraflı hukuki muamelelerin geçersizliğini ileri sürebilirler. Çünkü, muvazaalı bir hukuki muamele ile üçüncü kişinin ızzar edilmesi ona karşı işlenmiş

bir haksız eylem niteliğindedir. Ancak, üçüncü kişilerin muvazaalı muamele ile hakkının halele uğradığının benimsenebilmesi için, onun muvazaalı muamelede bulunandan bir alacağının bulunması ve bu alacağının ödenmesini önlemek amacıyla muvazaalı muamelede bulunulması gerekir.

Somut olayda, davacı davalılardan Nazım Aslantürk ve başka bir kişi hakkında alacağından dolayı Ordu 1. İcra Müdürlüğü'nün 1993/1637 sayılı dosyasında 3.9.1993 günü takip başlatmış, dava konusu ettiği gayrimenkulün, dilekçesinde sözü ettiği biçimde muvazaalı olarak devredildiği iddiası ile de borçlu Nazım Aslantürk ile gayrimenkulü devralan Derya Aslantürk aleyhine bu davayı açmıştır. Davacının davalı aleyhine devam eden icra takibi vardır. Davaya konu edilen satışın muvazaalı yapıldığı kanıtlandığı takdirde bu satışa konu edilen maldan da alacağın tahsili için yararlanabilecektir. Davacının bu davadaki amacı tahsil edemediği alacağını tahsil edebilmek için hukuki muamelenin kendisi yönünden geçersizliğini sağlamaktır. Davacının bu hakkı ayni değil şahsi sonuç hasıl eder. Davanın muvazaanın isbatı sonucunu vermesi halinde tapunun iptaline değil (olayda kıyasen uygulanması gereken İİK.nun 283/1. maddesi uyarınca) iptal ve tescil olmaksızın da taşınmazın haciz ve satışına karar verilecektir. Bu davanın amacı da budur. O halde muvazaanın var olup olmadığı konusunda araştırma yapılmaksızın aciz vesikasının yokluğu nedeniyle davanın reddi doğru bulunmamıştır"(49).

KARŞI OY YAZISI:

Davacı, borçlu ile davalı Nazım Aslantürk'ün, borcunu ödemekten kaçınması ve alacağını etkisiz kılmak için, kendisine ait bulunan taşınmazı danışıklı olarak bir üçüncü kişiye, o kişinininde davalı Nazım'ın oğlu diğer davalı Derya Aslantürk'e yine danışıklı olarak devrettiğini, yapılan bu işlemlerin danışıklı olması nedeniyle hukuki sonuç doğurmayacağını belirterek tapunun iptalini ve kaydın davalı Nazım adına tescil edilmesini istemiştir.

Mahkemece davalı Nazım hakkında acizlik vesikasının alınmamış olması nedeniyle red kararı verilmiştir.

Yukarıya aktarılan olaya ve dosyadaki somut olgulara göre, iddianın incelenmesi gerekmektedir. Bozma ilamında da yazıldığı üzere, iddia itibarıyla bu olayda acizlik vesikasının alınması gerekli ve zorunlu değildir.

Ne var ki, halen kayıt davalı Derya adınadır. Bozma ilamında yazılı olduğu üzere iptal kararı verilmeden haciz ve satışa karar verilerek bu karar gereğince davacı hakkının sağlanması olanağı olmadığı düşüncesindeyim.

(49) 4. HD. 4.4.1996; 2177 /2705.

Kaldı ki davacı iptal ve tescil talebinde bulunmuştur. Mahkemenin bu talep dışına çıkarak, "haciz ve satış" kararı vermesi usul hükümleri ile bağdaşmamaktadır. Açıkladığım nedenlerden dolayı, bozma ilamında yer alan bu gerekçeye katılamamaktayım.

Üye

B.K.

e) Taraflar arasındaki "tapu iptali ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ordu Asliye 2. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 17.11.1995 gün ve 1995/279 E-295 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 4.4.1996 gün ve 1996/2177-2705 sayılı ilamı ile; (... Davacı, davalılardan Nazım Aslantürk'ten alacağı nedeniyle takip başlattığını, bu davalının takibi etkisiz kılmak için sahibi olduğu gayrimenkulü önce İbrahim Akkaya'ya ondan da oğlu Derya Aslantürk'e satış göstermek suretiyle devrettiğini, bu devrin muvazaalı olduğunu bildirerek iptalini istemiştir.

Mahkemece, davacının elinde İİK.nun 277 ve müteakip maddeleri gereği aciz vesikası bulunmadığı, borçlunun bir kısım borcunu ödediği, aczin belirlenmemesi halinde bu tür davanın açılmasının mümkün bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dava muvazaaya (BK. mad. 18) dayalı iptal davasıdır. Kural olarak üçüncü kişiler (olayımızda davacı) muvazaa nedeniyle hakları halele uğratıldığı takdirde tek taraflı veya çok taraflı hukuki muamelelerin geçersizliğini ileri sürebilirler. Çünkü; muvazaalı bir hukuki muamele ile üçüncü kişinin ızrar edilmesi ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir. Ancak, üçüncü kişilerin muvazaalı muamele ile hakkının halele uğradığının benimsenebilmesi için, onun muvazaalı muamelede bulunandan bir alacağının bulunması ve bu alacağının ödenmesini önlemek amacıyla muvazaalı muamelede bulunulması gerekir.

Somut olayda, davacı davalılardan Nazım Aslantürk ve başka bir kişi hakkında alacağından dolayı Ordu 1. İcra Müdürlüğü'nün 1993/1637 sayılı dosyasında 3.9.1993 günü takip başlatmış, dava konusu ettiği gayrimenkulün, dilekçesinde sözünü ettiği biçimde muvazaalı olarak devredildiği iddiası ile de borçlu Nazım Aslantürk ile gayrimenkulü devralan Derya Aslantürk aleyhine bu davayı açmıştır. Davacının davalı aleyhine devam eden icra takibi vardır. Davaya konu edilen satışın muvazaalı yapıldığı kanıtlandığı takdirde bu satışa konu edilen maldan da alacağın tahsili için yararlanabilecektir. Davacının bu davadaki amacı tahsil ede-

mediği alacağını tahsil edebilmek için hukuki muamelenin kendisi yönünden geçersizliğini sağlamaktır. Davacının bu hakkı aynı değil şahsi sonuç hasıl eder. Davanın muvazaanın isbatı sonucunu vermesi halinde tapunun iptaline değil (olayda kıyasen uygulanması gereken İİK.nun 283/1. maddesi uyarınca) iptal ve tescil olmaksızın da taşınmazın haciz ve satışına karar verilecektir. Bu davanın amacı da budur. O halde muvazaanın var olup olmadığı konusunda araştırma yapmaksızın aciz vesikasının yokluğu nedeniyle davanın reddi doğru bulunmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında da açıklanan gerektirici nedenler ve özellikle somut olayda, icra takibinin kesinleşmesinin yeterli bulunmayıp, aynı zamanda takip konusu alacağında kesinleşmiş olması gerekeceğine, bu itibarla borçlu davalı Nazım Aslantürk tarafından açılan ve halen derderst bulunan menfi tesbit davasının sonuçlanmasının beklenmesinde zaruret olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır"(50).

Yukarıda sözüedilen 4. HD. 4.4.1996; 2177/2705 sayılı kararı bilimselöğretide şu gerekçelerle eleştirilmiştir:

"Yüksek mahkemenin yukarıdaki kararı -gerek çoğunlukla verilen kararın gerekçesi ve gerekse karşıoy yazısındaki gerekçe- oldukça düşündürücüdür.

Uyuşmazlık konusu olayda; davacı kendisine borçlu olan davalı (A.N.) hakkında icra takibinde bulunmuş ancak davalının sahip olduğu taşınmazı (İ.K.)ya ve sonrada bu kişinin -borçlu (N.A.)nın oğlu olan- (D.A.)ya satması nedeniyle yaptığı takip semeresiz kalmış ve alacağına kavuşamamıştır.

Bunun üzerine davacı, yapılan bu "satış" işlemlerinin muvazaalı olduğunu ileri sürerek hem takip borçlusu (N.A.) ve hemde taşınmazın son maliki (N.A.)nın oğlu (D.A.) aleyhine iptal davası açmıştır. Davacı açtığı bu davada; "davalılardan (D.A.) adına olan tapu kaydının iptali ile diğer davalı (takip borçlusu) adına kayden tescilini istemiştir...

Burada çözümlenmesi gereken hukuki sorun, bu davanın "BK. 18'e dayalı bir muvazaa davası mı" olduğudur.

Yerel mahkeme, açılan davayı "İİK. mad. 277 vd. maddelerine dayalı iptal davası olarak nitelendirmiş ve dava koşulu olan aciz belgesi ibraz edilmediği için" davayı reddetmiştir.

Yüksek mahkeme ise, bir taraftan "dava muvazaaya (BK.18) dayalı iptal davasıdır" diyerek hukuki nitelendirmeyi bu şekilde yaptıktan sonra, diğer taraftan, "olayda kıyasen uygulanması gereken İİK. 283/1. maddesi uyarınca, dava sonucunda iptal ve tescil olmaksızın da taşınmazın haciz ve satışına karar verilecektir" diyerek, mahkemenin olayda "aciz belgesi aramasını" hatalı bulmuştur.

Karşı oy yazısında ise; "olayda aciz belgesinin aranmasının hatalı olduğu" kabul edilerek çoğunluğun bu konudaki görüşü benimsendikten sonra, mahkemenin dava sonucunda iptal ve tescil kararı verilmesi gerektiği vurgulanmıştır...

Doktrinde; "muvazaalı işlemler (BK. 18)" hakkında İİK. 277 vd. göre iptal davası açılıp açılmayacağı tartışmalı olmakla beraber (ayrıntılı bilgi için bkz; UYAR, T. İcra ve İflas Hukuku, İptal Davaları, 1992, sh. 23 vd.), uygulamada bu durumda her iki davanın da yani, hem BK. 18'e göre "muvazaa davası"nın ve hem de İİK. 277 vd. göre "iptal davası"nın açılabilmesi kabul edilmektedir (Bkz. 15. HD. 28.1.1990 T. 57/208; 24.1.1991 T. 5426/154; 14.11.1990 T. 4381/11547; 17.9.1990 T. 1792/3389; 16.11.1988 T. 2295/3785 vb. UYAR, T. a.g.e. sh. 33 vd.).

Kanımızca, yüksek mahkemenin yukarıdaki değerlendirmesinde iki hatalı husus vardır. Bunlardan birincisi; yüksek mahkemenin "neye göre davanın BK. 18'e dayalı muvazaa davası olduğunu" açıklamamış olmasıdır. Kararın gerekçesinde, "davacının takip borçlusu (davalı) hakkında icra takibi yaptığı, açtığı bu dava ile yapılan muvazaalı satışın kendisi yönünden iptalini istediği, açılan davanın aynı değil şahsi dava olduğu" belirtilmiştir. Aslında belirtilen bütün bu nitelikler İİK. 277 vd. göre açılan iptal davasının nitelikleridir (Ayrıntılı bilgi için bkz. UYAR, T. a.g.e. sh. 2 vd.). Bu gerekçelere dayanan yüksek mahkemenin -yerel mahkeme gibi- açılmış olan davayı "muvazaa davası" (BK. 18) değil "iptal davası" (İİK. 277 vd.) olarak nitelendirmesi gerekirdi...

Yüksek mahkemenin kararında, katılamadığımız ikinci husus; "BK.18'e dayalı muvazaa davası" sonunda, "tapunun iptaline" karar verilemeyeceği konusundaki görüştür. Yüksek mahkeme, bu hususu kararında "muvazaa davalarında İİK. 283/1 hükmünün kıyasen uygulanacağını" belirterek ifade etmiştir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü BK.18'e dayalı muvazaa davalarında, davanın sabit olması halinde, "yapılmış olan muvazaa nedeniyle, davalı üçüncü kişi adına tesciline" karar verilir. Buna karşın, İİK. 277 vd. dayalı iptal davalarında ise, "yapılan ta-

sarrufun davacı alacaklı bakımından iptaline" karar verilmekle yetinilir ve İİK. 283/1'deki açık hüküm nedeniyle ayrıca "davalı üçüncü kişi adına olan kaydın iptaline ve taşınmazın (diğer davalı) borçlu adına tesciline" karar verilmez...

Belirttiğimiz nedenlerle, yüksek mahkemenin gerek çoğunluk ve gerekse azınlık (karşı oy yazısındaki) görüşüne katılamıyoruz.

Yukarıdaki uyuşmazlık konusu olayda aslında davanın hukuki niteliğinin hangi kıstasta (ölçüte) göre belirleneceği hususu üzerinde durulmalıydı... Çünkü, davacı, "dava dilekçesi"nde, "davalılardan takip borçlusu hakkında icra takibi yaptığını, davalının icra takiplerini semeresiz bırakmak için, taşınmazını muvazaalı olarak önce dava dışı üçüncü kişi üzerine, Onun da yine muvazaalı olarak diğer borçlunun oğluna geçirdiğini..." belirttikten sonra, "netice" kısmında, "davalılardan (D.A.) adına olan tapunun iptali ile diğer davalı (takip borçlusu) (N.A.) adına kaydın tesciline karar verilmesini" istemiştir. Davacının dilekçesinin "netice" kısmında yer alan bu istem, "BK. 18'e dayalı muvazaa davası" mı açmaktır, yoksa "İİK. 277 vd. göre iptal davası" mı açmaktır? Davacı, eğer hiç icra takibi yapmadan bu davayı açmış olsaydı, davanın "muvazaa davası" olduğunda kuşkuyla düşülmezdi. Ya da, icra takibinden sonra açtığı bu davada, dava dilekçesinin "netice" kısmında "tapu iptali ve tescil" istememiş olsaydı, yine açtığı davanın "İİK. 277 vd. göre açılmış iptal davası" olduğunda kuşkuyla düşülmezdi.

Ancak; davacı, yukarıdaki karara konu olan uyuşmazlıkta olduğu gibi, dava dilekçesinde, her iki davanın da içeriğine uygun sözcüklere (daha doğrusu, istemlere) yer vermişse, davanın niteliği neye göre (nasıl) belirlenecektir?

Kanımızca, davacının dava dilekçesinde yer alan sözcüklerinden hangi davayı açmış olduğunun açık seçik anlaşılamaması halinde, -tıpkı, açılan davanın "itirazın iptali davası" (İİK. 67/1-IV) mı, yoksa "tahsil" (alacak) davası (İİK. 67/V) mı olduğunu belirlemek için özellikle Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin uzun yıllar uyguladığı (yaptırdığı) gibi (bkz. UYAR, T. İcra Hukukunda İtiraz, 1990, sh. 304 vd). -dava dilekçesi, davacıya açıklattırılmalıdır. Böylece, açılmış olan davanın hukuki niteliği, davacının açıklık getirdiği iradesi doğrultusunda belirlenmiş olur... Eğer böyle bir yol izlenmezse, davacının dava dilekçesinde yer alan iradesi -olayda olduğu gibi- farklı yargı organlarınca farklı şekilde yorumlanır ve bu yorumlama şekilleri de eleştiriye açık olur...

Yukarıdaki içtihadı konu olan uyuşmazlıkta, yerel mahkeme, yüksek daire'nin "bozma, kararına karşı "direnme kararı" vermiş olduğundan, bakalım Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hangi çözüm şekline katılacaktır?"(51).

(51) Talih, Uyar: Balıkesir Barosu Dergisi, Sayı: 62, Haziran 1998, sh. 32 vd.

9- DEĞERLENDİRME

a) HUKUKSAL SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNDEKİ YÖNTEMLER

Hukuksal uyumsuzlukların ve sorunların çözümünde tutulan mantıksal yol, çağlar boyu çok değişik düşünce akımlarının etkisi altında kalmıştır. Bir uçta, pozitivizmin kıskacında sıkışıp kalmış, yasa kurallarına sıkıca saplanmış KAVRAM HUKUKÇULARI(52) yer almaktadır. Bunlar, mekanik bir mantıkla, tek yanlı, yalınkat bir tümünden gelim yöntemiyle, hüküm üretmektedirler. Karşı kutuptaysa, ekzistansiyalizmin etkisiyle yasa kurallarını rafa kaldırıp salt somut olay adaletine ilişkin subjektif değer yargılarına bağlanmış serbest hukukçular sıralanmaktadır.

Günümüzün sağlıklı tutarlı yaklaşımı ise, hukuk kurallarıyla olay arasındaki ilişkiyi karşılıklı etkileşimi ve somut bütünlüğü içinde ele alır. Buna göre, yasa kuralı öncesi ve sonrası olmayan statik bir buyruk olarak değil de tarihsel süreci içinde, kendisini yaratan dinamikler ve yansıttığı menfaatler dengesi dikkate alınarak nesnel bir gözlemlerle, günün koşulları içinde değerlendirilir. Son olarak, soyut kuralın (büyük önermenin) somut uyumsuzluk olayı (küçük önerme) ile çakıştırılmasının pratik yaşamdaki somut ekonomik ve sosyal etkileri hesaba katılır; uygulamanın pratikte Anayasanın temel değer yargılarına, özel olarak eşitlik ve sosyal devlet ilkesine uyarlığı, yerindeliği ve amaca uygunluğu sınanıp denetlenir (Bu konularda geniş açıklamalar için bkz. Serozan, Rona: Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İst. 1979, sh. 203 vd.). Zira bu yöntem aynı zamanda mekanik ve şematik hukuk uygulamasının somut yaşam gerçeklerine yabancı düşen sonuçlarını da bertaraf etmesi bakımından üstün tutulmuştur.

b) MUVAZAALİ İŞLEM YOLUYLA HAKSIZ EYLEMDE BULUNMA DURUMU:

Yapılan bir sözleşme ile kendi hakları ortadan kalkan üçüncü kişilerin zararının giderilmesi elbette gereklidir. Burada haksız eylem yahutta ahlaka aykırı hareket edilmesi sonucu zarar meydana geliyor. Gerçekten de borçlu ile işbirliği yapılarak alacaklıdan kaçırmak amacı ile yapılan malvarlığı aktarımları haksız eylem niteliğindedir. Muvazaalı işlemin aynı zamanda haksız eylem teşkil etmesi halinde genel kurallar uyarınca tazminat istenebilir(53). Tuhr ve Funk'a göre eğer taraflar

(52) von Tuhr daha çok kavramlara önem veren eski hukuk akımına mensup bir hukuk üstadı idi. Şu var ki bu akıma kendilerine ufak ayrılıklarla yararlar içtihadı -Interessenjurisprudenz- ereksel içtihad -tele ologische jurisprudenzen- serbest hukuk kuramı -Freiderchtslehre- gibi isimler veren yeni akımlar savaş açmış bulunmaktadır (Bkz. bu konuda; Nihat Yavuz: Andreas von Tuhr ve Dilimize Çevrilen Ölümsüz Kalıcı Yapıtı Olan "Borçlar Hukuku"nun Tıpkı Basımı Hakkında Birkaç Söz, YD. C.9, Temmuz 1983, sayı: 3, sh. 374/375).

muvazaa ile üçüncü kişiyi kasten zarara uğratmış iseler (zarara uğrayan alacaklı) muvazaayı yapanlara karşı BK. 41/2 fıkrası gereğince tazminat isteminde bulunabilecektir(54). Esasen tarafların muvazaa ile bir üçüncü kişiyi kasten zarara sokmaları ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir(55).

Görüşüme göre sadece muvazaalı işlem ile bir üçüncü kişiyi zararlandırmak (bir başına) tazminat ödetmeye yetmez. Ayrıca o kişinin ahlaka aykırı bir surette kasden zarara uğratılması gerekir. Zira adalet ve ahlak duyguları ancak bu halde verilen zararın ödettilmesini haklı kılar.

Alacaklının borçluya karşı olan hakkı (şahsi) nisbidir. Nisbi haklar, yani alacak hakları kural olarak ancak borçlu tarafından ihlal edilebilir. Fakat GALPKE'ye göre nisbi hakların da üçüncü kişiler tarafından ihlali olanaklıdır ve bu ihlal BK. mad. 41 anlamında hukuka aykırılık teşkil eder(56). Muvazaalı sözleşmenin yapılması yasa tarafından yasaklanmadığı için bu yönde bir işlem başlı başına haksız eylem olarak telakki edilmezse de, ahlaka aykırı nitelik taşıdığı sürece tazmine neden olabilir. Genellikle halk vicdanına aykırı olarak kabul edilen hususlar adaba aykırı işlem sayılmaktadır.

c) SONUÇ:

Davalıların yaptıkları muvazaalı işlem sonucu davacının (alacağının tahsilini tehlikeye sokmak) suretiyle hakkını halele uğratmışlar ve böylece davacının tazminat hakkının doğumuna neden olmuşlardır. Bir başka anlatımla tazminat alacağı, ihlal edilen hakkın yerine geçmektedir. Böylece ihlal edilen hak bir anlamda tazminat alacağının içinde varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Bundan ayrı olarak tazminata esas teşkil eden bir zararın belirmiş olduğunu kabul etmek gerekir. Zira zararın gerçekleşeceği (gelecekte doğacağı normal olarak kabul edileceği hususu) apaçıktır.

— oOo —

(53) Bkz. Erman/Brox; Aday, Nejat: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İst. 1992, sh. 76, dip not: 380a.

(54) Tuhr, sh. 275; Funk, sh. 29.

(55) Tunçomağ, Kenan: İHFM, CXXIX, sayı: 1-2, sh. 384, Renda/Onursan: C:11, sh. 66; 4. HD. 25.9.1989; 7047/6940.

(56) Bkz. Nihat Yavuz: Kiraya Verilen Taşınmazın Bir Başkasına (Üçüncü Kişiyi) Devir Edilmesi Halinde Kiracının Hakları, TNB sayı: 88, 15 Kasım 1995, sh. 18.

MANEVİ TAZMİNATIN FONKSİYONU VE NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Çiğdem KIRCA(*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Manevi Tazminatın Fonksiyonu Konusundaki Görüşlerin Tarihi Gelişimi. II- Manevi Tazminatın Fonksiyonu Konusundaki Görüşler. A- Subjektif Manevi Zarar Kavramına Dayanan Görüşler. B- Özel Ceza Fonksiyonu. C- Önleme ve Caydırma Fonksiyonu. D- Objektif Manevi Zarar Görüşüne Dayanan Fonksiyon. - Telif Fonksiyonu. III- Görüşlerin Değerlendirilmesi. Sonuç.

Kişilik hakkının ihlâli halinde kişilik varlığında meydana gelen eksilmeler sonucu talep edilen manevi tazminatın(1) fonksiyonunun ne olduğu konusunda görüş birliği yoktur. Manevi tazminatın ceza fonksiyonu taşıdığını ileri sürenler bulunduğu gibi, zarar göreni tatmin ve teskin etme fonksiyonu bulunduğunu ileri sürenler de vardır. Üçüncü bir görüş, manevi tazminatın manevi zararın giderilmesi, telafi edilmesi amacını taşıdığını kabul etmektedir.

Bu görüşlerin açıklamasına geçmeden önce, konunun tarihi gelişimine değinmekte fayda görüyoruz.

I. Manevi Tazminatın Fonksiyonu Kanusundaki Görüşlerin Tarihi Gelişimi

Manevi tazminatın tarihi gelişimine bakıldığında ceza düşüncesine dayandığı görülmektedir(2). Roma hukukunda, kişilik değerleri kural olarak bazı özel ceza davaları ile korunmaktaydı. Para olarak belirlenen ve mağdura ödenen ceza yükümü, manevi kayıplarına karşılık olarak mağdurun teskin edilmesi yanında öç ve yaptırım ihtiyacını da gidermekteydi. Kişilik hakkının korunması için kabul edilen davalardan en önemlisi, hakimın olayın özelliklerine göre takdir yetkisini kullanarak ceza miktarını serbestçe belirlediği *iniuria davası* idi (Aktio Iniuriarum)(3). Bu dava ilk zamanlarda sadece vücut bütünlüğünün ihlâli halinde açılırken, klâsik dönemde genel bir norm niteliğinde, üçüncü kişilerin kişilik haklarını kasıtlı olarak ihlâl eden

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Manevi tazminat karşılığında İsviçre hukukunda tatmin (Genugtuung) (İBK 49), Alman hukukunda ise acı parası (Schmerzensgeld) (AMK § 847) terimleri kullanılmaktadır. Tam karşılığını vermese bile, birlik sağlamak amacıyla bu kelimeleri manevi tazminat terimi ile ifade edeceğiz.

(2) Bkz., Stoll, s. 51vd.; Köndgen, s. 45vd.; Winter, s. 21; Vuille-Dit-Bille, s. 14.

(3) Bkz., Druey, s. 18; Stoll, s. 52; Winter, s. 20; Vuille-Dit-Bille, s.12, 13; Tahiroğlu, s. 117.

her davranışı kapsar hale gelmişti(4). Öyle ki, şeref ve haysiyetin, konut dokunulmazlığının ihlâli, bir kadını ahlaki olarak kötöleme, kötü amaçla dava açma gibi durumlarda bir para cezasına hükmedilmekteydi.

Cermen hukuku da özel ceza niteliğindeki bu hukuki kurumu tanımaktaydı. Kişisel öç fikri gelişerek, özel ceza niteliğini almıştı. Cermen hukuk sisteminde Roma hukukundan farklı olarak acı parası talebini, sadece vücut bütünlüğü ihlâl edilen değil, aynı zamanda ölenin ailesi de ileri sürebiliyordu ve bu talep için failin kasıtlı davranışı aranmamaktaydı(5). Burada da malvarlığına ilişkin olmayan kayıplar için, bir ceza parası söz konusu idi. İniura davası 15. yy.'da Roma hukukunun tanınmasında sonra Almanya'da yoğun bir uygulama alanı bulmuştur.

Almanya'da iniuria davası 18. yy.'da ortadan kalkmıştır(6). Bu dönemde davacının böyle bir dava açmak istemesi başlı başına şerefsizlik olarak kabul edilmiş ve kişilik hakkının ihlâlinden doğan acı parası veya manevi tazminat reddedilmiştir(7). 19.yy.'da İniuria davasının tekrar uygulanması yönünde düşünceler ileri sürülmüş ise de, bu kabul görmemiştir(8). Bunun sebebi, artık 19. yy.'da ceza hukuku ile özel hukukun birbirinden kesin olarak ayrılmasıdır. Manevi tazminat talebinin reddedilmesi, ceza davası olarak açılacak bir davanın özel hukukta yeri olmadığı ve manevi tazminat davasını tazminat davası olarak nitelendirmenin, zarar görenin zenginleşmesine sebep olacağı gerekçelerine dayandırılmaktadır. Ancak *Gierke*, manevi tazminatın özel ceza olarak kabul edilmesi gerektiği, aksi takdirde manevi zararın özel hukukta tazminat yükümü olarak düzenlenmesinin zorunlu hale geleceği fikrindeydi(9). *Windscheif*'a göre de, bu konuda tazminatın söz konusu olması mümkün değildi. Çünkü, para edimi ve acılar birbiriyle kesinlikle denkleştirilemeyecek olan ölçülerdir, bu nedenle tazminat değildir ve eğer tazminat değilse ceza olmak zorundadır(10). Buna karşılık *Wächter*, 19 yy.'ın son çeyreğinde yayınlanan çalışmasında "manevi değerlerin para ile ölçülememesi tazminat niteliğine karşı çıkmayı gerektirmez. Hukuk, doğasında bulunmasa bile, denk-

(4) Bkz., *Tahiroğlu*, s. 114vd., 118, 124; *Ünal*, s. 402, 403.

(5) Bkz., *Winter*, s. 22.

(6) Buna karşılık Fransız hukukunda manevi tazminat herhangi bir sınırlamaya maruz kalmadan gelişmiştir. Gerek eski Fransız hukuku, gerekse intikal devresi hukuku manevi tazminat kurumunu her fırsatta, geniş ölçüde uygulamıştır. Bugünkü Fransız hukuku da manevi tazminat talebini herhangi bir sınırlamaya tabi tutmayarak maddi zararın tazmini ile birlikte ve aynı şartlar altında kabul edilmiştir (FMK 1382, 1383) (bkz., *Saymen*, 22vd.; *Ünal*, s. 404).

(7) *Stoll*, s. 53.

(8) Bkz., *Stoll*, s. 53, 54.

(9) Bkz., *Druey*, s. 19; *Stoll*, s. 54; *Gottwald*, s. 211.

(10) Bkz., *Druey*, s. 20; *Nehlsen-v. Stryk*, JZ 1987, s. 121.

leştirmeler yapmak zorundadır" fikrini ileri sürerek ceza görüşüne karşı çıkmıştır(11). Yazar'a göre, eğer zarar verenin sebep olduğu acı duygusu, mutluluk duygusunun sağlanması ile dengelenebiyorsa, bu bir tazminattır. Para, mutluluk yaratmaya ve acıları azaltmaya uygundur. Bir ölçünün amaca tam ulaşmayı sağlamaması, onu hukuk sisteminden tamamen çıkarılması sonucunu doğurmamalıdır. Meselâ, bir kişinin hayatını kurtarana, bu davranışın para ile değerlendirilmesi hiç bir şekilde mümkün olmasa da, bir miktar para verilmektedir. Bu olayda olduğu gibi acı parası ödenmesine ilişkin her edim, hiç bir edimle yükümlü olmamaktan daha iyidir.

Wächter'in fikirleri, manevi tazminatın bir özel hukuk kurumu olarak kabul edilmesinde etkili olmuştur(12). Ancak manevi tazminat özel hukukda düzenlenmesine rağmen gerçek anlamda bir tazminat olarak kabul edilmemiş, ceza ile tazminat arasında kendine özgü bir kurum olarak nitelendirilmiştir(13). Hem Jhering hem de Degenkolb manevi tazminatı, tazminat ile cezanın arasında yer alan bağımsız bir sorumluluk prensibi olarak kabul etmektedir. Degenkolb'a göre, manevi kayıplar para ile ölçülemez, bu nedenle burada gerçek bir tazminat değil, ihlâl edilen dengenin sağlanması için karşı bir menfaatin temin edilmesi söz konusudur. Burckhart da bu düşüncelere katılarak manevi tazminatın cezanın dışında kendine özgü bir niteliği olduğunu vurgulamıştır. Nitekim manevi tazminat talebi, cezadan farklı olarak ihlâlden sonra temyiz gücünü kaybetmiş zarar verenlerden de istenebilir. Bu düşüncelerin temelinde iki fikir birbiriyle yarışmaktadır. Bunlardan biri manevi kayıpların özelliklerine dikkat eden *tamir etme*, denkleştirme düşüncesi, diğeri ise ihlâl edilen hak duygusunun *tatmin edilmesidir*(14).

II. Manevi Tazminatın Fonsiyonu Konusundaki Görüşler.

A. Subjektif Manevi Zarar Kavramına Dayanan Görüşler

Aşağıdaki inceleyeceğimiz görüşler, manevi tazminatın fonksiyonunu açık-larken, manevi zararın bir duygu zararı olduğu fikrinden hareket etmektedirler. *Subjektif manevi zarar* olarak adlandırılan bu görüşe göre, manevi zarar kişilik hakkının ihlâl edilmesi halinde meydana gelen acı, keder, üzüntü, yaşama zevk ve sevincinin azalmasıdır(15). İsviçre hukukuna göre burada gerçek anlamda bir zarar

(11) Bkz., Druey, s. 20; Gottwald, s. 212; Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, s. 122.

(12) Bkz., Gottwald, s. 212; Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, s. 122.

(13) Bkz., Stoll, s. 71; Druey, s. 25, 26.

(14) Bkz., Stoll, s. 71.

(15) Bkz., Jäggi, s. 186a, N. 96; von Tuhr-Peter, s. 126; Oftinger/Stark, s. 423; Winter, s. 118.; Rey, s. 88; Oğuzman/Öz, s. 641; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 655; Kılıçoğlu, s. 244. BGE 120 II 98.

yoktur(16). Gerçek zarar, malvarlığında meydana gelen eksikliklerdir. Bu nedenle manevi zarar (immaterieller Schaden) terimi İsviçre hukukunda kullanılmaz, onun yerine manevi haksızlık (immaterielle Unbill) (tort moral) veya manevi olumsuzluklar (immaterielle Nachteile) terimi kullanılır. Manevi tazminat ise, tatmin anlamına gelen "Genugtuung" terimi ile ifade edilmektedir ve burada gerçek anlamda tazminat söz konusu değildir(17).

1. Denkleştirme (Ausgleich) Fonsiyonu(18)

Hakim doktrine göre(19) manevi tazminatın amacı, fiziki veya ruhsal acıların, üzüntülerin, ihlâl sonucunda oluşan yaşama zevki ve rahatlık duygusundaki azalmanın bir miktar para veya başka bir vasıta ile giderilmesi, denkleştirilmesidir. Bu görüş uyarınca manevi tazminat, mağdurun acı ve ızdıraplarını unutturup, zevk ve mutluluk imkânlarını elde etmesini sağlayacak şekilde onun malvarlığında bir artış meydana getirmektedir. Buradaki giderim, tabiatı gereği eksik ve sınırlıdır. Çünkü kural olarak ruhsal acılar para ile ölçülemez, denkleştirilemez. Buna rağmen, manevi tazminat (Genugtuung) fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkına saygıyı gerçekleştirebilmek için zorunlu, kaçınılması mümkün olmayan bir araçtır(20). Bu görüşe göre manevi tazminatın tek bir amacı vardır, o da giderim, denkleştirme; ayrıca ek olarak ceza amacı taşımaz(21).

Bir görüş, manevi tazminatın denkleştirme (Ausgleich) amacı yanında bir de tatmin (Satisfaction= Genugtuung) amacı bulunduğunu ileri sürerken(22), bir başka

(16) Bkz., Rey, s. 32; Winter, s. 5vd.; Vuille-Dit-Bille, s. 24.

(17) Bkz., Rey, s. 33; Winter, s. 5vd.; Vuille-Dit-Bille, s. 24.

(18) Bu fonksiyona acı için sevinç fikri (Lust für Leid Gedanke) adı da verilmektedir (bkz., Druey, s. 23vd.).

(19) Bkz., Jäggi, s. 186a vd.; von Büren, s. 84vd.; von Tuhr-Peter, s. 126; Rey, s. 89; Honsell, s. 78; Merz, s. 242; Frank, s. 53; Riklin, s. 384-385; Schaffhauser/Zellweger, s. 203; Saymen, s. 92, 95; Tandoğan, s. 330, 331; Oğuzman/Öz, s. 641; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 655, 665; Kılıçoğlu, ABD 1984, s. 15vd. 21; Kılıçoğlu, s. 234; Kocayusufpaşaoğlu, s. 148, 149, 161; Franko, s. 126.

(20) Bkz., Schaffhauser/Zellweger, s. 203.

(21) Bkz., Schaffhauser/Zellweger, s. 203; Rey, s. 89. "Manevi tazminatın amacı zarar vereni cezalandırmak değil, mağdura uğradığı cismani ve ruhsal acı ve ızdıraplar için bir karşılık sağlamaktır" (BGE 63 II 158).

(22) BGHZ 18, 149vd., 154; Gürsoy, s. 10, 11. Her olayın şartlarına göre bu fonksiyonlardan biri önem kazanır, meselâ şeref ve haysiyetin ihlâli halinde manevi tazminatın tatmin fonksiyonu, vücut bütünlüğünün ihlâli halinde denkleştirme fonksiyonu ağırlık kazanır (Ertaş, s. 81, 82, 87; aynı görüşte Pecher, AcP 1971, s. 44vd., 70, 75).

görüş manevi tazminatın tek bir amacının bulunduğunu, bunun da denkleştirme olduğunu savunmaktadır(23). İkinci görüş, her ne kadar İsviçre hukukunda manevi tazminatı ifade etmek için kullanılan "Genugtuung" terimi tatmin anlamına gelmekte ise de, bu kavramın tarihi gelişimden kaynaklandığı, manevi tazminatın tatmin niteliği taşımadığını ileri sürmektedir. Denkleştirme olarak acılar için para ödenir, böylece mağdur kendisine rahatlık sağlayacak imkânları temin edebilir. Nitekim *Jäggi*'ye göre, "parayla sağlanan rahatlık hissinin, meydana gelen haksızlığın fail veya hakim tarafından tanınmasıyla oluşan tatmin (Genugtuung) ile karıştırılmaması gerekir" (24).

Manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi, zarar görende meydana gelen parayla ölçülemeyen, fiziksel ve duygusal olumsuzluklar içindir. Manevi tazminat zarar göreni mutlu edecek miktarda olmalıdır(25). Bir müzik seti veya televizyon, bir araba, bir ev veya evinin tamiri, uzak ülkelere yolculuk vb. mağdura mutluluk sağlayacak imkânlardır. Böylece mağdura mutluluk ve rahatlık sağlamayı temin edecek miktardaki paralar, meydana gelen eksiklikler için bir giderim niteliğindedir. Ancak bu giderim ceza olmadığı gibi, gerçek anlamda bir tazminat da değildir, tazminata benzer bir fonksiyon taşımaktadır(26).

Alman Federal Mahkemesi, manevi tazminatın iki fonksiyonu bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre manevi tazminat zarar görenin malvarlığına ilişkin olmayan, acı, ızdırap gibi duyguları hafifletmeye uygun bir giderim, denkleştirme (Ausgleich) sağlamalı ve ayrıca zarar verenin zarar görene yaptığı davranış dolayısıyla bir tatmin (Genugtuung) ile sorumlu olduğu da hesaba katılmalıdır(27). Denkleştirme fonksiyonuna göre, mağdur manevi tazminatla meydana gelen acılarını, para ile sağlanacak hoş duygularla giderip, telafi edebilir (28). Denkleştirilmesi gereken talebin miktarı ise, acıların ve üzüntülerin büyüklüğüne, sıklığına ve süresine göre belirlenir.

(23) Bkz., Honsell, s. 78; Jäggi, s. 187a.

(24) Jäggi, s. 187a.

(25) Oftinger/Stark, s. 426.

(26) YİBK, 22.6.1966, 7/7 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. 5, s. 338vd.); 4.HD 13.12.1993, 93/2301 - 14550; 2.HD, 1986, 9713/10108; 15.HD 1995, 4048-5981; 4.HD 20.12.1993, 2625/14984 (Bu kararlara ve bundan sonra nerede yayınlandığı gösterilmemiş olan kararlara İnternet aracılığıyla ulaşılmıştır bkz., www. Yargitay.gov.tr.).

(27) BGHZ 18, 149vd., 154.

(28) Bkz., Pecher, AcP 1971, s. 68; OLG Hamburg, NJW 1973, 1503, 1504.

2. Tatmin (Satisfaktion= Genugtuung) Fonksiyonu

Tatmin fonksiyonunu savunanlar da sübjektif manevi zarar görüşünden hareket etmektedirler. Nitekim bu görüş manevi zararı (immaterielle Unbill), bir kişinin kişiliğinin (kişilik hakkının) ihlâli sonucunda katlanmak zorunda olduğu “duygusal veya fiziksel acılar” olarak tanımlamaktadır(29). Ancak bu görüşe göre, acılar, aşağılık duygusu, toplumdaki yerin kaybedilmesi gibi durumlar parayla giderilemez. Fakat para ödenmesi haksızlığın tanınmasının bir işaretidir(30). Başka bir deyişle, meydana gelen manevi haksızlığı gidermek için mağdura manevi tazminat ödenmesi (Genugtuungzahlung), onda belli bir ölçüde duygusal tatmin (Genugtuung = Satisfaktion) sağlar(31). Böylece zarar verenin kendisine bir manevi tazminat ödemek zorunda olması mağdurun ihlâl edilen hak duygusunu tatmin eder(32). Böyle bir tatmin ancak ihlâl ve ihlâlin sonuçlarının bir haksızlık olarak tanınması halinde mümkündür. *Oftinger/Stark*'a göre, acı ile sevinç birbirinin karşılığını oluşturamaz (33). Meydana gelen acı manevi tazminat ile ne denkleştirilir, ne dengelenir, ne de telafi edilir. Acı devam eder, zamanla belki hafifleyebilir, belki de hiç kaybolmayabilir. Manevi tazminatla sadece meydana gelen haksızlık duygusu belli bir ölçüde düzeltilebilir. Eğer davranış haksızlık olarak tanınırsa, bu durum mağdur için eskisinden daha az ağır gelir(34).

Tatmin fonksiyonu uyarınca manevi tazminat, yapılan haksızlık karşısında mağdurun duyduğu öfke, kızgınlık, kin duygusunun tatmin edilmesine yönelir(35). Nitekim *von Tuhr*'a göre(36), “manevi tazminat ile elde edilen, bu paranın borçludan alındığını bilme ve tatmin, hristiyanlığa ve medenileşmeye rağmen modern insanda henüz sönmemiş olan öç duygusunun giderilmesine hizmet eder”. Dolayısıyla tatmin duygusuna sadece manevi tazminat olarak bir miktar para verilmesi ile değil, ayrıca bir dava yoluyla sırf ihlâlin hukuka aykırılığının tespit edilmesiyle de ulaşılır.

(29) Bkz., *Oftinger/Stark*, s. 423.

(30) Bkz., *Oftinger/Stark*, s. 419.

(31) Bkz., *Oftinger/Stark*, s. 423.

(32) Bkz., *Winter*, s. 38, 42; *Stoll*, s. 149vd.

(33) Bkz., *Oftinger/Stark*, s. 426. Federal Mahkemenin bir kararında yargıç, bir milyon Franka bile verilse kendi sağlam bacağına davacının yaralanmış bacağı ile değişmeyeceğini belirtmiş ve manevi tazminat olarak mağdurun hafif kusuru bulunduğu için 1000 Franka hükmedilmiştir (BGE 82 II 26).

(34) *Oftinger/Stark*, s. 427.

(35) Bkz., *Ertaş*, s. 81, 82.

(36) *von Tuhr/Peter*, s. 126.

Alman Federal Mahkemesi manevi tazminatın denkleştirme yanında ayrıca bağımsız bir tatmin fonksiyonu bulunduğunu da kabul etmektedir(37). Özellikle sosyal kişilik haklarının ihlâlinde tatmin fonksiyonu denkleştirme fonksiyonundan önce gelmektedir(38).

Federal Mahkemenin görüşüne göre tatmin fonksiyonunun ceza ile doğrudan doğruya bir ilişkisi yoktur, ancak manevi tazminat "denkleştirme ile ceza, başka bir deyişle İsviçre hukukunda isabetli olarak kullanılan tatmin (Genugtuung) arasında bir yeredir. Hukuk tarihi göstermiştir ki, manevi tazminat ceza hukukundan kaynaklanmıştır ve şimdiki düzenlemelerinde kısmen de olsa bu etkisi ortaya çıkmaktadır"(39).

Tatmin fonksiyonu, ihlâl edici davranış dolayısıyla zarar gören ile zarar veren arasında meydana gelen ilişkiyi ön plana çıkarır(40). Böylece Federal Mahkeme manevi tazminat miktarını belirlerken sadece zararın ölçüsünü değil, failin kusuru ve tarafların mameleki durumlarını da göz önünde bulundurmaktadır(41).

İsviçre hukukunda tatmin görüşünü savunanlara göre, manevi tazminatın amacı failin malvarlığının azalması değil, mağdurun hak duygusunun tatmin edilmesidir. Bu nedenle manevi tazminatın fonksiyonu ceza değildir(42). Bunun sonucunda da sorumlunun kusuru bulunmasa bile sorumluluk sebebi bulunduğu takdirde manevi tazminat ödenebilir ve kusur aranmadığına göre bu, ceza niteliğinde değildir(43). Oysa Alman hukukunda tatmin fonksiyonunun temelinde ceza düşüncesinin yattığı çoğunlukla kabul edilmekte ve hatta bir çok yazar tatmin fonk-

(37) Federal Mahkeme, manevi tazminatın denkleştirme fonksiyonunun, mağdurun acı, elem ızdırap duymaması nedeniyle uygulanamaması halinde tatmin fonksiyonuna başvurulacağını kabul etmiştir (BGHZ 18, 149vd. 151, 156). Bir olayda sarhoş bir araba sürücüsünün kaldırılma çıkarak, kucağında 14 aylık bir çocuk alan anneye çarpması üzerine anne ölmüş ve çocuk da duyma (hissetme) yeteneğini tamamen kaybedecek şekilde çok ağır yaralanmıştır. Manevi tazminat davasında 100.000 DM toptan ve ayrıca aylık 200 DM ödenmesi talep edilmiştir. Davalı ise bu talebe şu gerekçelerle karşı çıkmıştır: Zarar gören ne acı ve mutsuzluğu duyma yeteneğine sahiptir, ne de elde edeceği tazminatla paranın sağlayacağı rahatlığı gerçekleştirebilecek durumdadır. Manevi tatmin (manevi tazminat), sadece ceza düşüncesinden kaynaklanan zarar verenin bir yükümlülüğü değil, aynı zamanda zarar görenin bunu duymasını gerektiren bir durumdur. Bu nedenle baskın olan tatmin görüşüne göre hareket edilirse, zarar görenin duyma yeteneği bulunmadığı sürece manevi tazminat talep edememesi gerekir. Oysa Federal Mahkeme "insan varlığının ağır bir şekilde ihlâli en azından sembolik bir şekilde cezalandırır (sühnen)" gerekçesiyle davacının itirazını reddetmiş ve hükmedilen 30 000 DM manevi tazminatı yanlış bulmamıştır (BGH, NJW 1976, 1147vd., 1148).

(38) BGHZ 35, s. 363vd., 369.

(39) BGHZ, 18, 157.

(40) BGHZ, 18, 157. Bu ilişki nedeniyle Federal Mahkeme bir kararında zarar veren ile zarar gören arasındaki akrabalık bağı tazminattan indirim sebebi olarak kabul etmiştir (BGH, Vers R 1967, 286).

(41) Bkz., Lorenz, s. 38, 39.

(42) Bkz., Otfinger/Stark, s. 422; Schaffhauser/Zellweger, s. 203.

(43) Otfinger/Stark, s. 422.

siyonunu özel ceza olarak anlamaktadır(44). *Deutsch'a* göre, tazminat (bir miktar para) zararın denkleştirilmesi için değil, önleme ve yaptırım için verilir(45). Bu nedenle tatmin, yaptırıma yakın, zarara uzaktır. Denkleştirme fonksiyonundan ayrılan bu özelliği nedeniyle, tatmin fonksiyonu gereğince manevi tazminat talep edebilmek için ağır kusur gerekir ve dolayısıyla sebep sorumluluğu hallerinde tatmin fonksiyonuna ilişkin manevi tazminat istenemez(46). Başka bir deyişle sebep sorumlulukları halinde sadece denkleştirme fonksiyonu söz konusu olabilir. Alman Federal Mahkemesi genellikle manevi tazminata hükmederken hem denkleştirme fonksiyonunu, hem de tatmin fonksiyonunu bir arada değerlendirip, tazminat miktarını buna göre belirlemektedir. Dolayısıyla tazminat olarak hesap edilen miktar denkleştirme fonksiyonuna göre belirlenen miktarı da içermektedir. Federal Mahkeme'nin görüşüne göre, eğer sorumluluk sigortası yapılmışsa, sigorta toplam tazminat miktarını karşılar. Oysa doktrindeki bir başka görüşe göre, tatmin fonksiyonu yaptırıma yakın bir özellik taşıdığından, manevi tazminat tutarının tatmin fonksiyonuna göre hesaplanmış kısmı, sorumluluk sigortasından yararlanamaz. Özellikle sosyal kişilik değerlerinin ihlâli halinde sadece tatmin fonksiyonu gözönünde bulundurulduğundan, bu halde hükmedilen manevi tazminat sigortacıdan istenemez(47). Ayrıca tatmin fonksiyonu taşıyan manevi tazminat talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için devredilemez ve mirasçılara geçemez(48).

B. Özel Ceza Fonksiyonu

Doktrindeki bir görüş manevi tazminat talebinin bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir(49). Manevi tazminatın acıların mutluluk sağlayacak vasıtalarla denkleştirilmesi fonksiyonu yanında, ceza fonksiyonu taşıdığını kabul edenler de bulunmaktadır(50).

(44) Bkz., Grossfeld, s. 102vd.; Köndgen, 95vd; Stoll, s. 152; Schwertner, s. 286vd.; Lorenz, s. 41, 98, 99; Kern, AcP 1991, s. 254, 255; Lange, 437.

(45) Bkz., Deutch, s. 573; Grossfeld, s. 100vd.

(46) Bkz., Deutsch, s. 574; Pecher, AcP 1971, s. 76.

(47) Bkz., Deutsch, s. 575; Pecher, AcP 1971, s. 76.

(48) Bkz., Pecher, AcP 1971, s. 76. Alman Medeni Kanunun'daki manevi tazminatın mirasçılara geçişini sınırlayan § 847 I/2 hükmü 1.7.1990 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır (14.3.1990, BGBl. I, 478).

(49) Bu görüş için bkz., Druey, s. 28; Winter, s. 34; Karayalçın, s. 261vd.; Grossfeld, s. 102vd.

(50) Bkz., Tandoğan, s. 331; Druey, s. 24, dn. 5. von Büren' göre, OR 49'a dayanan manevi tazminat talebi cezai bir karakter taşımaktadır. Bu nedenle kusurun özel ağırlığı şart olarak aranmaktadır (değişiklikten önceki durum). Buna karşılık OR 47'ye dayanan taleplerde manevi tazminat sayesinde bir denkleştirme söz konusudur (s. 85, 86). "Manevi tazminat davasında uzaktan veya yakından cezai bir unsurun mevcut olduğunu da tabul etmek gerekir. Zira saldırının tazminat olarak bir miktar paraya mahkum edilmesi, özellikle saldırının toplumu temsil eden hakim tarafından kınanması, saldırıya uğrayan için tatmin edici olur" (Gürsoy, s. 10, 11).

Alman Federal Mahkemesi'nin manevi tazminatın tatmin fonksiyonunu kabul etmesi(51) sonucunda doktrinde hakim görüş bu fonksiyonu özel ceza olarak nitelendirmiştir(52). Zira burada mağdur lehine zarar verene uygulanan bir yaptırım, zarar verenin özel hukukun metod ve usullerine göre cezalandırılması söz konusudur. Özel cezada olduğu gibi tatmin görüşüne dayanan manevi tazminatta da, yapılan kötülüğe bir karşılık verme düşüncesi vardır. Manevi tazminatta, meydana gelen manevi zarar değil, mağdurun "öç ihtiyacı" dikkate alınmaktadır. Böylece zarar görenin öç ihtiyacı, zarar verenin ödeyeceği para cezası ile satın alınmış olacaktır(53). Bu nedenle manevi tazminata karar verebilmek için kusurun ve zararın ağırlığı aranmakta, tarafların malvarlığı durumu tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olmaktadır(54). Ceza görüşüne dayalı manevi tazminat yükümü, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan üçüncü kişiye devredilemez, mirasçıya geçemez, sorumluluk sigortası ile sigortalanamaz(55).

Özel ceza olarak nitelendirilen tatmin görüşü, Alman hukukunda şiddetle eleştirilmiştir(56). Zira bu görüş kanunsuz ceza olmaz (nulla poena sine lege) ilkesine aykırıdır(57). Kanunsuz ceza olmaz ilkesine göre her suçun cezasının kanunda açıkça belirtilmesi gerekirken, manevi tazminatın miktarı her olayın şartlarına göre hakim tarafından tayin edilmektedir. Ayrıca bu yolla failin hem özel hukuk hem de ceza hukuku vasıtasıyla aynı fiil için iki defa cezalandırılması tehlikesi ile karşılaşması söz konusu olabilir(58).

Özel ceza görüşü ise, tatmin fonksiyonu ve bunun sonucunda oluşan ceza düşüncesinin kanunsuz ceza olmaz ilkesine aykırı düşmeyeceğini savunur(59). Zira, para zarar görene ödenmekte ve onu teskin etmeye hizmet etmektedir ve ayrıca bunun zarar vereni caydırma etkisi, bir yan etkidir. Para cezası devlete ödenir ve toplumun genelini yatıştırmaktadır, bu nedenle mağdura ödenen özel hukuka ilişkin para cezasından farklılık gösterir. Bu görüş, ceza ile tazminat arasında kendine

(51) BGHZ 18, 149ff.

(52) Bkz., Grossfeld, s. 102vd.; Köndgen, 95vd; Stoll, s. 152; Schwertner, s. 286vd; Lorenz, s. 41, 98, 99; Kern, AcP 1991, s. 254, 255; Honsel, VersR 1974, s. 205vd. "Cezadan ayrılacak bağımsız bir başka kategori oluşturulamamıştır" (bkz., Lange, 437).

(53) Bkz., Honsel, VersR 1974, s. 205vd, 207.

(54) Bkz., Schwertner, s. 286.

(55) Bkz., Stoll, s. 155.

(56) Bkz., Köndgen, 95vd; Schwertner, s. 286vd; Lorenz, s. 41, 98, 99.

(57) Bkz., Lorenz, s. 109, 110; Köndgen, s. 119;

(58) Bkz., Lorenz, s. 110.

(59) Bkz., Grossfeld, s. 122vd.; Kern, AcP 1991, s. 263.

özgü bir üçüncüsünün bulunmadığı tatmin fonksiyonunun içeriği gereği özel ceza olduğunu kabul etmektedir(60).

Stoll'a göre manevi tazminatın tarihi temellerinde ceza düşüncesi bulunsa da, onu cezadan ayırmak ve kendine özgü bir hukuki kurum olarak düzenlemek gerekir (61). Ancak tatmin görüşüne dayalı manevi tazminatın bir üçüncü kategori olduğunu savunan *Stoll* bile, kanunda açıkça dayanağı olmadan böyle bir fonksiyonu kabul etmenin kanunsuz ceza olmaz prensibine aykırılık oluşturacağını belirtmiştir(62).

Özel ceza görüşünü savunanlar, manevi tazminat talebinin kabul edilmesi ve miktarının belirlenmesinde zarara değil, kusura önem vermektedirler(63). Bu nedenle sebep sorumlulukları halinde manevi tazminatın talep edilmesi ile sigortacının ödeyeceği manevi tazminatın ceza fonksiyonu ile bağdaşması mümkün değildir.

C. Önleme ve Caydırma Fonksiyonu

Bazı yazarlar manevi tazminatın tatmin fonksiyonunda aynı zamanda bir önleme ve yaptırım düşüncesinin bulunduğunu kabul etmektedirler(64). *Stoll*'a göre, tatmin fonksiyonunun aynı zamanda önleme ve yaptırım işlevi gördüğünün kabul edilmesi kişilik haklarının daha iyi korunması sonucunu doğurur(65). Aynı görüşte olan *Karayalçın*'a göre, "hukuk düzeni haksız olduğunu kabul ettiği fiillerin tekrar edilmesine ve artmasına kayıtsız kalmaz. Haksız fiile prim veren bir hukuk hem kabul ettiği prensiple çelişme haline düşer, hem de cemiyet hayatında düzeni sağlamada fonksiyonunu ifa etmemiş olur. Bundan dolayı haksız fiil hukuku sadece zararın ödetirilmesini değil, zararın ve haksız fiilin önlenmesini, bu fiillerin fail veya başka şahıslar tarafından tekrar edilmemesini de sağlayabilmelidir"(66). Yazar'a göre, bunun için de "davalı, davacının zararından başka hususi ceza olarak münasip bir meblağı davacıya ödemeye de mahkum edilebilmelidir"(67).

Alman Federal Mahkemesi son zamanlardaki kararlarında manevi tazminatın tatmin fonksiyonu yanında önleme ve caydırma (Prävention) fonksiyonunu ön plana çıkarmıştır(68). Buna göre manevi tazminat talebi, kişilik hakkının ihlallerini önleyici

(60) Bkz., Kern, AcP 1991, s. 255; Lange, 737.

(61) Bkz., Stoll, s. 151.

(62) Stoll, s. 155.

(63) Bkz., Winter, s. 34, 35; Franko, s. 126, 127; Kılıçoğlu, ABD 1984, s. 15.

(64) Bkz., Deutch, s. 573; Grossfeld, s. 100vd.

(65) Stoll, s. 153.

(66) Karayalçın, s. 262.

(67) Karayalçın, s. 262.

(68) Bkz., Forkel, JZ 1997, 43vd; Klippel, s. 33.

nitelikte olmalıdır(69). Birbiri ile rekabet halinde olan kitle iletişim araçlarının genişlemesi sonucunda sadece sözlerle değil, kolayca manipüle edilen resimler aracılığıyla kişilik hakkının ihlâlinde önemli artışlar meydana gelmektedir(70). Bu nedenle Federal Mahkeme'ya göre, manevi tazminata karar verilmesinin sebebi, böyle bir tazminat olmadığı takdirde insanın şeref ve haysiyetinin ihlâlinin yaptırımsız kalması, yani kişilik hakkının yeterince korunmaması sonucunu doğurmasıdır. Böylece burada kişilik hakkına saygısızlığın bir yaptırımı söz konusu olmaktadır (71). Ayrıca Federal Mahkeme kazanç sağlamak amacıyla kasıtlı olarak kişilik hakkının ihlâl edilmesini tazminatı yükseltme sebebi olarak görmüştür(72).

Serozan'a göre, manevi tazminatın tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi, ikinci dereceden bir fonksiyon, bir yan etki olarak caydırma, önleme fonksiyonu bulunmaktadır(73). Manevi tazminatın böylesine caydırıcı ve önleyici fonksiyonu özellikle iş kazaları, çevre kirlenmesi ve haksız ihbarlar ile haksız tutuklamalar alanında ortaya çıkabilir(74). İş kazalarında işverenin işçiye, çevreyi kirletenin komşularına ödemek zorunda bırakılacağı yüksek miktarlardaki "dişe dokunur" manevi tazminatlar ülkemizde olağanüstü boyutlara ulaşmış olan iş kazalarını, meslek hastalıklarını ve çevre kirlenmesini önleyici, güvenlik önlemlerini artırıcı olumlu bir "gözdağı" etkisi yaratabilir. Haksız yere tutuklanmış olanlara Hazinesinden maddi ve manevi tazminat isteme imkânı da böyle bir caydırma fonksiyonu taşıdığı takdirde anlam kazanır.

D. Objektif Manevi Zarar Görüşüne Dayanan Fonksiyon = Telafi Fonksiyonu

Objektif manevi zarar görüşünden hareket eden, bizim de katıldığımız bu görüşe göre, manevi tazminatın amacı ve fonksiyonu, meydana gelen manevi zararı *tazmin ve telafi* (Ausgleich) etmektir(75). Burada telafi amacını güden bir tazminat söz konusudur. Manevi tazminatın meydana gelen manevi zararı gidermek, tazmin etmek dışında ayrı bir tatmin veya ceza fonksiyonu bulunmamaktadır. Telafi görüşü

(69) Bkz., BGHZ 128, 1, 15vd.; BGH, NJW 1985, 1617vd., 1619; GRUR 1986, 190vd., 192.

(70) Bkz., Forkel, JZ 1997, s. 45.

(71) Bkz., Steffen, NJW 1997, s. 10vd., 14.

(72) BGHZ, 128, 1, 16. "Tazminatın miktarı kişilik hakkının bu şekilde ticarileştirilmesini engelleyecek önemli bir faktördür." Bu karar üzerine 50 000 DM olarak belirlenen manevi tazminat, olay mahkemesi tarafından 180 000 DM olarak düzeltilmiştir (bkz., Steffen, NJW 1997, s. 13).

(73) Bkz., Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 88; Serozan, Juristentage, s. 68, 69.

(74) Bkz., Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 89.

(75) Bkz., Eren, s. 778, 779; Lorenz, s. 95vd., 120, 121; Schwertner, s. 276vd., 282.

uyarınca, manevi tazminatın amacı denkleştirme görüşünde olduğu gibi, meydana gelen manevi zararı gidermektir. Ancak denkleştirme görüşü manevi zararı subjektif olarak kabul ederken, telafi görüşü manevi zararı objektif olarak kabul etmektedir. Bu nedenle amaçları aynı olmakla birlikte, dayanakları ve sonuçları farklı olan bu iki görüşten birincisini biz denkleştirme, ikincisini ise telafi görüşü olarak adlandırmaktayız.

Objektif manevi zarar görüşüne göre, kişilik hakkını oluşturan değerlerin para ile ölçülememesi manevi tazminatı eksik bir giderim haline getirir, ancak bu durum manevi tazminatı kabul etmemek sonucunu doğuramaz. Eksik bir koruma, hiç korumamadan daha iyidir(76). Malvarlığı değerleri gibi kişi varlığı değerleri de korunmaya muhtaçtır. Malvarlığı değerlerinin ihlali nasıl maddi tazminat davası ile korunuyorsa, kişi varlığı değerlerinin ihlali de manevi tazminat talebi ile korunmalıdır. Aksinin kabul edilmesi adalet ve eşitlik fikrine aykırı düşeceği gibi, bunu hukuk sistemimizde haklı gösterecek bir dayanak bulmak da mümkün değildir(77).

Objektif görüşe göre manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde (şahıs varlığında) iradesi dışında meydana gelen eksilmedir(78). Kişilik değerlerine saldırı, objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder(79). Kişilik değerlerinin herhangi birinde irade dışında meydana gelen her eksilme, bunun sonucunda oluşan fiziksel veya duygusal acılardan bağımsız olarak manevi zararı meydana getirir(80). "Meselâ bir adam öldürülmesinde yaşama hakkı, bir organın kaybında veya fonksiyonunu yerine getiremez olmasında vücut bütünlüğü hakkı, şeref veya haysiyete saldırıda ya da özel hayatın gizli bir yönünün açıklanmasında veya bir resmin yayınlanmasında sosyal bütünlük hakkı; evli bir kimsenin karısının veya kızının ırzına geçilmesinde duygusal bütünlük hakkı (aile bütünlüğü hakkı) ihlâl edilmekte ve bu surette kişilik hak ve değerlerinde objektif bir eksilme meydana gelmektedir. İşte manevi zarar herşeyden önce bu objektif eksilme ve azalmadır"(81). Manevi zararın meydana gelmesi için, saldırı sonucunda meydana gelen elem, acı ızdırabın bilincine varılması, onun hissedilmesi şart değildir. Bu nedenle tüzel kişiler ve temyiz gücü olmayanlar da manevi tazminat talep edebilirler(82).

(76) Stoll, s. 143; Eren, s. 778, 779.

(77) Bkz., Eren, s. 779.

(78) Bkz., Eren, s. 498; Eren, *Juristentage*, 34vd; Oftinger, I, s. 290; Schwertner, s. 245. Manevi zarar kelimenin en geniş anlamıyla kişilikteki (kişilik haklarındaki) azalmadır (Stoll, s. 127).

(79) Bkz., Eren, s. 498vd.; Stoll, s. 128.

(80) Bkz., Eren, s. 500, 501; Stoll, s. 128; Lorenz, s. 62vd.

(81) Eren, s. 501.

(82) Bkz., Eren, s. 498vd., 502; Stoll, s. 129; Lorenz, s. 67, 68, 105.

Yargıtay da bazı kararlarında objektif manevi zarar görüşünü benimsemiştir (83). Nitekim Yargıtay HGK'nun 20.3.1991 tarihli kararına göre, "Ölümle tehdit eyleminin kişide, özgürlüğün sınırlandırılması korkusu yaratarak ruhsal yapıda bir eksilmeyi ve zararı oluşturması kaçınılmazdır. Kişinin *iç dünyasına girdilemeyeceğine* göre manevi zararı, *kişisel değere saldırı halinde objektif olarak kabul etmek*, hukuksal yorumlarla adaletin somutlaştırılması için zorunludur"(84).

Objektif manevi zarar görüşünü savunanların bir kısmı, mutlak objektif görüşten ayrılarak, kişilik hakkının ihlâl edilmiş olması dolayısıyla meydana gelen objektif eksilmeler yanında zarar görenin bu eksilmeler dolayısıyla ayrıca duyduğu manevi acı, elem ve ızdırapları da ayrı bir manevi zarar olarak kabul etmektedir(85). Böylece toplam manevi zarar, iki manevi zarar kaleminden oluşmaktadır. Bunlardan biri, meselâ göz kaybı nedeniyle fiziksel vücut bütünlüğünde meydana gelen objektif eksilme; diğeri ise, bu eksilme dolayısıyla duyulan acı ve elemnin ruhsal bütünlükte meydana getirdiği sübjektif azalmadır.

Lorenz ise duygu zararlarını tamamen reddetmektedir(86). Acı, elem, ızdırap gibi sübjektif kavramların ölçülmesi mümkün değildir, ayrıca böyle bir ölçüme kişilik hakkına eskisinden daha fazla bir müdahaleye neden olacağından izin verilemez. Çünkü psikik acı ve ızdırabın duyulup duyulmadığı, duyulmuşsa bunun ne kadar olduğunu belirlemek için olay ayrıntılarıyla araştırılacak, bilirkişi incelemesi yapılacaktır, tıbbi gözlem ve tekniklere başvurulacaktır, kendisine bu sebeple çeşitli sorular sorulacaktır, gizli kalması gereken durumların açıklanması gerekecek, daha önce olayı hiç duymamış olanlar da bu şekilde duymuş olacaklardır(87).

(83) HGK E. 1990/4-617, K. 1991/137, YKD 1991, s. 983. "Manevi zarar kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. objektif eksilmeden ise, sadece o kişi için değil, toplumdaki diğer bireylerin de aynı zarara düşer olması anlaşılmaktadır" (1. HD 8.4.1996, 3713/4111).

(84) HGK E. 1990/4-617, K. 1991/137, YKD 1991, s. 983.

(85) Bkz., Stoll, s. 128, 129; Eren, s. 500, 501; Eren, Juristentage, 37.

(86) Lorenz, s. 51vd. Duygu zararlarını manevi zarar olarak kabul etmeyen Schwertner ise manevi zararın maddileşmesini savunmaktadır. Yazara göre manevi tazminatın amacı potansiyel malvarlığı zararlarının giderilmesi, denkleştirilmesidir. Kişiliğin ihlâlinde genellikle bir üçünü etki söz konusu olur, o da kişilerin toplumdaki yerinin ve şöhretinin ihlâl edilmesi sonucunda ortaya çıkan gerçek veya muhtemel malvarlığı zararıdır (Schwertner, s. 287, 306vd.). Serozan da manevi zararın maddileşme sürecine girdiğini kabul etmekte ve duygu zararlarını reddetmektedir (Tandoğan'a Armağan, s. 82vd.). "Manevi tazminat artık eskisi gibi gönül aleminin duygusal ögesi değil. Düpedüz mameleki karakter taşıyor. Adeta maddi tazminatın uzanmış bir kolu gibi işliyor" (Postacıoğlu'na Armağan, s. 281). Benzer görüşte bkz., Pecher, AcP 1971, s. 72vd.

(87) Lorenz, s. 51vd.

Lorenz kişilik hakkına yapılan saldırılar sonucunda objektif olarak meydana gelen zararı "dış ihlâl zararı" (äussere Verletzungsschaden) olarak nitelendirmektedir(88) ve ayrıca dış ihlâl zararını takip eden, onun sonucunda meydana gelen "takip eden dış ihlâl zararı"nı (äussere Verletzungsfolgeschaden) da ayrı bir manevi zarar olarak kabul etmektedir(89). Takip eden dış ihlâl zararının meydana gelebilmesi için Anayasada yer alan kişinin kendi varlığını ve geleceğini devam ettirme hakkının ihlâli (Entfaltungsfreiheit) söz konusu olmalı ve bu ihlâlden zarar veren sorumlu tutulabilmelidir. Meselâ, vücut bütünlüğün ihlâli halinde hastanede kalmak zorunda olmak veya tam veya geçici bir süre hareket kabiliyetini yitirmek, takip eden dış ihlâl zararı olarak nitelendirilebilir(90). Vücut bütünlüğü dışındaki diğer kişilik haklarının ihlâlinde ise zarar görenin çevresinde, sosyal yaşantısında ortaya çıkan zararlar takip eden dış ihlâl zararı olarak kabul edilmelidir.

Ihlali takip eden zararlarda da tazmin edilmesi gereken, ihlâl sonucunda oluşan haksızlık duygusu, iç dengenin ihlâli gibi duygu zararları değildir. Buna karşılık eğer duygu zararları ruhsal, psikolojik bir hastalığın oluşmasına ve böylece sağlığın ihlâline neden olacak şekilde ise, burada sağlığın ihlâlinden meydana gelen bir ikinci manevi zarar söz konusu olur(91). Meselâ bir kadının duygusal kişilik hakkı ihlâl edildiğinde bu sebeple aynı zamanda kadın ruhi bir hastalık geçirirse, burada iki ihlâl zararı söz konusudur. Bunlardan biri cinsiyete ilişkin davranışlarını belirleme hakkının ihlâlüne katlanması, diğeri de bu sebeple oluşan sağlığının ihlâlüne katlanmasından oluşur.

Böylece objektif manevi zarar, zarar görenin bu sebeple kendisine ödenecek parayı kullanabilme yeteneği ve iradesine bağlı olmaksızın meydana gelir. Manevi tazminat kişilerin sübjektif ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmadan, objektif ihtiyacını karşılamaktadır, dolayısıyla malvarlığına ilişkin zararların tazmini ile eşit bir duruma gelmiştir(92).

(88) *Lorenz*, s. 62.

(89) *Lorenz*, s. 64vd.

(90) *Lorenz*, s. 67.

(91) *Lorenz*, s. 65, 66.

(92) Bkz., *Serozan*, *Juristentage*, s. 54, 55.

III. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Biz objektif manevi zarara dayanan telafi görüşüne katılıyor, duygu zararlarını manevi zarar olarak kabul etmiyoruz. Manevi zararın meydana gelebilmesi için, kişinin bunun sonucunda acı, elem, ızdırap hissetmesi ve bu ızdırabının karşılığında elde edeceği paranın getireceği mutluluk duygusuyla kendisini avutma yeteneğine sahip olması veya böyle bir mutluluğu istemesi gerekli ve zorunlu değildir. Yine manevi zarardan söz edebilmek için, zarar görenin meydana gelen haksız fiil sonucunda içinde oluşan öfke, kin, intikam veya haksızlık duygusunu failin kendisine para ödemesi veya mahkeme kararıyla kınanması sonucunda teskin etme isteğine ve yeteneğine sahip olması da gerekli değildir. Nasıl malvarlığında meydana gelen eksilme, kişinin bunu hissetmesine bağlı olmadan gerçekleşiyorsa, kişilik varlığında meydana gelen eksilme de tüm bu duygular olmaksızın gerçekleşir. İşte manevi tazminat bu eksikmelerin karşılanmasına hizmet eder. Dolayısıyla maddi tazminat ile manevi tazminat arasında bu açıdan bir fark bulunmamaktadır. O halde maddi tazminat ile manevi tazminatı birbirinden ayırmak zorunlu değildir. Şimdiye kadar İsviçre ve Alman hukuklarında maddi tazminat ile manevi tazminat ayrımı yapılması ve manevi tazminatın ağır şartlara bağlanması, manevi tazminata duyulan güvensizlikten ve temelindeki ceza düşüncesinden kaynaklanmıştır. Oysa kişilik değerleri maddi mallar kadar hatta onlardan daha üstün değerlerdir. 20. yy. dan itibaren kişilik değerlerinin önemi vurgulanmış ve bunlar birer temel hak olarak, hem anayasalarda hem de uluslararası metinlerde kabul edilmiştir. Tekniğin gelişmesi sonucunda kişinin kişi olarak var olabilmesi, kendi varlığını ve gelişimini sürdürebilmesi için vazgeçilmez, devredilmez olarak kabul edilen bu haklar günümüzde gittikçe artan bir şekilde tehdit edilmektedir. Bu hakları ihlâl etmek artık çok kolay hale gelmiştir. Kişilik haklarını medeni hukuk çerçevesinde koruyan en önemli imkânlardan biri de manevi tazminat talep etme hakkıdır. Bunu fark eden İsviçre ve Türk kanun koyucusu, manevi tazminatı maddi tazminattan ayıran şartları kaldırmaya çalışmıştır. Eğer kişilik hakkı ihlâl edilmişse, kişilik varlığında bir eksilme meydana gelmiştir. Bu eksikliğin para ile ölçülememesini ileri sürüp, kişilik değerlerinin manevi tazminat talebi ile korunmasını ağır şartlara bağlamak veya bunu kişinin subjektif duygularıyla ilişkilendirmek güvensizliğe yol açacağı, eşitliğe ve hakkaniyete aykırı düşeceği için kabul edilemez.

Sübjektif manevi zarar görüşüne dayanan manevi tazminatın denkleştirme ve tatmin fonksiyonlarını ve ceza görüşünü aşağıdaki gerekçelerle eleştirmektediriz.

1. Subjektif manevi zarar görüşüne dayanan fonksiyonlar, manevi tazminata hükmedebilmek için duygu zararlarını ve duygu kabiliyetini gerektirmektedir

Subjektif manevi zarara dayanan görüşler yukarıda açıkladığımız gibi manevi zararı kişilik hakkının ihlali sonucunda oluşan acı, elem, ızdıraplar olarak kabul etmekte ve manevi tazminatı da bu duyguları elde edilecek bir miktar para ile giderme ve/ veya failin davranışının hukuka aykırılığının (ya manevi tazminata hükmedilerek veya başka bir şekilde) tanınması ile haksızlık duygusunun tatmin edilmesi olarak görmektedir. Bu itibarla subjektif manevi zarar görüşü kabul edildiğinde manevi tazminata hükmedebilmek için acı, elem, ızdırap şeklinde bir duygu zararının meydana gelmesi ve mağdurun da duyma yeteneğine sahip olması gerekir. Bu ise şu gerekçelerle eleştirilebilir:

a. Acı, elem ızdırap gibi duygu zararları kişiden kişiye değişen, ölçülmesi mümkün olmayan kavramlardır

Duygu zararlarının ölçülmesi, belirlenmesi mümkün olmadığı gibi(93), böyle bir ölçüm yapılmasına da izin verilemez(94). Duyguların kapsamı, zarar görenin uğradığı ihlâlin derecesi veya çeşidinden, zarar görenin ihlâle gösterdiği tepkilerden anlaşılamaz(95). Çünkü bunlar denetlenemez ve meydana gelen ihlâl ile herhangi bir ilgi içerisinde bulunmak zorunda değildir. Zarar gören kendi kişilik yapısı, hayat felsefesi, yetiştirme tarzı ve eğitimine göre çok küçük ihlâllere olağanüstü derecede kuvvetli, buna karşılık ağır ihlâllere de olağanüstü derecede zayıf tepkiler gösterebilir. Duygu zararının gerçek ölçüsünü bulabilmek için, -eğer mümkün olursa- kapsamlı bir kişilik ve yaşam analizi yapmak gerekir. Oysa şimdiye kadar verilen manevi tazminat kararlarında böyle bir yaşam ve kişilik analizi söz konusu olmamıştır. Diğer taraftan zarar görenin kişilik yapısının incelenmesine izin vermek de doğru değildir. Zira kişilik analizi yapmak zarar görenin kişisel bütünlüğüne, failin

(93) Bkz., Lorenz, s. 51vd.; Knöpfel, AcP 155 (1956), s. 146, 147; Eren, s. 499, 500. Psikosomatik bir veri olan acının mutluluk duyguları sağlanarak giderilemeyeceği konusunda bkz., Köndgen, s. 79vd.; Stoll da kişinin duygusal olarak ne kadar acı çektiğinin belirlenmesinin çok güç olduğunu ifade etmektedir (s. 143).

(94) Bkz., Lorenz, s. 51vd. "Dünyada hiç bir aygıtın dozunu saptayamayacağı bir acının, üzüntünün, bunalımın ve sıkıntının manevi tazminatın dayanağı ve ölçüsü sayılması, yalnız akıl dışı değil, aynı zamanda sakıncalıdır (Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 82, 83).

(95) Lorenz, s. 52.

meydana getirdiği ihlâlden daha fazla bir saldırı oluşturabilir(96). Böyle bir analiz yapılacağından korkan veya utanan zarar gören, manevi tazminat talep etmekten dahi çekinebilir, kişilik ve hayat ilişkilerini dava nedeniyle başkalarına açıklamak istemez. Bu sebeple duygu zararlarının ne kadar olduğunun araştırılması ne mümkündür, ne de buna izin verilebilir.

Duygu zararlarının manevi zarar olarak kabul edilmesi, mağdurun malvarlığı durumunun zararın belirlenmesinde dikkate alınması sonucunu doğurur. Böyle bir durumda da fakir bir kişi bir hafta deniz kıyısına tatile gitmekle mutlu olabileceksen, zengin birinin mutlu olabilmesi için belkide bir ay yurt dışında tatil yapması gerekebilir. Aynı ihlâl halinde mağdurun malvarlığı durumuna göre farklı tazminatlara hükmetmek, eşitlik ve adalet fikrine aykırı düşer(97).

Benzer mahzurlar zarar görenin duygu açıklamalarına yönelen duygu zararlarının taktirinde de geçerlidir(98). Bu durum duygusuz, kötünietli zarar görenlerin menfaatine olmaktadır. Çünkü, duygu açıklamaları yeterince yakından araştırılamamaktadır. Öç duygusunu, öfke ve akresifliği yani toplumda hoş görülmeyen tepkileri veya histerikliği ve dolayısıyla yaptırımı olmayan durumları kapsayan rahatlık duygusunun ihlâli, yüksek bir duygu zararı ve dolayısıyla yüksek bir tazminat olarak belirleneceğinden kabul edilemez(99).

b. Temyiz gücü olmayanlar ile tüzel kişiler de manevi tazminat talep edebilmelidir

Sübjektif manevi zarar görüşüne dayanan denkleştirme ve tatmin görüşü kabul edildiği takdirde temyiz gücünden yoksun olanlar ile tüzel kişiler manevi tazminat talep edemez. Çünkü bu kişiler hem paranın sağlayacağı mutluluk hissinden, hem de zarar verenin kınanması veya para ödemeye mahkum edilmesinin yaratacağı

(96) Lorenz, s. 53. "Böyle bir acı araştırması bizatihi bekçiliğini yapmaya özgülendiği kişilik haklarına ters düşer. Düşünülün ki bir kimsenin kaybindan duyulan acının saptanmasında ister istemez manevi tazminat isteyen kişi ile yitirilen kişi arasındaki duygusal bağlılığın yoğunluğu (hatta tutarlı olursa aralarındaki cinsel ilişkinin sıklığı bile) araştırılacaktır. Aşagılık duygusunun dozunu ölçme konusundaki araştırma ise daha da düşündürücüdür" (Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 83).

(97) Bkz., Knöpfel, AcP 155 (1956), s. 145, 146; Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 84. Meselâ bir tokat atılması halinde tokat aç bir fakire atılmışsa, onun bir ekmek parasıyla mutlu olabileceği kabul edilirken, bir zengine tokat atılması halinde onun mutlu olabilmesi için 1000 Mark ödenmesi gerekecektir.

(98) Lorenz, s. 54. Böyle bir durumda "çıtkırdımların, nevrotiklerin, isteriklerin manevi tazminat istemlerine set çekilemez. Kişilik zaafı gösterenlere, yani kolayca bunalıma ve aşagılık duygusuna kapılanlara prim verilmiş olur" (Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 82).

(99) Lorenz, s. 55.

tatmin hissinden yoksundurlar. Nitekim sübjektif görüşü savunanlar temyiz gücü olmayanların(100) ve tüzel kişilerin(101) manevi tazminat talep edemeyeceğini kabul etmektedirler.

Hukuk düzenimiz, her insanı insan olması nedeniyle bir hak süjesi olarak kabul etmiştir. Bu nedenle temyiz gücü olmayanlar da hak ehliyetine sahiptir, onların da kişilik hakları vardır. Durum böyle olunca temyiz gücü olmayanlarla bilinçleri yerinde olmayanların acı, ızdırap hissedemeyecekleri ileri sürülüp, bunların zarara uğramayacaklarını ve dolayısıyla manevi tazminat talep edemeyeceklerini savunmak, bu kişilerin kişilik değerlerinin diğer kişilere oranla daha az korunması sonucunu doğurur. Dolayısıyla temyiz gücü olmayanların kişilik değerleri ile diğer insanların kişilik değerleri arasında kişilik hakkının korunması açısından bir eşitsizlik yaratılmış olur. Çünkü sübjektif manevi zarar anlayışına dayanan tatmin görüşü kabul edildiği takdirde, hukuka aykırı bir davranış sonucunda bilinç kaybına uğrayan kimseye, acıyı hissetmesi mümkün olmadığından manevi tazminat hakkı tanınmazken, daha hafif bir ihlâl uğrayan kimse sırf acıyı duyduğu için manevi tazminat talep edebilmektedir(102).

Tüzel kişiler sosyal hayatın bir gereği olarak, hukuk düzeni tarafından kişi olarak kabul edilmiştir. MK 46'a göre tüzel kişiler, yaradılışı gereği insana özgü olan haklardan başka bütün haklara sahiptirler. O halde, tüzel kişiler sosyal kişilik değerlerine sahiptir; onların da bir ismi, toplum içinde saygınlığı, özel ve gizlilik alanı, ticari itibarı vardır ve bu kişilik değerleri de korunmalıdır(103). İşte tüzel kişilerin

(100) Bkz., Merz, s. 240; Schaffhauser/Zellweger, N. 1430; Riklin, s. 385; Oğuzman, Tandoğan'a Armağan, s. 40; Oğuzman/Öz, s. 647; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 668. İsviçre Federal Mahkemesi ise temyiz gücü olmayanların manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir (BGE 108 II 422, 433).

(101) Bkz., Merz, s. 241; Riklin, s. 385; Kocayusufpaşaoğlu, s. 149; Kılıçoğlu, s. 271vd. Bir başka görüş ise, tüzel kişilerin ancak organlarının bu acıyı duymuş olması halinde manevi tazminat talep edebileceğini savunur (bkz., Brehm, Art., 49, N. 40ff.; Keller/Gabi, s. 123; Geiser, SJZ 1996, s. 78; Oğuzman, Tandoğan'a Armağan, s. 41; Oğuzman/Öz, s. 647; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 667). Oftinger ise tüzel kişinin manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmektedir (s. 293).

(102) Bkz., Eren, 502; Eren, Juristentage, s. 39; Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 95; Lorenz, s. 105; Pedrazzini/Oberholzer, s. 160. İsviçre Federal Mahkemesi bir anestezi kusuruyla tamamen hissetme yeteneğini kaybetmiş olan bir kıza 100 000 Frank tutarında tazminat ödenmesine karar vermiştir. Mahkemeye göre meydana gelen haksızlığı duyma yeteneğinin yokluğu, objektif olarak kişilik hakkının ihlâli ile aynıdır. Kanun koyucunun daha az bir ihlâl sonucunda bilinci yerinde olanların manevi tazminat istemlerini kabul ederken, ağır bir ihlâl sonucunda bilincini kaybetmiş olanların manevi tazminat taleplerini reddetmek gibi bir amacı olamaz (BGE 108 II 422).

(103) Bkz., Pedrazzini / Oberholzer, s. 151.

sosyal kişilik değerlerinin ihlâli halinde manevi tazminat talep edebilmeleri gerekir (104). Aksi sonucun tanınması, eşitlik ve adalet fikrine aykırı düşer.

Tüzel kişilerin ve temyiz gücü olmayanların savunma (tespit, önleme ve durdurma) davaları ile yeterince korunduğu, bu nedenle manevi tazminat talep etmelerine gerek olmadığı görüşüne(105) de katılmak mümkün değildir(106). Çünkü bir kere bu tür önleme davalarının şartları ile manevi tazminat davasının şartları aynı olmadığı gibi, aynı ihlâl halinde bir kişiyi manevi tazminat açma imkânından yaralandırırken, diğer bir kişiye bu inkânı vermemek yukarıda açıkladığımız gibi eşitlik ve hakkaniyet düşüncesine aykırıdır. Nitekim savunma davalarının fonksiyonu ve şartları manevi tazminat davasından tamamen farklıdır. Manevi tazminat davasının açılabilmesi için zararın gerçekleşmiş, doğmuş olması şarttır. Buna karşılık müdahalenin önlenmesi davasının açılabilmesi için, henüz kişilik hakkına bir müdahalenin yapılmamış, dolayısıyla zararın doğmamış olması gerekir. Müdahalenin durdurulması ve müdahalenin tespiti davalarının açılabilmesi için ise, birincisinde müdahalenin, ikincisinde müdahale veya etkilerinin halen devamı şartı aranmaktadır. Örneğin, bir kişinin izni olmaksızın resminin büyük afişler ve duvar ilanları ile sergilenmesi ya da özel yaşamının bir gazetede günlük anılar şeklinde yayınlanması sözkonusu ise, müdahalenin kaldırılması için bu yayın ve ilanlar devam etmelidir. Duvar afişleri sökülmüş ya da gazetedeki yayın sona ermişse, artık müdahalenin durdurulması davası açılmaz. Ancak, meydana gelen manevi zararın giderilebilmesi için manevi tazminat davası açılabilir.

3444 sayılı Kanunla değiştirilen BK'nun 49 ve MK'nun 24. maddesinde, eski metindeki "kimse" terimi yerine "kişi" terimi kullanılmıştır. Bu şekilde manevi tazminat talep edebilecek "kişi"lerden bahsedilmektedir. Kişi kavramına tüzel kişiler girdiği gibi, temyiz gücü olmayanlar da girmektedir. O halde Kanun bu değişikliklerle, tüzel kişilerin ve temyiz gücü olmayanların manevi tazminat talep etmelerini kabul eden bir düzenleme getirmiştir. Ayrıca, Kanunda sübjektif görüşü destekleyen, manevi zarar için kişinin elem, acı, ızdırıp duymasını arayan bir madde veya hüküm de bulunmamaktadır.

(104) Bkz., Eren, s. 501, 502; Eren, Juristentage, s. 38, 39; Hatemi, s. 108; Oftinger, s. 293; Keller/Gabi, s. 123; Geiser, SJZ 1996, s. 78; Serozan, Armağan, s. 81, 96, 97; Tandoğan, s. 333; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. İsviçre Federal Mahkemesi de tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebilmesini kabul etmektedir (BGE 64 II 21, 22; 95 II 488, 499; 97 II 102).

(105) Kocayusufpaşaoğlu, s. 150-158, Franko, s. 190; Kılıçoğlu, s. 272.

(106) Bkz., Serozan, Juristenwoche, s. 61.

2. Manevi tazminat talebi mameleki nitelikte bir haktır

Sübjektif manevi zarara dayanan denkleştirme ve tatmin fonksiyonu, manevi tazminatı elde edilecek para ile veya failin haksızlığının tespit edilmesiyle mağdurun tatmin edilmesi olarak kabul etmektedir. Bu nedenle, manevi tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirilmektedir. Zira manevi tazminat mağdurun duyduğu acı, elem ve ızdırabı paranın sağlayacağı mutluluk vasıtaları ile gidermek için ödenmekte ve/veya mağdurun hak duygusu failin kınanması ile sağlanmaktadır.

Oysa bizim de kabul ettiğimiz objektif manevi zarara dayalı telafi görüşüne göre, manevi tazminat kişilik değerlerinde meydana gelen eksikliği gidermeye yarayan bir tazminattır(107). Manevi tazminatın amacı, mağdurun acı, keder duygularını veya öç hissini tatmin etmek değildir. Bu itibarla telafi görüşü çerçevesinde manevi tazminatın şu özellikleri ortaya çıkmaktadır:

a) Manevi tazminat talebi devredilebilir ve mirasçılara geçebilir

Manevi tazminatın sübjektif manevi zarara dayanan denkleştirme ve tatmin fonksiyonundan hareket eden bir görüş, manevi tazminat talebinin devredilemeyeceğini(108) ve ancak belli şartlarda mirasçıya geçebileceğini(109) ileri sürmektedir.

Oysa manevi tazminat kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmayıp tamamen mameleki nitelikte bir hak, bir alacak hakkıdır(110). Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ihlâl edilen değerlerdir, yoksa talep edilen manevi tazminat değildir. Bu nedenle her ala-

(107) Bkz., Eren, s. 781.

(108) Bkz., Tekinay, Tandoğan'a Armağan, s. 60; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 689; Oftinger/Stark, s. 437, bu talebin şahsa sıkı surette bağlı bir talep olduğunu kabul etmektedir. Oysa İsviçre Federal Mahkemesi, zarar görenin kendi isteği ile talebi üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunacağını belirterek bu talebi devredebileceğini kabul etmiştir (BGE 63 II 157, 158; 81 II 390). Brehm de bu görüştedir (bkz., Art 49, N. 88).

(109) Manevi tazminat talebinin mirasçılara geçebilmesi için talep sahibinin ölmeden önce bu talebini açıkca, meselâ dava açmak veya bu konuda avukat tutmak gibi davranışlarla ileri sürmüş olmasını aranmaktadır (von Tuhr/Peter, s. 128; Brehm, Art 49, N.87 BGE 81 II 389/90; II 462; 118 II 407). Bazı yazarlar ise bu talebin ancak nişanın bozulması halinde (MK 85/II) istenen manevi tazminat talebindeki şartlara (mirasçının ölümünden önce bizzat dava açması veya zarar verenin bu talebi zarar görenin ölümünden önce tanınması) bağlanmasını önermektedir (Honsell, s. 79; Tekinay, Tandoğan'a Armağan, s. 61, 62; Kılıçoğlu, s. 263vd., 266). Oftinger, manevi tazminat talebinin herhangi bir koşula bağlanmaksızın mirasçıya geçebileceğini savunmaktadır (s. 293). Alman Medeni Kanunun'daki manevi tazminatın mirasçılara geçişini sınırlayan § 847/I-2 hükmü 1.7.1990 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır (14.3.1990, BGBl. I, 478; Voss, Ulrich: Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruches, VersR 1990, s. 821vd.).

(110) Bkz., Eren, s. 780; Serozan, Armağan, s. 93vd.; Schwertner, s. 291.

cak hakkı gibi manevi tazminat talebi, hiç bir kısıtlamaya tâbi olmadan zarar gören tarafından üçüncü bir kişiye devredilebileceği gibi, onun bu talebi ileri sürmeden, meselâ dava açmadan ölmesi halinde de mirasçılara geçebilir(111). Nişanın bozulmasındaki manevi tazminata ilişkin hüküm istisnai niteliktedir, diğer durumlar için uygulanamaz(112). Kanun koyucu da MK 24a/III maddesinde hiç bir şart ve sınırlamaya yer vermeden tazminat talebinin mirasçıya geçebileceğini düzenlemiştir(113). Eğer kanun koyucu manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu kabul etseydi, böyle bir düzenleme yapmazdı. Buna karşılık MK 24a/II'de düzenlenen ve devir yönünden öngörülen "karşı tarafça kabul" şartı bir çelişkidir ve amaçsal yorum kuralıyla düzeltilip uygulanması gerekir(114). Böyle bir devrin zarar verenin kabulüne bağlı olması onun kişiye sıkı surette bağlı bir hak olmasının bir gereği olmadığı gibi, zarar görenin hakkının zarar verenin iradesine bağlanmış olması gibi "eşyanın mahiyetine ve mantığa" aykırı bir çelişki ortaya çıkarmıştır(115).

b) Manevi tazminat talebinden feragat edilebilir, talep haczedilebilir

Manevi tazminat talebi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığından, diğer alacak hakları gibi haczedilebilir ve bu talepten feragat edilebilir(116).

3. Manevi tazminat talep edebilmek için ihlâlin ve kusurun ağırlığı aranmaz

Manevi tazminatın tatmin fonksiyonu gereğince, aslında temellerinde mağdurun öç alma hissi bulunduğu, bu nedenle cezaya ilişkin unsurlar taşıdığı kabul edilmiş ve bunun sonucunda özellikle sosyal kişilik değerlerinin ihlâlinde manevi tazminata hükmedebilmek için fiilin ağırlığı ve failin kast veya ağır ihmalinin bu-

(111) Bkz., Oftinger, I, 293; Keller/Gabi, s. 117; Eren, s. 780; Serozan, Armağan, s. 93vd.; Schwertner, s. 291.

(112) Bkz., Eren, s. 780. Serozan, MK 85/II kuralındaki intikal sınırlamasının gerçek olmayan bir kanun boşluğu oluşturduğunu ve bu boşluğun yeni MK 24a/III doğrultusunda doldurulması gerektiğini belirtmektedir (Postacıoğlu'na Armağan, s. 287). 3444 sayılı Kanunla Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda yapılan değişiklikten önce de nişanın bozulması halinde istenecek manevi tazminat talebinin özel nitelikte olduğu BK'nun 49. maddesinde yer alan şartların bu talep için aranmayacağı kabul ediliyordu (bkz., Sirmen, s. 360, 361).

(113) "Yeni yasal düzenlemelerin üstünlüğü, eskiden manevi tazminatın mirasçıya intikalinde rastlanılan kapıları alabildiğine açık tutan yakışıksız bir "saatle ve takvimle yarış" çıkırına son vermesinde gizlidir. Eskiden kişiliği ihlâl edilenin ölümünden önce atik davranıp istemi karşı yana kabul ettirme (tanıtma) ya da dava yoluyla ileri sürme becerisini gösteren, açıkcası avukat tutabilen "uyanık mirasçı" bu yarış kazanırken, bu beceriler ve olanaklardan yoksun mirasçılar "yaya" kalmaktaydılar" (Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 93, 94; Postacıoğlu'na Armağan, s. 286).

(114) Bkz., Eren, s. 781; Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 94.

(115) Bkz., Eren, s. 781.

(116) Bkz., Eren, s. 781.

lunması aranmıştır. Nitekim manevi tazminatın ceza ile tazminat arasında kendine özgü bu niteliğinden etkilenen -ayrıca basın çevrelerinin baskısına maruz kalan- İsviçre kanun koyucusu manevi tazminata hükmedebilmek için kusurun ağırlığını aramakta idi(117). Aynı şekilde özellikle sosyal kişilik değerlerinin ihlâli konusunda manevi tazminata hükmedebilmek için Medeni Kanununda bir düzenleme yer almayan Alman Hukukunda Federal Mahkeme, ihlâlin veya kusurun ağırlığını aramaktadır(118).

Oysa manevi tazminatın fonksiyonu kişilik varlığındaki değerlerin ihlâli sonucunda objektif olarak meydana gelen zararın giderilmesi olarak kabul edilir ve faili cezalandırmak düşüncesinden hareket edilmezse, bu zararın giderimi hafif kusur ve hafif ihlâl halinde de mümkün olur. Böylece malvarlığı değerlerinin korunmasına hizmet eden maddi tazminat ile kişilik değerlerinde hükmedilen manevi tazminat arasında bu açıdan bir fark kalmaması sağlanmış olur. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu'nda(119) 1985'den itibaren yürürlüğe giren ve Türk Borçlar Kanunu'nda(120) 1988'de yapılan değişikliklerle manevi tazminat talebi için ağır kusur şartı ortadan kaldırılmıştır(121). İsviçre hukukunda bugün "saldırının ağırlığının haklı göstermesi" şartı aranmakta iken, Türk hukukunda saldırının ağırlığı şartı aranmamaktadır.

Nitekim BK 49/1 "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödemesini dava edebilir" demekte, ağır ihlâlden söz etmemektedir. Bu durumda kişilik hakkının hafif ihlâli de manevi tazminat için yeterlidir(122).

(117) Bkz., Oğuzman, Tandoğan'a Armağan, s. 33; Ünal, s. 420.

(118) BGHZ 35, 363, 369. Federal Mahkeme'ye göre eğer ihlâl hafif ise, manevi tazminat için kusurun ağırlığı aranmalıdır. Buna karşılık eğer ihlâl ağır ise, hafif kusur sorumlu olmak için yeterlidir (bkz., Deutsch, s. 570).

(119) 16.12.1983 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun 28, Borçlar Kanunu'nun 49. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin Kanun (bkz., Sutter, BJM 1991, 1vd). İBK 49'a göre "Kişiliğinde hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişi, saldırının ağırlığı haklı gösteriyorsa ve bu başka şekilde tazmin edilemiyorsa, manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesini talep edebilir. Hakim bunun yerine veya bununla birlikte manevi tazminatın bir başkası şekline hükmedebilir".

(120) RG 12.3.1988, S. 19812.

(121) BK'nun 49. maddesinde 3444 sayılı Kanundan önce sorumluluk için zararın ve kusurun ağırlığı şartı aranmaktaydı. Ancak bu değişikliklerle kusurun ağırlığı şartı kaldırılmıştır (bkz., Oğuzman, Tandoğan'a Armağan, s. 33vd.; Kılıçoğlu, Tandoğan'a Armağan, s. 103vd.; Değişiklikten önce kusurun ağırlığı konusundaki Türk hukukundaki eleştiriler için bkz., Ünal, s. 420vd.).

(122) Bkz., Eren, s. 785; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 664; Kılıçoğlu, Tandoğan'a Armağan, s. 107. 4. HD, 15.2.1988 T., 8959/1410 (YKD 1988, s. 1217).

Böylece Türk Kanun Koyucusu manevi tazminat kurumuna güvensizlikten kaynaklanan, tarihi köklerinde ceza düşüncesine dayandıran, bu nedenle manevi tazminat talebinin şartlarını ağırlaştıran görüşten yaptığı bu düzenleme ile uzaklaşmıştır.

Manevi tazminat için ağır kusur şartının aranmaması sonucunda sebep sorumlulukları halinde de BK 49 uygulama alanı bulacaktır(123). Böylece BK 49 kusur sorumluluklarında uygulanabileceği gibi, sebep sorumluluklarında da uygulanabilir(124).

Acı ızdırap gibi duygusal zararlardan sıyrılmış, cezaya ilişkin unsurlar taşımayan telafi fonksiyonu sonucunda manevi tazminat sorumluluk sigortasının kapsamına tartışmasız girer(125). Oysa sigortacının ödediği manevi tazminat özel ceza görüşüne veya kusurun ağırlığını arayan tatmin görüşüne göre mümkün değildir. Çünkü sigortacı kusurlu olmadığı gibi, tazminatı ödemekle birlikte sorumlu olan kişi de değildir.

Sonuç

Biz manevi tazminatın amacının, kişinin acı elem duymasına veya haksızlık hissini tatmin etmesine bağlı tutmaksızın, meydana gelen manevi zararı gidermek olduğunu kabul ediyoruz. Bu açıdan manevi tazminatın maddi tazminattan bir farkı yoktur. Kişilik değerleri, maddi değerlerden daha az değerli ve bu nedenle daha az korumaya muhtaç değildir. Tam tersine kişilik değerlerinin en az maddi mallar kadar, hatta ondan daha fazla değerli olduğu bir gerçektir. Bu nedenle kişilik hakkında meydana gelen eksikliklerin para ile ölçülememesini ileri sürüp, bunların ihlâli halinde manevi tazminata hükmetmemek veya bunu ağır koşullara bağlamak kişilik hakkının daha az korunması sonucunu doğurabileceği gibi, değerler arasında eşitsizliğe de yol açar.

Manevi tazminatın maddi tazminat gibi bir tazminat olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bunun sonucunda manevi tazminat devredilebileceği gibi mirasçılara geçebilir, manevi tazminat talebi sorumluluk sigortasının kapsamına alınır, sebep so-

(123) Bkz., Eren, s. 788; Oğuzman, Tandoğan'a Armağan, s. 36; Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 92; Kılıçoğlu, Tandoğan'a Armağan, s. 109, 110.

(124) Alman hukukunda bugün halâ manevi tazminatın cezaya daha yakın olmasından hareket eden veya özel ceza olarak kabul eden görüş, tatmin fonksiyonu taşıyan manevi tazminata hükmedebilmek için ağır kusur şartını aramakta ve bu nedenle sebep sorumlulukları halinde manevi tazminatı kabul etmemektedir (bkz., Deutsch, s. 574).

(125) Bkz., Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 92; Schwertner, s. 290, 291.

rumluluğu halinde manevi tazminata hükmedilebilir, temyiz gücü olmayanlar ve tüzel kişiler manevi tazminat isteyebilir.

Manevi tazminatin asıl fonksiyonunun meydana gelen zararı tazmin etmek olduğunu kabul etmekle birlikte, -ikinci fonksiyon olarak- onun tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi zararın meydana gelmesini önleyici, yani caydırıcı niteliğinin de göz ardı edilmemesi gerektiği görüşündeyiz. Bu itibarla manevi tazminatin her iki fonksiyonunun da göz önünde bulundurularak, fiilin tekrar işlenmesini engelleyecek tazminat miktarlarına hükmedilmesini önermekteyiz.

— oOo —

BİBLİYOGRAFYA

Brehm, Roland: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilbd., 1. Unterteilbd.: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Lieferung 3, Kommentar zu Art. 49-57 OR, Bern 1989.

von Büren, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln- Berlin- Bonn- München 1996.

Druey, Jean Nicolas: Die Forderung auf eine Geldzahlung zum Ausgleich für immaterielle Nachteile im Vergleich mit der Forderung auf Ersatz des Vermögensschadens nach schweizerischem Recht, Diss., Basel 1966.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1998.

Eren, Fikret: Persönlichkeitsschutz und immaterieller Schaden, Türkisch-schweizerische Juristentage 1989, Zürich 1990, s. 19vd.

Ertaş, Şeref: Manevi Tazminatın Hukuki Niteliğinin ve Miktarının Tesbiti, İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 65vd.

Frank, Richard: Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983.

Franko, İ. Nisim: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973.

Geiser, Thomas: Persönlichkeitsschutz, Pressesensur oder Schutz vor Medienmacht?, SJZ 92 (1996), s. 73vd.

Gottwald, Stefan: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell, Berlin- Baden Baden 1996.

Grossfeld, Bernhard: Die Privatstrafe, Frankfurt- Berlin 1961.

Gürsoy, Kemel Tahir: Manevi Zarar ve Tazmini, AÜHFD 1973, C.30, s.7vd.

Hatemi, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998.

Honsell, Heinrich: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1995.

Honsell, Heinrich: Die Funktion des Schmerzensgeldes, VersR 1974, s. 205vd.

Jäggi, Peter: Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960), s. 133a vd.

Karayağçın, Yaşar: Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AÜHFD 1962, c.19, s. 251vd.

Kern, Bernd-Rüdiger: Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes - ein pönales Element im Schadensrecht?, AcP (191) 1991, s. 247vd.

Kılıçoğlu, Ahmet: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 2. Bası, Ankara 1993.

Kılıçoğlu, Ahmet: Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik, Haluk Tandoğan'ın Hatırası'na Armağan, Ankara 1990, s.103vd.

Kılıçoğlu, Ahmet: Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, ABD1984, s. 15vd.

Klippel, Diethelm: Neuere Entwicklungen des Persönlichkeitsschutzes im deutschen Zivilrecht, Entwicklung des Deliktrechts in rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt 1987, s. 13vd.

Knöpfel, Gottfried: Billigkeit und Schmerzensgeld, AcP (155) 1956, 135vd.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980.

Köndgen, Johannes: Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden, Berlin 1976.

Lange, Hermann: Handbuch des Schuldrechts (hrsg. Gernhuber), Bd. I, Schadenersatz, 2. Aufl., Tübingen 1990.

Lorenz, Egon: Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld", Berlin 1981.

Merz, Hans: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 6. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Teilbd. 1, Basel und Frankfurt 1984.

Nehlsen-v. Stryk: Schmerzensgeld ohne Genugtuung, JZ 1987, s. 119vd.

Oftinger, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, Zürich 1975.

Oftinger, Karl /Stark, W. Emil: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Bd., Allgemeiner Teil, Zürich 1995.

Oğuzman, Kemal: İsviçre ve Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Haluk Tandoğan'ın Hatırası'na Armağan, Ankara 1990, s. 7vd.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.

Pecher, Hans Peter: Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert, AcP 171 (1971), s. 44vd.

Pedrazzini, M. Mario/ Oberholzer, Niklaus: Grundriss des Personenrech, 4. Aufl., Bern 1993.

Rey, Heinz: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995.

Riklin, Franz: Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, Freiburg 1968.

Saymen, Ferit H.: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940.

Schaffhauser, René/ Zellweger, Jakop: Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrecht, Bd. II: Hafpflicht und Versicherung, Bern 1988.

Schwertner, Peter: Das Persönlichkeitsrech in der deutschen Zivilrechtsordnung, Berlin 1976.

Serozan, Rona: Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Haluk Tandoğan'ın Hatırası'na Armağan, Ankara 1990, s. 67vd.

Serozan, Rona: Eine differenzierte Beurteilung des Anspruchs auf immateriellen Schadenersatz, (Versuch einer Entemotionalisierung), Türkisch-schweizerische Juristentage 1989, Zürich 1990, s. 45vd.

Serozan, Rona: Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali, İlhan Postacıoğlu'na Armağan İstanbul 1990, s. 279vd.

Sirmen, Lâle: Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, Ankara 1977, 359vd.

Steffen, Erich: Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien, NJW 1997, s. 10vd.

Stoll, Hans: Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, Berlin 1964.

Sutter, Thomas: Voraussetzungen der Haftung bei Verletzung der Persönlichkeit nach Artikel 49 des revidierten Obligationenrechts, BJM 1991, s. 1vd.

Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

Tahiroğlu, Bülent: Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969.

Tekinay, Selâhattin Sulhi: Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Haluk Tandoğan'ın Hatırası'na Armağan, Ankara 1990, s. 55vd.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler 7. Bası, İstanbul 1993.

von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974.

Ünal, Mehmet: Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD 1978, c. 35, sa., 1-4, s. 397vd.

Vuille-Dit-Bille, René: Die verschiedenen Ansprüche bei Persönlichkeitsverletzung und ihr Verhältnis zueinander, Diss., Zürich 1980.

Winter, Urs: Die Wiedergutmachung immaterieller Beeinträchtigung bei Körperverletzung und Tötung, Diss., Zürich 1975.

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AMK	Alman Medeni Kanunu
Art.	Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
Bd.	Band
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Diss.	Dissertation
FMK	Fransız Medeni Kanunu

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
JZ	Juristenzeitung
MK	Medeni Kanun
N	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
vd.	ve devamı
VersR	Versicherungsrecht
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

ÇEŞİTLİ YÖNLERİYLE ÖNÖDEME KURUMU

Seydi KAYMAZ(*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Genel Olarak. II- Önödeme Kurumunun Tarihi Gelişimi. III- Önödemenin Hukuksal Niteliği. IV- Önödemenin Çeşitleri. V- Önödemenin Şartları. VI- Önödeme Miktarının Belirlenmesi. VII- Uygulama. VIII- Önödemenin Uygulanamayacağı Haller. IX- Önödeme Kurumu ve Ceza Kararnamesi. X- Önödeme Kapsamına Giren Bir Suç İçin Ceza Kararnamesi Düzenlenebilir mi? XI- Önödeme Üzerine Verilen Kararların Etkisi. XII- Temyiz. XIII- Önödeme Kapsamına Giren Suçlarda Zabitanın Hareket Tarzı.

I. GENEL OLARAK:

Toplumsal gelişim içinde suçların artış oranı dikkate alınarak, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla önemsiz görülen bazı suçların ceza ve ceza yargılaması hukukunun uygulama alanı dışına çıkarılması düşünülmüştür. Bu hususta başvuru yöntemlerinden biri, özellikle kabahat nevinden suçların ceza kanunlarından, dolayısıyla suç olmaktan çıkarılarak idari yaptırım ile karşılanmasıdır. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi de(1) denen bu düşünceyle halen Ceza Kanunumuzda yer alan kabahat nevinden birçok suç Türk Ceza Kanunu Öntasarısına alınmamıştır.

Mevcut sistem içinde mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla kabul edilen kurumlardan biri Sulh Ceza Hakiminin ceza kararnamesi, bir diğeri ise önödeme kurumudur(2).

Bazı yönleri ile önödeme kurumuyla benzerlik arz eden ceza kararnamesi CUMK. 386 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu çalışmamızda yeri geldikçe ceza kararnamesine değinilecektir.

(*) Çorlu Cumhuriyet Savcısı.

- (1) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995. Önödeme kapsamındaki suçlar ve konudaki Yargıtay kararları için bkz. Hasan Tahsin Gökcan - Seydi Kaymaz, Açıklamalı İçtihatlı Önödemeye Bağlı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998.
- (2) TCK.nun 119. Maddesinin gerekçesinde; "mahkemelere intikal eden işlerde önemli ölçüde azalma sağlayacağı ve mahkemelerin diğer işleriyle yeterli şekilde ilgilenmelerine imkan vereceği" düşüncesiyle önödeme kurumunun kabul edildiği belirtilmektedir. TCK.nun 119. Maddesinin gerekçesi için bkz. Vural Savaş - Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 1994 Cilt, 1, s. 1339.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısında üst sınırı bir yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar önödeme kapsamına alınmış, böylece önödeme kapsamı çok genişletilmiştir (TCKÖK.nun önödemeyle ilgili 94. maddesi için bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Ankara 1997, s. 49).

İnceleme konumuz olan ve TCK.nun 119. maddesinde düzenlenen önödeme; yalnız para cezasını veya üç ayı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçun aşağı haddine karşılık gelen para cezasının ilgili merci tarafından verilecek on günlük süre içinde ödenmesi halinde kamu davasının açılmaması, kamu davası açılmış ise davanın ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir kurum olarak tanımlanabilir(3).

Tanımdan da anlaşılacağı üzere önödeme, hazırlık aşamasında sözkonusu olabileceği gibi, yargılama aşamasında da sözkonusu olabilir. Öngörülen para cezasının hazırlık aşamasında ödenmesi halinde sanık hakkında kamu davası açılması önlenmiş olur; öngörülen para cezasının yargılama aşamasında ödenmesi halinde ise kamu davası ortadan kalkar. Böylece mahkemelerin işi azaltılmış olduğu gibi, sanığın da bir mahkumiyet hükmü ile karşı karşıya gelmesi önlenmiş olur.

"Önödemenin amaçlarından birisi mahkemelerin işlerinin önemli oranda azaltılması ve çabuklaştırılması, ikincisi de sanığın mahkumiyet hükmü ile karşı karşıya kalmasının, dolayısıyla sabıkalı duruma düşmesinin önlenmesidir(4).

Koşulları oluştuğunda C. Savcılıkları ve mahkemeler önödeme yoluna başvurmak zorundadırlar; savcılıklar ve mahkemelerin önödeme bildiriminde bulunup bulunmama hususunda herhangi bir takdir hakkı mevcut değildir.

II- ÖNÖDEME KURUMUNUN TARİHİ GELİŞİMİ:

Önödeme kurumu kaynak İtalyan Ceza Kanununun 101. maddesinden TCK. 119. maddesine alınmıştır. Maddenin ilk halinde en çok 200 lira hafif para cezasını gerektiren kabahat eylemleri için önödemenin uygulanma olanağı kabul edilmişti. 5.3.1973 tarihinde kabul edilen 1696 sayılı Yasa ile önödeme kurumu kapsamı genişletilerek Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa aktarıldı ve CUMK. Ek 5 ile 9 maddelerinde düzenlendi. 1696 sayılı Yasadan önce yalnız "hafif para" cezasını gerektiren suçlarda önödemenin uygulanması mümkün iken, yapılar değişiklikle "para" cezasını gerektiren suçlarda önödemenin uygulanma imkanı kabul edilerek, yalnız para cezasını gerektiren cürümler de önödeme kapsamına alındı. 7.1.1981 tarihinde kabul edilen 2370 sayılı Yasa ile TCK. 119. maddesinde yapılan değişiklikle üst sınırı 1 ayı aşmayan kabahat nevindeki suçlar içinde önödemenin uygulanma imkanı getirildi ve önödeme kurumu tekrar TCK. 119. maddesine aktarıldı. Nihayet 1988 tarihinde kabul edilen 3506 sayılı Yasa ile TCK. 119. maddesinde yapılan değişiklikle madde günümüzdeki halini aldı ve üst

(3) Faruk Erem - Ahmet Danışman - M. Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 1024.

(4) CGK. 5.2.1990, 2- 367/6. YKD Kasım 1990, s. 1691.

sınırı üç ayı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar da önödeme kapsamına dahil edildi. Görüldüğü üzere, önödeme kurumu zaman içinde çok değişikliğe uğramış ve bu değişikliklerin hemen hemen hepsi de önödeme kurumunun kapsamını genişletme yönünde olmuştur.

III. ÖNÖDEMENİN HUKUKSAL NİTELİĞİ:

Önödemenin hukuksal niteliği ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Önödeme kurumunun daha iyi anlaşılması bakımından bu görüşlere kısaca değinmekte yarar vardır.

1. ÖNÖDEMENİN DEVLETLE KİŞİ ARASINDA BİR SULH ANLAŞMASI OLDUĞU GÖRÜŞÜ:

Bu görüşe göre, Önödeme, devletle fert arasında yapılan bir sulh anlaşmasıdır. Devlet, belli bir paranın ödenmesi karşılığında cezalandırma isteğinden feragat etmekte, birey de yargılama hukukunun güvencelerinden vazgeçmektedir(5).

Kamu hukuku ilişkilerinde barış anlaşması olamayacağı, esasen kişinin önerilen parayı ödemedeki amacının suçluluğu kabul etmek olmayıp, açılacak davanın üzüntülerinden ve sabıkalı duruma düşmekten kurtulmak olduğu(6), keza, sulh anlaşmasından söz edebilmek için her iki sujenin de eşit koşullar altında olması gerektiği, oysa devletle ferdin eşit koşullar altında olmadıkları ileri sürülerek bu görüş eleştirilmiştir(7).

2. ÖNÖDEMENİN YARGILAMASIZ CEZALANDIRMA OLDUĞU GÖRÜŞÜ:

Doktrinde savunulan bir görüşe göre ise önödeme, esas itibariyle bir usul hukuku kurumu olup, yargılamasız cezalandırmanın bir çeşididir. Önödeme önerisi üzerine ödeme gerçekleştiğinde, sanığın da rızası ile yargılama yapılmaksızın hazırlık soruşturması aşamasından doğrudan doğruya infaz aşamasına geçilmektedir(8).

Bu görüş de, henüz bir yargılama ve hüküm olmadan cezanın infazından söz etmenin usul hukuku açısından mümkün olmayacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir(9).

(5) Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt.3, 1983, s. 404.

(6) Dönmezer - Erman, Cilt.3, 1983, s. 404.

(7) Fatih Selami Mahmutoglu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, s.150).

(8) Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, (Kısaltma: Ceza) İstanbul 1986, s. 547 Mahmutoglu da önödemenin kamusal nitelikli para cezasının rızai bir infaz şekli olduğunu belirtmektedir. (Mahmutoglu, age, s. 151).

(9) Bkz. Dönmezer - Erman, age, s. 404 - 405.

3. ÖNÖDEMENİN, C. SAVCISININ CEZA KARARNAMESİ NİTELİĞİNDE BİR İŞLEM OLDUĞU GÖRÜŞÜ:

Doktrinde *Kunter* tarafından savunulan görüş ise, önödemenin savcının bir ceza kararnamesi niteliğinde bir işlem olduğu şeklindedir. Yazara göre, "kanunlarımızda 'savcının ceza kararnamesi' diye bir terim yoktur. Fakat savcının yaptığı, ceza kararnamesi niteliğinde bir işlem vardır." Önödeme kurumunda C. Savcısı "paranın ödenmesi için bir tebligat yapar. Bu tebligat bir önermeyi içerir. İlgili kabul edip öderse kamu davası açılmaz, kabul etmezse yani ödemezse dava açılır. Bu ödemede savcının hukuki tavsifi esas alındığından ödeme de kabule bağlı tutulduğundan, savcının ödeme hususunda yaptığı tebligat 'ceza kararnamesi'nin tebliği niteliğinde'dir(10).

Ceza kararnamesinde, ceza vermeye yetkili olan makamların önce kişiye ceza verdikleri, ilgilinin itirazı halinde yargılama yapıldığı, oysa önödemede C. Savcısının yalnızca sanıkla uzlaşmaya giriştiği, uzlaşma girişimi başarısız olduğu takdirde kamu davası açıldığı belirtilerek bu görüş eleştirilmiştir(11).

4. ÖNÖDEMENİN, SUÇUN, İDARİ YAPTIRIMA DÖNÜŞMESİ OLDUĞU GÖRÜŞÜ:

Önödemenin, suçun idari yaptırıma dönüşmesi olduğu şeklindeki görüşe göre, önödeme önerisinde bulunulan kişi, yargılama hukukunun teminatından vazgeçmekte, devlet de aslında suç teşkil eden eylemin artık bir suç değil, idari yaptırımı gerektiren bir hareket saymayı önceden kabul etmektedir(12). Bu görüşü savunanlara göre, önödeme önerisinin mahkeme tarafından yapılması da bu kurumun idari niteliğini ortadan kaldırmaz; çünkü mahkeme burada, yargısal değil idari bir makam olarak karar vermektedir(13).

Önödemenin idari bir işlem olduğu kabul edildiğinde, aynı zamanda bu işlemin idari denetime tabi olduğunun da kabul edilmesi gerektiği, oysa önödeme önerisinin hazırlık aşamasında kabul edilmemesi halinde kamu davası açıldığı, yargılama aşamasında da uyumsuzluğun yargısal bir kararla sonuçlandığı belirtilerek bu görüş de eleştirilmiştir (14).

(10) Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, 1989, s. 820).

(11) Yurtcan, *Ceza*, s. 547).

(12) İsmail Malkoç - Mahmut Güler, *Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, (Kısaltma: Ceza Muhakemeleri) Adil Yayınevi, Ankara 1998, Cilt.2, s.1684 - 1685; Dönmezer - Erman, age, s.405; Önödeme kurumunun sulh veya uzlaşma sayılamayacağını ileri süren Erem, "şu halde önödeme yolunu seçen suçlu idari bir müeyyideyi kabulle teknik anlamdaki cezai müeyyideden kurtulmaktadır." diyerek benzeri bir düşüncüyü dile getirmektedir. (Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Kısaltma: TCK. Şerhi) Seçkin Yayınevi, Ankara 1993, s. 931. Aynı görüş için bkz. Malkoç - Güler, age, Cilt. 2, s. 1684 - 1685)

(13) Mahmutoglu, age, s. 149.

(14) Bkz. Mahmutoglu, age, s. 151.

Önödemenin hukuksal niteliği konusunda ileri sürülmüş başka görüşler de mevcuttur. Ancak şu kadarını belirtelim ki önödeme kurumunun niteliğini açıklamaya çalışan görüşlerin hepsi de eleştiriye açık görüşlerdir. Bu çalışmamızın amacı önödeme kurumunun hukuksal niteliğini izah etmek olmadığından bu konuda daha fazla açıklama yapmayacağız. Biz ise bu konuda Yüksek Mahkememizin görüşlerine katılarak(15) önödeme kurumunun çifte karaktere sahip bir kurum olduğunu belirtmekle yetinmekteyiz. Bilindiği üzere, hazırlık aşamasında önödeme önerisine uyularak ödeme yapılması halinde ilgili hakkında takipsizlik kararı verilerek uyuşmazlığın mahkeme önüne gitmesi önlenmiş olur. Dava açılmasını önleme yönü nedeniyle önödeme kurumu bir yargılama hukuku kurumudur. Önödemede kural; uyuşmazlığın hazırlık aşamasında çözülmesidir ve bu karakteri nedeniyle de önödeme kurumunun yargılama hukuku kurumu olması özelliği daha baskındır.

Hukukumuzda dava açıldıktan sonra da önödeme sözkonusu olabileceğinden ve dava açıldıktan sonra yapılan ödeme halinde ise davanın ortadan kaldırılması sonucunu doğurması nedeniyle ceza hukuku kurumu niteliğine sahiptir. Böylece, önödemenin dava açılmasını önleme yönüyle ceza yargılama hukuku, açılmış bir davanın ortadan kaldırılması sonucunu doğurması nedeniyle ceza hukuku kurumu olma niteliğine sahip karma bir kurum olduğu anlaşılmaktadır.

IV. ÖNÖDEMENİN ÇEŞİTLERİ:

Önödeme kurumu çeşitli hallerde sözkonusu olabilir. Aşağıda çeşitli hallerde sözkonusu olan bu önödeme çeşitleri incelenecektir.

1. KAMU DAVASI AÇILMADAN ÖNCE SÖZKONUSU OLAN ÖNÖDEME:

Hazırlık soruşturması sırasında suçun önödeme kapsamında kaldığının anlaşılması halinde C. Savcılığınca önödeme önerisinde bulunulması lazımdır. Esasen önödemenin amacı uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmeden çözümlenmesidir ve uygulamada en çok rastlanan önödeme çeşidi de budur. Sanığın TCK. 119. maddesine göre verilen on günlük süre içinde gerekli para cezasını soruşturma gideri ile birlikte maliye veznesine yatırması halinde hakkında takipsizlik kararı verilir. Sanık hakkında dava açılmasını önlediği için hazırlık aşamasında sözkonusu olan önödemenin dava şartı olduğu da ileri sürülmüştür(16).

(15) 11.4.1983, 2/2 Sy. İBK. için bkz. YKD Temmuz 1983, s. 945.

(16) Bahri Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 217.

2. KAMU DAVASI AÇILDIKTAN SONRA SÖZKONUSU OLAN ÖNÖDEME:

Aşağıda belirtilen üç halde mahkeme sanığa önödeme ihtarında bulunarak davayı sonuçlandırmak durumundadır. Mahkemenin önödeme ihtarında bulunması için duruşmayı beklemesi gerekli değildir; tensiple de sanığa önödeme ihtarında bulunabilir(17).

A. C. Savcısının Hata ile Dava Açması Halinde Söz konusu Olan Önödeme:

Esasında bu ihtimalde ne gibi bir işlem yapılması gerektiği hususunda kanunumuzda bir açıklık mevcut değildir. 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İBK'ndan önce mahkemeler bu gibi hallerde CMUK 253. maddesine göre durma kararı vererek, sanık veya sanıklar hakkında TCK. 119. madde hükümlerine işlem yapılmak üzere evrakı ilgili Cumhuriyet Savcılıklarına göndermekteydiler.

Yüksek Mahkememiz, 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu gibi hallerde, ister sanığın sorgusu yapılmış olsun ister yapılmamış olsun mahkemelerin sanığa önödeme ihtarında bulunarak, sonucuna göre işlem yapılmasını kararlaştırmıştır(18). Böylece, işlenen suç önödemeye tabi olduğu halde C. Savcısının hata ile dava açtığı hallerde, davanın açıldığı mahkeme yargılamanın her aşamasında sanığa önödeme ihtarında bulunmak zorundadır. Mahkemece yapılan önödeme ihtarı üzerine sanığın gerekli para cezasını yargılama gideriyle birlikte ödemesi halinde sanık hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilecektir(19).

(17) Malkoç - Güler, Ceza Muhakemeleri, Cilt.2, s. 1683.

(18) 11.4.1983, 2/2 Sy. İBK için bkz. YKD Temmuz 1983, s. 945. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı TCK. 119. maddeye karşılık gelen 94. Maddesinde bu ihtimali yasal bir zemine oturtmuştur. Maddenin ilgili 6. fıkrası aynen şöyledir: "Cumhuriyet Başsavcılığınca madde kapsamına giren bir suçtan dolayı önödeme işlemi yapılmadan dava açılması veya dava konusu fiilin niteliğinin değişmesi suretiyle madde kapsamına giren bir suça dönüşmesi hallerinde de yukarıdaki fıkra uygulanır." Maddenin bir önceki fıkrasında da, özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi halinde, mahkemece sanığa önödeme ihtarında bulunulması hususunu düzenlemektedir. (Bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Ankara 1997, s.49).

Ancak maddenin gerekçesinde yeni düzenlemelerin 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gözönünde bulundurularak yapıldığı belirtilmiş ise de yapılan düzenlemelerin söz konusu İBK'na uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü; TCKÖT'nin 94/7. maddesinde; C. Savcısının hata ile dava açması veya dava konusu fiilin niteliğinin değişmesi suretiyle suçun önödeme kapsamına girmesi halinde 6. fıkra hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. 6. fıkra ise, sanığın "sorgusundan önce" gerekli para cezası ve yargılama giderini ödemesi gerektiği belirtilmektedir. Oysa, 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İBK'nda "sanığın sorgusunun yapılp yapılmadığı koşulu aranmadan", mahkemece sanığa önödeme ihtarları yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle, önödeme kurumunu düzenleyen TCKÖT 94. maddesinin 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İBK nazara alınarak düzenlendiği belirtilmiş ise de, yapılan düzenleme İBK'nın dayandığı gerekçeler ve İBK'nın temel esprisine aykırıdır.

(19) Yurtcan, TCK. 119. maddesinde, mahkemelere yalnızca özel yasalar gereğince doğrudan doğruya intikal eden suçlarla ilgili önödeme önerisinde bulunma olanağı verildiği halde, 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İBK. ile mahkemelerin önödeme uygulama alanının genişletildiğini ve böylece yasa koyucunun amacı ile bağdaşmadığını ileri sürerek söz konusu İBK'nı eleştirmektedir. (Erdener Yurtcan, İçtihadı Birleştirme Kararı Dolayısıyla Önödeme Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, Cilt.10, Sayı:3, 1984, s.230-234)

Kunter'de, nitelik değişmesi nedeniyle mahkemenin yargılamanın her aşamasında önödeme ihtarında bulunmasını öngören İBK'nı isabetli bulmamakta ve; "vasıf değişmesi duruşmanın sonlarında bile mümkün olduğuna göre, önödemenin ilk ve son soruşturma yapılmadan, yani yargılama makamları işe koyulmadan yapılması demek olan "ön'lüğü ortadan kalkmakta, önödemenin temeli yıkılmaktadır." diyerek İBK'nı eleştirmektedir. (Kunter, age, s. 759).

Her ne kadar 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İBK.nda C. Savcısının hata ile dava açtığı hallerde sanığın gerekli para cezası ve birlikte ödemesi halinde kamu davasının ortadan kaldırılacağı belirtilmekte ise de, kanaatimizce, C. Savcısının hata ile dava açtığı durumlarda, sanık suçun karşılığı olan ceza ile birlikte yalnızca hazırlık soruşturması giderleriyle sorumlu tutulmalı, C. Savcısının kusuru yüzünden meydana gelen yargılama giderleri sanığa yükletilmemelidir(20).

B. Yargılama Aşamasında Suçun Nitelik Değiştirmesi nedeniyle Söz-konusu Olan Önödeme:

Bazen yargılama aşamasında suç nitelik değiştirerek önödemelik suç vasfını alabilir. Örneğin, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu hayati tehlike geçirecek şekilde yaralamaya sebebiyet vermek suçundan sanık hakkında kamu davası açıldığı halde, yargılama aşamasında mağdurun hayati tehlike geçirmediği ve 20 günden az iş ve gücüne mani kalır şekilde yaralandığı anlaşılırsa, mağdurun şikayetçi olması halinde eylem; TCK 459/1. maddesindeki önödemelik suça, şikayetçi olmaması halinde ise, TCK. 565. maddesine temas eden ve önödeme kapsamında olan tehlikeli şekilde araç kullanmak suçuna dönüşür.

Esasında bu gibi hallerde de mahkemeye sanığa önödeme ihtarında bulunması gerektiğine dair kanunumuzda bir hüküm yoktur. Bu gibi hallerde önödeme yoluna gitme imkanı 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İBK ile kabuledilmiştir. Yüksek Mahkememiz; CMUK 257 ve 258. maddeleri hükümlerinden yola çıkarak, mahkemenin nitelik değiştirerek önödeme kapsamına giren suçtan dolayı sanığa önödeme ihtarında bulunması ve sonucuna göre işlem yapması gerektiğine karar vermiştir(21). Yüksek Mahkemeye göre "aksi düşünce; daha az incelemeye dava açma durumunda olan mercie tanınan yetkiyi, irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir edecek olan mahkemeyi tanımamak olur ki, buna hukuken imkan yoktur(22).

C. Özel Kanun Hükümleri Gereğince İşin Doğrudan Doğruya Mahkemeye İntikal Ettiği Hallerde Söz konusu Olan Önödeme: Bazı suçlarla ilgili olarak düzenlenen suç evrakları C. Savcılığına verilmeden doğrudan doğruya ilgili mahkemeye verilir. Örneğin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa muhalefet suçlarına ilişkin evraklar aynı Yasanın 114/3. maddesine göre 7 iş günü içinde doğrudan doğruya ilgili mahkemeye verilir. Yine 394 sayılı Hafta Tatili Kanununun 9. maddesine göre, za-

(20) Aynı görüş için bkz. Kunter, age, s. 757.

(21) İBK. 11.4.1983, 2/2. YKD Temmuz 1983, s. 945.

(22) İBK. 11.4.1983, 2/2. YKD Temmuz 1983, s. 945.

bita tarafından düzenlenen suç tutanakları, doğrudan doğruya yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilir. İşte, "özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmiş olması halinde sanık sorgudan önce hakim tarafından verilecek on günlük mehil içinde bu madde hükümlerine göre tesbit edilecek miktardaki parayı yargılama gideriyle birlikte merciine ödediği takdirde" hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilir (TCK. 119/5 md.).

Dikkat edilirse TCK. 119/5 maddesinde işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi halinde sanığın "**sorgudan önce**" hakim tarafından verilecek on günlük süre içinde gerekli para cezasını yargılama giderleriyle birlikte ödemesi halinde kamu davasının ortadan kaldırılacağı belirtilmektedir.

Aşağıda yapacağımız açıklamaların daha iyi anlaşılması için öncelikle bu hükmün nasıl ve ne şekilde TCK. 119. maddesine girdiğinin tespit edilmesi yararlı olacaktır.

Önödeme kurumunu CMUK.nda düzenleyen 1696 sayılı Yasanın Ek 8. maddesinde savcılık aşamasında önödeme önerisinde bulunulmadan dava açılması halinde, sanığın "**sorgusundan önce** hareketine uyan maddedeki para cezasını" yargılama giderleriyle birlikte yatırması halinde kamu davasının ortadan kaldırılacağı belirtilmekteydi(23).

Ancak işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi hali önödeme kurumunu CMUK.nuna aktaran 1696 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte öngörülmemiştir.

1981 yılında kabul edilen 2370 sayılı Yasa ile önödeme kurumu TCK.nuna alınmış ve "Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmiş olması halinde" sanığın "sorgudan önce hakim tarafından verilecek on günlük mehil içinde" gerekli para cezası ve yargılama giderini ödemesi halinde hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılacağı belirtilmiştir.

Bu hükmün konuluş amacı, özel yasalar gereğince işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi halinde sözkonusu olan önödeme çeşidini, kamu davası açılmadan önce savcılık aşamasında uygulanan önödeme çeşidine uydurmak idi. Ayrıca yukarıda açıkladığımız birinci çeşit önödemede, uyumsuzluk öncelikle C. Savcılığına intikal edeceği için, savcılığın kural olarak önödemede bulunacağı ve

(23) 1696 sayılı Yasa ile CMUK.nuna eklenen Ek 8. madde aynen şöyledir: Yukarıdaki madde hükmün yerine getirilmeden (C. Savcısı tarafından önödeme önerisinde bulunulmadan) dava açılmışsa, sanık sorgusundan önce hareketine uyan maddede yazılı para cezası maktu ise bu miktarı, aşağı ve yukarı hadleri gösterilmiş ise aşağı haddi ile mahkeme masraflarını merciine öderse kamu davası ortadan kaldırılır.

dolayısıyla uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmeyeceği düşünülmüş ve sebeple de özel yasalar gereği işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi hali 2370 sayılı Yasa ile TCK.nunda yapılan değişiklikle ayrıca düzenlenmiştir(24).

Ancak savcılık aşamasında önödemede bulunma mecburiyetine rağmen, C. Savcılarının önödemede bulunmayarak uyuşmazlığı mahkemeye göndermeleri ihtimali elbette ki mevcuttur. C. Savcısının hataen önödemede bulunmayarak işi mahkemeye gönderdiği bu gibi hallerde, mahkemenin durma kararı vererek önödeme önerisinde bulunulması için evrakı C. Savcılığına mı göndermesi gerektiği, yoksa bu yola başvurmuyarak bizzat mahkemenin mi sanığa önödeme ihtarında bulunup sonucuna göre bir karar vermesi gerektiği hususu tartışmalara neden olmuştur. Yüksek Mahkememiz bu gibi hallerde mahkemelerce durma kararı verilmeyip, sanığın sorgusunun yapıp yapılmadığı koşulu da aranmadan mahkemece sanığa önödeme ihtarında bulunulması gerektiğine karar vermiştir (İBK. 11.4.1983, 2/2). Yüksek Mahkeme daha da ileri giderek duruşma aşamasında nitelik değiştirerek önödeme kapsamına giren suçlar bakımından da mahkemenin sanığa önödeme ihtarında bulunması gerektiğine karar vermiştir(25).

Görüldüğü üzere, C. Savcılarının mecburiyete rağmen önödeme önerisinde bulunmamaları sebebiyle işin mahkemeye intikal etmesi halinde , sanığın sorgusunun yapıp yapılmadığı koşulu aranmaksızın mahkemece sanığa önödeme ihtarında bulunulacaktır. Böylece C. Savcısının hatası yüzünden sanığın zarar görmemesi sağlanmak istenmiştir.

(24) 2370 sayılı yasayla yapılan değişikliklerle ilgili olarak görüşlerini açıklayan Kunter - Yenisey de: "Gerçekten mecburiyetine rağmen savcının önödemeyi önermemesi imkansız olmadığına göre, dava açılmasından sonraki önödeme her zaman mümkün olmalı idi. 1981 de özel kanunlar gereğince işin doğruca mahkemeye intikali dışında bundan vazgeçilmesi çok isabetsiz olmuştur. Kaldı ki bu vazgeçme kasdı de değildi. Hükümet, sadece ikinci çeşit önödemeyi birinciye uydurmak istemişti. Adalet Komisyonu, 6.1.1981 tarihli raporunda da belirtildiği üzere, ikisi bir arada olsun diye 119. maddeye yeni şeklini verdi. Ancak bu arada herhalde, "savcıdan geçen işlerde 1. çeşit uygulanıyor. 2. çeşit olsa olsa savcıdan geçmeyen işlerde uygulanır" düşüncesiyle özel kanun sözleri maddeye sokulmuştu. Önödemenin ikinci çeşidini özel kanunlar gereği mahkemeye doğruca gelen işlere hasretmenin haklı bir gerekçesi yoktu." Demektedirler. (Nurullah Kunter - Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1998, s.832, dipnot: 168.

(25) İBK. 11.4.1983, 2/2 YKD Temmuz 1983, s. 945. Kunter, Savcılık aşamasında önödeme önerisinde bulunulmayarak kamu davası açılması halinde mahkemece sanığa önödeme ihtarında bulunulması mecburiyetini kabul etmesi nedeniyle 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İBK.nı savunmakta; ancak, sorgudan sonra ve suçun vasfının değişmesi nedeniyle mahkemenin sanığa önödeme ihtarında bulunulması mecburiyetinin kabul edilmesini önödeme kurumunun niteliğine aykırı bularak eleştirmektedir. (Bkz. Kunter, age, 825-827) Yurtcan ise, hem savcılıkça sanığa önödeme önerisinde bulunulmaması, hem de duruşma aşamasında suçun niteliğinin değişmesi nedeniyle sanığa önödeme önerisinde bulunulmasını eleştirmekte ve 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İBK. ile mahkemelerin önödeme uygulama alanının genişletildiğini ve bunun yasa koyucunun amacı ile bağdaşmadığını ileri sürmektedir (Bkz. Yurtcan, age, s. 230 - 234).

Aynı sakınca, yani mecburiyete rağmen önödeme ihtaratında bulunmama ihtimali özel yasalar gereği işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi hali için de mevcuttur. Diğer bir ifadeyle hakim mecburiyete rağmen, önödeme ihtaratında bulunmayarak sanığın sorgusunu yapma yoluna gidebilir. Bu ihtimal dışı bir olay değildir. Önödeme ihtaratında bulunmak için sorgunun yapılmamış olması bir koşul olarak arandığı takdirde hakimin hatası yüzünden sanık mağdur edilmiş olacaktır.

Bu sebeple 11.4.1983 tarih ve 2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ve TCK 119. maddesinin gerekçesinde belirtilen, "mahkemelerin işlerinin azaltılması ve sanığın bir mahkumiyet hükmü ile karşı karşıya gelmesinin önlenmesi" gerekçeleri dikkate alınarak, özel yasalar gereği işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi halinde de sorgunun yapıp yapılmadığı koşulu aranmadan mahkemece sanığa önödeme ihtaratında bulunulması gerektiği kanaatindeyiz.

Yukarıda özel yasalar gereği uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmesi halinin hangi tarihte ve ne şekilde maddeye ilave edildiği açıklanmıştır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, özel yasalar gereği işin mahkemeye intikal etmesi halindeki önödeme çeşidini diğer önödeme çeşidinden ayırmanın ve farklı bir düzenlemeye tabi tutmanın tutarlı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Uygulama birliğinin sağlanması ve haksız bazı sonuçların meydana gelmemesi için özel yasalar gereği işin mahkemeye intikal etmesi hallerinde de sorgunun yapıp yapılmadığı koşulu aranmadan mahkemece sanığa önödeme ihtarı yapıp sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Belirtelim ki, Yüksek Mahkememizin sırf bu hususu konu edinen bir kararına rastlayamadık. Ancak, başka hususları konu edinen Yüksek Mahkememizin kararlarında, önödeme ihtaratı için "sanığın sorgusundan önce" koşuluna yer verilmiştir(26).

V. ÖNÖDEMENİN ŞARTLARI

1. İSNADIN CİDDİLİĞİ ŞARTI

Kişiyi suç isnat edilebilmesi ve hakkında bir ceza muhakemesi işleminin yapılabilmesi için, kişinin suç işlediği hususunda bir şüphenin bulunması gereklidir. ceza muhakemesi hukukundaki bu temel kural, önödemeye tabi suçlar bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, işlendiği iddia edilen suç, önödeme kapsamına giren bir suç olsa dahi öncelikle suç delillerinin toplanması, şüphelinin suçu işlediğine dair

(26) Bkz. CGK. 17.6.1997, 3-154/164. Malkoç - Güler, age, Cilt. 2, s. 1691; CGK. 5.2.1990, 2-367/6. YKD Kasım 1990, s. 1691.

dava açmaya yeterli delil elde edilmediği takdirde takipsizlik kararı verilmesi gereklidir(27). Toplanan delillerin dava açmaya yeterli olması halinde ise ilgiliye önödeme önerisinde bulunulması ve sonucuna göre işlem yapılması lazımdır.

İsnadın ciddiliği koşulu mahkeme tarafından yapılan önödeme için de geçerlidir. Eğer, toplanan deliller sanığın beraatini gerektiriyorsa önödeme önerisi yapılamayarak sanığın beraatine karar verilmelidir. Çünkü beraat kararı ortadan kaldırma kararına göre sanığın daha lehine bir karardır. Yüksek Mahkememiz de beraat kararının düşme (ortadan kaldırma) kararından daha güvenceli ve öncelikli bir karar olduğunu belirterek öncelikle beraat kararı verilmesi gerektiğini beyan etmiştir(28).

Hemen belirtelim ki, uygulamada çoğu kez bu kurala uyulmamakta, önödeme kapsamına giren suçlarla ilgili olarak yeterli soruşturma ve araştırma yapılmadan ilgililere önödeme önerisi yapılmaktadır. TCK.nun 119. maddesinin ifade biçimi de araştırma yapılmasına engel teşkil etmektedir. Örneğin, TCK.nun 119/6. maddesinde özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi halinde sanığa sorgudan önce önödeme ihtarı yapılması öngörülmektedir. Dolayısıyla, araştırma bir yana sanığın sorgusunun yapılmasına dahi gerek olmadan hakim tarafından sanığa önödeme ihtarata yapılması öngörülmektedir. Bu durumda elbette ki isnadın ciddiliği koşulu önemini yitirmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu yeni vermiş olduğu bir kararda, 11 yaşını bitirip 15 yaşını doldurmamayan sanığın işlemiş olduğu suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığının araştırılmasına dahi gerek olmadığı sonucuna varmıştır(29).

(27) Kunter, age, s. 756. Ayrıca isnadın ciddiliği konusunda bkz. Hasan Tahsin Gökcan, Bir İnsan Hakkı İhlali Olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı (Haksız) Yargılama Kavramı, Yargıtay Dergisi, Cilt.24, Sayı. 1-2, Ocak - Nisan 1998, s. 57 vd.

(28) CGK. 19.3.1990, 3-58/78. YKD Eylül 1990, s. 1373.

(29) CGK. 17.3.1998, 7-372/90 YKD MAYIS 1998, S. 744 Burada üzerinde durulması gereken bir soru da şudur: Bilindiği üzere 2253 sayılı Yasanın 24. maddesinde; "kovuşturma yapılabilmesi dava veya şikayete bağlı suçlarda, suçtan zarar gören kimsenin vazgeçmesi kamu davasını düşürme"yeceği belirtilmektedir. Yine bilindiği üzere TCK.nun 459/1 maddesine temas eden önödeme kapsamındaki suçun koğuşturulması şikayete bağlı olup aynı zamanda bu suçun şahsi dava yoluyla koğuşturulması da mümkündür. (CMUK 344 md.) Nakil araçlarıyla TCK.nun 459/1 maddesine temas tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya sebebiyet verme suçunun mağdurlarının şikayetten vazgeçmeleri halinde eylem TCK.nun 565 maddesine temas ve yine önödemelik olan tehlikeli şekilde araç kullanmak suçuna dönüşür. İşte, 2253 sayılı Yasanın 24. maddesi hükümleri karşısında acaba TCK.nun 459/1. maddesine temas eden tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya sebebiyet suçunu işleyen 11 yaşını bitirip 15 yaşını doldurmamayan küçükler hakkındaki şikayetten vazgeçilmesi halinde, sanıkların eylemleri TCK.nun 565. maddesine dönüşebilecek midir? Burada kamu davasının düşmesinin sözkonusu olmadığı, eylemin nitelik değiştirmesi durumunun sözkonusu olduğu ileri sürülerek, bu soruya olumlu cevap verilebilir ve eylemin TCK.nun 565. maddesine dönüşebileceği savunulabilir. Ancak 24. madde hükümlerinden, yasakoyucunun, küçüklerin işlemiş olduğu suçlar bakımından mağdurların şikayetten vazgeçmesinin sonuca etkili olmasını istemediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, mağdurların vazgeçmesinin suçun nitelik değiştirmesine de etkili olmayacağı ve suçun nitelik değiştirmeyeceği görüşündeyiz.

Ancak belirtelim ki Yargıtay 7. Ceza Dairesi bu konuda aksi görüşe sahiptir. Daire vermiş olduğu bir kararda "15 yaşından küçük bulunan sanığın işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedeni, akli ve ruhi durumunun uzman hekimlere tesbit ettirilmemesi suretiyle 2253 sayılı Yasanın 20. maddesine muhalefet edilmesi"ni bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. (7. CD. 2.3.1998, 1755/1567) Kanaatimizce 7. CD.nin varmış olduğu sonuç daha isabetlidir. Çünkü, herhangi bir kişi hakkında koğuşturma yapılmasının ön koşulu o kişinin cezai ehliyeteye sahip olmasıdır. Örneğin akıl hastaları ve 11 yaşından küçükler cezai ehliyeteye sahip olmadıklarından bu kişiler hakkında koğuşturma yapılması mümkün değildir. 11 yaşını bitirip 15 yaşını bitirmeyen küçükler hakkında koğuşturma yapılması ise bu küçüklerin işlemiş oldukları suçun anlam ve sonuçlarını kavrama koşuluna bağlanmıştır. Diğer bir anlatımla 11 - 15 yaş grubundaki küçüklerin işlemiş oldukları suçun anlam ve sonuçlarını kavrayacak durumda olmadıkları anlaşıldığı takdirde haklarında koğuşturma yapılamayacaktır. Haklarında koğuşturma yapılamayan kişilere önödeme önerisinde bulunulmasının ve ödeme önerisine uyulması üzerine takipsizlik veya kamu davasının ortadan kaldırılması kararı verilmesinin mümkün olmayacağı görüşündeyiz. Kaldı ki işlemiş olduğu suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığı şüpheli bulunan küçüğün önödemenin anlam ve sonuçlarını kavrama ve buna göre bir değerlendirme yapma imkanı da şüpheli olacaktır.

2. CEZAYA İLİŞKİN ŞART:

TCK.nun 119. maddesine göre önödeme; üst sınırı üç aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar ile para cezasını gerektiren suçlarda uygulanır. Kanun maddesinde bu cezaların yalnız veya birlikte yer alması sonucu değiştirmez.

A. Hürriyeti Bağlayıcı Ceza: Yukarıda da açıklandığı üzere, TCK.nun 119. maddesine göre önödeme kurumu, ancak yukarı haddi üç aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar ve para cezasını gerektiren suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. Önödemenin uygulanması bakımından işlenen suçun kabahat veya cürüm nevinden olması önemli değildir. Bunun doğal sonucu olarak hürriyeti bağlayıcı cezanın hapis veya hapis türünden olması da bir önem taşımaz; hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırının üç ayı aşmaması yeterlidir.

Önödemenin söz konusu olabilmesi için fiilin bütün unsurları itibariyle öngörülen ceza miktarının TCK.nun 119. maddesinde öngörülen sınırlar içinde kalması gerekir(30). Yüksek Mahkememiz de "Müstelzim olduğu ceza itibariyle 119.

(30) Malkoç - Güler, Ceza Muhakemeleri, age, Cilt.2, s. 1686.

madde sınırları dışında kalan bir madde uygulanırken (yaş, takdiri tahfif vs. gibi sebeplerle indirim yapılarak) belirlenen ceza bu kere 119. madde kapsamına giren miktara inse bile, artık 119. maddenin uygulanama"yacağına karar vermiştir(31).

B. Para Cezası: Önememeye konu olması için para cezasının ağır veya hafif olmasının önemi yoktur; ağır para cezası gerektiren suçlarda da önememe uygulanır.

TCK.nun 119/son maddesine göre, nisbi para cezasını gerektiren suçlar hakkında önememe hükümleri uygulanamaz.

C. Seçimlik Cezalar: Bazen kanun maddesinde suçun karşılığı olarak hürriyeti bağlayıcı ceza ile para cezası seçimlik uygulanmak üzere öngörülmüş olabilir. Bu gibi hallerde hürriyeti bağlayıcı ceza ile para cezasını uygulama bakımından hake bir takdir yetkisi tanınmıştır. Her iki ceza da önememe kapsamında ise sorun yoktur. Örneğin, TCK.nun 547. maddesindeki suçun cezası onbeş güne kadar hafif hapis veya otuz liraya kadar hafif para cezasıdır. Buradaki her iki ceza da önememe kapsamında olduğundan TCK.nun 547. maddesindeki suç önememeye tabidir.

Ancak önememe kurumunun uygulanabilmesi için kanun maddesinde öngörülen her iki cezanın da önememe kapsamında olması gereklidir. Bu itibarla, maddede para cezası ile birlikte seçimlik ceza olarak üç ayı aşan hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüş ise önememenin uygulanma imkanı olmaz. Örneğin, TCK.nun 456/4. maddesindeki etkili eylem suçu için maddede; iki aydan altı aya kadar hapis veya ikiyüz liradan beşyüz liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür. Maddedeki para cezası önememe kapsamında olduğu halde, hürriyeti bağlayıcı ceza önememe sınırlarını aştığından etkili eylem suçu için önememe önerisi yapılamaz. C. Savcısı veya hakim para cezasını seçerek önememe önerisi yapma yoluna gidemez.

D. Müsadere ve Meslek veya Sanatın Tatili: Kanun maddesinde ayrıca meslek veya sanatın tatili cezasının yer alması veya müsadere edilecek bir suç eşyasının bulunması TCK.nun 119. maddesinin uygulanmasını engellemez (TCK. 119/8-9 md.). Diğer bir anlatımla, kanun maddesinde meslek ve sanatın tatili cezası yer alsa da suçun failine önememe önerisinde bulunulmalıdır. Ancak, meslek ve sanatın tatili cezası feri bir ceza olup, yalnızca mahkumiyet kararı verilen hallerde uygulanabildiğinden, önememe önerisine uyulması sebebiyle takipsizlik kararı veya davanın ortadan kaldırılması kararı verilen hallerde, meslek veya sanatın tatili cezası verilemez.

(31) CGK. 18.12.1989, 3-317/400. YKD Nisan 1990, s. 589.

3. 3005 SAYILI YASA VE ÖNÖDEME:

Önödeme tabi suçların bir kısmı aynı zamanda 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanununa göre koşuşturulması mümkün olan suçlardır. Örneğin, TCK. 529, 534, 539, 547, 551, 565, 568, 575, 576 ve 540/2. maddelerindeki suçlar hem önödeme tabidir, hem de bu suçların 3005 sayılı Yasa hükümlerine göre soruşturulması ve koşuşturulması mümkündür.

Bilindiği üzere, önödeme yoluna başvurulması halinde sanığın on günlük süre içinde gerekli para cezasını ilgili merciye yatırma hakkı vardır ve bu sürenin beklenmesi gerekir. Hatta sanık para cezasını ödemeyeceğini bildirirse bile bu süre beklenmelidir(32).

Yer ve zaman kaydına bakılmaksızın 3005 sayılı yasanın uygulanacağı belirtilen haller haricinde, 3005 sayılı Yasanın uygulanacağı belirtilen haller haricinde 3005 sayılı Yasaya göre aynı gün, mümkün olmadığı takdirde, en geç ertesi günü, sanık ile birlikte suç evraklarının mahkemeye gönderilmesi gerekir. Bu durumda sanığa önödemede bulunulduğu takdirde 3005 sayılı yasa hükümleri uygulanamayacak, 3005 sayılı Yasa hükümleri uygulandığında ise önödeme hükümleri uygulanamayacaktır.

Burada çözümlenmesi gereken sorun şudur: Acaba önödeme kapsamına giren suçların meşhut olarak işlenmesi halinde önödeme yoluna başvurulabilecek midir?

Kanaatimizce burada uygulanması zorunlu olup (11.4.1983, 2/2 sayılı İBK), sanık yararına olan önödeme kurumunun uygulanması tercih edilmelidir(33).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olan bir olayda da; koşuşturulması 3005 sayılı Yasaya tabi olan 1567 sayılı Yasaya aykırı davranışta bulunmak suçundan C. Savcılığı tarafından sanığa önödeme önerisinde bulunulmuş, sanığın süresinde ödeme yapmaması sebebiyle C. Savcılığınca sanık hakkında kamu davası açılmıştır. Mahkemece sanığa CMUK.nun 225. maddesi uyarınca meşruhatlı davetiye çıkarılarak, gelmese bile duruşma yapılacağı hususu tebliğ edildiği halde sanık duruşmaya gelmemiş mahkeme de 1567 sayılı Yasanın 3196 sayılı Yasa ile değişik 3 ve TCK.nun 119. maddeleri gereğince sanığın mahkumiyetine karar vermiştir. Temyiz üzerine kararı inceleyen 7. Ceza Dairesi "eylemin 3005 sayılı Yasaya tabi olduğu gözetilmeden sanığın sorgusu yapılmaksızın mahkumiyet hükmü

(32) CGK. 1.11.1993, 3-266/292. Malkoç - Güler, Ceza Muhakemeleri, Cilt 2, s. 1702 - 1703; 8. CD. 17.3.1977, 9137/2510.

(33) Suçun, 3005 sayılı Yasaya tabi olmasının, önödeme tebligatının yapılmasına engel olmadığına dair bkz. Erhan Günay, Uygulamalı Cezaların İnfazı, Konya 1994, s.315.

kurulması" sebebiyle hükmü bozmuştur. Yerel Mahkeme ise, "sanığa önödeme ihtarından itibaren 10 günlük süre tanınmakta ve bu süreye rağmen ödemede bulunmadığından dava açılmakta, dolayısıyla sanık mevcutlu olarak mahkemeye gönderilmemektedir. Bu itibarla sanığa yüklenen 1567 sayılı Yasaya aykırı davranmak suçunun yargılanmasının 3005 sayılı Yasa hükümleri uyarınca yapılması gerekmekte ise de, sanık yukarıda açıklanan nedenle mevcutlu olarak gönderilemediğinden CYUY'nın 225. maddesi hükmüne göre meşruhatlı davetiye çıkarılarak duruşmaya gelmese bile hüküm verilmesi" yoluna gidildiğini belirterek önceki kararında direnmiş, direnme üzerine kararı inceleyen Ceza Genel Kurulu da Yerel Mahkeme kararını isabetli bularak onamıştır(34).

Yüksek Mahkeme böylece 3005 sayılı Yasaya tabi olup, önödeme kapsamında kalan bir suçta, 3005 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanmamasını bozma nedeni yapmamıştır.

Esasen önödeme kapsamındaki suçlar bakımından 3005 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, önödemeye tabi suçlar 3005 sayılı Yasa kapsamından çıkarılmalıdır.

VI. ÖNÖDEME MİKTARININ BELİRLENMESİ:

Önödeme miktarı belirlenirken, hürriyeti bağlayıcı ceza paraya çevrilir. Paraya çevirme işlemi hürriyeti bağlayıcı cezanın alt sınırı üzerinden yapılır. Örneğin, maddede bir aya kadar hafif hapis cezası öngörülmüş ise, hafif hapis cezasının alt sınırı 1 gün hafif hapis cezası önödemeye esas alınır. Hürriyeti bağlayıcı ceza kabahat nevinden ise, bir günü 3.000 TL, cürüm ise 5.000 TL üzerinden paraya çevrilir (TCK. 119/2 bend, 647 sayılı Yasa 4 md.).

Önödeme miktarı hesaplanırken suçun temas ettiği maddede;

1) Maktu para cezası öngörülmüş ise bu miktar, aşağı ve yukarı hadleri gösterilmiş ise aşağı haddi (TCK. 119/1 bend).

2) Para cezası ve hürriyeti bağlayıcı ceza seçimlik olarak öngörülmüş ise para cezası, (TCK. 119/3 f).

3) Hem hürriyeti bağlayıcı ceza hem de para cezası öngörülmüş ise, hürriyeti bağlayıcı cezanın aşağı haddinin her gün için 647 sayılı Yasanın 4. maddesinde belirtilen aşağı hadler üzerinden hesaplanan miktarı ile para cezasının alt sınırı esas alınır (TCK. 119/3. bend).

(34) CGK. 12.12.1988, 7-418/532. YKD Mayıs 1989, s. 726.

VII. UYGULAMA:

Eğer suçun önödeme kapsamına giren suçlardan olduğu belirlenmiş ve isnadın ciddiliği koşulu da gerçekleşmişse, C. Savcısı ve hakim ilgiliye önödeme önerisinde bulunmalıdır. Sanığın verilen on günlük sürede gerekli para cezasını soruşturma/yargılama giderleriyle beraber maliye veznesine yatırmaması halinde, hazırlık soruşturması sırasında takipsizlik, yargılama aşamasında ise kamu davasının ortadan kaldırılması kararı verilir. Sanığın on günlük süre içinde gerekli para cezasını ödememesi halinde ise sanık hakkında dava açılır ve suçun sübutu halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK. 119/3 md.).

1. UYGULAMA KOŞULLARI:

a) Suçun ve cezanın doğru ve ayrı ayrı belirtilmesi: Ödememe nedeniyle sanığa ceza verilebilmesi için, öncelikle sanığa yapılacak tebligatta suçun ilgili kanun maddelerinin, cezanın ve soruşturma/yargılama giderlerinin doğru şekilde belirtilmesi lazımdır. Eksik veya fazla miktardaki önödeme önerisi usulüne uygun bir önödeme önerisi olmayacağından, bu şekildeki önödeme önerisine uyulmaması sebebiyle sanığa verilecek ceza TCK 119/4. maddesine göre artırıma tabi tutulamaz.

Sanık aynı neviden birden fazla suç işlemiş veya önödeme kapsamına giren birden fazla suç işlemiş ise her suçun, keza bu suçlara ait cezalar ile soruşturma/yargılama giderlerinin ayrı ayrı belirtilmesi lazımdır. Böylece sanık, bazı suçlara ait cezaları ödemek suretiyle cezai sorumluluktan kurtulma imkanına kavuşmuş olur.

Yüksek Mahkememiz de "sanığın eylemleri ayrı ayrı belirtilmek ve her eylemine uyan maddede yazılı para cezalarının asgari haddi gösterilmek suretiyle tebligat yapılması halinde; sanığın ödeme gücüne göre bunlardan bir kısmını merciine yatırmak suretiyle cezai sorumluluktan kurtulması mümkün iken bu haktan yararlanmasına da imkan verilmemiştir.

Sanığa yapılan tebligat geçerli olmadığından sanığa verilen cezanın yarı oranında artırılarak hükümlülük kararı verilmesi usul ve kanuna aykırı" olduğuna karar vermiştir(35).

b) Tebligatın yapılmış olması: Ödememe sebebiyle sanığa verilecek cezanın yarı oranında artırılabilmesi için önödeme önerisinin 7201 sayılı Yasa hükümlerine göre usulüne uygun olarak sanığa tebliğ edilmesi gerekir. Yargılama aşamasında sanık huzurda ise önödeme içeriği ve önödemeye uyulmasının ve uyulmamasının sonuçları kendisine sözlü olarak hakim tarafından bildirilmelidir.

(35) 9. CD. 29.4.1977, 1517/1535. YKD Temmuz 1977, s. 1040. Aynı yönde .kz. 9. CD. 4.11.1977, 3593/3501 YKD. Aralık 1977, s. 1764.

Belirtelim ki, önödeme tebligatının bizzat sanığa yapılması şart değildir; yukarıda da belirtildiği üzere, tebligatın 7201 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılması yeterlidir. Bu itibarla önödeme tebligatının 7201 sayılı Yasaya göre tebligatı almaya ehil sanığın aile efradından birine veya daimi işçisine yapılması mümkündür.

"TCK.nun 119. maddesinde "soruşturma giderleriyle birlikte C. Savcılığınca kendisine yapılacak tebliğden itibaren 10 gün içinde para cezasını merciine ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz" hükmü yer almaktadır.

Sanık (NA) Tüm Metal Ticaret Şirketi Mümessilidir. Önödeme ihtar tebligatı belli ve devamlı işyeri katibi (EK)ye yapılmıştır. Bu tebligat 7201 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca geçerlidir. Zira maddedeki kendisine tabiri geniş anlamda kullanılmıştır(36).

c) Ödeme Merci: Ödeme merci devlet hazinesidir; C. Savcılığınca doldurulacak örnek form ile paranın mal müdürlüğüne yatırılması lazımdır. Ancak, TCK.nun 119. maddesinde paranın ödeneceği merci belirtilmemiş, yalnızca, paranın süresinde "merciine" ödenmesinden söz edilmiştir. Yüksek Mahkememizin de ödeme merciinin belirtilmemesini bozma sebebi kabul eden kararına rastlayamadık. Kanaatimizce, kişilerin mağduriyetine neden olunmaması açısından, para cezasının yatırılacağı merci belirtilmelidir. Eğer merci belirtilmemişse yapılan önödeme önerisi usulüne uygun bir öneri sayılmamalı ve dolayısıyla, böyle bir öneri üzerine sanığın cezalandırılmasına karar verilmemelidir.

Uygulamada paranın C. Savcılıklarına posta yoluyla veya banka havalesi yoluyla gönderildiği de olmaktadır. Acaba banka veya posta havalesi yoluyla C. Savcılığına para gönderilmesi usulüne uygun bir ödeme sayılacak mıdır?

Belirtelim ki, Yüksek Mahkememizin bu konuya ışık tutacak bir kararına rastlayamadık. Ancak kanaatimizce, posta veya banka havalesi yoluyla gönderilen paraların hangi evrakla ilgili gönderildiği anlaşılıyorsa ve sözkonusu para on günlük süre dolmadan C. Savcılığına ulaşmışsa, bu para C. Savcılığınca sanık adına maliye veznesine yatırılmalı ve sanık süresinde ödemede bulunmuş kabul edilmelidir. Hatta, paranın posta ve bankaya verilmiş tarihinde süre dolmadığı halde, havalenin C. Savcılığına ulaşması tarihinde süre dolmuş olsa bile, sanığın ödeme iradesi ve ödeme tarihi nazara alınarak, yine de ödemenin süresinde yapıldığı kabul edilmelidir.

(36) CGK. 13.2.1984, 317/63. Savaş - Mollamahmutoğlu, age, Cilt. 1, s. 1348.

d) İhtar: Ödememe nedeniyle sanığın cezalandırılması için, sanığın ödememenin sonuçları hakkında uyarılmış olması lazımdır. Hazırlık soruşturması aşamasında sanığa yapılacak tebligatta; suçun gerektirdiği para cezasının soruşturma giderleriyle birlikte on günlük süre içinde ödenmesi halinde hakkında kamu davası açılmayacağı, aksi takdirde açılacak kamu davası üzerine suçu sabit görüldüğü takdirde mahkemece tayin olunacak cezanın yarı oranında artırılarak hükmolunacağı hususunun yer alması lazımdır (TCK. 119/4 md.). Yargılama aşamasında ise bu hususların mahkemece sanığa ihtar edilmesi gereklidir (TCK. 119/5 md.)(37).

Sanık, yapılan tebligat üzerine "para cezasını vermeyeceğini" bildirirse bile bu beyanından sonradan vazgeçmesi mümkün olduğundan, yine de on günlük süre beklenmeli, bu süre dolmadan ilgili hakkında kamu davası açılmamalıdır. Yargılama aşamasında ise bu süre dolmadan sanığın mahkumiyetine karar verilmemelidir(38).

2. SÜRESİNDE ÖDEME YAPILMASI: Önödeme önerisinin tebliğinden itibaren on günlük süre içinde ödeme yapılması halinde hazırlık aşamasında takipsizlik, yargılama aşamasında ise kamu davasının ortadan kaldırılması kararı verilir(39).

Her ne kadar maddede "kamu davası"nın ortadan kaldırılacağı belirtilmiş ise de, şahsi dava da buna kıyasla ortadan kaldırılmalıdır (düşürülmelidir). Örneğin, TCK. 191/son maddesine temas eden sair tehdit suçu şahsi dava yoluyla koğuşturulması mümkün ve aynı zamanda önödemeye tabi bir suçtur. Şikayetçinin sair tehdit suçu için Sulh Ceza Mahkemesine şahsi dava açması halinde eylemin TCK. 191/son maddesine temas ettiğini belirleyen mahkeme tarafından sanığa önödeme önerisinde bulunmalı, ihtar üzerine gerekli para cezasını yargılama gideriyle birlikte yatırmaması halinde, sanık hakkındaki şahsi davanın da ortadan kaldırılmasına (düşürülmesine) karar verilmelidir.

(37) Bu konudaki görüşlerine katıldığımız Kunter, bu bildirmenin ve süre vernenin duruşma hazırlığında yapılması hem mümkündür, hem daha uygundur. Bu takdirde önödeme imkanı sanığa celpname ile birlikte hatırlatılmalı ve ödeyeceği miktar bildirilmelidir, demektir. (Bkz. Kunter, age, s. 826. Aynı görüş için bkz. Malkoç - Güler, age, Cilt.2, s. 1683).

(38) CGK. 1.11.1993, 3-266/292. Malkoç - Güler, age, Cilt.2, s. 1702-1703; 8. CD. 17.3.1977, 9137/2510. YKD Haziran 1977, s. 886.

(39) Kunter, Haklı olarak "Muhakeme Hukukunda sadece 'düşme' vardır. 253. maddenin 1973 yılında (1696 sayılı Yasayla) değişmesinden sonra "ortadan kaldırma"ların düşme olduğu unutulmamalıdır." demektir (Bkz. Kunter, age, s. 757, Dipnot: 134). Yüksek mahkememiz çoğu kararlarında ortadan kaldırma, az sayıda kararlarında ise düşme deyimini kullanmıştır (Bkz. İBK. 11.4.1983, 2/2, YKD. Temmuz 1983, s. 945; CGK. 5.2.1990, 2-367/6 YKD. Kasım 1990, s. 169). Hemen belirtelim ki, TCK. Öntasarısı hazırlanırken de bu deyimler titiz bir şekilde seçilmiş ve önödeme nedeniyle kamu davasının ortadan kaldırılacağı belirtilmiştir. Önödemeye ilgili TCKÖT. 94. maddesi için bkz. Öntasarısı, s. 49.

İnceleme tarihinde şikayetten vazgeçme veya zamanaşımının dolması nedeniyle davanın ortadan kaldırılması veya düşmesini gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde öncelikle şikayetten vazgeçme veya zamanaşımı nedeniyle davanın sonuçlandırılması lazımdır. Yüksek Mahkememiz de "... inceleme tarihinde zamanaşımı tahakkuk etmişse, kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına" karar verilmesi gerektiği görüşündedir(40).

Beraat kararı verilmesi gereken hallerde de öncelikle beraat kararı verilmelidir. Çünkü; "beraat, düşme kararından (ortadan kaldırma) daha güvenceli ve önceliklidir"(41).

3. SÜRESİNDE ÖDEME YAPILMAMASI: Önödeme önerisinin sanığa tebliği tarihinden itibaren on günlük süre içinde ilgili tarafından suça karşılık gelen ceza ile soruşturma/yargılama giderlerinin ödenmemesi halinde savcılık aşamasında sanık hakkında kamu davası açılır (mahkeme aşamasında ise yargılamaya devam edilerek), suçun sübutu halinde sanığa verilecek ceza yarı oranında artırılır(42). Buradaki on günlük süre, tebliğ tarihini izleyen günden başlar, sürenin hesaplanmasında CMUK 39 ve devamı maddeleri hükümleri gözönünde bulundurulmalıdır.

Bazı hallerde sanık önödeme ihtarı üzerine gerekli para cezasını yatırdığı halde makbuzu C. Savcılığına veya mahkemeye vermeyi ihmal edebilir. Bu gibi hallerde sanığın ödenmesi gereken parayı süresinde yatırdığı mahkeme aşamasında anlaşılmış ise, sanığın beraatine karar verilmelidir. Önödemeye uyularak gerekli para cezası süresinde merciine yatırıldığı halde mahkumiyet kararı verilmesi temyiz ve hükmün bozma nedenidir.

"... Temyiz dilekçesi ekinde ibraz edilen 10.6.1997 günlü vezne alındısına göre önödemenin asgari haddinin yatırıldığı öne sürüldüğünden, önödemenin dava konusu eylemle ilgili olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesinin gerekmesi bozmayı gerektirmiştir" (7. CD. 20.2.1998, 1155/1283).

Eğer paranın süresinde yatırıldığı hükmün kesinleşmesinden sonra anlaşılmışsa, bu husus iadei muhakeme nedeni kabul edilmeli ve iadei muhakeme üzerine eski hükmün iptaline karar verilip yeni bir hüküm kurulmalıdır.

(40) 9. CD. 15.6.1983, 1584/1783. Günay, age, s. 314.

(41) CGK. 19.3.1990, 3-58/78 YKD Eylül 1990, s. 1373

(42) Önödeme ile mahkemelerin işini azaltılmasının amaçlandığını belirten Yurtcan, süresinde ödenmediği için açılan kamu davasının da önödeme üzerine düşürülebilmesinin kanunun amacına uygun düşeceğini savunmaktadır. (Bkz. Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası 1973 Değişikliği, İstanbul 1987, s. 116; aynı görüş için bkz. Kunter, age, s. 825, dipnot. 167).

Sanığın önödeme ihtarı üzerine aynı gün ödenmesi istenen meblağı yatırdığı dosya içerisinde mevcut 19.10.1990 tarihli vezne alındısı örneğinden anlaşılmasına göre CMUK.nun 341. maddesi gereğince eski hükmün iptali ile yeniden hüküm verilmesi gerekir"(43).

4. CEZANIN BELİRLENMESİ: Yukarıda açıklanan koşulların birlikte gerçekleşmesi halinde sanığın sübut bulan suçunun cezası yarı oranında artırılarak hükmolunacaktır (TCK. 119/3 md). Ancak, önödeme önerisine uyulmaması halinde hükmolunacak cezanın belirlenmesi bazı özellikler taşımaktadır. O nedenle cezanın belirlenmesi ile ilgili hususlar aşağıda başlıklar halinde incelenecektir.

a) Artırım Üsülü: Artırılan ceza para cezası ise sorun yoktur, para cezasının yarı oranında artırılması ile yetinilir. Ödememe sebebiyle artırılacak ceza hürriyeti bağlayıcı ceza ise, önce hürriyeti bağlayıcı cezanın alt sınırı tespit edilmeli, daha sonra bu ceza yarı oranında artırılmalı ondan sonra 647 sayılı Yasanın 4. maddesi gereğince para cezasına çevrilmelidir. Yüksek Mahkememiz "sanık hakkında, temel ceza tayin olunduktan sonra, önödeme ihtarına uymadığından TCK.nun 119. maddesi gereğince artırım yapıp 647 sayılı Kanunun 4. maddesinin uygulanması gerekirken, temel ceza tayin olunup paraya çevrildikten sonra TCK.nun 119. maddesi ile artırım yapılarak sanığa fazla ceza tayin" edilmesini yasaya aykırı bulmuştur(44).

Sanığın on günlük süre geçtikten sonra ödemede bulunmuş olması, artırımlı ceza ile mahkumiyetine engel olmaz(45). Ancak, bu gibi hallerde sanığın ödediği miktarın kendisine iadesi yerine, hükmedilen para cezasından mahsubuna karar verilmelidir(46).

b) Kanun Maddesinde Alt Sınırları Gösterilmeyen Cezaların Artırım Şekli: Önödeme önerisine uyulmaması halinde TCK.nun 119/5. maddesi gereğince "tayin edilecek ceza, aşağı ve yukarı haddi gösterilen hallerde yukarı haddi geçmemek üzere yarı nisbetinde artırılarak hükmolunacaktır."

Görüldüğü üzere maddede, hapis ve para cezası ayırımı yapılmadan, ödeme emrine uyulmaması halinde, aşağı ve yukarı haddi gösterilen hallerde yukarı haddi geçmemek üzere cezanın yarı nisbetinde artırılacağı belirtilmektedir. Maddede "ceza" deyimini kullanıldığından, bu kavrama hem hürriyeti bağlayıcı cezalar hem de para cezaları dahildir. Bu fıkranın ters anlamında aşağı ve yukarı haddi gös-

(43) 2. CD. 13.11.1991, 11293/11531

(44) 2. CD. 17.9.1991, 8418/9468

(45) Gürel, bu gibi hallerde suç sabit görülse dahi, gerekli para cezasının geç de olsa sanık tarafından ödenmiş olması sebebiyle artırımlı ceza tayin edilmesinin ceza hukukunun genel prensiplerine uygun düşmeyeceğini belirtmektedir. A. Bülent Gürel, Ön Ödeme ve 1696 sayılı Yasanın Bu konuda Getirdiği Yenilikler, Adalet Dergisi, Yıl. 64, Sayı. 11 (1973), s. 983

(46) 7. CD. 30.12.1997, 11432/11094

terilmeyen cezaların yarı oranında artırılmayacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak Yüksek Mahkememiz, ödeme emrine uyulmaması sebebiyle alt sınırı belirtilmeyen para cezalarının yarı oranında artırılmayacağını çeşitli kararları ile dile getirmiş iken, hürriyeti bağlayıcı cezalar için bu kuralı uygulamamaktadır.

Örneğin, üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar ağır para cezası öngören TCK.nun 518/2 maddesindeki hem hapis cezasının, hem de ağır para cezasının alt sınırı belli olmadığı halde Yüksek Mahkememiz, "TCK.nun 518/2. maddesinde; hürriyeti bağlayıcı ceza yanında gösterilen para cezasının alt sınırı belirlenmemiş olmasına göre, para cezası bakımından TCK.nun 119. maddesinde yazılı artırma hükmünün uygulanma olanağı yoktur." Şeklinde karar vererek(47), yalnız para cezasının yarı oranında artırılmasını bozma nedeni kabul etmiştir. Yargıtay'ımızın, bu kararından alt sınırı belirtilmeyen hürriyeti bağlayıcı cezanın yarı oranında artırılabilceği sonucu çıkmaktadır.

Yargıtay'ımızın kararı konu olan bir olayda, Yerel Mahkeme, TCK.nun 547. maddesinde yer alan seçimlik cezalardan Hürriyeti bağlayıcı cezayı esas alarak sanığın mahkumiyetine karar vermiş ve bu cezayı da ödeme emrine uyulmaması sebebiyle TCK.nun 119/5. maddesi gereğince artırma tabi tutmuştur. Yazılı Emir yoluna başvurulması üzerine düzenlenen Tebliğnamede, TCK.nun 547. maddesindeki hafif hapis cezasının aşağı haddi belirtilmediğinden TCK.nun 119. maddedeki artırma tabi olmadığı hususu da gerekçe gösterilerek yerel mahkeme kararının bozulması istenmiş, dosyayı inceleyen 2. Ceza Dairesi "Önödeme ihtarına rağmen sanık önerilen ödemeyi yapmadığı takdirde hakim, madde metnindeki ceza veya cezaları takdir hakkı çerçevesinde serbestçe tayin edebileceği, tercihlili cezayı ihtiva eden maddelere ilişkin önödeme halinde Tebligatının 119. maddedeki zorunluluk karşısında para cezası esasına göre yapılmasının, ödememe halinde üst sınırı geçmemek şartı ile maddedeki hürriyeti bağlayıcı cezanın tayinini mani teşkil etmediği bu ahvalde koşulları olduğu takdirde keza üst sınırı geçmemek kaydı ile 1/2 oranında artırım yapılabileceğine karar vermiştir(48).

Yüksek mahkememiz bir başka kararında "Tehlikeli biçimde taşıt kullanan ve hüküm giyen sanık belirtilen parayı tebligata rağmen ödemediğine göre, takdiren 5 gün hafif hapis cezasının yarı oranında artırılması, hafif para cezası esasen 500 liradan ibaret bulunmasına göre (suç tarihine göre) bu hafif para cezası üzerinden bir artırma yapılmaması" gerektiğine hükmetmiştir(49).

(47) 10. CD. 5.10.1993, 5253/9898. YKD Kasım 1993, s. 1757

(48) 2. CD. 5.2.1990, 766/881. YKD Aralık 1990, s. 1826

(49) 2. CD. 28.10.1981, 7007/7046. İbrahim Ekdemir, Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1990, s. 781.

2. Ceza Dairesinin, 20.12.1990 tarih ve 13533/13699 sayılı kararı da TCK.nun 565. maddesinde yer alan hafif hapis cezasının yarı oranında artırılması gerektiği şeklindedir.

2. CD, TCK.nun 565/1 maddesiyle ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında da, "önödeme bildirimine uymadığından aynı Kanunun 119. maddesine göre hafif hapsin 15 güne yükseltilmesine, maddede alt sınırı gösterilmediğinden hafif para cezasının artırılmasına olanak bulunmadığına" hükmetmiştir(50).

Kararlarından anlaşıldığı kadarıyla Yüksek Mahkememiz, alt sınırı gösterilmeyen hürriyeti bağlayıcı cezaların alt sınırının, TCK.nun 15 ve 21. maddelerinde belirtilmiş olmasından hareket ederek, ilgili maddede alt sınırı gösterilmeyen hürriyeti bağlayıcı cezaları TCK.nun 119/5 maddesine göre artırıma tabi tutmaktadır. Görüşümüze göre, TCK.nun 119/5 maddesindeki "aşağı ve yukarı haddi gösterilen hallerde" ibaresinden, önödemeye konu olan suçun düzenlendiği kanun maddesinde yer alan cezanın aşağı ve yukarı haddinin belirtilmiş olması anlaşılmalıdır. Aksi düşünce kabul edilirse para cezalarının da alt ve üst sınırları belirtilmeyen para cezaları için TCK.nun 19 ve 24. maddelerinde belirtilmiş olduğundan, ilgili maddede alt ve üst sınırları belirtilmeyen para cezaları için TCK.nun 19 ve 24. maddelerdeki alt sınırlar esas alınarak, önödeme önerisine uyulmaması nedeniyle bu cezaların TCK.nun 119/5 maddesi uyarınca yarı oranında artırımı yoluna gidilebilir.

Yargıtay C. Başsavcılığı da yukarıda aktardığımız, 2. CD. 16.7.1998, 10505/10139 sayılı kararla ilgili sunmuş olduğu Tebliğnamede, "TCK.nun 565/1. maddesindeki hafif para cezasının da aşağı haddi belirtilmemiş olduğu için aynı kanunun 3506 sayılı Kanunla değişik 24. maddesindeki esas dairesinde 215.000 lira olarak tayini gerektiği cihetle, 119. maddesindeki misli artırmaya tabi olmadığı"nı belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme, vermiş olduğu kararda tebliğnamedeki bu gerekçeyi kullanmamış, fakat yazılı emre dayanan tebliğname içeriğinin yerinde görüldüğünü belirtmiştir. Belirtelim ki, 3506 sayılı Yasayla para cezalarının alt ve üst sınırlarının belirlenmesi ve misil artırımının yapılması ile TCK.nun 119/5 maddesindeki artırımın herhangi bir ilgisi yoktur, 3506 sayılı Yasayla para cezalarının günün şartlarına göre yeniden belirlenmesi ve paranın satın alma gücünü kaybetmemesi amacıyla para cezalarının üst sınırları belirlenmiş ve para cezaları memur maaş katsayısına endekslenmiştir(51).

(50) 2. CD. 16.7.1998. 10505/10139

(51) Bkz. 3506 sayılı Yasanın genel gerekçesi, 3506 sayılı Yasa ve Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayını, (Tarihsiz). s. 10

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığının yukarıya aktardığımız, 2. CD. tarafından paylaşıp paylaşılmadığı anlaşılamayan Tebliğnamesindeki düşüncenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanaatimizce, alt sınırı belli olmayan para cezaları ve alt sınırı belli olmayan hürriyeti bağlayıcı cezalar arasında TCK.nun 119/5 maddesi gereğince artırım yapılması konusunda bir ayırımı gitmenin makul sebepleri mevcut değildir. Fikrimizce, ilgili maddede alt ve üst sınırları belirtilmese dahi, TCK.nun 19 ve 24. maddelerinde para cezalarını alt ve üst sınırları belli olduğundan, suçun temas ettiği kanun maddesinde para cezalarının alt ve üst sınırları gösterilmese dahi para cezaları TCK.nun 119/5 maddesine göre artırım tabi tutulmalıdır. Bu arada önödemenin düzenlediği TCKÖT.nun TCK. 119/5 fıkrasına karşılık gelen 94/5 maddesinde, "aşağı ve yukarı haddi gösterilen hallerde" deyiimi kullanılmamış, yalnızca, "tayin edilecek ceza, 67 ve 68 nci maddelerdeki yukarı sınırı geçmemek üzere" ibaresi kullanılmıştır. TCKÖT.nun 67 ve 68. maddeleri TCK.nun 19 ve 24. maddelerine karşılık gelmekte olup, bu maddelerde ağır ve hafif para cezalarının alt ve üst sınırları düzenlenmiştir(52).

Hemen belirtelim ki, hafif hapis cezasını gerektiren suçlarda, aşağı haddi gösterilmeyen hallerde, cezanın alt sınırı tercih edildiğinde, önödeme emrine uyulmaması sebebiyle fiilen hürriyeti bağlayıcı cezanın yarı oranında artırılması mümkün değildir. Çünkü alt sınırı belli olmayan hafif para cezasının alt sınırı bir (1) gündür (TCK. 21 md.). Ödeme emrine uyulmaması sebebiyle 1 gün hafif hapis cezasına yarısı ilave edildiğinde bir buçuk gün hafif hapis ceza bulunur. Ancak TCK.nun 30 maddesi gereğince bir günün küsuru sanık lehine hesaba katılmayacağından yarı oranında artırım sonucu tayin edilecek ceza yine 1 gün olarak belirlenir. Dolayısıyla alt sınırı belli olmayan hafif hapis cezalarının TCK.nun 119/5 maddesi gereğince yarı oranında artırım tabi tutulması halinde sonuç değişmez, hafif hapis cezası yine 1 gün olarak belirlenir.

"TCK.nun 565. maddesinde temel para cezasının alt sınırı belirtilmediğinden, hürriyeti bağlayıcı ceza da bir (1) gün olarak tayin edildiğinden, önödemede bulunmama halinde dahi bu cezalardan artırma yapılmasına imkan olmadığının gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir"(53).

c) Uygulanması Gereken Kanun Maddesinde Tercihli Cezaların Yer Alması Halinde Cezanın Belirlenmesi: Bilindiği üzere, kanun maddesinde hürriyeti

(52) TCKÖT.nun 94. Maddesi için bkz. Öntasarı, s.49; 67 ve 68. Maddeler için bkz. Öntasarı, s.42

(53) 2. CD. 17.12.1992, 12350/13033

bağlayıcı ceza ile para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü hallerde TCK.nun 119/2. maddesi uyarınca önödeme önerisinin para cezası esas alınarak yapılması gerekir. Ancak, sanık önödeme önerisine uymamış ve hakkında kamu davası açılmış ise, artık hakim önerideki ceza ile bağlı değildir; hürriyeti bağlayıcı cezayı tercih edip yarı oranında artırarak, sanığın mahkûmiyetine karar verebilir(54).

"TCK.nun 119. maddesi uyarınca hafif para cezası yönünden sanığa önödeme önerisinde bulunulduğu, ancak sanığın süresi içerisinde para cezasını yatırmaması nedeniyle hakim madde metnindeki ceza veya cezaları takdir hakkı çerçevesinde serbestçe tayin edebileceği, tercihli cezayı ihtiva eden maddelere ilişkin önödeme halinde Tebligatın 119. maddedeki zorunluluk karşısında para cezası esasına göre yapılmasının, ödememe halinde üst sınırı geçmemek şartı ile maddedeki hürriyeti bağlayıcı cezanın tayinine mani teşkil etmediği, bu ahvalde 549. maddedeki cezaların yarı oranında artırılacağına yazılması gerekirken sadece para cezasının yarı oranında artırılacağından söz edildiği cihetle, mahkemenin hürriyeti bağlayıcı cezayı tercih edip yarı oranında artırmasının kanuna aykırı olduğunun nazara alınmaması bozmayı gerektirmiştir"(55).

Fakat tercihli cezalardan herhangi birinin uygulanabilmesi için, önödeme önerisinde ilgili maddedeki cezaların yarı oranında artırılacağına yazılı olması lazımdır. Eğer, önödeme önerisinde, ödeme yapılmaması halinde yalnızca para cezasının yarı oranında artırılacağı yazılmış ise hürriyeti bağlayıcı ceza tercih edilip yarı oranında artırılarak hükmedilemez(56).

d) Önödemeye Uyulmaması Halinde, Hakim Cezayı Belirlerken Alt Sınırdan Uzaklaşabilir mi?

Yüksek Mahkememiz, önödeme önerisine uyulmaması halinde, artık hakim öneri ile bağlı olmadığını, ceza veya cezaları serbestçe takdir edebileceği, dolayısıyla, alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilebileceği görüşündedir(57).

2. Ceza Dairesi incelediği bir olayla ilgili olarak, "Tehlikeli biçimde taşıt kullanan ve hüküm giyen sanık belirtilen parayı tebligata rağmen ödemediğine göre, takdiren 5 gün hafif hapis cezasının yarı oranında artırılması hafif para cezası esasen 500 liradan ibaret bulunmasına göre (suç tarihine göre) bu hafif para cezası üzerinden bir artırma yapılmaması" gerektiğine hükmetmiştir(58).

(54) 2. CD. 5.2.1990, 766/881. YKD. Aralık 1990, s. 1826

(55) 7. CD. 25.6.1997, 5059/5900

(56) 7. CD. 25.6.1997, 5059/5900

(57) Bkz. 2. CD. 16.7.1998, 10505/10139 Sy. K.

(58) 2. CD. 28.10.1981, 7007/7046. İbrahim Ekdemir, Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1990, s. 781.

2. CD. incelendiği bir başka olayla ilgili olarak da; "Önödeme ihtarına rağmen sanık önerilen ödemeyi yapmadığı takdirde hakim, madde metnindeki ceza veya cezaları takdir hakkı çerçevesinde serbestçe tayin edebileceği, tercihten cezayı ihtiva eden maddelere ilişkin önödeme halinde Tebligatın 119. maddedeki zorunluluk karşısında para cezası esasına göre yapılmasının, ödememe halinde üst sınırı geçmemek şartı ile maddedeki hürriyeti bağlayıcı cezanın tayinine mani teşkil etmediği, bu ahvalde, koşulları oluştuğu takdirde, keza üst sınırı geçmemek kaydı ile 1/2 oranında artırım yapabileceği"ne karar vermiştir(59).

e) Ceza Belirlenirken Yaş, Teşebbüs ve Takdiri İndirim Nedenleri Uygulanabilir mi? Kanun maddesindeki cezanın önödeme kapsamına girip girmediği tesbit edilirken, yaş ve takdiri indirim nedeni gözönünde bulunduramayacak ise de, acaba hakim hükmedeceği ceza miktarını belirlerken, takdiri indirim nedeni olan TCK 59/2 maddesini ve yaş küçüklüğü ile ilgili TCK 55/3. maddesini uygulayarak sanığın cezasından indirim yapılabilecek midir? Belirtelim ki, Yüksek Mahkememizin TCK. 59. maddesi ile ilgili yeni bir kararına rastlayamadık. Ancak önödemenin CMUK.nun da düzenlendiği dönemde(60) verilen bir Yargıtay kararında "CMUK.nun ek 6. maddesi açıklığı karşısında, önce TCK.nun 59. maddesi uygulanıp asıl cezanın tayini, daha sonra bu cezanın yarı nisbetinde artırılması"nın mümkün olduğu belirtilmiştir(61).

TCK 55/3. maddesiyle ilgili önüne gelen bir olay nedeniyle görüşlerini açıklayan Yüksek Mahkememiz; "önödeme ihtarı sırasında yapılan hesaplamada TCK.nun 55/3. maddesi ile cezasından indirim yapılmamasında, önödeme müessesesinin niteliği ile yasaya bir aykırılık" olmadığına karar vermiştir(62).

Teşebbüs hükümleri uyarınca veyahut kusur durumuna göre cezadan indirim yapılması da sözkonusu değildir. Örneğin, TCK. 459/1. maddesine göre belirlenen cezadan aynı maddenin son fıkrasına göre kusur oranında indirim yapılmak suretiyle ceza belirlenemez.

(59) 2. CD. 5.2.1990, 766/881. YKD Aralık 1990, s. 1826.

(60) 1973 yılında kabul edilen 1696 sayılı Yasa ile önödeme kurumu CMUK.nun eklenen Ek 5-9 maddelerinde düzenlenmiştir. 1981 yılında kabul edilen 2370 sayılı Yasa ile CMUK.nun Ek 5-9 maddeleri iptal edilerek önödeme kurumu tekrar Ceza Kanununa alınmış ve TCK. 119. maddesinde düzenlenmiştir. 1696 sayılı Yasa ile CMUK.nun eklenen Ek 6. maddesi aynen şöyledir: Ek beşinci maddede yazılı süre içinde (on günlük süre) para cezası ödenmediği takdirde kamu davası açılır ve suç sabit görülürse tayin edilecek para cezası aşağı ve yukarı haddi gösterilen hallerde yukarı haddi gezmek üzere, yarı nisbetinde artırılarak hükmolunur.

(61) 9. CD. 9.11.1977, 3369/3636. YKD Ocak 1978, s. 144.

(62) 10. CD. 5.3.1996, 1320/2051. YKD Ekim 1996, s. 1675. Aynı yönde bkz. 7. CD. 23.10.1997, 8811/8310.

Yüksek Mahkememiz de "delillerin takdiri suretiyle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü ile TCK.nun 61. maddesi gereğince önödemede bulunulması gereken cezadan indirim yapılması"nın yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir(63).

VIII. ÖNÖDEMENİN UYGULANAMAYACAĞI HALLER:

TCK.nun 119/son maddesine göre nisbi para cezasını gerektiren suçlar hakkında önödeme hükümleri uygulanamaz.

Bazı hallerde ceza miktarı önödeme kapsamına girse bile yasa koyucu, bir takım suçlar bakımından önödeme kurumun uygulanmasını istememiştir.

1. NİSBİ PARA CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR:

TCK.nun 119/son maddesinde nisbi para cezasını gerektiren suçlarda önödeme hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmektedir(64). Ancak, maddede nisbi para cezasının tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte, 825 sayılı Türk Ceza Kanununun Mevki Meriyetine Vaz'ına Müteallik Kanunun 20/2. maddesinde nisbi para cezaları; "miktarı muayyen bir nispet dairesinde ve hadiseye göre azalıp çoğalabilir mahiyette bulunan" para cezaları olarak tanımlanmaktadır.

Nisbi para cezası ile ilgili hükümler içeren TCK. Ek 1. maddesinde de "nispi para cezaları ve tazminat kabilinden olup mütezayit(65) nispete tabi bulunan para cezaları" şeklinde bir ibare yer almakta, TCK.nun 19/1. maddesinde "nispi para cezasının yukarı sınırı yoktur" denilmektedir. Buna göre nisbi para cezalarının suçlunun elde ettiği kar veya vermiş olduğu zarara bağlı olarak belirlenen cezalar olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin sanığın elde ettiği menfaatin bir misli veya verilen zararın miktarı kadar öngörülen para cezası gibi.

Yüksek Mahkememiz vermiş olduğu bir IBK.nda nisbi para cezaları ile ilgili olarak önemli ölçütler vermiştir. Yüksek Mahkememize göre, "Nisbi para cezaları Mer'iyet Kanununun 20. Maddesinde tarif edildiği gibi, miktarı muayyen bir nisbet dairesinde ve hadiseye göre azalıp çoğalabilir mahiyette bulunan para cezalarıdır.

(63) CGK. 17.6.1997, 3-154/164. Malkoç-Güler, age, Cilt. 2, s. 1691

(64) Kunter; para cezasının nisbi olmamasının aranması, her halde aşağı had olmadığı için istenecek para cezasının miktarını tayindeki güçlük yüzündendir. Paranın aşağı haddini ödeyerek soruşturmadan kurtulmak sanık lehinedir, ama aşağı had yok diye önödeme imkanı tanımamak hiç de sanık lehine değildir. Sabit cezada da durum aynıdır. Bunlarda da önödeme kabul edilmeli, nisbi veya sabit ceza ne ise onun ödenmesi istenmelidir, demektedir (Bkz. Kunter, age, dipnot: 127).

(65) Mütezayit kelimesi; ziyadeleşen, artırılmış... artarak giden anlamına gelmektedir. Bkz. Ferit Devellioğlu - Neval Kılıçkını, Osmanlıca Türkçe Okul Sözlüğü, İstanbul 1976, s. 316.

Kanun, bazı hallerde, para cezasının miktarının önceden maktu bir biçimde tayini yoluna gitmemekte; bu miktarı, ya suç nedeniyle verilen zararlar veya failin suçtan elde ettiği kazançla orantılı olarak tesbit etmektedir. Kanun koyucu, bu tür para cezasını düzenlerken bazı amaçları göz önünde tutmaktadır. Birincisi, TCK.nun 278. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, sadece asgari ve azami hadlerin tesbiti halinde para cezasının yeteri şekilde yüksek olmama eksikliğini göstermesidir. İkincisi ise, paranın değerini kaybetmesi halinde etkili bir müeyyide olmamasıdır"(66).

Nisbi para cezaları misil artırımına tabi değildir. Bunun nedeni; nitelikleri gereği nisbi para cezalarında zaman itibarıyla değer kaybının olmamasıdır(67). Örneğin nisbi para cezaları "verilen zararın miktarı", "sağlanan menfaatin miktarı" "kesilen ağacın değeri" gibi zamana göre azalmayan miktarlar söz konusu olduğundan, zamanla azalmayan bu değerler ayrıca misil artırımına tabi tutulmazlar (Ancak, nisbi para cezalarının alt sınırı 3506 sayılı Yasa ile değişik 19. maddesine göre tayin belirlenir. Diğer bir ifadeyle nisbi para cezalarının alt sınırı TCK.nun 19. maddesine göre belirlenen miktardan az olamaz.).

Nitekim Yüksek Mahkememiz de 25.6.1984 tarih ve 1/5 sayılı İBK.nda "Nisbi para cezaları maktu cezalarda olduğu gibi miktarları önceden kanunda belirlenmeyip, zarar veya istifadeye göre tayin edildiğinden, kanun koyucu bunların miktarının artırılmasına gerek duymamıştır. Zira bu tür para cezaları mahiyetleri gereği ekonomik hayatla, para değeri ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Bu ilişki nedeniyle hiçbir surette müessiriyetini kaybetmezler. Para değeri düştükçe, zarar ve istifade miktarı da bu düşme ile ters orantılı olarak artacağından, bu cezalar hiçbir müdahale veya düzenlemeye gerek kalmadan, miktar olarak kendiliğinden artmak suretiyle müessiriyetini muhafaza ederler." demektedir.

İşte açıkladığımız şekildeki nisbi para cezaları TCK. 119/son maddesi gereğince önödeme konu olamazlar, bu tür para cezasını gerektiren suçlar hakkında önödeme hükümleri uygulanmaz.

Nisbi para cezalarının önödeme kapsamına alınmamasının nedeni kanunda açıklanmamıştır. Kunter'e göre, para cezasının nisbi olmamasının aranması,

(66) 25.6.1984, 1/5 sayılı İBK. Der. Esat Şener, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara 1997, s. 1095.

(67) 3506 sayılı Yasanın gerekçesinde de bu tür para cezalarının artırıma tabi olmamasının nedeni, "... Bu cezaların tayininde 'fiilde husule gele zarar', 'failin elde ettiği kazanç', 'suç konusu eşyanın miktar ve değeri' gibi kıstasların rol oynadığı, bu itibarla, zaman içinde para değerindeki kayıpların, verilecek para cezası miktarlarına yansımayacağı ve suç ile ceza arasında bulunması gereken dengeyi bozmayacağı" hususunun dikkate alındığı belirtilmiştir (Bkz. 3506 sayılı Yasanın Gerekçesi).

muhtemelen aşağı had olmadığı için istenecek para cezasının miktarını tayindeki güçlük yüzündendir. Ancak yazarın haklı olarak belirttiği gibi, paranın aşağı haddini ödeyerek soruşturmadan kurtulmak sanık lehinedir, ama aşağı had yok diye önödeme imkanı tanımamak hiç de sanık lehine değildir. Sabit cezada da durum aynıdır. Bunlarda da önödeme kabul edilmeli, nisbi veya sabit ceza ne ise onun ödenmesi istenmelidir(68).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, TCK.nun 403/3. maddesiyle ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda nisbi para cezasını yukarıya aktardığımız IBK.ndan farklı bir şekilde yorumlamış ve "uyuşturucu maddenin her gram veya küsuru için" öngörülen "on lira ağır para cezası"nın nisbi para cezası olduğuna, bu nedenle de misil artırmaya tabi olmadığına karar vermiştir(69). Yüksek Mahkememiz bir başka kararında da nisbi para cezasını miktarı yasa tarafından önceden kesin olarak saptanmamış, fail tarafından elde edilen çıkar ya da, neden olunan zararla orantılı biçimde değişebilen para cezası" olarak tanımlamış; "emvalin metreküpü veya kentali, uyuşturucu maddenin gramı" üzerinden hesaplanan para cezalarının nisbi para cezası olduğunu belirtmiştir. (CGK. 13.12.1993, 3-315/318)(70). Yargıtay'ımız, bu görüşünü çeşitli kararlarında tekrarlamıştır (CGK. 13.12.1993, 316/319 ve 317/320).

Oysa yukarıya aktardığımız 25.6.1984 tarih ve 1/5 sayılı IBK.nda belirtildiği üzere nisbi para cezaları, "maktu cezalarda olduğu gibi miktarları önceden kanunda belirlenmeyip, zarar veya istifadeye göre tayin edilen cezalardır.(...) Bu cezaların misil artırmaya tabi olmamasının nedeni de "Para değeri düştükçe, zarar ve istifade miktarı da bu düşme ile ters orantılı olarak" artması ve bu cezaların "hiçbir müdahale veya düzenlemeye gerek kalmadan, miktar olarak kendiliğinden artmak suretiyle müessiriyetini muhafaza" etmeleridir.

CGK.na konu olan "uyuşturucu maddenin her gram ve küsuru için" öngörülen "on lira ağır para cezası" zarar veya istifadeye göre tayin edilen bir para cezası olmadığı gibi, bu cezanın para değeri düştükçe bu düşme ile ters olarak değerinin artması söz konusu değildir. Savaş'ın da söz konusu CGK. Kararına karşı sunduğu karşı oy yazısında isabetle belirttiği üzere "403/3. maddesinde, ne misli artırmaya esas alınan 'gram' ne de uyuşturucu maddenin her gramı ve küsuru için alınan 'on lira ağır para cezası' muayyen bir nisbet dairesinde ve hadiseye göre azalıp çoğalan

(68) Bkz. Kunter, age, dipnot: 127

(69) CGK. 20.11.1989, 5-287/356

(70) Bkz. Mehmet Uygun, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, 1992-1996, Ankara 1997, s. 773.

miktarlar değildir. Mesela, bundan 30 yıl önce beş gram uyuşturucu madde için verilecek ceza 50 liradan ibaretken, çoğunluk görüşü esas alınırsa bugün de 50 lira, yasa değişmedikçe bundan 30 sene sonra da 50 lira olacaktır." Bu gerekçelerle Savaş, TCK.nun 403/3. maddesindeki "Her gram ve küsuru için" öngörülen cezanın, sabit bir ceza olduğunu savunmaktadır(71).

Biz de; yukarıya aktardığımız 25.6.1984 tarih ve 1/5 sayılı İBK.nda belirtilen gerekçeler ve Savaş'ın 20.11.1989 tarih ve 5-287/356 sayılı CGK.na karşı ileri sürmüş olduğu gerekçelerle, TCK.nun 403/3. maddesinde, uyuşturucu maddenin her gram ve küsuru için öngörülen para cezasının nisbi para cezası olmadığı kanaatindeyiz. Aynı gerekçelerle 3092 sayılı Çay Kanununun 2. maddesinde "her dekar için" öngörülen "75 bin TL ağır para cezası", Zeytinciliğin İslahı ve Yabanilerin Aşılattırılması Hakkında 3573 sayılı kanunun 20. maddesinde "ağaç başına iki milyon liradan beş milyon liraya kadar" öngörülen hafif para cezası, 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhisi Kanununun 25. maddesinde içkinin her litresi için öngörülen para cezaları 5680 sayı Basın Kanununun 28. maddesindeki "neşrin geciktiği her nüsha için" öngörülen yirmi bin liradan elli bin liraya kadar ağır para cezası, aynı yasanın 29/son maddesindeki "her sayı için" öngörülen para cezaları ile 6326 sayılı Petrol Kanununun 125. maddesinde "her gün için" öngörülen 5000 lira ağır para cezasının nisbi para cezası olmadığı ve bu cezaların önödeme tabi olması gerektiği görüşündeyiz.

Ancak belirtelim ki Yüksek Mahkememizin genel uygulaması bu tür cezaların nisbi olduğu, misil artırmasına ve önödeme tabi olmadığı şeklindedir(72).

Bununla birlikte, CGK. yeni vermiş olduğu bir kararında, işe alınan ve işten çıkarılan işçiler için bildirim yükümlülüğüne uyulmaması nedeniyle "bildirilmeyen her işçi için sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen asgari ücretin aylık brüt tutarının beşte biri kadar ağır para cezası" öngören 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 59. maddesindeki(73) cezayı nisbi para cezası olarak kabul etmemiştir(74). Esasen Yüksek Mahkeme bu kararında 59. maddedeki para ce-

(71) Bkz. CGK. 20.11.1989, 5-287/356. Ceza Genel Kurulu Kararları, 1988-1991, Mehmet Uygun - Vural Savaş - Sadık Mollamahmutoglu, Ankara, 1991, s. 204.

(72) Bu yöndeki kararlar için bkz. CGK. 13.12.1993, 3-315/318; CGK. 13.12.1993, 316/319 ve 317/320 Sy. K.

(73) 2821 sayılı Yasanın 59. maddesinin tamamı şöyledir: (Değişik: 4101-4.4.1995) 8. madde, 9. maddenin 4. fıkrası, 22. maddenin 4. fıkrası ve 26. maddenin 4. fıkrasında belirtilen ilan ve bildirimleri yapmayanlara sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen asgari ücretin aylık brüt tutarının beşte birinden az olmamak üzere; 62. maddede belirtilen bildirim yükümlülüğüne uymayan işverenler hakkında ise, bildirilmeyen her işçi için sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen asgari ücretin aylık brüt tutarının beşte biri kadar ağır para cezasına hükm edilir."

(74) CGK. 16.12.1997, 9-307/318. YKD Ağustos 1998, s. 1208.

zasının nisbi nitelikte olup olmadığını değil, bildirilmeyen işçi adedi kadar suç oluşup oluşmayacağı hususunu tartışmıştır. Ancak, Yüksek Mahkeme, maddedeki cezanın önödeme kapsamında olduğunu kabul etmek suretiyle maddedeki para cezasını nisbi nitelikte görmemiştir.

CGK, daha önce vermiş olduğu bir kararında nisbi para cezası, "miktarı yasa tarafından önceden kesin olarak saptanmamış, fail tarafından elde edilen çıkar ya da, neden olunan zararlar orantılı biçimde değişebilen para cezası" olarak tanımlanmış(75). 25.6.1984 tarih ve 1/5 sayılı İBK.nda da "Nisbi para cezaları maktu cezalarda olduğu gibi miktarları önceden kanunda belirlenmeyip, zarar veya istifadeye göre tayin edildiğinden, kanun koyucu bunların miktarının artırılmasına gerek duymamıştır. Zira bu tür para cezaları mahiyetleri gereği ekonomik hayatta, para değeri ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Bu ilişki nedeniyle hiçbir surette müessiriyetini kaybetmezler. Para değeri düştükçe, zarar ve istifade miktarı da bu düşme ile ters orantılı olarak artacağından, bu cezalar hiçbir müdahale veya düzenlemeye gerek kalmadan, miktar olarak kendiliğinden artmak suretiyle müessiriyetini muhafaza ederler." denilmiştir(76).

Oysa, olayımızda para cezasına esas alınan asgari ücret her yıl değişmekte, yeniden belirlenmektedir(77).

Ayrıca, "Asgari ücretin aylık brüt tutarı"na göre hesaplanan olayımızdaki para cezası, (2821 sayılı Yasanın 59. maddesindeki para cezası) enflasyon oranı ve günün ekonomik koşullarına göre her yıl yeniden belirlendiğinden asgari ücret baz alınarak tayin edilen para cezalarının misil artırımına tabi tutulması gereksizdir. Çünkü, asgari ücretin içeriği, yani miktarı enflasyon oranı ve günün ekonomik koşullarına göre her yıl yeniden belirlenmektedir. Bu gibi para cezalarının ayrıca misli artırıma tabi tutulması gittikçe artan oranda para cezalarına yol açar. Hem, temel para cezası günün koşullarına göre artmış olur, hem de yıllara göre değişen memur maaş katsayısına göre temel ceza artırıma tabi tutularak gittikçe artan miktarda para cezaları belirlenmiş olur.

(75) CGK. 13.12.1993, 3-315/318. Yargıtay'ımız, bu görüşünü çeşitli kararlarında tekrarlamıştır. Bkz. CGK. 13.12.1993, 316/319 ve 317/320 Sy. K.

(76) 25.6.1984, 1/5 sayılı İBK. Der Esat Şener, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara 1997, s. 1095

(77) Burada asgari ücretin suç tarihinde belli olduğu, suç tarihindeki asgari ücretin öğrenilerek esas alınması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu husus da asgari ücretin içeriğinin, yani miktarının her yıl yeniden belirlendiği gerçeğini değiştiremez.

İşte bu özellikleri ve Yüksek Mahkememizin yukarıda aktardığımız kararları, (İBK. 25.6.1984 tarih ve 1/5 Sy. K; CGK. 13.12.1993, 3-315/318; CGK. 13.12.1993, 316/319 ve 317/320 Sy. K) özellikle İBK.nun 25.6.1984, 1/5 sayılı kararı dikkate alındığında, 2821 sayılı Yasanın 59. maddesinde yer alan para cezasının, 25.6.1984 tarih ve 1/5 sayılı İBK.nda tanımı yapılan nisbi para cezası niteliğinde olduğunu ve TCK.nun 119. maddesi gereğince öndemeye tabi olmadığını kabul etmek gerekir. Gerçi, sanık yararına olan öndeme kurumunun kapsamının daha da genişletilmesi ve bu tür para cezaları ile "emvalin metreküpü veya kentali, uyuşturucu maddenin gramı" üzerinden hesaplanan para cezalarının da öndemeye tabi olması gerektiği görüşündeyiz(78). Biz burada yalnızca Yüksek Mahkememizin, 2821 sayılı Yasanın 59. maddesindeki cezayı nisbi olarak kabul etmeyip öndeme kapsamında kabul eden CGK. kararının, Yüksek Mahkememizin önceki kararlarıyla çeliştiğini belirtmek ve Yüksek Mahkememizin bu değişik kararına dikkati çekmeğe çalıştık.

2. ÖZEL YASALAR DÜZENLEME YAPILAN HALLER:

A. İcra İflas Kanununun 352/a Maddesi: İİK.nun 352/a maddesinde "Bu kanun uyarınca hükmolunan cezalar tecil edilemez, hürriyeti bağlayıcı cezalar 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4. maddesinde yazılı para cezasına ve tedbirlere çevrilemez, failleri hakkında Türk Ceza Kanununun 119. maddesi hükmü uygulanamaz" denilerek icra suçları için öndeme hükümlerinin uygulanması yolu kapatılmıştır.

B. 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzla Mücadele Kanunu: 3628 sayılı Yasanın 16. maddesinde "Bu bölümde yazılı olan cezalar 10. maddenin birinci fıkrası hariç tecil edilemez, şahsi hürriyeti bağlayıcı olanlar para veya tedbire çevrilemez, failleri hakkında Türk Ceza Kanununun 119. maddesi hükümleri uygulanamaz." denilmektedir. İlgili mercilerce yapılan ihtarla rağmen süresinde mal bildiriminde bulunulmaması hali ise (10/1 madde) yasaktan istisna tutulmuştur. Buna göre, üç aya kadar hapis cezası öngörülen bu suç için öndeme yoluna başvurulabilecektir(79). Hemen belirtelim ki, zaten yasanın 10/1. maddesi haricindeki suçlar içerdikleri ceza itibarıyla öndeme kapsamı dışında kalmaktadır. O nedenle 3628 sayılı Yasanın 16. maddesindeki hükmün öndeme bakımından bir anlamı bulunmamaktadır.

(78) Aynı görüş için bkz. Kunter, age, dipnot: 127

(79) Bazı yazarlar, 3628 sayılı Yasanın 16. Maddesine göre aynı yasanın 10. Maddesindeki cezanın ertelenebilmekle beraber, bu cezanın para cezasına çevrilemeyeceği ve öndemeye tabi olmadığını ileri sürmektedirler. (Ali Adnan Küçükbayrak, Açıklamalı, İçtihatlı Özel Ceza Yasaları, Ankara 1996, s. 807; Erhan Günay, Özel Ceza Yasalarında Adli ve İdari Suçlar, Ankara 1998, s. 294) Kanaatimizce, Türkçe'nin gramer kurallarına göre, 16. Maddeden bu şekilde bir anlam çıkarmak mümkün değildir. Biz 16. maddenin ifadesinden; 3628 sayılı Yasanın 10/1 fıkrası haricinde kalan suçlar bakımından tecil, erteleme ve öndeme hükümlerinin uygulanamayacağı anlamını çıkarmaktayız.

C. 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu: 3574 sayılı Yasa ile değişik 1632 sayılı Yasanın 49/C maddesinde "Sırf askeri suçlarda Türk Ceza Kanununun 119. maddesi hükümleri uygulanmaz" denilerek, "sırf askeri suçlar" bakımından önödeme hükümlerinin uygulanması kabul edilmemiştir.

IX. ÖNÖDEME KURUMU VE CEZA KARARNAMESİ: CMUK 386 ve devamı maddelerinde ceza kararnamesi kurumu düzenlenmiştir. CMUK 386. Maddesindeki koşulların bulunması halinde sulh ceza hakimi, açılan kamu davası üzerine herhangi bir araştırma, keza duruşma yapmaksızın sanığın mahkumiyetine karar verebilir. Buradaki karar tamamen C. Savcısının açmış olduğu kamu davasındaki delillere dayanır.

A. Ceza Kararnamesi ile Hükmedilebilen Cezalar: Ceza kararnamesi ile yalnız veya birlikte;

- a) Üç aya kadar hafif hapis,
- b) Ağır veya hafif para cezası,
- c) Meslek ve sanatın icrasının tatili veya
- d) Müsadere cezalarına hükmedilebilir.

Yukarıda da açıklandığı üzere ceza kararnamesi ile bu cezalardan birine, bir kaçına veyahut hepsine birlikte hükmedilebilir.

Ceza kararnamesi düzenlenmesinin koşullarından biri de suçun sulh ceza mahkemesinin görevine dahil olmasıdır. Bu nedenle ceza kararnamesi doktrinde "sulh ceza hakiminin ceza kararnamesi" olarak da adlandırılmıştır(80).

B. Önödeme ile Ceza Kararnamesi Arasındaki Benzerlik: Ceza kararnamesi ile önödeme arasındaki benzerlik her ikisinde de yargılama yapılmaksızın uyumazlığın çözümlenmeye çalışılmasıdır. Her iki yöntemin de sanığın rızasına dayanması bir başka benzerliği teşkil eder.

C. Önödeme İle Ceza Kararnamesi Arasındaki Farklılıklar: Ceza Kararnamesi ile önödeme kurumu arasında çok farklılıklar mevcuttur. Bu farklar kısaca şöyle belirtilebilir:

1) Ceza kararnamesi yalnızca sulh ceza mahkemesinin görevine giren suçlar bakımından mümkün olduğu halde önödeme hem asliye (TCK 459/1, 237/2-3-6 md gibi) hem de sulh ceza mahkemesinin kapsamına giren suçlar bakımından mümkündür.

(80) Kunter, age, s. 808.

2) Ceza kararnamesi yalnızca hakim tarafından düzenlenebildiği halde öndeme yoluna hem hakim hem de C. Savcısı tarafından gidilebilir.

3) Ceza kararnamesiyle meslek ve sanatın icrasının tatili cezası ve müsadereye hükmedilebildiği halde, bu cezalar öndemenin konusunu teşkil etmezler.

4) Ceza kararnamesi ile üç aya kadar hafif hapis cezasına hükmedilebildiği halde, üst sınırı üç ayı aşmayan tüm hürriyeti bağlayıcı cezalar için öndeme uygulanabilir.

5) Koşulları oluşmuşsa öndeme önerisinde bulunmak, C. Savcısı ve hakim için bir mecburiyettir. Oysa koşulları oluştuğunda ceza kararnamesi düzenlemek hakimnin takdirine bırakılmıştır.

6) Öndemeden farklı olarak ceza kararnamesine esas teşkil eden hürriyeti bağlayıcı ceza hakimnin takdir ettiği cezadır. Bu bakımdan üst sınırı üç ayı aşan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç için öndeme yoluna gidilemezken, ceza kararnamesi düzenlenebilir. Örneğin TCK 526/1. maddesindeki suçun cezası üç aydan altı aya kadar hafif haptir. Cezanın üst sınırı üç ayı aştığından bu suç için öndeme yoluna başvurulamaz. Ancak sulh ceza hakimi cezanın alt sınırı olan üç ay hafif hapis cezasını esas alarak ceza kararnamesi düzenleyebilir(81).

Yine seçimlik cezalardan biri öndemenin kapsamı haricinde kalıyorsa öndemeye başvurulamaz; ancak aynı durumda hakim ceza kararnamesi kapsamında kalan suçu tercih ederek ceza kararnamesi düzenleme yoluna gidebilir. Örneğin, TCK. 456/4. maddesindeki suçun cezası "iki aydan altı aya kadar hapis veya ikiyüz liradan iki bin beş yüz liraya kadar ağır para cezası"dır. Sulh ceza hakimi buradaki para cezasını seçerek ceza kararnamesi düzenleyebilir.

"CMUK.nun 386. maddesine göre fiilin gerektirdiği ceza değil, verilen ceza esas alınacağı cihetle..."(82).

X. ÖNÖDEME KAPSAMINA GİREN BİR SUÇ İÇİN CEZA KARARNAMESİ DÜZENLENEBİLİR Mİ?

Mevzuatımıza göre öndeme kapsamına giren suçlar için C. Savcılığınca öndemede bulunma mecburiyeti bulunduğundan, (TCK. 119 md; İBK. 11.4.1983, 2/2) esasında öndeme kapsamındaki suçun mahkeme önüne gitmemesi gerekir. Ancak C. Savcılarının gözünden kaçması veya yanıltma nedeniyle öndemelik suçların mahkeme önüne gitmesi mümkündür. Özel yasalar gereği de işin doğrudan doğruya mahkemelere intikali de söz konusudur.

(81) Bkz. 2. CD. 8.7.1997, 12171/10500. Malkoç - Güler, age, Cilt.2, s. 1692

(82) 2. CD. 9.1.1988, 103/5

İşte, işin özel yasalar gereği işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi hali TCK. 119/4. maddesinde düzenlenmiş ve bu halde mahkemece sanığa önödeme ihtarında bulunulacağı belirtilmiştir.

TCK. 119/5. maddesinde ise; "Yukarıdaki fıkra kapsamına giren bir suçtan ötürü doğrudan doğruya mahkemeye intikal eden işin ceza kararnamesiyle sonuçlandırılmış olması halinde itiraz üzerine duruşma yapılır ve bu halde de anılan (119/4) fıkra hükümleri uygulanır" denilmektedir(83). Bu hükümden iki sonuç çıkmaktadır.

1) Özel yasalar gereğince doğrudan doğruya mahkemeye intikal eden suç, hem önödeme, hem de ceza kararnamesi kapsamında ise sulh ceza hakimi ceza kararnamesi düzenleyebilir.

2) Ceza kararnamesine itiraz halinde mahkeme önödeme yoluna başvurabilir.

Koşulları oluştuğunda önödeme önerisinde bulunmak hakim için bir zorunluluktur. (TCK. 119. md. ve 11.4.1983, 2/2 İBK) Ceza kararnamesi düzenleme yoluna gitmek ise bir zorunluluk olmayıp ihtiyaridir. (CMUK 386/1 md) Önödeme koşulları oluştuğunda önödeme yoluna başvurmak hem C. Savcısı hem de hakim için bir zorunluluk olduğuna göre, hakim öncelikle sanığa önödeme önerisinde bulunması gerektiği görüşündeyiz. Kaldı ki ceza kararnamesi önödemeye göre sanığın daha aleyhinedir. Çünkü, ceza kararnamesi tekerrüre esas olmasa da bir hükümdür ve 3682 sayılı Yasaya göre adli sicile geçmesi gereken bir sabıka teşkil eder. Oysa, önödemeye uyulması halinde kamu davası ortadan kalkar. Bu açıdan özel yasalar gereği doğrudan doğruya veya savcının yanılması üzerine önüne gelen suçun hem önödeme kapsamında olması, hem de ceza kararnamesi kapsamında kalması halinde hakim öncelikle sanığa önödeme önerisinde bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Yüksek Mahkememizin görüşü de bu merkezdedir.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi kararına konu olan bir olayda Sulh Ceza Mahkemesi, meskun mahalde silah sıkmak suçundan (TCK. 551 md) sanık hakkında CMUK. 386. maddesi hükümlerine göre ceza kararnamesi düzenlemiştir. Bu karara karşı sanık itiraz etmiş, bu itiraz da Asliye Ceza Mahkemesince red edilmiştir. Red kararına karşı yazılı emir yoluna başvurulması üzerine Yüksek Mahkeme, suçun önödemeye tabi suçlardan bulunduğu halde önödeme ihtarında bulunulmaksızın

(83) Kunter, itiraz üzerine duruşma yapılırken de önödeme imkanının kabul edilmesinin haklı bir nedene dayanmadığını belirtmekte ve hakim ceza kararnamesinden sonra savcının ceza kararnamesi niteliğinde gördüğü önödemeye dönüşmesini sisteme aykırı bularak eleştirmektedir (Bkz. Kunter, age, s. 825, dipnot. 168).

hüküm kurulması nedeniyle verilen kararı bozmuştur. Yerel Mahkeme yeniden duruşma açıp, yargılama yaparak sanığın mahkumiyetine ve suçta kullanılan tabancanın zoralımına karar vermiştir. Bu kararı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesi, "... hükme konu suçun TCK.nun 119. maddesinde öngörülen önödemeye tabi suçlardan olduğu halde önödeme ihtarında bulunmaksızın hükme bağlanmasının yasaya aykırılığı nedeni ile CMUK.nun 343. maddesi gereğince bozularak müteakip işlemlerin mahallince yapılmasına karar verilmiş olduğu cihetle dosyanın merci 3. Asliye Ceza Mahkemesince ele alınıp yazılı emirle bozma doğrultusunda uygulama yapılması gerekirken, Sulh Ceza Mahkemesince davanın esasını çözümleyen mahkeme kararının yazılı emirle bozulması üzerine yeniden yargılama yapılamayacağına dair 3.6.1936 tarih ve 129/11 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına da aykırı düşer biçimde yeniden duruşma açılarak yazılı şekilde (TCK. 551. md. ile mahkûmiyet) hüküm tesis" edilmiş olması nedeniyle verilen mahkeme kararını bozmuştur(84).

Böylece Yüksek Mahkeme, hem önödeme, hem de ceza kararnamesi kapsamında kalan meskun mahalde silah sıkmak suçu için öncelikle önödeme yoluna başvurulması gerektiği sonucuna varmıştır.

Burada akla gelen bir başka soru da şudur: Acaba sanığın hazırlık aşamasında çıkarılan önödeme önerisine uymaması sebebiyle açılan kamu davasındaki suçun ceza kararnamesi kapsamında olması halinde sulh ceza hakimi ceza kararnamesi düzenleyebilecek midir? Belirtelim ki bu hususta kanunumuzda bir açıklık mevcut değildir. Doktrinde; Kunter, Yurtcan, Malkoç - Güler ve Öztürk; sulh ceza hakiminin bu gibi hallerde ceza kararnamesi düzenleyebileceği görüşündedirler(85).

Yüksek Mahkememiz de yeni vermiş olduğu bir kararda; "Meskun mahalde bilamucip silah boşaltmak suçundan sanık hakkında önödeme bildirimine uymadığı belirtilerek TCK.nun 551 ve 119. maddeleri uyarınca cezalandırılması ve suçta kullanılan silahın aynı kanunun 36. maddesi gereğince zoralımı istemiyle kamu davası açılması, sanığa takdir ve tayin olunan cezanın miktar ve nevi itibarıyla ceza kararnamesiyle sonuçlandırılmasında (yasaya) bir aykırılık bulunma"dığını belirtmiştir(86).

(84) 2. CD. 31.5.1995, 5281/6670. Malkoç-Güler, age, Cilt:2, s. 1681-1682. Aynı yönde bkz. ilgili kararlar bölümündeki CGK. 7.12.1981, 9330/407 YKD Mart 1982, s. 405

(85) Kunter, age, s. 756, Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, (Kısaltma: CMUK) Cilt.3, 1988, s. 733; Malkoç - Güler, Ceza Muhakemeleri, Cilt. 2, s. 1685; Öztürk, Koğuşurma, s. 220)

(86) 2. CD. 22.9.1997, 13634/11767

XI. ÖNÖDEME ÜZERİNE VERİLEN KARARLARIN ETKİSİ: Bilindiği üzere, sanığın önödeme önerisine uyması halinde hazırlık aşamasında takipsizlik kararı, yargılama aşamasında ise davanın ortadan kaldırılmasına karar verilir. Aşağıda bu kararların etkileri incelenecektir.

1. ÖNLEME ETKİSİ: Davanın ortadan kaldırılması bir hükümdür. Dolayısıyla, diğer mahkeme kararları gibi aynı konuda bir daha dava açılmasını önleyici bir etkiye sahiptir. Aynı konuda yeni bir dava açıldığında önceki hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilmelidir.

Yargıtayımız, önödeme nedeniyle verilen takipsizlik kararlarını da önleme etkisi bakımından mahkeme kararları ile aynı değerde görmektedir. Yüksek Mahkememize göre, "C. Savcılarınca TCK.nun 119. maddesine göre verilen takipsizlik kararları diğer takipsizlik kararlarından kamu davasının açılması veya yargılamanın önlenmesi bakımından farklı olup, önödemeye tabi suçlarda mahkemece tebligat yapıp ödeme yapılması üzerine verilen kamu davasının ortadan kaldırılmasına dair kararlarla aynı mahiyette olup, aynı hukuksal sonucu doğuran bir karar olmakta ve CMUK.nun 253/2. maddesinde sayılan ve hüküm niteliği taşıyan kararlar meyanında saymak zorunluluğu bulunmaktadır(87). C. Savcısı tarafından TCK.nun 119. maddesine göre verilen takipsizlik kararları diğer takipsizlik kararlarından farklı olduğu görüşünden hareket eden Yüksek Mahkememiz, önödemeye uyulması nedeniyle verilen takipsizlik kararı dayanak yapılarak davanın reddine karar verilmesinde bir usulsüzlük olmadığına karar vermiştir(88). Böylece Yargıtayımız, ödeme önerisine uyularak verilen takipsizlik kararlarının önleme etkisini kabul etmiştir.

Ancak Yüksek Mahkememiz, C. Savcısının aslında önödemeye tabi olmayan suçtan dolayı yaptığı önödeme önerisine uyulması üzerine verilen takipsizlik kararının önleme etkisini kabul etmemiştir.

"Önödemeye tabi olmayan bir suçtan dolayı C. Savcısının yanılıp önödemede bulunarak verdiği takipsizlik kararın kesin nitelikte kabul edilmesi suçlunun cezasız kalması sonucunu doğurabilir.

Bu itibarla aynı suçtan dolayı usulen açılan davaya devam edilerek belirlenecek sonuca göre sanığın mahkumiyetine veya beraatine karar verilmeli ve her iki halde de sanıktan usulsüz alınan paranın iadesine karar verilmelidir(89).

(87) 10. CD. 3.3.1992, 690/1776. YKD Nisan 1992, s. 642. Aynı yönde bkz. CGK. 5.2.1990, 2-367/6. YKD Kasım 1990, s. 1691

(88) 10. CD. 3.3.1992, 690/1776. YKD Nisan 1992, s. 642

(89) CGK. 9.4.1984, 345/129. Malkoç-Güler, age, Cilt.2, s. 1708

Bu karar, hem önödeme önerisine uyularak verilen takipsizlik kararlarının önleme etkisinin olmadığını, hem de bunun sakıncalarını işaret etmesi bakımından ilginçtir.

2. TEKERRÜR VE ADLİ SİCİL BAKIMINDAN ETKİSİ: Hazırlık aşamasında takipsizlik kararı, yargılama aşamasında ise ortadan kaldırma kararı verildiğinden, verilen kararların adli sicile işlenmesi ve tekerrüre esas olması, ayrıca ileride işlenecek suç bakımından ertelemeye engel olması söz konusu değildir.

3. TAZMİNAT VE MÜSADERE BAKIMINDAN ETKİSİ: TCK.nun 119/8. maddesine göre önödeme önerisine uyularak takipsizlik kararı verilmesi veya kamu davasının ortadan kaldırılması "kişisel hakkın istenmesine, malın geri alınmasına ve zoralarına ilişkin hükümleri etkilemez."

Örneğin, ruhsatsız av tüfeği bulundurmamak suçu nedeniyle sanık önödeme önerisine uyarak ceza soruşturmasından kurtulsa bile, ruhsatsız av tüfeğinin müsadere için zamanaşımı süresi içinde sulh ceza mahkemesine dava açılacaktır (90).

"TCK.nun 119. maddesiyle, önödeme halinde suçta kullanılan eşyanın zoralarına dair istisnai bir hüküm getirilmiş olduğundan, sanığın suçta kullandığı iddia olunan av tüfeğinin müsadere ile ilgili kararın CMUK.nun 392 ve 393. maddeleri uyarınca duruşma açılarak verilmesi gerekirken, evrak üzerinden verilmesi kanuna aykırıdır"(91).

Ancak, takipsizlik veya kamu davasının ortadan kaldırılması karar verilmiş ise bu kararlar birlikte tazminata hükmedilemez. Çünkü, "kişisel hakka ancak bir ceza mahkumiyetinin sonucu olarak hükmedilebilir." Bununla birlikte, ilgili hukuk mahkemesinde kişisel hak davası açılabilir(92). Yargıtay Ceza Genel Kurulu da "önödeme nedeniyle sanıklar hakkında kamu davası açılmadığına göre, TCK.nun 119. maddesinin 7. Fıkrası ile aynı Kanunun 110 ve 111. maddeleri birlikte gözetildiğinde ceza davasından ayrı olarak yukarıda açıklanan biçimdeki talep üzerine tazminata hükmedilemeyeceğinden, hak sahibinin ilgili hukuk mahkemesine müracaatta muhtariyetine karar verilmesi gerek"tiğine karar vermiştir(93).

(90) Müsadere için yetkili mahkeme asıl davaya bakan mahkemedir; zamanaşımı süresi de esas ceza davasının zamanaşımına tabidir. Malkoç-Güler, age, Cilt.2, s. 1686

(91) CGK. 8.2.1993, 2-4/9

(92) 2. CD. 10.3.1993, 2103/3125. Erdurak, age, s. 261

(93) CGK. 1.5.1995, 7-117/145. Malkoç-Güler, age, Cilt.2, s. 1697 Aynı yönde bkz. 4. CD. 2.2.1992, 6639/7571. Erdurak, age, s. 261.

Fakat, Yargıtay 3. Ceza Dairesi bir olayla ilgili olarak, "TCK.nun 119. maddesi ile kamu davasının ortadan kaldırılması, aynı kanunun 7. fıkrası gereğince tazminat hususunda olumlu veya olumsuz bir karar vermeye engel teşkil etmez." şeklinde karar vermiştir(94).

4. MESLEK VEYA SANATIN TATİLİ CEZASI: TCK.nun 119/9. maddesine göre, "kanun maddesinde ayrıca bir meslek veya sanatın tatili cezasının bulunması bu madde hükmünün uygulanmasına engel olma"yacaktır. Diğer bir anlatımla, kanun maddesinde meslek ve sanatın tatili cezasının bulunması, sanığa önödeme önerisinde bulunulması ve önödeme hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir. Ancak feri ceza niteliğindeki meslek veya sanatın tatili cezasına hükmedilebilmesi için bir mahkumiyet hükmünün varlığı lazımdır. O nedenle, önödeme önerisine uyularak takipsizlik veya kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmiş ise meslek veya sanatın tatili cezasının uygulanması mümkün olmayacaktır(95).

"1- TCK.nun 565. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen meslek ve sanatın tatili cezasına ancak aynı maddenin 1. fıkrası gereğince mahkumiyet kararı verilmesi halinde hükmedilebileceği nazara alınmadan TCK.nun 119. maddesinin uygulanma alanını belirlemeye matuf 8. fıkrasına yanlış anlam verilerek yazılı şekilde (3 gün süre ile ehliyetnamenin geri alınması) karar verilmesi.

2- Kabul ve uygulamaya göre de TCK.nun 565. maddesinin 2. Fıkrasında meslek ve sanatın tatili cezası öngörüldüğü halde sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."(96)

XII. TEMYİZ: Önödeme kurumun kabul ediliş amacı, önemsiz görülen bazı suçlara ilişkin davaların kısa yoldan çözümlenmesidir. Ve önödeme kurumunun uygulanması ancak sanığın kabulüne bağlıdır. Sanık, önödeme önerisine uymazsa kamu davası açılır, eğer dava açılmış durumdaysa yargılamaya devam olunarak sonucuna göre bir karar verilir. Durum bu merkezde olunca önödeme sonucu verilen karara karşı temyiz yolunun kabul edilmesi ve verilen kararın sanık tarafından temyiz edilmesi bir çelişki gibi görünebilir. Ancak, "sanık hakkında önödeme sonucu verilen düşme (ortadan kaldırma) kararının sanığın en yararına karar olduğu da söylenemez. Ceza tehdidi altında bulunan sanığın bulunduğu psikolojik ortamda suçu işlemiş olmasa bile yargılama yapılarak sonuçlandırıldığı takdirde kendisine maddede öngörülen hafif para cezasının para veya tedbirlerden birine çev-

(94) 3. CD. 31.5.1995, 5595/6984, YKD Ağustos 1995, s.1307

(95) Dönmezer - Erman, age, Cilt.3, s.408.

(96) 2. CD. 4.12.1995, 11912/13052

rimeksizin uygulanabileceği düşüncesi, önödeme kurumundan yararlanarak bu yaptırımdan kurtulmasına olanak sağlayacağı için tercih edilmiş olabilir. Bu güvenceyi elde eden sanığın sonuçta verilen düşme (ortadan kaldırma) kararını en yararına olarak yorumlayıp, temyiz edemeyeceğini söylemek ceza yargılamasının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına da aykırıdır." O bakımdan önödeme sonucu verilen ortadan kaldırma kararı sanık tarafından temyiz edilebilir(97).

Ancak önödeme üzerine verilen kararın temyiz edilebilmesi için, kararın CMUK 305. maddesine göre temyiz kabiliyeti bulunmalıdır. Önödemeye esas teşkil eden maddedeki ceza, hürriyeti bağlayıcı ceza ise veya para cezası olmakla beraber miktar itibarıyla CMUK. 305. maddesinde belirtilen temyiz edilebilen miktara ulaşmışsa, önödeme üzerine verilen ortadan kaldırma kararı sanık veya C. Savcısı tarafından temyiz edilebilir.

"2918 sayılı Yasaya muhalefetten sanık Gülali hakkında yapılan duruşma sonunda; önödeme nedeni ile kamu davasının ortadan kaldırılmasına dair hükmün ve aynı yer mahkemesince itiraz olunan temyiz isteminin reddine mütedair kararın temyizi üzerine dosyadaki evraklar okunup gereği düşünüldü:

Sanığa tayini gereken cezanın para cezası ile birlikte hapis cezası olması nedeniyle hükmün temyiz kabiliyeti bulunduğundan..."(98).

XIII. ÖNÖDEMEDE KAPSAMINA GİREN SUÇLARDA ZABITANIN HAREKET TARZI: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre, zabıta görevlileri adli işlerde C. Savcısının muavini konumundadırlar. Örneğin, zabıta memurları gecikmesinde sakınca olan hallerde C. savcısının muavini sıfatıyla arama ve elkoyma işlemini yapabilir; sanığı yakalayabilir. (CMUK 127. md.) CMUK 151. maddesine göre zabıtaya suçun ihbar edilmesi veya şikayette bulunulması veyahut zabitanın kendiliğinden bir suça elkoyması halinde suçla ilgili ifade edilmesi veya şikayette bulunulması veyahut zabitanın kendiliğinden bir suça elkoyması halinde suçla ilgili ifade alma dahil olmak üzere araştırma ve soruşturma yetkisi mevcuttur. CMUK 156. maddesinde de "zabıta makam ve memurları suçları aramakla ve işin tenviri için lazım gelen acele tedbirleri almakla mükelleftir" denilmektedir.

Görüldüğü üzere zabitanın işlenen suçla ilgili olarak geniş bir soruşturma, araştırma görevi ve yetkisi bulunmaktadır. Önödemeye tabi suçlar bakımından zabitanın görev ve yetkileri bazı özellikler arz eder. Önödemeye tabi bir suçun işlenmesi halinde de zabıta sanık veya sanıkların kimliğini tesbit etmeli, suçla ilgili

(97) CGK, 5.2.1990, 2-367/6. YKD Kasım 1990, s. 1691.

(98) 7. CD. 29.4.1993, 2329/2738 YKD. Temmuz 1993, s. 1094

delilleri toplamalı gerekli araştırma ve soruşturma işlemlerini yapmalıdır. Ancak zabıta, önödemeye tabi bir suç için sanığı alıkoymamalı, özgürlüğünü kısıtlamamalı ve savcılığa mevcut olarak götürmemelidir. C. Savcılığı da, sanığı savcılığa celp etmek yerine, PTT kanalıyla sanığın adresine önödeme emrini tebliğ etme yoluna gitmelidir. Çünkü, bilindiği üzere önödeme önerisi adından da anlaşılacağı gibi, sonuçta devletin sanığa yaptığı bir anlaşma önerisidir. TCK.nun 119/4-5 maddelerinde önödeme önerisinin sanığa tebliğ edileceği belirtilmektedir. Bu önerinin tebliği için sanığın zabıta marifetiyle savcılığa getirilmesi yoluna gidilmesi önödeme kurumunun kabul ediliş amacına aykırı olur. Ayrıca sanığın önödeme önerisini kabul etmesi de ihtimal dahilindedir. Sanığın önödeme önerisini kabul etmesi halinde ise hakkında takipsizlik kararı verilmesinden başka yapılacak bir işlem yoktur. O nedenle, önödemelik suçların faileri hakkında Ceza Yargılama Hukukunun zorlayıcı önlemlerine başvurulmamalıdır. Ancak belirtelim ki, uygulamada bazen önödemeye tabi suç işleyen sanıklar karakollarda alıkonulmakta ve ödenek yetersizliği veya işin acele sonuçlandırılması gibi nedenlerle önödemeye tabi suçun sanıkları savcılığa zabıta marifetiyle getirilmektedir. Kabul etmek gerekir ki savcılık kaleminde sanıklara önödeme önerisinde bulunulması, işi hızlandırmakta, kısa bir zamanda sonuçlanmasını sağlamaktadır.

Esasında önödeme kurumundan beklenen faydanın sağlanması için zabıtaya önödeme önerisinde bulunma yetki ve görevi verilmelidir(99). Kanaatimizce CMUK ve 2559 sayılı PVSK hükümleri çerçevesinde bu yetkinin adli konularda C. Savcısının yardımcısı konumunda olan zabıtaya verilmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır. İşlenen suçun önödeme kapsamına girdiğini tespit eden zabıta memuru sanığa önödeme önerisinde bulunabilmeli, sanığın suç karşılığı olarak ödeyeceği para cezasını da alabilmelidir. Bu şekilde bir uygulama önödeme kurumunun mantığına ve amacına daha uygun düşmektedir. Bu suretle uyuşmazlık kısa yoldan çözümlenmiş olacak, adli makamların mesaisi gereksiz yere harcanmayacaktır. Aksi takdirde hem savcılıklar, hem de zabıta makam ve memurları gereksiz yere zaman ve mesai harcamak zorunda kalacaklar, önödeme kurumundan beklenen işin kısa sürede sonuçlanması amacı gerçekleşemeyecektir.

Ancak bunun için zabitanın ceza hukuku ve özellikle önödemelik suçlar konusunda bilgi sahibi olması, zabitanın bu konuda eğitilmesi lazımdır.

— oOo —

(99) Aynı görüş için bkz. Feyyaz Gölcüklü, İdari Ceza Hukuku ve anlamı, Ankara Üniversitesi SBFD, Cilt. XVIII, No.2, 1963, s. 150.

KAYNAKLAR

- 1- A. Bülent Gürel, Ön Ödeme ve 1696 sayılı Yasanın Bu konuda Getirdiği Yenilikler, Adalet Dergisi, Yıl. 64.. Sayı: 11 (1973).
- 2- Ali Adnan Küçükbayrak, Açıklamalı, İçtihatlı Özel Ceza Yasaları, Ankara 1996
- 3- Bahri Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991
- 4- Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası 1973 Değişikliği, İstanbul 1987
- 5- Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1986
- 6- Erdener Yurtcan, İçtihadı Birleştirme Kararı Dolayısıyla Önödeme Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, Cilt.10, Sayı: 3, (1984).
- 7- Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Cilt: 3, 1988
- 8- Erhan Günay, Uygulamalı Cezaların İnfazı, Konya 1994.
- 9- Erhan Günay, Özel Ceza Yasalarında Adli ve İdari Suçlar, Ankara 1998
- 10- Esat Şener, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara 1997
- 11- Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993.
- 12- Faruk Erem - Ahmet Danişman - M. Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- 13- Fatih Selami Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995.
- 14- Feyyaz Gölcüklü, İdari Ceza Hukuku ve Anlamı, Ankara Üniversitesi SBFD, Cilt. XVIII, No.2, 1963
- 15- Ferit Devellioğlu - Nevval Kılıçkını, Osmanlıca Türkçe Okul Sözlüğü, İstanbul 1976.
- 16- Hasan Tahsin Gökcan, Bir İnsan Hakkı İhlali Olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı (Haksız) Yargılama Kavramı, Yargıtay Dergisi, Cilt: 24, s. 1-2, Ocak - Nisan 1998.
- 17- Hasan Tahsin Gökcan - Seydi Kaymaz, Açıklamalı İçtihatlı Önödemeye Bağlı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998.
- 18- İbrahim Ekdemir, Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1990,
- 19- İsmail Malkoç - Mahmut Güler, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt.2, Adil Yayınevi, Ankara 1998.
- 20- Mehmet Uygun, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, 1992 - 1996, Ankara 1997.
- 21- Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, 1989.
- 22- Nurullah Kunter - Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1998,
- 23- Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt.3, İstanbul 1983.
- 24- Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Ankara 1997.
- 25- Vural Savaş - Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 1994 Cilt.1
- 26- Yargıtay Kararları Dergisi

KISALTMALAR

age.	: Adı Geçen Eser
agm.	: Adı Geçen Makale
Bkz.	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
K.	: Karar
T.	: Tarih
s.	: Sayfa
SBFD	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Sy.	: Sayılı
TCKÖT	: Türk Ceza Kanunu Öntasarısı
YD.	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

CEZA VE CEZA YARGILAMA HUKUKUNDA İKRAR KAVRAMI

Dr. Halûk ÇOLAK (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş. II- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa Göre İkrar. III- İkrarın Delil Değeri. IV- İkrarın Delil Olmak Bakımından Takdiri. 1- Saniğa Her Türlü Baskı ve Zor Uygulanması. 2- Menfaat veya Başkalarını Cezadan Kurtarma Amacı. 3- Nefret ve İntikam Duygusu. 4- Ruh Hastalığı. 5- İhtiras, İdeal veya Dini Bir İnancın Etkisi. 6- Saniğin Suç Atması (Atf-ı Cürüm). V- İkrarın Takdirinde Hâkimin Gözönünde Tutacağı Noktalar. VI- İkrarın Hafifletici Sebep Sayılması. VII- İkrarın Bölünebilmesi ve Geri Dönülmesi Sorunu. VIII- Susma Hakkı - İkrar İlişkisi. IX- Sonuç.

I. GİRİŞ

Hukukta genel olarak ikrar, bir kimsenin aleyhine hukuki sonuçlar meydana getirebilen maddi veya hukukî bir vâkıanın doğruluğunu onaylama anlamına gelir (1).

Hukuk yargılamasında, hâkim bireylerin vazgeçebildikleri menfaatleri onların isteklerine aykırı olarak korumaya yetkili olmadığından, ters kanıya varmış olsa bile, taraflardan birinin yaptığı ikrarı kesin bir delil olarak kabule mecburdur. HUMK. m. 236(2). Bununla beraber ikrarın hukuk işlerinde delil olup olmadığı konusunda yabancı ülke kanunları çeşitli sistemler kabul etmiş bulunmaktadır(3).

Ceza dâvalarında ise, mukayeseli hukuk mevzuatı (İngiltere ve A.B.D. ayrık olmak üzere) ikrara delil olmak yönünden üstün bir nitelik tanımamışlardır. ikrarın diğer deliller arasında "**Delillerin serbest takdiri prensibi**" çevresinde değerlendirilebileceği kabul edilmiştir.

(*) Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı

(1) Türk Hukuk Lügatı, ankara, 1944, s. 155.

(2) BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller, İstanbul, 1940, s. 128.

(3) ARIK, Fikret, "İsviçre ve Alman Hukukunda Muhakemede Delillerin İkamesi", Adliye Dergisi, 1947, s. 9.

Kaynağı 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri usulü Kanunu olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun benimsediği sisteme göre, sanığın kendi suçunu açıklaması hâkimi, sağlam bir gerçeğe varmak amacı ile diğer delilleri araştırmak yetkisinden alıkoymamaktadır.

İngiltere ve Amerika'da ise sorgu, suçlama sistemi (= **Le systeme Accusatoire**) ile yapılmaktadır. Hâkim suçluya, "**suçlu olarak mı, olmayarak mı = Guilty - or not guilty**" savunmada bulunacağını sorar. Sanık suçunu üstüne alarak savunmada bulunacağını bildirirse, bu ikrardan sonra dava artık juri önünde yürütülemez, mahkeme artık tek başına davayı sonuçlandırır. 1867 tarihli eski Prusya Kanununda da durum böyleydi(4).

Adlî gerçeklere varabilmekte kanıtsal bir ikrarın etkisi büyüktür. Ne varki, ceza muhakemesinde genel menfaat ve güvenlik düşüncesi üstün yer aldığı için herşeyden önce aranılacak şey maddi ve fiilî gerçeklerdir(5).

II. CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNUNA GÖRE İKRAR

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz ikrarı bir delil saymamıştır(6). CMUK'nun 247 nci maddesinin birinci fıkrasında "Sanığın hâkim tarafından düzenlenen tutanaktaki ifadesi ikrarına delil olmak üzere okunabilir" denilmektedir.

Şu halde ikrarın, hâkim tarafından bir delil niteliğinde kabul edilebilmesi için hâkimin huzuru ile tutanağa geçirilmesi, yani tesbit edilmiş olması gerekir. Cumhuriyet Savcısına, zâbitaya sanığın verdiği ifade, kendi çıkarına karşıt bir açıklamayı kapsasa bile delil olarak okunamaz. Hakimin bunları CMUK'nun 247. maddesine göre değil, 242. maddesine göre okuması mümkündür. Ancak, Cumhuriyet Savcısı, zâbita memuru gibi kimseler gerekirse tanık olarak dinlenebilirler. Bu yoldaki delillerin ise âdi bir delil olarak takdiri hâkime aittir(7).

Bu durumda, usul kanunumuz birçok hukukçuların görüşüne paralel olarak(8), hakim önündeki ikrar ile, bunun dışındaki ikrarlar arasında bir ayırım yapmıştır. Bu kural, hâkim tutanaklarının (İspat kudreti)'nde ikrar gibi önemli bir konuda dahi takyit kabul edilemediğini göstermek istemiştir. Kanundaki "**ikrarına delil olmak üzere**" tabiri geniş anlamda yani sanığın ikrarda bulunup bulunmadığını tespit

(4) TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1945, s. 215; DAGUİN, Fernand, Haşiyeli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Şerhi, Çev. Baha ARIKAN, Ankara, 1951, s. 63.

(5) SCHWARZ, Otto, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Şerhi, Çev. Rifat TAŞKIN, Ankara, 1939, s. 14.

(6) BELGESAY, Mustafa Reşit, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku İspat Teorisi, 2. B., İstanbul, 1947, s. 116

(7) SCHWARZ, a.g.e., s. 455 - 547.

(8) EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukukunun Umumi Nazariyesi, Ankara, 1962, s. 42.

etme anlamında olmalıdır. Bu nedenle önceki ifade, kendisinin ikrarda bulunduğunu meydana çıkarmak, ya da itirafını ispat etmek maksadıyla değil, ikrarını değiştirip değiştirmediyiğini, bu ikrarından dönüp dönmediğini anlamak için okunur(9).

Adı geçen kanun maddesine göre okunacak olanlar, hâkim tarafından düzenlenen ikrar tutanağı ile bunun eklentisi olan belgelerdir. Örneğin zâbıta memuru tarafından düzenlenmiş olan tutanağa hâkim tarafından yazdırılan tutanakta itibar edilmişse, hâkim tarafından tutulan tutanağın tamamlayıcısı olur. Bu tamamlayıcılık niteliğinin tanınabilmesi için hâkimin ifade alırken eski tutanağı eksiksiz okumuş olması, sanığın bunu tasvip etmesi, bu hususun da hâkim tutanağında belirtilmesi gerekir(10).

Eski ifade sanığın tanığına ait olsun, bir hukuk mahkemesine ait tutanaktan ibaret bulunsun aynı olduğu gibi(11) ikrar, yalnız suç ortaklarından biri hakkında da söz konusu olabilir(12).

Sanığın ifade veya sorgu sırasındaki beyanları, delil sayılarak "ikrar" olarak kabul edilebilecektir?

Sanığın sorgusu, savunma vasıtası olup, delil elde etmek için kabul edilmiş bir müessese değildir. Fakat sanığın hâkime verdiği cevap, gerçeği öğrenmek hususunda hâkim için kıymetli olabilir, yani delil teşkil edebilir. Ancak bu kıymet beyanın kendiliğinden olması yani bir cebir veya tazyik altında yapılmaması halinde mevcuttur. Bunun içindir ki, eğer sanık duruşmada ikrar etmiyorsa önceki ikrarın **hâkim huzurunda olması koşuluyla** kabul edilmiştir. (CMUK. m. 247)(13). Görülüyor ki duruşma dışında ikrarı ihtiva eden tutanağın delil olabilmesi için ikrarın bir hâkim huzurunda olması gerekir. Kolluktaki veya Cumhuriyet Savcılığındaki ikrarlara ait tutanaklar **duruşmada** okunamaz(14), bu nedenle bir delil olarak hükme

(9) KANTAR, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. Kitap, İstanbul, 1964, s. 151; SCHWARZ, a.g.e., s. 455-457.

(10) KANTAR, a.g.e., s. 152.

(11) KANTAR, a.g.e., s. 152.

(12) SCHWARZ, a.g.e., s. 257.

(13) KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku 10. B., İstanbul, 1988, s. 596. Ayrıntı için bkz. CİHAN, Erol, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İkrar", İÜHFM, S.65, s. 109-129.

(14) Öğretide TANER ve KANTAR ise bu tutanakların 247. maddeye göre okunamayacağını belirtmekte beraber 242. maddeye göre okunabileceğini söylemektedirler. Kanaatimizce, 247. maddenin serahati karşısında bunlar ikrara delil olmak üzere 242. maddeye göre okunmamalıdır. Uygulamada hazırlıktaki ikrar delil sayılmakta sadece kerhen yapıp yapılmadığına bakılmaktadır. (YCGK., 1.7.1974, İKİD, 75, s. 3196). Duruşmada okunmayan tutanak "dosyadaki delil" sayılmaz. Avrupa ülkeleri ile ABD'de polis in ifade tutanaklarının duruşmada delil olarak kabul edilip edilmeyeceği konusundaki düzenlemeler için Bkz: Jürgen Mayer Zur Verwertung polizeilicher Protokolle in der Hauptverhandlung ZSTW 105 (1993) Heft 2, s. 386 KUNTER, a.g.e., s. 596, dn. 349.

esas ittihaz olunamaz. Hâkim önünde olmayan önceki ikrarın ispatı için, önünde ikrar edilmiş olan memurlar, tanık olarak çağrılır. Bu takdirde yine ortada ikrar, yani sanık beyanı delil yoktur, tanık beyanı delili vardır ama onun da tek başına yetmeyeceği kabul edilmektedir(15). Sanık duruşmada ikrar ederse, duruşma sırasındaki her olay gibi başka veya hâkim bunu da duruşma tutanağına geçirir. Sanığın beyanı, gerekirse tamamıyla yazdırılır. Yazılan okunur, yazılanın okunduğu sanığın doğrudur dediği veya hangi bakımdan itiraz edildiği de tutanağa geçirilir (CMUK. m. 266).

Duruşmadaki ikrar her delil gibi hâkimi bağlamaz. Bir kimsenin suçlu olmadığı halde, kendisini suçlu sayması veya bir başkalarının suçunu kabullenmesi mümkündür. Vicdanî delil sisteminde, bütün deliller serbestçe takdir edilmekle beraber, bazılarının tek başına delil olup olmaması düşünülebilir. Sanığın kendi aleyhindeki beyanının tek başına delil olmaması bir teminat teşkil eder(16).

Ceza hâkimi, ikrarla bağlı olmadığından, ikrar parçalanır mı diye bir sorun ceza muhakemesinde söz konusu değildir(17).

III. İKRARIN DELİL DEĞERİ

Fransa büyük devrimine kadar ikrara, en güçlü delil (= **Proba probatissima**) gözüyle bakılır, delillerin kraliçesi (= **La raine des Prouves**) sayılırdı. Gerçek yerine söze itibar edilmesi ön görülünce sanıktan ikrarı kapsayan bir söz koparabilmek için zorlamalara hatta işkenceye başvurmaya da gerekirdi.

Ortaçağda başlayıp 1789 Büyük Fransız Devrimine kadar süren ve gerçeğe değil, iki dudak arasından çıkacak olan bir itirafa içtenlikle olsun olmasın önem veren tahkik (= **Inquisition**) sistemi bu türlü ikrarı şaşmaz bir delil kabul ettiği için tam 320 yıl insanlık türlü zulüm ve felaketlere uğramıştır. 370 bin kişi bu türlü tahkike tâbi tutulmuş, 32 bini yakılmış, 222 bin kişiye türlü işkenceler yapılmıştır. 1632 **de Galile**, Papa **Urban**'ın zoruyla bilim sistemindeki gerçekleri ve 18. Yüzyıl ortalarında **Buffon**, yazdığı zoolojik etüdler hakkındaki görüşünü alenen inkâra zorlanmış ve elde ettiği bilimsel gerçekleri red ve inkâr etmek suretiyle bu iki bilgin hayatlarını kurtarabilmişlerdir(18).

(15) Polisteki ifadesinin zora dayandığını ileri süren sanığın mahkûm olması için, sadece, hazırlık soruşturmasını yapan polis memurlarının beyanları, gerçekten suçlu iseler çekinme hakları tanınmış kişiler oldukları gözönünde tutularak yeter sayılmamıştır (Yargıtay 6. CD. 4.4.1986., E. 1986/8. K. 1986/1224, YKD).

(16) KUNTER, a.g.e., s. 596.

(17) SELÇUK, Sami, "Kanıtların Toplanması ve Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti, "Yargıtay Dergisi, S.77/2 s. 57v.d.

(18) KROPOTKIN, P.A., Etika, Çev. Ahmet AĞAOĞLU, İstanbul, 1935, s. 164. BURY, J.B., Fikir ve Söz Hürriyeti, Çev. Avni BAŞMAN, İstanbul, 1945, s. 74.

F. Bacon Denemeler adlı eserinde; "Tanrı'nın ilk yarattığı gözün nuru, son yarattığı şey de aklın nuru olmuştur" demektedir. Gerçekte insanların görünüşlerden ve deyişlerden çok gerçeğin öz ışığına yönelmeleri bilim ve uygarlığın ileri derecede gelişmesinden sonra mümkün olmuştur. Psikoloji, Krimonoloji, Psikiyatri gibi bilim dallarının gelişmesiyle yalnız korku ve tehdit altında bulundurulmuş suçluların ikrarında değil, tanık, bilirkişi gibi tarafsız olan kimselerin söz ve mütalâalarında bile görüldüğünden başka türlü kastlar, güdüler, yanılmalar aramak gereği bilimsel bir zorunluluk halinde ortaya çıkmıştır.

Bir hâkim ikrarın, gözü önünde ve bütün samimi görünüşüyle yapıldığı hallerde bile ondan kuşkulanasını bilmelidir. Yapılan ikrarı hiçbir yoklamaya, kıyasa, incelemeye tabi tutmaksızın, onu bir delil niteliğiyle kabul eden hâkim, gerçeklerin her zaman kolayca elde edildiğine dair olan psikolojik verilere yabancı kalmış olacaktır.

İkrara delil olarak büyük bir önem tanınmanın, sosyal yaşamda bunu elde etmek için başvurulmuş çareleri de arttırdığı ve bu yüzden nerede ikrar önemsenmişse orada baskının bir itiyat, sosyal bir huy haline geldiği artık anlaşılmış gerçeklerdendir.

Kanunumuz bu durumu duyarlıkla göz önünde tutmuş, sorgunun en hafif anlamında bile bir baskı niteliği halini almamasını temin bakımından suçluya atılan suçun ne olduğu kendisine bildirilmekle beraber bu hususa cevap vermek isteyip istemediğinin sorulması gerektiğini emretmiştir (CMUK. m. 135)(19).

CMUK, muhakemenin iadesi faslında beraet hükmünden sonra yapılan ikrarı, muhakemenin iadesi sebebi sayarken de bu ikrarın "şayanı itimat olması" şartını koymuştur (CMUK. m. 330, 330/4).

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun ikrara ilişkin 247 ve sübut sebepleri olarak kullanılacak sair evraka ait 242. maddesinin bir arada incelenmesinden çıkan sonuca göre sanığın işlediği suç olayı hakkındaki ikrarın (ispat gücü) yönünden ikiye ayrılmış bulunduğu görülür:

1) Hâkim önünde yapılan ikrar (Burada hâkim, sorgu hâkimi, naip veya istinabe olunan hâkim söz konusudur)(20).

(19) TANER, a.g.e., s. 213, 214.

(20) TANER, a.g.e., s. 215.

2) Mahkeme dışında Cumhuriyet Savcısına, zâbitaya ya da başkalarına yapılan ikrar, (Başkalarına yapılan ikrardan maksat sanığın hüküm vermeye yetkisi bulunmayan bir mercie, bir idare makamına verdiği ifade veya yazdığı dilekçe ile kendi hakkında yaptığı ikrardır. Cezada vicdani delillere itibar edildiğinden deliller sınırlanmış değildir. Sanığın başkasına yazdığı mektup veya evvelce tanık sıfatıyla dinlenerek bu ifadesi tespit edilmiş olabilir)(21).

Ceza Usulü Kanunumuzdaki bu ayırım mahkeme dışında yapılan ikrarların büsbütün değersiz olduğu anlamına gelmez. Böyle bir ikrarın yapıldığı diğer delillerle tespit edildikten sonra hâkimin önünde yapılan ikrarda olduğu gibi delil olmak değerini, hâkim serbestçe takdir eder. Ancak kanun hâkim önünde yapılan ikrarın kanıtsal gücünü ayrıca göz önünde tutmuştur.

Bununla beraber hukuk dâvalarında dâvalı veya dâvacı niteliğini taşıyan kimse yalan yere yemin suçunu işlemesi halinde ceza mahkemesinde yapılan ikrarın ispat gücünü hâkim takdir etmekte serbest değildir. Yalan yere yeminin ceza usulündeki delil serbestisine mi, yoksa hukuk usulündeki delil sınırlaması sistemine mi tâbi olacağı hakkında kanunlarımızda bir hüküm olmamakla beraber, 2.4.1941 tarih ve 19 esas, 12 karar numaralı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, yalan yere yemin suçlarından ötürü vaki olacak ikrarda hâkimlerin HUMK'nun 287, 288, 289 ve 290. maddeleri hükümleriyle mukayyet olarak yazılı delil arayıp ona göre hüküm vermeleri gerekeceğini kabul etmiştir. Nitekim bu kararda: "Her ne kadar Ceza Muhakeme Usulü Kanununun 254. maddesinde, mahkeme irad ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder, denilmişse de bu itlak diğer suçlardan bariz hususiyetle farklı bulunan yalan yere yemin suçuna da şamil olmaması iktiza eder. Çünkü HUMK'nun 287. maddesinde sırf intizamı âmme mülâhazasıyla, kanunun bir delil ile ispatını emreylediği hususların başka suretle ispat olunamayacağı, katiyetle ifade edilmiş ve yine HUMK'nun 445. maddesinin 6. bendinde, mahkûmunaleyhin yalan yere yemin ettiği ikrarı beyinei tahririye ile sabit olması, diye yazılı bulunması da yalan yere yemin suçunun ancak ikrar veya beyinei tahririye ile ispat edilmesi lüzumuna işaret mahiyetinde bulunmuştur." denilmektedir.

Bu duruma göre sanığın hukuk mahkemesinde yalan yere yemin ettiğini ceza mahkemesinde ikrar etmesi karşısında CMUK'nun "Delillerin tahdidî olmayışı prensibi" uygulanmayacağı gibi "Delillerin serbest takdiri prensibi" de söz konusu olmayacaktır(22).

(21) SCHWARZ, a.g.e., s. 457.

(22) EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, C.II, Ankara, 1962, s. 457.

IV. İKRARIN DELİL OLMAK BAKIMINDAN TAKDİRİ

Öğretide ikrar (delil değerliliği)'nde etkili olacak şekilde **kesin** veya **şartlı** olarak da ikiye ayrılmaktadır. Kesin ikrarda, suçlu kesin şekilde suçunu açıklar. Şartlı olanda ise, ikrarını bir kısım şartlara, sebeplere dayatır, ya da tevil eder(23).

Bu durum çoğunlukla, suçlunun kendini suçsuz veya haklı göstermesi, cezasını azaltmak istemesi güdüsünden doğar. Bununla beraber ikrar ister kesin, ister şarta bağlı olsun çoğunlukla gerçeğe uymakla beraber daima takdire muhtaç bir delil niteliğini gösterir. Gerçek kaynağını gizleyerek doğruluk kisvesine bürünmüş nice ikrarlar, itiraflar vardır ki en dikkatli hâkimi bile yanılgıya düşürebilirler.

İsteyerek veya istemiyerek yapılan yalan ikrarın en çok rastlanan tipik sebepleri şunlardır:

1) Sanığa Her Türlü Baskı ve Zor Uygulanması

Tahkikatlarda zorlama veya baskın zararlarına en ağır sonuçlar doğursa bile insanları yalana iteklemesi kaçınılmaz bir gerçektir. **Voltaire**: "Bütün irade faaliyetimiz, intibalarımızdan meydana gelen duygusallığımızla orantılıdır. Bütün insanların duygusallığı ise sınırlıdır" der(24). Mahkeme dışı ikrarlarda sorgunun nasıl yapıldığı üzerinde daima durmak gerekir(25). Ceza Usulü Kanunumuzun, ikrarın ancak hâkim önünde yapılması gerektiğine dair koyduğu kural zorlama veya baskı ile sanığın itirafta bulunduğu hakkında hâkimin en küçük bir kuşkusunun bile kalmamış olması gerektiği yönünden çok önemlidir. Hâkimin vicdanı, maddî olmasa bile manevî baskı yapılmadığından, örneğin, sorguda şaşırtılmış olmadığına tamamen emin olmalıdır. İsviçre **Berne** Usulü Kanunu bu yolda hâkimlerin bile baskı yapma ihtimalini göz önünde tutmuş ve bunun için disiplin cezası tayin etmiştir(26).

Soruşturmalarda zâbitaca kendilerine kötü muamelede bulunulduğu için itirafta bulunmak zorunda kaldıklarını savunan sanıklar görülür. Kendilerine işkence yapıldığına dair vücutlarında maddî emareler bulunduğunu ileri sürerek muayeneye sevkedilmeleri için yetkili makamlara başvuran, ya da uykusuz bırakılmak, yorgun düşürülmek, uzun müddet kuvvetli bir ışık huzmesi altında sorguya çekilmek, tehdit edilmek gibi maddî bir iz bırakmayan zorlayıcı işlemlere tâbi tutulduklarını iddia

(23) TANER, a.g.e., s. 215, 216.

(24) BECCARİA, Cesar Bonesano, Suçlar ve Cezalar, Çev. Muhittin GÖKLÜ, İstanbul, 1950, s. 191.

(25) EREM, Faruk, Adalet Psikolojisi, Ankara, 1950, s. 176.

(26) TESAL, Reşat, Sorguda Güdülmesi Gereken Metot, İsviçre Polis Enstitüsü Genel Katibi Cilleron'dan naklen, Adalet Dergisi, 1949, No: 8.

den sanıklara rastlanır. Hâkimin maddî olmasa bile sanığın manevî baskı altında tutulduğu olayı duyarlıkla incelemesi gerekir(27).

Sanıktan bilgi elde etmek amacıyla maddî veya manevî yoldan işkence usullerine Amerikan halkı "**Third Degree**" demektedir. 1931 yılında Amerika Başkanının emriyle oluşturulan bir komisyonda düzenlenen bir raporda şu hususlar tesbit edilmiştir:

- a. Sanıklardan bir itiraf elde etmek için yapılan baskı ve zorlamalar zâbıta memurlarını insan olmak niteliğinden çıkarır.
- b. Suçlunun topluma karşı kinini artırır.
- c. Halkın adliye karşı saygı ve itibarını kırar.

Bu uygulama şahsî dokunulmazlığı, kefaletle tahliye hakkını, tecavüzden korunma hakkını, dokunulmazlığın asıl olduğu kuralını, belli zamanda sanığın avukatıyla görüşmek hakkını ihlâl eder.

Newyork savcısı da "bu yol zabitanın kafasını çalıştırmasına engel olur. Onu korkak ve tembel yapar" demiştir(28).

Soruşturma veya koğuşturma sırasında sanığa yapılacak telkini de hafif şekilde olsa bile manevî bir zorlama sayabiliriz. Telkin, bir kanıyı, fikri veya kişinin şuurundan çok şuur altına yerleştirmektir. Telkin, idrakte yanılgılar, hâfızada karışıklıklar yapar. Sanık heyecan veya korku içindeyse telkine kapılma eğilimi de artmış olur. Tanık psikolojisi deneyleri, kendilerine fikrî eleştirme gücü eksik olan ihtiyarlarda, zayıf akıllılarda, ruh hastalarında, muhterislerde ve çocuklarda telkin yeteneğinin fazlalığını tesbit etmiştir. Kadınlar arzu ve heyecanları yönünden telkine daha elverişlidir.

Sanığı sorguya çeken yetkili kişinin sanığın suçlu olup olmadığına ilişkin düşünce ve sezilerinden hiçbirini soruya karıştırmamalıdır. Evet veya hayır dedirtici, ya da bir olağanı kabule zorlayıcı sorular tehlikelidir. **Binet**, sorguda ince eleyip sık dokumak suretiyle bir itiraf elde etmeğe çalışanları yerer. Sorgu işlerinde psikoloji yapmak, mutfakta bakteriyoloji denemesi yapmaya benzer(29).

(27) BELGESAY, Deliller, s. 128.

(28) ÖNDER, Akıl, "Kanunun Tatbiki Sırasında Kanuna Aykırı Muamele," (Adalet Dergisi), 1938, S.7.

(29) ECEVİT, Fahri, Adli Tıp notları, 1937.

İfade alma ve sorgu, yargılamada gerçeği ortaya çıkarmak için kullanılan bir araçtır. Bu araç kullanılırken çok dikkatli olmak gerekir. Ceza hukuku alanında cezalar saptanırken, ceza yargılaması alanında özgürlük kısıtlamaları ve tedbirler düzenlenirken, insan onuru ile bunları bağdaştırmak zorunludur. Anayasamız "kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" (AY. m. 17/3) diyerek bu değeri benimsemiştir(30).

3842 sayılı Kanun ile CMUK'na 135/a maddesi eklenmiştir. "**Yasak sorgu yöntemleri**" başlığı altında bu maddede, ifade verenin veya sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiği açıklanmaktadır. Daha sonra yasak yöntemler sıralanmaktadır. Bunlar, özgür iradeyi engelleyici nitelikte olan, kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama yoluyla bedenî ve ruhî müdahaleler yoluyla kişinin iradesini bozma olarak belirtilmektedir. Sayılan yasak yöntemlerle, elde edilen beyanlar delil olarak değerlendirilemeyecektir (CMUK. m. 135/a-son). Bu bağlamda Türkiye, "İşkencenin ve Gayriinsani Ya da Küçültücü Ceza veya Muammelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" ile "İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmelerini" onaylamıştır.

2) Menfaat veya Başkalarını Cezadan Kurtarma Amacı

Suçlu maddî veya manevî bir çıkarı sebebiyle suçu üstüne alabilir. Fiile ortak olan diğer suçluları cezadan kurtarmak düşüncesiyle suçu tek başına işlediğini ikrar edebilir. Ceza dâvalarında bu davranışa çoğunlukla TCK.nun 463. maddesinin uygulanmasında veya akraba olan veya anlaşılan suçluların cezaî ehliyeti eksik olana veya faydalandırmak suretiyle maddî durumu elverişsiz olan kimseye suçun ikrar ettirilmesi şeklinde rastlanmaktadır. İşçi patronunu, çocuk baba veya ağabeyini, aşık sevgilisini, politikacı liderini cezadan ve onun sonuçlarından korumak için kendini öne sürebilir. Memurun âdi şekilde işlediği bir suçtan ötürü göreceği ceza ile meslek ve memuriyetini kaybetmesi ihtimali karşısında eşinin suçu üstüne alması veya suç niteliğinde kabul edilmesi muhtemel olan yayınlarda yazdıkları makalenin altına eşlerinin imzalarını arttırmaları görülmüş olaylardandır.

İstedikleri menfaati temin etmeyen kimseleri yalan ikrarlarıyla suçlarına iştirak etmiş gibi gösteren (**chantage**) suçlulur da vardır.

(30) YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 5 B., İstanbul, 1993, s. 150.

Bazı suçlular cezalarını azaltabilmek için suç yeri, suç âleti, suç zamanı üzerinde değiştirmeler, eklentiler yapmak suretiyle ikrarda bulunmaktadırlar. Çoęunca öldürme, yaralama gibi olaylarda kastı gizlemek veya belli cezadan sıyrılmak için işe bir kaza süsü vermek(31) veya taammüden işlenmiş bir suçu tehevven işlenmiş gibi göstermek düşüncesiyle ikrar ederler. Menfaat düşüncesiyle yalan ikrarda bulunmak halleri sayılamıyacak kadar çoktur. **La Rochefoucauld**'nın dediği gibi; "Menfaat her dili konuşur, hatta hasbînin bile".

3) Nefret ve İntikâm Duygusu

Düşman olduğu bir kimsenin ceza görmesi için onunla birlikte suç işlediğini ikrar eden kimselere rastlanır(32). Aleyhinde ihbarda bulunan kim olduğunu öğrenince, onu da işe karıştırmak suretiyle ikrarda bulunanlar, hırsızlık yapmak üzere girdiğı evde yakalanınca ev sahibini tehdit veya ondan öç almak için, karısıyla münasebeti olduğunu ve daveti üzerine eve girdiğini ileri sürenler, arzusunu yapmayan bir kadının namusunu lekelemek için kendisiyle zinada bulunduğunu tasni ve tertip edenler görölmüşür.

4) Ruh Hastalığı

Bazen ikrar bir ruh hastalığının ürünüdür. Melankoliklerde, isteriklerde, alkoliklerde, yalan söyleme hastalığı (= **Mitomanie**)'na tutulmuş olanlarda bu türlü belirtiler görülebilir. İsterikler yalan ikrar oyununu büyük bir maharetle oynarlar. Suça başkalarını katmaya müsaittirler. Heyecan, göz yaşı gibi teessür belirtileriyle kandırıcı olurlar. Ama anlayışlı ve kültürlü bir hâkim bu gibilere soracağı soruların nasıl büyüdüğünü, kılık değiştirdiğini, dal budak saldığını görerek kendini suçlayanın ya da bir başkasını suçuna iştirak ettirmek için ikrarda bulunanın bir isterik olduğunu anlamakta gecikmez(33).

Melankolikler ise, mütereddît, mahcup, kayıtsız ve şaşkındırlar. Onları iniltili seslerinden ya da hareketsiz susmalarından (= **mutisme**) anlamak mümkündür. İstiraplarını gizlediklerini ve yapmacıklı olarak neşeli bir hal takındıkları da görölmüşür. Melankoliklerde (kendi kendini ittiham) şeklinde suç tasnii hali pek çok görölür. Hasta adlî makamlara müracaat ile bir takım olmadık suçların faili olduğunu bildirir veya şuradan buradan duyduğı, gazetelerde okuduğı suçları kendi üzerine alır(34).

(31) Büyük ve kalabalık şehirlerde hasmını idare ettiğı otomobille çiğnetmek bu gibilerin tabiriyle (tampon vurmak) ve kasaba köy düğünlerinde şenlik için atılan silahla veya av partisinde hasmını vurmak suretiyle eyleme bir kaza süsü vermek rastlanan olaylardandır.

(32) EREM, Adalet psikolojisi, s. 176.

(33) ECEVİT, a.g.e., 125.

(34) EREM, Adalet Psikolojisi, s. 78.

Genel felç (= **Paralyse generale**)'lerde hasta haris, şan ve şöhrat sevdalısıdır. Kahraman görünmek uğruna bir saflık ve mantıksızlık içinde suçu üzerine alır. Fakat hâkim bunu anlamaya matuf sorularla (basit hesaplar, senenin aylarının tersine sayılması, tanınmış kimselerin adlarını sormak gibi) gerçeği keşfedilir(35). Bu gibiler çalımlarından ve beyanlarının tutarsızlığından anlaşılırlar.

5) İhtiras, İdeal veya Dini Bir İnancın Etkisi

Özellikle Fransızların "**Crimes sectes**" dedikleri inanç - tarikat suçlarına ait dâvalarda yalan ikrara rastlanır. İleri derecede bir taassup, gizlice kurulan bir tarikat veya mezhebin katılmışlarını bu tarikatın ileri gelenlerinden birini korumaya sevkettiği zaman yalan ikrara sürüklenirler.

Montaigne pek haklı olarak "Nice insanlar kendilerinden olmayan inanışlar, başkalarından aldıkları, ne olduğunu bilmedikleri fikirler için hiç ses çıkarmadan diri diri yanmışlardır" der(36). **Fr. Paulhane'de** "Halkın herhangi birine peşin yargı ile hayranlık duyması halinde onun uğruna kolayca kendine hıyanet edebileceğini" belirtir(37).

Komünistlik, ticanîlik, nurculuk gibi aşırı sol-sağ akım mensuplarının yürüdükleri yolun propagandasını yapmak ya da yoldaş yahut büyüklerinin takdirini kazanmak niyetiyle suçlarını cesurlukla ikrar ettikleri veya elebaşlarının suçlarını üzerlerine aldıkları görülmüştür. Bu gibilerde kendilerini haklı çıkaran telkin altında kalmış bir düşünce tarzına rastlanır.

6) Saniğin Suç Atması (Atf-ı Cürüm)

Saniğin beyanı ikrarı şeklinde yani kendi aleyhinde olabileceği gibi bir başkası aleyhine de olabilir. "Saniğin suç atması" (atf-ı cürüm), başkası aleyhindeki beyan da samimi olabilir veya olmayabilir. Bunun içindir ki bu şekildeki beyan, delil olmakla beraber, tek başına mahkûmiyet için yetmemelidir(38).

Saniğin suç atması, saniğin hem ikrar etmesi, hem de başkalarının da birlikte olması şeklinde de olabilir. Bu beyanı da mahkûmiyet için tek başına yetmemelidir(39).

(35) EREM, a.g.e., s. 78.

(36) MONTAIGNE, (Michel de) Essais. II, 32.

(37) PAULHANE, F.R., La Morale de L'irine. III.2.

(38) KUNTER, a.g.e., s. 597.

(39) KUNTER, a.g.e., s. 597.

V. İKRARIN TAKDİRİNDE HÂKİMİN GÖZÖNÜNDE TUTACAĞI NOKTALAR

Yukarıda belirttiğimiz bütün bu itiraf çeşitleri karşısında ikrarla gerçeğe varmanın her zaman olanaklı bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Hâkimin bir suç üzerine alma olayı karşısında ikrarı bir delil olarak kabul edebilmesi için şu şartların bulunması gereklidir:

1) İkrar hâkim önünde yapılmış olmalıdır. Sorgu hâkimi önünde yapılmış olsa bile hüküm vermekle ödevli mahkemede tekrarlanmalıdır.

2) Sanık fikren ve dimaen sağlam olmalıdır.

3) İkrar açık ve seçik olmalı, olayı bütün şart ve inceliklerine göre açıklanmış bulunmalıdır. İkrarın evet veya hayır gibi cevaplardan ibaret olması hâkimi hiç bir zaman inandırmamalıdır.

4) Anlatılan olay akıl ve mantığa uymalı ve toplanan delillere aykırı olmamalıdır. Çoğunlukla zâbıta tarafından bir itiraf elde edildikten sonra görev yerine getirilmiş sayılmakta ve zâbıta tarafından soruşturma evrakı bu mücerret itirafa dayanılarak C. Savcılığına verilmektedir. Zâbitanın üst mercilerine suç failinin yakalanıp adalete teslim edildiğini raporla bildirmek ve bu suretle sorumluluktan kurtulmak zorunluğu altında böyle bir sudan itiraf elde etmekle yetindikleri görülmektedir. Oysa hırsız malı ne yaptığını söylemedikçe, yerini göstermedikçe öldüren veya yaralayan suçlu suç âletini meydana çıkarmadıkça ikrar maddî bir delil ile takviye edilmiş ve bir delil niteliği almış olmaz. Zâbıta sanıktan "Ben bu suçu işledim" tarzında bir itiraf temin etmekle ödevini yerine getirmiş olmayacak ve neticede sanık kendisinin tehdit edildiğini veya işkenceye maruz kaldığını ve itirafının böyle bir zorlamaya dayandığını savunmak suretiyle cezadan kurtulmak yolları arayacak, ya da gerçekten sanığın böyle bir itirafının doğru ve samimi olmadığı sonucuna varılacaktır.

5) Sanığın herhangi bir nedenle mahkûm olmayı gerçeğe tercih etmemiş olması gerekir(40).

6) İkrar maddî ve manevî herhangi bir baskı veya telkin olmaksızın kendiliğinden yapılmalıdır.

7) İkrarı kapsayan sözlerin özellikle sanığın iradesine uygun olması gerektir.

(40) BELGESAY, İspat Teorisi, s. 116.

Genellikle suçu üzerine alan, öğretilmiş, söyleyeceği sözler kendisine ezberletilmiş çocuklara rastlanır. Bir papağan gibi konuşma (= **Psittacisme**) davranışı gösterirler. Bunların sözlerinde korku ve çekinmeden gelme heyecan ayrık olmak üzere, duygu görülmez. Bazı mantık sorularıyla, sözlerin anlamına bağlı olmadıkları ortaya çıkabilir. Değişik ve hareketli sorunlar karşısında dikkat ne kadar kuvvetli, zekâ ne kadar canlı olursa olsun yepyeni durumlara uyarılığa çekilen güçlükler, duraklamalar gerçeği anlamaya yardım eder. Çocuklarda bu durumu anlamak daha kolaydır. Cürüm işlemeye alışık olmayan tiplerde, heyecan halinden, her zaman istifade edilebilir. Özellikle C. Savcılarının cinayet olayı üzerine, olay yerine süratle yetişmeleri, suçluyu hemen sorguya çekmeleri çok faydalıdır. Zira suçlu heyecan halinde, deyim yerindeyse bir çeşit ince tahlilin karışmadığı (**Syncretique**) bir idrakin hükmü altında bulunur. Bu baskılı veya tutuk halin bir eleştirme veya rahat düşünme yeteneği kazanması ancak heyecan halinin dağılmasıyla mümkün olur. **Bergson**'un belirttiği gibi "Her hâtıranın diğer hâtıra ve fikirleri etrafına toplama eğilimi, idrakin bölünmez birliğine zihnin doğal yönelişiyle tanımlanabilir"(41).

Bu itibarla zihnin faaliyetini durdurarak irade faaliyetini zayıflatan duygusal hâlin kaybolmasından önce yapılan sorgunun gerçeği meydana çıkarmakta rolü büyüktür. Bir çok suçluların hazırlık tahkikatı sırasında, bir şaşkınlık anı içinde suçlarını itiraf ettikleri halde mahkeme huzuruna çıkınca bu itiraflarını değiştirmeye veya büsbütün inkâra kalkıştıkları görülmektedir.

Nihayet ruhun halleri, bir takım hareketlere bağlıdır. Heyecanlarda şiddetli, düşünmede hafif olarak beliren bu işaretler (= **Les signes**) dilin elemanlarını teşkil ederler. Psikolojik terim olarak dil, genel anlamda bizden bilerek veya bilmeyerek sâdır olan bu işaretlerin bütün toplamıdır(42). O halde ikrara delil olmak yönünden değer takdir edilerek, yalnız iradî bir çabayla söz haline çevrilen düşünceleri değil, belli anlamlar ifade etmekle beraber sanığın dikkat ve kontrolünden taşan kendiliğinden (= **Spontene**) işaretlere de dikkat etmek gerekir. Sanığın kinle parlayan gözleri, sararmış çehresinin ifade ettiği çaresizlik, kekelediği cümleler, duraklayıp bir an kendini toparlamaya çalıştığı davranışlar, kurnazca çevirmeler bize gerçeği duyuran, hiç değilse kuşkusunu harekete getiren birer lisandır.

Şunu da eklemek gerekir ki hâkim bu türlü yorumlara diğer delillerden aldığı kanıların yardımı olmadan başvurmamalıdır.

(41) BERGSON, H. Matiere et memoire, Paris, Alcan, 1914, p. 180.

(42) TUNÇ, M. Şekip, Psikolojisi, İstanbul, 1929, s. 102.

Sesin şiddeti ve tonu da psikologlar tarafından tanımlanmak istenilmiştir. **Borudon** 1892'de yazdığı "**Dilde heyecan ve eğilimlerin ifadesi**" adlı eserinde şunları kaydeder: "Sözün şiddeti ciğerlerden gelen havanın akımına bağlıdır. Örneğin, aşırı olmayan heyecan kas kuvvetini artırır, soluğu canlandırır. Bu hâl sesin şiddet payda etmesiyle belli olur. Oysa ki şiddetli bir heyecanın etkisi altında soluk ve söz duracak kadar zayıftır" Utangaçlık sesi kısar, kendine güveni aksine yükseltir. Havanın değişimleri bu hâle tesir eder. Yine bu yazar'a göre incelmış sosyal şartlar, sesin yükselmesini serbest bıraktığı halde şiddetini ezmiştir. Bununla beraber yazar bu hükümlerindeki bireysel farkları ve yanılgıları da hesaba katarak: "Dil herşeyden önce bir taklittir. Bu yüzden söz söylemekte görülen titreşimlerin çoğu heyecanlardan gelmez. Taklit fonemlerden ibarettir." demektedir(43).

Kısacası mantıkta sarfedilen cümlelerin bir yorumu olmasına karşın psikolojide aynı cümlelerin çeşitli anlamları bulunmaktadır. Bu yüzden daha çok mantığa dayanan hukuk ile insan ruhunun bütün dalgalanmalarını hesaba katmak zorunda kalan cezada, ikrara delil olmak bakımından ayrı değerler verilmiş bulunmaktadır.

VI. İKRARIN HAFİFLETİCİ SEBEP SAYILMASI

Çoğunlukla hâkimler, suçunu itiraf eden suçluya karşı ceza uygulamalarında daha yumuşak davranırlar. Bu (ikrar sempatisi) teorik görüşlere göre çeşitli şekilde yorumlanmıştır. Cezada suçlunun usulde sanığın kişiliğine önem veren **pozitivist okul**'a göre, sanık suçunu ikrar etmekle manevî kimliğini ortaya koyar. Kamu davasının amacı olan en uygun tedbirin alınabilmesini (= **cezanın şahsileştirilmesini**) kolaylaştırır, ikrara duyulan sempatinin kaynağı budur. Hele bu ikrar, pişmanlıktan ileri gelirse suçlunun başkaca bir suç işlemeyeceği kanısına varıldığı takdirde bazı ülke kanunlarına göre cezanın büsbütün kaldırılması yoluna bile gidilebilir(44).

Psikanaliz ceza okulu'na göre ise, bu sempati toplumun suçluya karşı duyduğu bir çeşit minnettarlığa dayanır(45). **Erem**'e göre hâkimin güdüsünü sanık lehine kullanması, usûl işlemlerinde itirafın zaman ve emek tasarrufunu sağlamış olmasından değil, daha çok hâkimin vicdanî tereddütlerini gidermiş olmasından ileri gelir(46).

Bir kısım hukukçular, itiraf halinde cezanın azaltılması tahkik usulü (= **Inquisition**)'nun bir kalıntısı sayarlar(47).

(43) DWELSHAUVERS, G. Psikoloji, Çev. Şekip TUNÇ, İstanbul, 1938, s. 362.

(44) VIDAL et MAGNOL, Ceza Hukuku, Çev. Şinasi DEVRİM, C.I., No: 44, Ankara, 1949, s. 25; EREM, Faruk, Ceza Usulü, s. 43.

(45) EREM, a.g.e., s. 43.

(46) EREM, a.g.e., s. 43. EREM, Adalet Psikolojisi, s. 174.

(47) EREM, Ceza Usulü, s. 43.

Foschini'ye göre itiraf yapılmadıkça, sanığa atılan suç yapay ve soyut kalacak, beşeri bir kusur olarak bütün şart ve sebepleriyle belirtilmeyecektir. Böylece inkârda bulunan sanık, mahkemece suçlu kabul edilmişse ceza, ittiham belgesine dayatılmış olacaktır(48).

Yüzyıllar öncesi **Aristo**: "Hiçkimse tarafından zorlanmaksızın suçlu budalaca kendi kendine ihbar eder" demiştir. **Ferri** asıl suçlu olanların çoğunda normallerin tersine olarak ihtiyatsızca kendi suçunu açıklamada bulunmak eğiliminin mevcut olduğunu hatta bunun cinaî psikolojisinin en emin verilerinden bulunduğunu belirtir(49).

Yargıtayın müstekar içtihadına göre "soyut ikrar" cezayı indirici bir sebep teşkil etmez. İkrarın cezayı indirici bir sebep olarak kabul edilebilmesi için bunun bir pişmanlık duygusundan doğmuş olması gerekir(50).

Buna karşın Mersin Ağır Ceza Mahkemesi tarafından bir kızın zorla ırzına geçmeye kalkışmak ve kızın mukavemet ve muhalefet göstermesi üzerine duyduğu infial ile onu öldürmekten suçlu bir şahıs hakkında verdiği idam kararını Yargıtay birinci ceza dairesi: "Sanığın bütün tahkikat safhalarında suçunu ikrar etmesi ve sanığın evlenmek maksadıyla kızı evine götürmek istediğini ancak direnmesi karşısında tehevvue gelerek onu öldürdüğünü, cinayetin şiddetli bir sevgiden ileri gelmiş olup başka bir sebebi de olmadığından TCK.nun 59. maddesinin tatbik edilmesi gerektiği" gerekçesiyle kararı bozmuş ve mahkemenin eski hükmünde direnmeye karar vermesi üzerine de Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verdiği 13/4/1961 gün ve 1/6-6 kararlar ile "TCK. 59. maddesinin uygulanmasını münhasıran mahkemenin takdirine bırakılmış olduğunu buna Yargıtay dairesinin müdahalesinin doğru görülmediğini kaldı ki mahkemenin bu konuda gerekli hassasiyeti gösterdiğini" belirterek verilen idam hükmünü onamıştır.

İkrarın ceza indirimine esas tutulabilmesi için bunun pişmanlıktan ileri gelmesi gerektiğini EREM de benimser(51). Fakat TANER'e göre, takdir yetkisi hem hukukî hem maddî cihetten işi incelemek ve sonuca bağlamakla ödevli asıl mahkemeye ait olup işin hukuki yönünü incelemekle yükümlü Temyiz Mahkemesi soyut ikrardan dolayı yapılan indirmeyi bozma sebebi saymasında isabet yoktur(52).

(48) EREM, a.g.e., s. 44.

(49) FERRI, Enrico, Les Crimines dans l'art et la litterature, Paris, 1923, s. 126.

(50) Yargıtay 1. CD., 19.4.1951, T ve 844/819 sayılı kararı. Yargıtay 6. CD., 16.1.1960 T. ve 3805/384 sayılı kararı. YCGK, 17.10.1960 T. ve 6/37-35 sayılı kararı.

(51) EREM, Adalet Psikolojisi, s. 174.

(52) EREM, Ceza Hukuku, s. 256.

Ceza Kanunumuz, bazı ceza davalarında, suçun özelliğine göre, ikrarı kapsayan hallerden dolayı cezayı hafifletmiştir. Örneğin: Dâvacı veya dâvalının yalan yere yeminden dönmesi (TCK. m. 287/2), yalan şahadette bulunan tanık veya gerçeğe uymayan rey beyan eden bilirkişilerle yalan çeviri yapan tercümanların hakikate rücu etmeleri (TCK. m. 289, 293), failin kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi şehvî bir harekette bulunmaksızın evine veya ailesine iade etmesi (TCK. m. 432), hırsızlık, dolandırıcılık, izrar gibi cürümlerde suçlunun aldığını iade veya zarar görenin zararını ödemesi (TCK. m. 23) gibi.

Bu hallerde suçlu ayrıca mahkeme önünde suçunu itiraf etmiş olabilir. Kanun bu gibi hükümlerle, belli cezayı azaltmış olmakla ikrarı teşvik etmiş bulunmaktadır.

VII. İKRARIN BÖLÜNEBİLMESİ VE GERİ DÖNÜLMESİ SORUNU

Ceza hukukunda ikrarın bölünemeyeceğine dair bir kural yoktur. Hâkim "Dellillerin serbest takdiri prensibi"ne göre ikrarı serbestçe değerlendirmeye yetkilidir. Sanığın sözlerinden yalnız bir kısmının gerçekliğini kabul edebilir. Özellikle tevilli ikrarlarda ve sanığın fiili işlediğini kabul etmekle beraber fiilde kastı olmadığını, karşı tarafın tahrikte bulunduğunu savunduğu veya hafifletici sebeplere dayanan bir ikrarda bulunduğu zaman itirafa ilişkin husus ayarı bir tahkike tabi tutulabilir. Örneğin meşru müdafaa olayının gerçek olup olmadığı, inceleme konusu sayılacak bir olayın akım tarzına göre, ayrıca meşru müdafaa halinin bulunup bulunmadığının araştırılmasına mahkeme karar verebilir(53).

İkrardan sanığın geri dönmesi halinde, hâkim yine takdir hakkını kullanır. Ya önceki ikrarı daha kabule şayan görür, yahut da rücu tarzının daha gerçek olduğunu takdir eder(54).

VIII. SUSMA HAKKI - İKRAR İLİŞKİSİ

Ortaçağ Katolik Kilise hukukunu toplayan **C.İ. Canonici**'de, sükût ikrardan gelir (= **Qui tacet consentire videtur**) kuralı benimsenmiştir. Oysa **Digesta** 50, 17, 142'de sükût bitaraftır, ne red ne de tasdik anlamına gelir(55). **Paulus**, lib. 54. **Ad edictum**'unda dahi sükût daima inkâr demek değildir. Fakat inkâr manasına geldiği de her zaman doğru değildir (= **Qui tacet non utique fatetur, sed tamen varum est eum non nagare**) demiştir(56).

(53) TANER, Ceza Usulü, s. 216.

(54) TANER, a.g.e., s. 216.

(55) KOSCHAKER, Paul, Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Çev. Kudret AYİTER, İstanbul, 1964, s. 52..

(56) FABREGUETTES, Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Adalet Bakanlığı çevirisi, Ankara, 1945, s. 227.

Bugün dahi bazı ülkeler, hukuk davalarında sükûtu ikrar saymıştır (Zürih. Mad. 233) gibi.

Fakat ceza yargılamasında ittihamı kabul anlamında alınmasına bugünkü anlayışla, kabul edilemez. Hâkim ancak kanısına dayanak olmak üzere bu susmanın nedeni üzerinde durabilir. Örneğin, şiddetli heyecanların konuşmayı engellediği psikolojik bir gerçektir. Ancak bu gibi susmalar sürekli olmaz. Hâkimin fiili işleyip işlemediği yolundaki sorusuna direnmesi, aleyhe bir sonuca engel olması gerekirken suçlunun yumuşaklıkla veya söylemekten utanır bir davranışla azaplı, üzgün bir tavır takınması pişmanlık ifade eder bir şekilde başını yere eğmesi, isteğine rağmen heyecandan kıpkırmızı kesilerek konuşamaması birbirinden farklı ruh hâlleridir. İkrarı kapsamış görünen susmanın hâkim tarafından tutanağa geçirilmesi ve hatta bu tutanağın sanığa tekrar okunması doğru olur. Böylesi bir durum ise bir delil olmaktan ziyade diğer delilleri değerlendirme işinde bir karine teşkil edebilirler.

IX. SONUÇ

Geçmişte delillerin kralı kabul edilen ikrar bugün, son derece dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gereken bir delil olarak ortaya çıkmaktadır. **"Maddi gerçeğin araştırılması ilkesi"**, **"Sanığın susma hakkı"** ve **"Vicdanî delil sistemi"**nin söz konusu olduğu bir ceza yargılamasında böyle bir sonuca varılması doğaldır(57).

İkrar konusundan son derece hassas olan ve **"Tevilli İkrarı"**da artık reddeden Yargıtayımız'a göre, sanığın hazırlık soruşturması sırasında alınan ifadesinde suçu inkâr etmesine rağmen gözaltında tutularak duruşmada maddî ve manevî baskıya dayalı olduğunu ileri sürdüğü hiçbir yan kanıtla doğrulanmayan soyut ikrarın mahkûmiyet kararına dayanak yapılması kabul edilemez(58).

Yine Yüce Mahkemeye göre, sanığın çalmadığını beyan ederek koç bedelini ödemek suretiyle şikayetçiyle anlaşmayı kabul etmesi, sanığın yüklenen suçu işlediğini kabule yeterli bir kanıt sayılmaz. Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından sözedilemez. Bu ilke evrenseldir(59).

— oOo —

(57) ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3 B., Ankara, 1994, s. 308.

(58) YCGK, 2.12.1991 T. ve 301/334 sayılı kararı (YKD, Temmuz 1992, s. 1108 vd).

(59) YCGK, 19.4.1993 T. ve 6-79/108 sayılı kararı (YKD, Ekim 1993, s. 1564 vd).

TEMYİZDE GENİŞLEME ETKİSİ (CMUK. 325) NASIL UYGULANMALIDIR?

Prof. Dr. Erdener YURTCAN(*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. Kararların İncelenmesi.

Giriş

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 14.4.1997 tarih, E.1997/1121, K.1997/1333 sayılı kararında (bkz. YKD, Aralık 1998, sy. 1826 , 1827) bu konu ele alınmaktadır.

Bu yazımda, bu karar vesilesiyle CMUK'nın 325. maddesinde düzenlenen temyiz kanunyolunda genişleme etkisi kavramını ele alarak, yukarıda belirtilen kararı incelemek istiyorum.

Ceza Dairesinin kararında özetle söylenen şudur:

Sanıklar Hasan ile Mustafa hırsızlık suçundan cezalandırılmışlardır. Hasan'ın temyizi üzerine Yargıtay 6. CD. bu hükmü bozmuş, bu karar, hükmü temyiz etmeyen Mustafa'ya da uygulanmıştır.

Bozma üzerine yapılan yargılama sonunda verilen hüküm, bu kez sanık Mustafa tarafından temyiz edilmiştir.

11. CD'nin bu konuda ulaştığı sonuç şudur:

Türk ceza yargılamasında, dava olmadan yargılama yapılamaz. Bu nedenle temyiz davası açmaya hakkı olmayan kişinin açtığı dava üzerine yargılama yapılamaz.

Her ne kadar CMUK'nın 325. maddesinde, adaleti sağlamak amacıyla, temyiz davası açmamış olanların, bu davayı açmış olanlar hakkında verilen lehte hükümlerden yararlandırılmaları öngörülmüşse de, bu kural dava açmaya kadar genişletilemez. Aksi takdirde kanunyollarında istek ve süre koşullarına uyma zorunluğu ortadan kaldırılmış olur.

11. CD bu sonuca ulaşırken, Yargıtay CGK'nın 1990 tarih, E.1990/6-218, K. 1990/322 sayılı kararına ve bu karardaki gerekçelere dayanmıştır. CGK'nın gerekçeleri, yukarıya aktardığım hususları içermektedir.

(*) Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Profesörü

Ancak iki olay arasında, konunun ve temyizde genişleme etkisi kavramının temelini ilgilendiren bir fark vardır. Bu farka işaret etmek gerekir:

CGK'nın kararına konu olayda, CD'nin bozması üzerine esas mahkemesi ısrar(direnme) kararı vermiş, yeni bir yargılama ile yeni bir hüküm kurmamıştır. Israr kararı üzerine olayı ele alan CGK, yukarıdaki gerekçelerle açıkladığım sonuca ulaşmıştır.

Oysa, inceleme konusu 11. CD kararında, bozma üzerine esas mahkemesi uyma kararı vermiş, yeni bir yargılama ile yeni bir hüküm kurmuş, bu hüküm, önceki hükmü temyiz etmemiş olan sanık tarafından temyiz edilmiştir. Buna rağmen 11. CD, CGK'nın kararına dayanarak bu temyiz davasını reddetmiştir.

KARARLARIN İNCELENMESİ:

Her iki kararda da temyizde genişleme etkisi irdelenmektedir. CMUK'nın 325. maddesinde yer alan bu hüküm, istisnai bir hükümdür, çünkü temyiz davası açmamış olan bir sanık, birlikte yargılandığı bir başka sanığın açtığı temyiz davasının lehte olan hükümlerinden- 325. maddedeki koşullarla yararlanmaktadır. Bu koşulların neler olduklarına girmiyorum, çünkü inceleme konusu kararlarda, 325. maddenin bu yönü ele alınmamaktadır (bu konuda bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuk, 7. baskı, sy. 509 ve son).

Kararlarda tartışılan husus, 325. maddeden temelde nasıl yararlanılacağıdır. Bu konu ele alınmalıdır:

Yasakoyucu 325. maddeyi ceza yargılamasında adaleti sağlamak amacıyla kabul etmiştir. "Temyizde genişleme etkisi" adını verdiğim kavram, Türk ceza yargılamasında istisnai bir yere sahiptir. Davanın olmadığı yerde, yargılamanın olmayacağı temeline dayanan Türk sisteminde, temyiz davası açmayan bir sanık için, hakkında verilen hükmün kesinleşmesi ve bunun infaz edilmesi gerekir.

Ancak, birlikte yargılanan sanıklardan biri temyiz davası açtığında, hüküm bozulduğunda, bu bozma sanık lehine olduğunda, ayrıca, temyize başvurmayan sanık için de uygulanabilir olduğunda, bu bozmadan bu sanık da yararlandırılmaktadır. Kısaca 325. maddenin kurduğu sistem budur. Yargıtay kararlarında, "bozmanın teşmil edilmesi" ibaresi ile belirtilen husus, CMUK'nın 325. maddesinin uygulanmasıdır.

Yasanın 325. maddesinde bir noktada açıklık yoktur. Bu nokta, genişleme etkisinin ne zaman uygulanacağına ilişkindir.

İnceleme konusu CGK ve 11. CD kararlarında bu nokta değerlendirilmiş ve yukarıda açıkladığım sonuçlar ortaya konulmuştur.

Bu sonuçları tartışmadan önce, 325. maddenin metninde yasama yönünden bir eksikliğin söz konusu olup olmadığını kısaca ele almak isterim.

325. maddenin son bölümünde, yasakoyucu, kavramın uygulama koşullarını sıralarken, bozma üzerine esas mahkemesinin bozmaya uymasını ve yeniden yargılama yapmasını da belirtebilirdi. Hatta ısrar (direnme) varsayımında, 325. maddenin uygulanmıyacağını da açıkça düzenleyebilirdi.

Yasakoyucu bunu yapmamıştır. İlk belirteyim ki, kaynak Alman Yasasında (md. 357) bu yönde bir açıklık yoktur. Fakat bu yasada böyle bir açıklık zaten olmazdı, çünkü Alman sisteminde, bozmaya karşı esas mahkemelerinin ısrar yetkisi yoktur. Bu nedenle orada bu sorun ortaya çıkamaz.

Öte yandan Alman yasası alınırken, bu hususun eklenmesi düşünülmemiştir. Fakat kanunyolu kavramı ve onun içinde yer alan alt kavramlar birlikte mütalaa edildiğinde, 325. maddede açık bir düzenleme olmaksızın da, içtihad yoluyla bu sorunun üstesinden gelinebilir.

Bu konuda birkaç noktanın dikkate alınması yeterlidir:

Türk sisteminde, esas mahkemelerinin Yargıtay daireleri ile hukuki tartışmaya girmeleri kabul edilmiştir. İsrar yetkisinin anlamı budur. Bir esas mahkemesi, hukuki dayanakları ile, bir bozmayı kabul etmeyebilecektir. Bu durumda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun hakemliğine başvurulmaktadır.

Bu konuda bir temel nokta gözardı edilemez. İsrar varsayımında, esas mahkemesi yeni bir yargılama yapmaz, çünkü buna gerek görmemektedir. Bu durumda da 325. maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu madde, ancak uyma kararı verilip yeni bir yargılama yapıldığında, hayata geçirilebilir ve temyiz yoluna gitmemiş bir sanık da lehteki bozmadan faydalanabilir.

Durum böyle olunca, bozmadan sonraki aşamada, önceki hükmü temyiz etmemiş olan sanık hakkındaki kesin hüküm varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle de bu sanık ısrar kararını temyiz edemez. Her nasılsa bu sanık bir temyiz davası açmış ve bu dava kabule şayan bulunarak ceza dairesinin önüne gelmişse, davanın reddi gerekir; hukuken geçerli olmayan, "açılmamış sayılması gereken" bir kanunyolu davası söz konusudur.

Bu açıklamaların ışığı altında, soruna ikinci varsayım açısından bakabiliriz. Bu varsayımında, esas mahkemesi bozma kararına uyuştur. Uyma nedeniyle de yeni bir yargılamaya başlamaktadır. Yargıtay'ın bozma kararında CMUK'nın 325. maddenin temyiz davası açmamış sanık/sanıklara da uygulanması istenilmiş, bir başka deyişle, temyizcin genişleme etkisinin gereğinin yapılması istenilmişse, esas

mahkemesi, uyma üzerine verdiği yeni kararında, önceki hükmü temyiz etmediği için, hakkında kesin hüküm doğmuş bulunan sanık hakkındaki kesin hüküm ortadan kaldıracak ve bu sanık hakkında da yeni bir hüküm verecektir. Bu yeni hükme karşı bütün sanıklar temyiz davası açabileceklerdir, çünkü uyma üzerine yapılan yargılamada sanıkların tümü sanıklık statüsüne girmişlerdir. Bu statünün sonucu olarak, kanunyolu davası açmak da bir haktır.

325. maddenin gerek CGK gerek 11. CD kararına konu olan görüntüsünü bu şekilde belirledikten sonra, bu kararlarda ulaşılan sonuçların hukuka uygun olup olmadıklarını tespit edebiliriz.

CGK kararında hukuka uygun sonuç açıklanmıştır, çünkü bu karara konu olan olayda, esas mahkemesi bozma üzerine ısrar kararı vermiştir. Bu nedenle yeni bir yargılama yoktur. Temyizde genişleme etkisi kavramının uygulanması mümkün değildir. Mahkemenin ilk hükmünü temyiz etmemiş bulunan sanık/sanıklar için ortaya çıkmış bulunan kesin hüküm varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle bu sanık/sanıklar ısrar kararını temyiz edemezler.

11. CD kararında ulaşılan sonuç hukuka aykırıdır. Bu olayda Yargıtay kararı bozmuştur ve kararda genişleme etkisinin uygulanması istenilmiştir. Esas mahkemesi bozmaya uymuş, yeni bir hüküm vermiştir. Bu hükümle önceki kesin hüküm kaldırmış, ilk hükmü temyiz etmeyen sanık (Mustafa) hakkında da yeni bir hüküm kurmuştur. Bu sanık bu hükmü temyiz etmiştir. 11. CD, verdiği kararda CGK'nın gerekçelerine dayanarak, temyiz davasının reddine karar vermiştir. Bu kararda CD, CGK'nın gerekçelerine dayanmıştır. Ancak CD'nin vardığı sonuç hukuka aykırıdır. CGK'nın olayı ile CD'nin olayı farklı olunca, iki olayda aynı sonuca varılamaz.

11. CD'nin olayında esas mahkemesinin bozmaya uymuş, yeni bir hüküm vermiş, önceki kesin hüküm ortadan kaldırmış olması, genişleme etkisinden yararlanan sanığın yeniden sanıklık statüsü içine girmesi sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle de bu sanık için temyiz davası açmak bir haktır.

Sonuç olarak bu olayda kabule şayan bir temyiz davası varken, bu dava reddedilmiştir. Bu karar hukuka uygun değildir.

HACİZ TUTANAĞININ BORÇ ÖDEMEDEN ACİZ BELGESİ HÜKMÜNDE SAYILMASI (İİK. M. 105, I)

Dr. Seyithan DELİDUMAN(*)

İİK. m. 105, I'e göre "haczi kabil mal bulunmazsa haciz tutanağı 143. maddedeki hakları verir".

Borçlunun haczedilecek hiç bir malının bulunmaması, onun kesin olarak aciz halinde bulunduğunu gösterir. O halde, haciz sırasında borçlunun haczi kabil malı bulunamazsa, durum haciz tutanağı ile tesbit edilir(1), başka bir ifade ile, haciz tutanağına borçlunun hiç malı bulunmadığı yazılır(2) ve haciz tutanağı İİK. m. 143 anlamında borç ödemedен aciz belgesi hükmünde olur ve İİK. m. 143'te öngörülen sonuçları doğurur(3).

İİK. m. 105, I'in öngördüğü bu durumda takip alacaklısına, artık, ayrıca, haciz tutanağı ile aynı yada başka tarihli bir borç ödemedен aciz belgesi düzenlenip verilmesi gerekmez ve mümkün de değildir; haciz tutanağı doğrudan doğruya aciz belgesi yerine geçer ve alacaklıya sadece bu zaptın bir sureti verilir(4). İcra müdürü

(*) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

- (1) Öztekin, S., İcra İflas Hukukunda Borç Ödemedен Aciz Belgesi, İstanbul 1994, s. 33.
- (2) Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, s. 360.
- (3) Leemann, H., Der schezerische Verlustschein, Bern 1907, s. 20; Kuru, B., İcra İflas Hukuku, C. 2, İstanbul 1990, s. 1544; Öztekin, age., s.33; "İcra ve İflas Kanununun 105'inci maddesine göre verilen aciz vesikası alacaklıya 143 üncü maddede tevfiakan vesika tarihinden itibaren bir sene içinde takibe teşebbüs ederse yeniden ödeme emri tebliğine lüzum kalmadan borçlunun mallarının haczini istemek hakkı ve 277. maddede yazılı hakları verir. Elinde aciz vesikası olan alacaklı vesika tarihinden itibaren bir sene geçtikten sonra takibe teşebbüs ederse borçluya yeniden ödeme emri tebliği lazım gelir. Ancak, evvel tebliğ edilen ödeme emri üzerine takip kat'ileşip haciz edilecek mal bulunmamasından dolayı aciz vesikası verilmiş olduğundan bu tarihten evveline ait itirazlar yeniden tetkik edilemez ve ikinci ödeme emri mücerret borcun ödenmesi ihtarını tasammun eder. HİGM.'nün 1.1.1945, 77/5 sayılı Mütalaası (Uyar, T., İcra ve İflas Kanunu -Gerekçeli, Notlu, İç-tihatlı-, C. III, İzmir 1996, s. 3242).
- (4) Kuru, age., s. 1546; Öztekin, age., s. 33-34; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1998, s. 302, dn. 4. SchKG. m. 115, I (İİK. m. 105, I)'deki durumda, icra dairesinin tutanağına, bu tutanağın aciz belgesi yerine geçtiği yönünde bir kayıt koymasına gerek yoktur. Böyle bir kayıt (şerh) konulmuşsa bu tamamen anlamsızdır. Borç (borçlunun hiç bir malı olmadığını gösteren haciz tutanağı) kanun tarafından aciz belgesi hükmünde kabul edildiği için bu durumda İİK. m. 149'da (İİK. m. 143'te) öngörülen şekilde bir aciz belgesi düzenlemeye gerek yoktur. (Leemann, age., s. 20); aynı yönde, HİGM.'nün 2.9.1950, 58/77 sayılı Mütalaası için bkz. Uyar, age., s. 3242.

bu durumda kesin aciz belgesi yerine geçen haciz tutanağını düzenlemekten kaçınmaz(5). Bu nedenle, İİK. m. 143'de öngörülen sonuçlar borçlunun haczi kabil malı bulunmadığını gösteren haciz tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren başlar(6).

Federal Mahkeme verdiği bir kararında bu hususu şöyle belirtmiştir. "Borçlunun haczedilebilir hiç bir malının bulunmaması durumunda haciz tutanağı SchKG. m. 149 (İİK. m. 143) anlamında aciz belgesi hükmündedir. (SchKG. m. 115, I) (İİK. m. 105, I). Bu durumda aciz belgesi düzenlemeye gerek olmadığı gibi, icra müdürünün bu tutanağın aciz belgesi yerine geçtiğini belirtmesine de gerek yoktur, bilakis haciz tutanağına borçlunun haczedilebilir malı bulunmadığının yazılması yeterlidir"(7).

İİK. m. 105, I gereğince tutulan tutanağının kesin borç ödemedен aciz belgesi yerine geçebilmesi için, borçlunun haczedilebilir hiçbir malının bulunmamış olması gerekir.

Şayet borçlunun mal beyanında (İİK. m. 74) veya sair surette haczedilebilir malı bulunduğu anlaşılırsa tutulan haciz tutanağı aciz belgesi hükmünde olmaz. Nitekim Yargıtay'da verdiği bir kararında bunu açık bir şekilde belirtmiştir. Buna göre; "Alacaklı tarafından gerçekleştirilen haciz üzerine gösterilen mahalde borçluya ait mal bulunmamış ise de borçlunun naklettiği bildirilen diğer ikametgahında haczi kabil mal bulunup bulunmadığı anlaşılmadığından tutulan zabıt varakası aciz belgesi hükmünde sayılamaz"(8). Belirtmek gerekir ki, bu konuda haczi yapan memura sonuçları oldukça ağır görevler düşmektedir. Çünkü borçlunun tapuda kayıtlı yada tescilsiz taşınmazları olabileceği gibi bankalarda mevduatı da olabilir. İşte haczi yapan memur, borçlunun mal beyanını, haciz sırasında borçlunun, hatta birlikte oturanların ve yakınlarının ve de alacaklının görüşünde alarak sonucuna göre aciz belgesini düzenleyip düzenlemeyeceği konusunda karar vermeli, ondan sonra aciz belgesi vermelidir(9).

Borçlunun hiç bir malı bulunmadığı yolunda yaptığı beyanı aciz belgesi niteliğinde olmadığı gibi(10), alacaklının, borçlunun böyle bir beyanını kabul etmesi sonucu da aciz belgesi düzenlenemez(11).

(5) BGE. 74 III 80.

(6) Kuru, age., s. 1544; Kuru/Arsalan/Yılmaz, age., s. 302, dn. 4.

(7) BGE. 61 10; aynı yönde, Leemann, age., s. 20.

(8) İİD 2/4.1955, 2400/2492 (Olguç, S./Köymen, H. İçtihatlarla İcra İflas Kanunu, İstanbul 1965, s. 877).

(9) Şimşek, E., İcra ve İflas Kanunu (Açıklamalar ve İçtihatlar) Ankara 1989, s. 408.

(10) Kuru, age., s. 1546; "... mercice, borçlunun hiç bir malı bulunmadığına dair icra memurluğuna yaptığı beyanı aciz belgesi niteliğinde kabul edilerek davaya devam edilmiştir. Oysa, borçlunun böyle bir beyanı İcra İflas Kanununun 105 ve 143. maddelerinde tarif edilen aciz belgesi niteliğinde değildir (13. HD. 18.5.1954, 1298/1215; Şimşek, s. 408-409).

(11) Borçlunun beyanı ve alacaklının da kabulü sonucu aciz belgesi verilmesi kanunun ruhuna aykırı olur. HİGM. 22.5.1954, 7093/169 (Olguç/Köymen, age., s. 1030).

Haczedilen mal ya da malların istihkak iddiası sonucu 3. şahıslara ait olduğu anlaşılırsa haciz tutanağı bu andan itibaren kesin borç ödemedен aciz belgesi yerine geçer. Ancak istihkak iddiası dava konusu (üçüncü şahıs ile alacaklı arasında görülmekte olan) olmuşsa alacaklının istihkak davasını kaybetmiş, başka bir ifade ile, istihkak iddia eden şahsın istihkak davasını kazanmış olması ve bu kararın kesinleşmiş olması gerekir(12).

Borçlunun haczedilebilir malı bulunup bu mallar haczedilmelerine rağmen bunların hepsi hakkında 3. şahıslar tarafından istihkak (İİK. m. 97'ye göre), iddia edilmiş ve bu husus alacaklı ve borçlu tarafında itiraza uğramamışsa, bu aciz tutanağı da boş sayılır, başka bir ifade ile, borçlunun haczedilebilir bir malının bulunmadığı kabul edilir ve haciz tutanağı kesin borç ödemedен aciz belgesi hükmünde sayılır(13).

Haciz tutanağının kesin borç ödemedен aciz belgesi hükmünü alması icra dairesinin kararına gerek kalmaksızın kanunen sözkonusu olur(14).

İcra dairesinin bir yanlışlık sonucu borçlunun haczedilebilir malı bulunmadığına karar vermiş ve bunun sonucunda da haciz tutanağı kesin borç ödemedен aciz belgesi hükmünü almışsa bu aciz belgesi geçersiz değildir. Ancak yanlışlığın öğrenilmesinden itibaren şikayet süresi içerisinde şikayet yolu ile iptal edilebilir(15).

Sonuç olarak, kesin borç ödemedен aciz belgesi yerine geçen haciz tutanağı İİK. m. 143'te yazılı hakları verir(16). İcra müdürü, borçlunun haczedilecek hiç bir malı bulunmaması dolayısıyla düzenlenen haciz tutanağını muvakkat aciz belgesi olarak nitelendirse bile bu haciz tutanağı kesin aciz belgesi hükmündedir ve kesin aciz belgesinin hüküm ve sonuçlarını doğurur(17).

— oOo —

(12) Gürdoğan, B., İcra - İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Acizini Tespit Eden Vesikalar. Batider 1963, C. II, S. 1, s. 18.

(13) Leemann, age., s. 17; Leinhart, E. E., Der Verlustschein, Zürich 1960, s. 4; Affolter, B., Der Verlustschein in der Betreuung auf Pfaendung, Zürich 1978, s. 4; aynı yönde, Basel-Stadt Tetkik Mercii'nin 1.9.1980 tarihli kararı (BISchK. 1983, s. 327).

(14) Leemann, age., s. 20; Affolter, age., s. 4; BGE. 80 III 76 vd.

(15) Affolter, age., s. 4.

(16) Leemann, age., s. 20; Kuru, age., s. 1546; İİD. 7.5.1966, 1955/5053 (İBD, 1966, S. 7-8, s. 323).

(17) Waad Kanton Mahkemesinin 21.8.1963 tarihli kararı (SJZ. 1965, s. 342).

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Affolter, B., : Der Verlustschein in der Betreibung auf Pfandung
Zürich 1978.
- Gürdoğan, B., : İcra - İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Vesikalar, Batider
Accini Tespit Eden 1963, C. II, S. 1.
- Kuru, B., : İcra İflas Hukuku, C. 2, İstanbul 1990,
- Kuru, B./Arslan, R. : İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1998.
- Yılmaz, E.
- Leemann, H. : Der schezerische Verlustschein, Bern 1907.
- Leinhart, E.E. : Der Verlustchein, Zürich 1960.
- Olgaç, S./Köymen, H. : İçtihatlarda İcra İflas Kanunu, İstanbul 1965.
- Öztekin, S. : İcra İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi, İstanbul 1994.
- Şimşek, E. : İcra ve İflas Kanunu (Açıklamalar ve İçtihatlar) Ankara 1989.
- Üstündağ, S. : İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995.
- Uyar, T. : İcra ve İflas Kanunu -Gerekçeli, Notlu, İçtihatlı-, C. III, İzmir 1996.

KISALTMALAR

- age. : Adı geçen eser
- agm. : Adı geçen makale
- BGE. : Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
(İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
- BİSchK. : Blaetter für Schuldbetreibung und Konkurs
- C. : Cilt
- HİGM. : Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
- İBD. : İstanbul Barosu Dergisi
- İİD. : İcra İflas Dairesi
- İİK. : İcra İflas Kanunu
- s. : Sayfa
- S. : Sayı
- SchKG. : Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
(İsviçre İcra İflas Kanunu)
- SJZ. : Schweizerische Juristenzeitung

İŞ VE İŞÇİ BULMAYA ARACILIK FAALİYETİ AÇISINDAN ÖDÜNC İŞ İLİŞKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Hülya AKINTÜRK TÜRKMEN(*)

ANLATIM DÜZENİ: 1- Giriş. II- İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyeti. 1- İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Kavramının Açıklanması. 2- İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyetinin Türleri a- Dar anlamda İş ve İşçi Bulmaya Aracılık. b- Geniş Anlamda İş ve İşçi Bulmaya Aracılık. III- Ödünç İş İlişkisi. IV- Ödünç İş İlişkisinin İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyeti İle Karşılaştırılması. V- Sonuç.

I. Giriş

Günümüzde mevcut istihdam piyasası ilişkileri içerisinde, gerek iş aracılığı gerekse ödünç iş ilişkisi oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Gittikçe artan ve yapılaşan işsizlik konjonktürü de, iş ve işçi bulma aracılık faaliyetlerinin önemini sürekli olarak fazlaştırmaktadır. Diğer taraftan, iş ilişkilerinin esnekleştirilmesi ihtiyacı da, üçlü bir görünüm taşıyan ödünç iş sözleşmelerinin doğmasına neden olmuştur.

Sayıları günden güne artan işsizler ya da mevcut işinden memnun olmayanlar, açık işler ve işçileri eşleştirmek için çalışanların veya çeşitli değişik şekillerde istihdam piyasasına hizmet veren kişi ya da kuruluşların çalışmalarından yararlanmak için her geçen gün daha çok başvuruda bulunmaktadır. İş aracılığı faaliyetine olan bu yoğun talebin, çeşitli etkenler nedeniyle kamu iş kurumları tarafından karşılanamaması, özel iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetine olan talebi de arttırmaktadır. Bu durum, söz konusu faaliyetin özel kişi ve kuruluşlara yasaklandığı; iş aracılığı hizmeti veren devlet kurumlarının konumlarının tekel hakkı ile güçlendirildiği ülkemiz gibi ülkelerde, bir çok sorunu da beraberinde getirmektedir.

En dar anlamıyla iş ve işçi bulma faaliyeti, iş arayana iş ve işçi arayana işçi bulmak temeline dayanan bir çabadır. İş aracısının buradaki asıl faaliyeti, taraflar arasında bir iş sözleşmesinin kurulmasına yöneliktir. Ancak bunun dışında iş aracısının faaliyeti, işgörme temeline dayanan herhangi bir sözleşmenin kurulmasına

(*) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

aracılık etmeye ve hatta iş ve işçi arayanların isim listelerini ve adreslerini vermeyi içeren çalışmalara kadar uzanabilmektedir. Bunlar dışında, işçinin, işgücüne yönelik olarak bir başka işverene devredilmesi de, belli şartların varlığı ile iş aracılığı faaliyeti oluşturabilmektedir. O halde günümüzde iş aracılığı dendiğinde, birbirinden farklı çabaları içeren çalışmalar anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, ödünç iş sözleşmesi temeline dayanan hukukî ilişkilerde, bir işveren, kendi işçisini, geçici bir süre için ve değişik nedenlerle bir başkasına devretmektedir. Öngörülen devir -ödünç- süresi içerisinde işçi, kendi iş ilişkisine tamamen yabancı olan üçüncü kişinin işyerinde çalışmakta; üçüncü kişi de, bu yolla, işgücü ihtiyacını geçici bir süre de olsa karşılamaktadır,

Ülkemizde, ödünç iş sözleşmelerinin yasal bir temeli henüz bulunmamaktadır. Buna rağmen, Türk istihdam piyasasında bu tarz sözleşmelerle her geçen gün daha fazla karşılaşılmaktadır. Öte yandan, iş aracılığı faaliyeti, başta İş K. m.83 vd. hükümleri olmak üzere, ilgili mevzuat tarafından özel kişi ve kuruluşlara yasaklanmış; bu faaliyet, İş ve İşçi Bulma Kurumu'nun tekeline bırakılmış durumdadır.

Mevcut yasal durum karşısında, geçici olarak işgücü temini yolu olarak kullanan ve her geçen gün biraz daha fazla uygulama alanı bulan ödünç iş sözleşmesinin, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, ödünç iş ilişkilerinin, iş aracılığı kapsamına alınıp alınmaması, 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer alan yasaklayıcı hükümlerin ve cezaî müeyyidelerin uygulanıp uygulanmaması sonucunu doğrudan etkileyecektir. Bu noktada özellikle üzerinde durularak belirlenmesi gereken konu, ödünç iş sözleşmelerinin iş aracılığı oluşturup oluşturmadığıdır. Söz konusu tespit yapılırken dikkat edilmesi gereken husus, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetlerinin farklı şekillerde ve türlerde ortaya çıktığıdır. Daha sonraki aşamada ise, ödünç iş sözleşmelerinin hangi tür iş aracılığı kapsamında ele alınabileceği belirlenmelidir. Anılan konularda ulaşılan sonuçlara göre de, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti açısından ödünç iş ilişkilerinin değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.

II. İŞ VE İŞÇİ BULMAYA ARACILIK FAALİYETİ

1. İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Kavramının Açıklanması

İşgücü arzı ve talebinin karşı karşıya gelmesi ile oluşan istihdam piyasasında, iş arayanlar ile işverenler arasındaki uyum noktasının objesi, hizmet (iş) edimidir. Fakat istihdam piyasası, tek düze bir bütünü değil, aksine bölgesel ve meslekî kısmî

istihdam piyasalarını ifade eder. Arz ve talebin değişen oranlarda uyumsuzluk(1) içinde bulunması, istihdam piyasasının belirgin özelliğidir. Normal olarak, istihdam piyasasındaki bu uyumsuzluklar, denkleştirme çabalarını da beraberinde getirir.

İstihdam piyasası oluşumu, özellikle endüstrî bölgelerinde mesleklerin çoğalması, konjonktürel durum ve pek çok mesleğin özelleşmesi gibi nedenlerle sürekli karmaşık bir hâl almaktadır. Bunun sonucu olarak da, iş arayanlar ve işverenler açısından, piyasanın gözlenmesi daha da zorlaşmaktadır. İşte bu noktada, iş ve işçi bulmaya aracılık eden kişi ya da kurumun görevi, işgücü arzı ve talebi arasında ilişki kurulmasını kolaylaştırmak ve sağlamak şeklinde belirginleşir. İş aracılığı hizmetini veren kişi veya kurumlar, arz ve talebin nerede ve nasıl ortaya çıktığını bilmek veya araştırıp bulmak zorundadır. İş aracısı, gerekli durumlarda uygun iş arzını ve talebini bulup aktif hale getirebilmelidir. İş aracısı müşterisinin ihtiyacına mümkün olduğunca cevap verecek şekilde aracılık yapmaya uğraşmalıdır(2).

"Aracılık" kavramının anlamına uygun olarak "iş aracısı", iş arayanlar ile işverenler arasında ortada bir yerde bulunur. Aracı, prensip itibarıyla kendisine başvuran ile devamlı bir akdî ilişki içinde bulunmaz. Ara sıra bir sözleşmenin kurulmasına; bu sözleşme ilişkisinin kuruluş aşamasına kadar hazırlık yapar. Özel aracı ve onun müşterisi arasında, kural olarak başvuruya göre değişen, vekâlet gibi bir ilişki söz konusu olur iken; resmî aracılık faaliyetinde kamu hukuku ağırlıklı bir ilişki bulunmaktadır(3). Ancak, hangi tür istihdam kurumları eli ile yapılırsa yapılsın, iş aracılığı faaliyeti, farklı yoğunlukta aracılık çabalarından oluşan bir bütündür. Bunun sonucu olarak aracı, talep grupları bakımından sunulan hizmet edimi tiplerini ayırmak zorundadır. İş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti, salt bir iş imkânının gösterilmesinden titiz bir sınav ve seçime, özellikle de "doğru yer için doğru kişinin seçimi" ne kadar uzanır. Aynı şekilde, kısmî süreli çalışmalar gibi tam gün çalışmaları ve hatta en üst düzeyde yöneticilerin aracılığını da kapsamına alır(4). Bu çerçevede, aracılık faaliyeti münferit olayın şekil ve kapsamına göre de değişiklik göstermektedir. İş aracısının faaliyeti, kısa bir telefon konuşması veya yazılı bir aracılık başvurusu veyahut tekrarlanan danışmanlıklar ve iş arayanlar veya işverenlerle yapılan aracılık konuşmaları şeklinde ortaya çıkabilir. Kısaca, iş aracılığı fa-

(1) Piyasadaki ihtiyaç, var olan işçilerin sayısından büyük ise nicel bir gerilim; işçilere olan talebin, söz konusu alanda hizmete hazır olan dışındaki diğer mesleklere yöneldiği durumlarda nitel bir gerilim söz konusudur.

(2) Rauschhofer, G.:das Arbeitsvermittlungsmopol, Berlin 1974, s.21-22.

(3) Rauschhofer, s.23.

(4) Rauschhofer, s.23.

aliyetinde tekdüze bir çalışma söz konusu değildir(5). İş arzı ve talebinin karşılaştırılması ve işçi ile işveren arasındaki olası engellerin kaldırılması, iş aracılığı faaliyetinin özünü teşkil eder(6).

2. İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyetinin Türleri

Kavrama ilişkin olarak yapılan açıklamalar ile çeşitli uluslararası sözleşmeler(7) ve farklı ülkelerin(8) iç hukuk düzenlemeleri göz önüne alındığında, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinin, "iş arayana iş ve işçi arayana işçi bulma, iş arayanlar ile işverenleri iş ilişkilerinin kurulmasına yönelik olarak bir araya getirme faaliyeti" şeklinde tanımlanması mümkündür(9). Ancak günümüzde, verilen bu tanımda yer alan kalıpların dışına taşan faaliyetler de söz konusu olmaktadır. Bu nedenle söz konusu kavramı, dar anlamda iş aracılığı ve geniş anlamda iş aracılığı şeklinde ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir(10).

a) Dar Anlamda İş ve İşçi Bulmaya Aracılık

Dar anlamda iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti, "iş arayana iş ve işçi arayana işçi bulmak, onlar arasında bir iş sözleşmesinin kurulmasına aracılık etmek" olarak tanımlanabilir. Bu tür bir aracılık faaliyetinde, iş aracısının ödevi, tarafları bir araya getirmekten ibarettir. Söz konusu faaliyet sonucunda bir iş sözleşmesinin kurulması, iş arayan ve işverenin vereceği karara bağlı bulunmaktadır. Burada önemli olan, aracılık yapan kişinin "aracılık" vasfı ve ilgililer arasında bir iş sözleşmesinin kurulması için faaliyet gösterilmesidir. Dar anlamda iş aracılığını, bir iş sözleşmesinin hazırlık dönemindeki operasyon olarak adlandırmak da mümkündür(11).

(5) İş aracılığı faaliyeti bir hizmet edimidir. Maddî mallarda olduğu gibi hizmet edimleri de, ekonomik mallar olarak beşeri ihtiyaçların giderilmesi amacına hizmet eder. Bkz. Rauschhofer, s.14.

(6) Rauschhofer, s.68.

(7) Bu konuda Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ)'nün değişik tarihlerde kabul ettiği uluslararası sözleşmeler mevcuttur. Örneğin, UÇÖ' nün 2, 34, 88, 96, 122 ve 181 numaralı sözleşmeleri.

(8) Örneğin, Almanya ve İsviçre.

(9) Tanım hakkında Alman Hukuku için bkz. Gagel, A.: Arbeitsforderungsgesetz Kommentar, 5. Ergänzungslieferung, April 1990, §13 Rn.1 vd.; Kruse, J.: Die Arbeitsvermittlung, Handbuch des Arbeit-und Sozialrechts, 17. Lg. 2/1995, s.5 vd.; Lohre, W. / Mayer, U. / Stevens-Bartol, E.: Arbeitsförderungsgesetz, Basis Kommentar mit Anordnungen, Köln 1995, §13 Rn. 1 vd.; Niesel, K.: Arbeitsförderungsgesetz Kommentar, München 1995, § 13 Rn. 4 vd. İsviçre Hukuku için bkz. Rehbinden, M.: Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) Kommentar, Zürich 1992, s.12 vd.; Marelli, B.: Arbeitsvermittlung und Stellensuche in der Schweiz, Juli 1995, s.34 -35. Türk Hukuku için bkz. Tuncay, C.: Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler, İHD, C.I, 1991, s.325 vd.; Akyiğit, E.: İş Aracılığı Üzerine Bazı Düşünceler, İHD, C.II, 1992, s. 578 vd.; Akyiğit, E.: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi (Tez), Ankara 1995, s. 59 vd.

(10) Rehbinden Kommentar, s.12; Kruse, s.5. Söz konusu ayırım doktrinde Akyiğit tarafından, modern-klasik anlamda ele alınmaktadır. Bkz. Akyiğit, İHD, s.578 vd.; Akyiğit, Tez, s.60.

(11) Marelli, s.34.

Değişik ülkelerin pozitif hukuk düzenlemeleri incelendiğinde, dar anlamda iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinin yasal tanımının yapıldığı görülmektedir. Ülkemizde İş Kanunu m.83 f.1'de, "işçilerin elverişli oldukları işlere yerleşmelerine ve çeşitli işler için elverişli işçiler bulunmasına aracılık etme ..." ve m.85 f.1'de, "işçilere iş ve işlere işçi bulmak için ... faaliyet gösterilmesi ..." ifadeleri ile, dar anlamda iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti tanımlanmaktadır. 1998 yılının ilk günü bir bütün olarak yürürlükten kaldırılan "Alman Çalışmayı Teşvik Kanunu" (AFG) dar anlamda iş aracılığını, "bu kanun anlamında iş aracılığı, işverenlerle iş arayanlar arasında iş ilişkilerinin... kurulmasına yönelik bir faaliyet" (§13 Abs. 1) olarak tanımlamaktaydı (12). İsviçre Hukukunda da, "Federal İş Aracılığı Kanunu" (AVG) nun iki ayrı maddesinde dar anlamda iş aracılığı tanımlanmaktadır. Kanunun özel iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetini izne bağlayan maddesinde, "düzenli bir şekilde ve ücret karşılığında iş arayan ve işveren arasında iş sözleşmesinin kurulması için faaliyet gösterenler..." (AVG Art.2 Abs.1) ifadesi yer almaktadır. Resmî iş aracılığını düzenleyen maddesinde de kantonal iş bürolarının, uygun işler ve işgüçleri aracılığı için de çaba sarf edeceğinden (AVG Art. 24 Abs.1) söz edilmektedir(13).

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, günümüz Türk ve İsviçre Hukuklarında, dar anlamda iş ve işçi bulmaya aracılık kavramının tanımını bulmak mümkün olmaktadır. Söz konusu yasal tanımlamalardan hareketle de, dar anlamda iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinin unsurlarını belirlemek mümkündür.

İş ve İşçi Bulmaya Aracılık Faaliyeti: Bu amaca yönelik faaliyet, herhangi bir şekli ön koşula bağlı değildir(14). Anılan faaliyetin, söz konusu amaca hizmet etmeye uygun olan her türlü çaba gösterilerek yapılması mümkündür. O halde, sözlü veya yazılı olarak veya telefon, video, bilgisayar(15) gibi teknik araçlardan yararlanarak yapılan, bağlayıcı olmayan ve tekrara dayalı her tür faaliyet bu kapsamda değerlendirilmelidir(16). Bu çerçevede, sadece doğrudan doğruya aracılık çabaları değil, aksine iş tekliflerinin ve iş arama isteklerinin kabulü gibi hazırlık işlemleri de bu faaliyete dahildir. Burada önemli olan, iş arayanlar ile işverenleri bir

(12) Ayrıntılı olarak bkz. Gagel, Kommentar §13 Rn.1 vd.; Niesel, Kommentar §13 Rn.1 vd. Ancak, 1.1.1998'de yürürlüğe giren ve Çalışmayı Teşvik Kanunu yerine kaim olan Sozialgesetzbuch-III'da, dar anlamda iş aracılığına ilişkin herhangi bir tanım yer almamaktadır. Çünkü, §35 Abs.1 S.2 SGB-III hükmüne göre, iş aracılığı, iş arayanlarla işverenler arasında sadece bir iş ilişkisi kurulmasına değil; aksine, bir çalışma ilişkisi kurulmasına yönelik her türlü faaliyeti kapsamına almaktadır.

(13) Bkz. Rehbinden, Kommentar Art.2 Rn.1 vd. ile Art. 24 Rn.1 vd.

(14) Beilstein, F.: Arbeitsvermittlung -Grundlagen, Monopol, Reformen-, Koblenz Mai 1988, s.5.

(15) Günümüzde özellikle internet ağı önem taşımaktadır.

(16) Niesel, Kommentar § 13 Rn.4.

araya getirme amacıdır. Ayrıca, bu tür faaliyette bulunan kişi veya kurumların "aracılık" vasfı da önem taşımaktadır. O halde, bir kimsenin kendi ihtiyacı için iş veya işçi araması, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti kapsamında değerlendirilemez(17).

İş Arayanlar : Bu grup, bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışmak isteyen kişilerden oluşur. İş arayanların kişisel istek ve özelliklerinin de bu tanım açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İlgili kişi, halen bir işte çalışıyor olabilir; işsiz bulunabilir veya tam gün yerine kısmî süreli çalışma yapmak isteyebilir. Bunun dışında, bağımsız olarak kendi ad ve hesabına çalışmakla birlikte artık bağımlı olarak çalışmak isteyenler gibi, öğrenciler ve hâttâ memurlar da "iş arayanlar" kavramına dahil olabilir. Belirleyici olan nokta, beklenen kişisel ve iktisadî bağımlılık, ilgilinin bir iş sözleşmesine dayanan ilişki içerisinde çalışma yeteneği ve çalışma isteğidir(18). O halde, bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalışma arzusunda olmayan kişiler bu kavram içerisinde değerlendirilmezler. Böylece de, "iş arayanlar" ile "işçi" kavramlarının tanımları birbiri ile örtüşmektedir.

İşveren: Bir iş ilişkisi içerisinde ücret mukabilinde işçi çalıştıran kişidir(19). İşveren, gerçek bir kişi olabileceği gibi tüzel bir kişi de olabilir. Burada, tüzel kişiliğin kamu hukuku kurallarına mı yoksa özel hukuk kurallarına mı tâbi olduğu önem taşımaz(20). Yine bunun gibi, işveren sıfatının kazanılmasında işyeri malîki olup olmamak da belirleyici bir role sahip değildir(21). O halde işveren, talimat verme hakkını kullanarak, kendisine kişisel açıdan bağlı olan işçiden işgörme borcunun ifasını isteyebilen kişidir(22).

(17) Gagel, Kommentar § 13 Rn.1 vd.; Beilstein, s.5; Niesel, Kommentar § 13 Rn.4.

(18) Rauschhofer, s.51 dn. 37; Gagel, Kommentar § 13 Rn.19; Beilstein, s.6; Niesel, Kommentar § 13 Rn.5.

(19) İşveren tanımı için ayrıca bkz. Schaub, G.: Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Überarbeitete Aufl., München 1992, §17, s.77 vd.; Ekonomi, M.: İş Hukuku I -Ferdî İş Hukuku, İstanbul 1987, s.50-53; Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 44-45; Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku -Ferdî İş Hukuku, 3. Baskı, İzmir 1998, s.102.

(20) Bunun yanı sıra, adi şirket gibi tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi topluluklarının işçi çalıştırması halinde, şeriklerden her biri işveren sıfatına sahip olur. Narmanlıoğlu, s.103.

(21) Çenberci, M.: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s. 136-137; Centel, T.: İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1992, s.59.

(22) İşgörme borcunun ifasını isteyebilme ve talimat verme hakkına sahip olma açısından işveren, doktrinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bu çerçevede, işin görülmesini istemeye yetkili olan kişi "soyut işveren", yönetim yetkisine yani, en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip olan ve fiil ehliyeti bulunan gerçek kişiler "somut işveren" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Hueck, A. / Nipperdey, H.C.: Lehrbuch des Arbeitsrechts, I.Band. von A. Hueck, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1963, s. 89; Rehbinden, M.: Schweizerisches Arbeitsrecht, 12. Aufl., Bern 1995, s.21-22; Taşkent, S.: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1984, s.60-61; Ekonomi, İş Hukuku s.51; Centel, s.59; Narmanlıoğlu, s. 104. Ayrıca, iş ilişkisine üçüncü bir kişinin katılımı ile belirginleşen atipik iş sözleşmelerinde de, işin görülmesini isteme ile yönetim hakkının kullanılması bazı özellikler taşımaktadır. Bkz. Konzen, H.: Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen -Gedanken über Grundlagen und Wirkungen der gespaltenen Arbeitsgeberstellungen-, ZfA 3/1992, s.259 vd.; Centel, s.60 vd.; Akyiğit, Tez, s. 125 vd.

İş İlişkilerinin Kurulması : Burada sözü edilen iş ilişkisi, iş hukuku kurallarına tâbi bir ilişkidir. Özel hukuka dahil bir sözleşme olan iş sözleşmesi ile kurulur(23). Kamu otoriteleri ile memurlar arasındaki ilişki, bir iş sözleşmesine dayanmadığı için, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetine konu olamaz.

Tarafları Bir Araya Getirme (Aracılık Etme) : Üçüncü kişinin ödevi, iş arayanlar ile işverenler arasında bağlantı kurmaktır. Aracı olan kişinin iş sözleşmesine taraf olması hiçbir şekilde mümkün değildir(24). Aracılık faaliyeti sonucunda bir iş sözleşmesinin kurulup kurulmayacağı ve eğer kurulacak ise şartların neler olacağı tamamen tarafların uhdesindedir(25).

b) Geniş Anlamda İş ve İşçi Bulmaya Aracılık

İş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinin temel şekli dar anlamda iş aracılığından oluşmakta ise de, günümüzde bu kalıbı aşan pek çok faaliyet dikkati çekmektedir. İstihdam piyasasında ortaya çıkan gelişmeler, söz konusu faaliyete, iş arayan ile işçi arasında bir iş sözleşmesi kurulmasına aracılık etmekten farklı bir anlam kazandırmış bulunmaktadır. Bu çerçevede, sergi, gösteri, konser gibi sanatsal faaliyetler için sanatçılar ile onlara ihtiyaç duyan kimseler arasında bu tür faaliyetler için aracılık yapılması veya danışmanlık hizmeti veren bürolar aracılığı ile personel danışmanlığı alanında çalışması gösterilebilir. Ayrıca, istihdam piyasasında işgücünü arz veya talep edenlerden bir tarafının yararına, ilgililerin isim listesi ve adreslerini hazırlayıp sunma veya iş arayanlar ile işçi arayanların adresleri ile ticaret yapma amacıyla yayın organları yayınlama faaliyetleri de geniş anlamda iş ve işçi bulmaya aracılık kavramı içerisinde değerlendirilebilir(26).

Dar anlamda iş aracılığından farklı olarak, geniş anlamda iş aracılığı faaliyeti yasal düzeyde her zaman ele alınmadığı gözlenmektedir. Türk Hukukunda konuyu düzenleyen pozitif hukuk kurallarında iş aracılığı faaliyetini genişletici olgulara rastlanmaz iken, İsviçre Hukukunda tam tersi bir durumun varlığı dikkati çekmektedir. Örneğin, İsviçre’de sanatsal faaliyetler için aracılık eden kişilerin bu faaliyeti iş ve işçi bulmaya aracılık olarak kabul edilmekte (AVG Art.2 Abs.2) ve bu çerçevede taraflar arasındaki hukukî ilişkinin niteliği önem taşımamaktadır. Yapılan aracılık faaliyeti sonucunda bir iş sözleşmesi veya başka

(23) Beilstein, s.6; Niesel, Kommentar § 13 Rn.7.

(24) Zira aracı vasfına sahip olan kişinin görevi, istihdam piyasasında işgücünü arz edenlerle bunu talep edenleri karşı karşıya getirmekten ibarettir.

(25) Beilstein, s.6; Niesel, Kommentar §13 Rn. 16.

(26) Rehbinden, Kommentar Einl., s.12 ; Akyiğit, İHD, s.384; Akyiğit, Tez, s.60.

tipte bir sözleşmenin kurulması mümkündür (AVV Art.4)(27). 1994 yılında gerçekleştirilen serbestleştirme çalışmalarından sonra Alman hukukunda da benzer bir durum kabul edilmiştir. Bu yasal düzenleme ile aracılık ücretinin kural olarak iş-verenden alınması ilkesi benimsenmiş; sanatsal faaliyetler için yapılan iş aracılıklarında, aracılık ücretinin işçi tarafından da ödenebileceği açıkça belirtilmiştir. Anılan yasal düzenleme ile, sanatkâr, artist, fotomodel, reklâm yıldızı, manken, dublör, disjokey gibi kişiler için yapılan iş aracılığı faaliyetlerinde, aracılık ücretinin sayılan bu kişilerden de talep ve tahsil edilebileceği öngörülmüştür. Aynı yasa çerçevesinde, sinema ve televizyon filmleriyle dizilerde oynayanlar, ses ve saz sanatçıları, orkestra şefleri gibi kişiler için yapılan organizatörlük çalışmalarının da bir iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti oluşturacağı; fakat bu tür aracılıklarda, aracılık ücreti için geçerli olan genel kuralın uygulanacağı da kabul edilmiştir (§ 24 AFG, §296 SGB-III, §§7,8 AVermV)(28). Daha sonraki serbestleştirme aşamasında ise, geniş anlamda iş aracılığı kavramı doğrultusunda düzenlemeler yapılmıştır. Oysa hukukumuzda var olan mevcut düzenlemede, işçilere iş ve işlere işçi bulmaktan söz edilmektedir (İş K.m.85). Yargıtay da önüne gelen bazı olaylarda, aracılık yapılan kişiler arasındaki ilişkinin bir iş sözleşmesine dayanması gerektiği yolunda kararlar vermiş bulunmaktadır(29). Örneğin Yargıtay, önüne gelen bir olayda pavyonlarda çalışan konsomatrislerin sanatkâr sayılamayacağını ve söz konusu kişiler ile pavyon sahipleri arasındaki ilişkinin istisna sözleşmesine değil, aksine iş sözleşmesine dayandığını ve bu sebeple anılan kişilerin aracılığının iş aracılığı faaliyetini oluşturacağına karar vermiştir(30). Bir başka olayda ise, ses ve saz sanatçıları ile iş sahipleri arasındaki ilişkilerin bir istisna sözleşmesine dayandığına ve bu sebeple ses ve saz sanatçıları için organizatörlük yapan kişilerin faaliyetinin iş ve işçi bulmaya aracılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir(31).

Ülkemizde, geniş anlamda iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti teşkil edebilecek bu ve benzeri somut olaylara uygulanabilecek herhangi yasal bir düzenleme henüz

(27) Ayrıntılı olarak bkz. Rehinder, Kommentar Art.2 Abs.2. Rn. 8 ve 9. Alman Hukuku için bkz. ve karşılaştırınız Niesel, Kommentar § 13 Rn.9-10.

(28) Lohre/Mayer/Stevens-Bartol, s.64-65.

(29) Ancak burada 1982 Anayasasının 49. maddesi ve 4837 sayılı İş ve İşçi Bulma Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un m.1 f.1 c.2 de yer alan düzenlemesi de dikkate alınmalıdır.

(30) Yarg. 9 HD., 10.3.1981, E.1981/836, K. 1981/964 karar ve Bayer'in incelemesi için bkz. İHU İşK. 85(No.2); Eşmelioğlu, İ.: Gerekçeli, Açıklamalı – İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı, Ankara 1986, s.900. Bkz. ve karşılaştırınız Tuncay, İHD s.331.

(31) Yarg. 9 HD., 5.3.1981, E.1981/725, K.1981/889 karar metni ve C.Tuncay'ın incelemesi için bkz. İHU İş K. 85 (No.1). Ayrıca bkz. Tuncay, C.: Sanatçılar ve Özel İş Bulma Büroları, Yargı, Ocak 1980, s.17-20; Tuncay, İHD s.331.

mevcut değildir. Ancak, konuya ilişkin olan yasalarda değişiklik yapma konusundaki çabalar devam etmektedir. Bu nedenle burada, geniş anlamda iş aracılığına ilişkin olarak İsviçre Hukukunda var olan hükümlerden kısaca söz edilmesi gerekmektedir.

İsviçre'de, Federal İş Aracılığı Kanunu çerçevesinde kabul edilen İş Aracılığı Tüzüğüne göre;

- İş arayanlar ve işverenler ile temas kurup da bir seçim periyodundan sonra, her iki tarafı birbirleriyle bağlantıya getirmek (AVV.Art.1/a);
- İş arayanlar ve işverenler ile temas kurma ve diğer tarafa adres listelerini vererek her iki tarafı birbirleriyle bağlantıya getirmek (AVV.Art.1/b);
- Sadece iş arayanlar ile ilişki kurma ve ona bir seçim periyodundan sonra iş arayana kendisi ile teması bulunmayan işverenlerin adreslerini vermek (AVV.Art.1/c);
- Asıl amacı iş arayanların veya işverenlerin adresleri ile ticaret yapmak olan özel yayın organları çıkarmak (AVV.Art.1/d) şeklinde ortaya çıkan faaliyetler iş aracılığı içerisinde kabul edilmektedir(32).

Günümüzde, yukarıda ele aldığımız durumların dışında da çok değişik şekillerde iş aracılığı faaliyeti ortaya çıkmaktadır. Örneğin, çalışmasını ihtiyaç fazlası personele yeni iş imkânları arama temeline dayandıran tensikat (outplacement) kuruluşlarının faaliyetleri veya işveren konumunda bulunan müşterileri adına stratejik görevler için yüksek yetenekli eleman arayan beyin avcılarının (headhunters) çalışmaları gibi birçok genişletici olguya rastlamak mümkündür(33).

III. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ

İşçilerin, işgücüne yönelik olarak ve geçici bir süre için üçüncü bir kişiye devri amacını taşıyan ödünç iş ilişkileri, iş yaşamının uygulamalarından ve pratik zor-

(32) Rehbinden, Kommentar, s.105 vd. Almanya'da yasal düzenleme döneminde de, özel yayın organları kanalı ile işçilerin ve işverenlerin listelerini yayınlama faaliyeti, iş aracılığını genişletici bir olgu olarak kabul ediliyordu. Bu düzenleme ile Alman yasakoyucusu, AFG §13 Abs.1'de yer alan hükmün, kanuna karşı hile yoluyla dolanılmasını engelleme amacı gütmekteydi. O dönemde bu tür faaliyetler, sadece iş aracılığının hazırlık çalışması olarak değil; aksine yasal düzenleme gereği iş aracılığı olarak görülmekteydi. Bugün Almanya'da geçerli olan yasal düzenleme için bkz. ve karşılaştırmamız SGB-III §291 Abs.2 S.3 ve Abs.3 ile AFG § 13 Abs.2.

(33) Genişletici olgular UÇÖ'nün VI No'lu Raporuna konu olmuştur. bkz. International Labour Conference Report VI, 81 st Session 1994, s.11 vd. Ayrıntılı olarak ayrıca bkz. Akıntürk Türkmen, H.: İş Ve İşçi Bulmaya Aracılık, Yayımlanmamış Doktora Tezi (Tez). İzmir 1998, s. 187-205.

lamalardan ortaya çıkmıştır(34). Üç taraflı bir iş ilişkisi görünümü taşıyan ödünç iş ilişkilerinde, bir yanda işçi yer alırken, diğer yanda söz konusu işçinin akdî işvereni ile bunların iş ilişkisine tamamen yabancı olan üçüncü kişi bulunur. Buna göre ilişkinin tarafları, işgücü ödünç verilen işçi, ödünç veren işveren ve ödünç alan işverenden oluşmaktadır(35).

Üç taraflı olma özelliği ile atipik bir iş ilişkisi oluşturan ödünç iş sözleşmesinde, "bir işveren, işçinin de rızasını alarak, kendi işçisini, geçici bir süre için, onun yanında ve talimatları ile bağlı olarak çalışmak üzere, başka bir işverene vermektedir"(36). Böyle bir ilişki çerçevesinde işçi, işgörmeye borcunun ifasına ilişkin edimini, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin emrine sunmamakta; aksine, belirli ve geçici bir süreyle başka bir kişinin -işverenin- emrine vermektedir. Bu geçici süre zarfında, işçi ile kendi işvereni arasındaki iş sözleşmesi sona ermemekte, ödünç süresi boyunca devam etmektedir(37). Dolayısıyla, gerek ödünç veren işverenin gerekse işgücü ödünç verilen işçinin, bağlı bulundukları iş sözleşmesinden kaynaklanan bütün borçlarını zamanında ve gereği gibi yerine getirmeleri zorunludur.

Diğer taraftan, işçi ile işgücüne yönelik olarak onu devralan kişi arasında iş sözleşmesine dayanan bir ilişki ortaya çıkmaz. Çünkü, ödünç iş ilişkilerinde ilgililerin asıl amacı, tek bir iş sözleşmesinin varlığıdır: İşçi ile ödünç veren işveren arasında akdedilen "ödünç iş sözleşmesi". Bunun dışında, taraflar, birden fazla sözleşmenin varlığını arzu etmezler. Tarafların amacı, işgücü pazarında kısmen de olsa esnekliği sağlayabilmektir. Bu tarz ilişkilerde ne ödünç alan işveren ne de işçi birbirleriyle bir iş ilişkisi içine girmeyi arzu ederler. Burada, ödünç veren işveren, tipik bir iş ilişkisi içinde kendisine sunulması gereken işgörmeye edimini, üçüncü kişi ko-numunda olan ödünç alan işverene devretmiş bulunmaktadır(38).

(34) Ödünç iş sözleşmesi temeline dayanan hukukî ilişkiler, özellikle Amerika ve Avrupa ülkelerinde çok yaygındır. Pek çok Avrupa ülkesinde, sadece bu amaçla faaliyet göstermek için kurulmuş özel bürolar bulunmaktadır. Bu konudaki gelişim için bkz. Becker, F. / Wulfgramm, J.: Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl., Neuwied-Darmstadt 1985, Einl., Rn.58 vd.; Schüren, P.: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, München 1994, Einl., Rn.20 vd., Akyiğit, Tez, s.13-21.

(35) Ayrıntılı olarak bkz. Nikisch, A.: Arbeitsrecht, Bd.1, 3. Aufl., Tübingen 1961, s.241; Hueck / Nipperdey, s.522; Mittmann, G.: Rechtliche Probleme der Leiharbeit, Diss., 1972, s.15; Becker, F. / Kreikebaum, H.: Zeitarbeit -gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung-, Band 1, 2. Aufl., Wiesbaden 1982, s.39-41; Schüren, Kommentar Art.1 §1, Rn.26 vd.; Engin, M.: İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkının Devri: Ödünç İş İlişkisi, İHD, C.I, S.3, Temmuz-Eylül 1991, s.335 vd.; Akyiğit, Tez, s.83; Akıntürk Türkmen, H.: İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiyne Devri: Ödünç İş İlişkisi, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1999, C.25, S.1-2, s.130 vd.

(36) Rehbinden, Kommentar, s.46 vd.; Rehbinden, Arbeitsrecht, s.41.

(37) Mittmann, s.18; Hueck-Nipperdey, s.521-522.

(38) Ayrıca bkz. Soyer, P.: İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar, Yasa Hukuk Dergisi, C.III, S.3, Mart 1980, s.341; Akyiğit, Tez, s.122; Akıntürk Türkmen, s.138 vd.

İşçinin, çeşitli nedenlerle daha çok işgücüne ihtiyaç duyan üçüncü bir kişinin işyerine gönderilmesi ve tarafı olduğu iş sözleşmesinden doğan işgörme borcunu, geçici süreyle gönderildiği işyerinde ifa etmesi temeline dayanan ödünç iş sözleşmeleri, ikili bir ayırıma tabi tutularak incelenmektedir: Gerçek anlamda ödünç iş ilişkileri (meslek edinilmemiş şekilde işçi verme) ve gerçek olmayan anlamda işçi verme (meslek edinilmiş şekilde işçi verme)(39). Bu ayırımın temelinde yatan düşünce, işgücüne yönelik olarak üçüncü bir kişiye kendi işçisini devreden işverenin, bu devri geçici bir süre için arızî olarak mı yoksa belirli bir süre meslekî olarak mı yaptığıdır. Eğer bir işçi, devamlı olarak akdî işverenin işyerinde çalışıyor; geçici süreyle ve oldukça seyrek olarak, çalışmak üzere bir başka işyerine gönderiyorsa, gerçek anlamda bir ödünç iş ilişkisinin varlığından söz edilir. Ödünç iş sözleşmesinin bu şeklinde, işçi, kural olarak kendi işverenin işyerinde çalışmaktadır. İşçinin, kendi rızası dahilinde bir başka işverenin işyerine gönderilmesi durumu ise istisnaîdir. Meslek edinilmiş şekilde işçi vermenin söz konusu olduğu gerçek olmayan anlamda ödünç iş ilişkisinde ise, işveren sıfatını taşıyan kişi, istihdam ettiği işçiyi hiçbir şekilde yanında çalıştırmayı düşünmemektedir. Hatta çoğu durumda, anılan işverenin, işçisini çalıştırabileceği kendisine ait bir işyeri dahi bulunmaz. Çünkü, ödünç veren işverenin işçi istihdam etmedeki asıl amacı, bu işçiyi bizzat çalıştırmak değil, düzenli olarak ve belli bir miktar para karşılığında, işyerinde fazladan işgücüne ihtiyaç duyan ama bunun için dâimî işçi almak istemeyen işverenlere devretmektir(40).

IV. ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİNİN İŞ VE İŞÇİ BULMAYA ARACILIK FAALİYETİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yukarıda kısaca ele aldığımız ödünç iş ilişkisinin inceleme konumuz olan iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti ile karşılaştırılması ve sınırlarının çizilmesi, ortaya çıkacak hukukî sonuçların belirlenebilmesi açısından zorunludur. Çünkü, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti ile ödünç iş sözleşmelerinin tanımları her ne kadar bir-

(39) Theuerschbacher, P.: Das Leiharbeitsverhältnis, Diss., München 1960, s.2; Kühne, P.: Arbeitsvermittlungsmittel der Bundesanstalt für Arbeit und Begründung von Leiharbeitsverhältnissen, Köln 1978, s.8-9; Mittmann, s.19; Becker/Wulfgramm, Kommentar, Einl., Rn. 16; Schüren, Kommentar, Einl., Rn.72; Soyer, s.12 vd.; Akyiğit, Tez, s.33; Akıntürk Türkmen, s.134.

(40) Ayırım konusunda ayrıntılı olarak ayrıca bkz. Nikisch, s.241 vd.; Hueck/Nipperdey, s.521 vd.; Mayer-Maly, T.: das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 3/1972, s.18; Schubel, H.D. / Engelbrecht, G.: Kommentar zum Gesetz über die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, Heidelberg 1973, Art.1 §1 Rn.26; Heinze, M.: Rechtsprobleme des sog. echten Leiharbeitsverhältnisses, ZfA 1976, s.183 vd; Kühne, s.9 ve s.17 vd.; Konzen, s.267; Akyiğit, Tez, s.33 vd. ile s.41 vd. Ayrıca bkz. ve karşılaştırınız Soyer, s.340.

birinden farklı ise de, iktisadî açıdan ulaşmak istedikleri amaç, oldukça büyük bir benzerlik göstermektedir. Her iki ilişkide de, bir işçi bir diğ erinin (aracı veya ödünç veren işveren) inisiyatif i ile bir başkasına (işveren veya ödünç alan işveren) gön derilmektedir(41). İktisadî açıdan söz konusu olan bu benzerliğin yanı sıra ayrıca, her iki faaliyette de üç taraflı bir ilişkinin varlığı, dikkati çeken bir başka noktadır. Diğer taraftan, özellikle ülkemizde olduğu gibi iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti yapma imkânının bir tekel hakkı olarak devlete verildiği ülkelerde, ödünç iş ilişkilerinin devletin iş aracılığı tekeline yönelik kanuna karşı hile aracı olarak kullanılması ihtimali de bulunmaktadır. Ayrıca, geçici işgücü ihtiyaçlarının giderilmesi amacı ile yaygın bir biçimde ödünç iş ilişkilerinin kullanıldığı gerçeği(42) dikkate alındığında, bu ilişkilerin özel bir istihdam türü oluşturup oluşturmadığının da incelenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Almanya'da işgücünün devrine ilişkin faaliyetleri düzenlemek amacı ile özel bir yasanın çıkarılmasından önce, çok uzun bir süre ödünç iş ilişkileri tartışılmış ve bu tür ilişkiler iş ve işçi bulmaya özel aracılık faaliyeti içinde değerlendirilerek yasama düzeyinde ele alınmış ve yasaklanmıştır. 1922 yılında kabul edilen ve konuya ilişkin ilk düzenlemeyi içeren yasa ile, ödünç iş ilişkilerinin iş aracılığı faaliyeti oluşturduğu kabul edilmiştir (ANG §48 Abs.5)(43). Daha sonra 1927 yılında " İş Aracılığı ve İşsizlik Sigortası ile İlgili Kanun" (AVAGV)'da da aynen korunan bu düzenleme (AVAVG §54 Abs.4), 1931'de değiştirilerek dönemin özelliklerine uygun bir içerik kazandırılmıştır(44). Konuya ilişkin yasaklayıcı anlayış AVAVG'nin 1956'da kabul edilen yeni metninde de varlığını sürdürmüştür (AVAVG §37 Abs.3). Bu son madde,

(41) Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu benzerliği şu şekilde ifade etmiştir. "In beiden Fällen werden Arbeitnehmer, die nicht den Weg der Selbstsuche gehen können oder wollen, einer Beschaeftigung in Betrieben zugeführt, die ihrerseits die fremde Hilfe in Anspruch nehmen, um die gewünschte Arbeitskraft zu finden" (Her iki olayda, bizzat iş arama yoluna başvuramayan veya başvurmak istemeyen işçiler, ihtiyaç duydukları işgücünü bulabilmek için bir başkasının yardımını isteyen işverenlerin işyerlerindeki işlere gönderilmektedir). Karar için bkz. BVerfG, NJW 1967/21, s.974-976=Becker, F. / Wulfgamm, J.: Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, B.1, N.1, Neuwied-Darmstadt-Luchterhand 1981 (EzAÜG), s.17-21.

(42) ILO Report VI, s.15.

(43) Bu yasa, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinde bulunmayı tekel hakkı olarak devlete vermekteydi. Dolayısıyla, özel aracılık faaliyetinde bulunmak ANG §48 Abs. 1 ile yasaklanmış; meslekî işçi devri de, belli koşulların varlığı ile özel iş aracılığı olarak kabul edilmişti. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kühne, s.51-78; Mittmann, s.112 vd.

(44) Maddedeki "gerekli iş aletleri ile donatmadan ve aracılığı yapılan kişi için işverene düşen sosyal sigorta yükümlerini üstlenmeksizin ..." ibaresi, "... gönderilen kişilerin bizzat işvereni olmaksızın ..." şeklinde değiştirilmişti. Bkz. ve karşılaştırmız ANG §48 Abs.5 ile AVAVG §58 Abs.4.

1967 yılında Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilince(45), meslek edinilmiş şekilde işçi verme faaliyeti serbestçe yapılmaya başlanmıştır. 1972 yılına kadar süren bu serbesti dönemi, anılan tarihte çıkartılan "İşçi Devri Yasası" (AÜG) ile sona ermiştir. Bu yasanın kabul edilmesinin nedenlerinden biri, izin alınmaksızın yapılan iş ve işçi bulmaya özel aracılık faaliyeti ile işgücünün devri faaliyetlerini birbirinden ayırt edebilmek ve böylece aracılık tekeline karşı kanuna karşı hile girişimlerini engelleyebilmektir(46).

Günümüzde hangi ölçütlerden hareketle iki faaliyetin birbirinden ayırt edilebileceği üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Üçlü bir görünüme sahip olmaları nedeniyle benzerlik gösterebilirler de, ödünç iş ilişkisi ile iş aracılığı arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak, ödünç iş ilişkilerinde işçi ile işgücüne yönelik olarak onu başkasına ödünç veren kişi arasında bir iş sözleşmesinin bulunması zorunludur. Buna karşın, iş arayan ile iş aracıları arasındaki ilişki bir iş sözleşmesine dayanmaz ve iş arayan, aracının işçisi olmaz(47). İş aracıları, iş arayan kişi ile işvereni, bir iş sözleşmesinin kurulması amacıyla karşılaştırır. Yoksa kendisi, iş arayan ile bir iş sözleşmesi ilişkisi içine girme amacı taşımaz. Çünkü, iş aracılığı faaliyetinin hedefi, iş arayan ile işçi arayan arasında bir iş sözleşmesinin kurulmasının sağlanmasıdır. İşçi ödünç verme faaliyetinde ise, işçi, ödünç verenin işçisidir ve ödünç süresi boyunca da bu durum değişmez. İkinci olarak, iş aracılığında iş aracılarının fonksiyonu, iş arayan ile işçi arayanı bir araya getirmekten ibarettir. İster bir iş sözleşmesinin kurulması ile isterse kurulamaması ile sonuçlansın, bu ikisinin bir araya gelmesiyle aracının görevi son bulur. Kısaca, iş aracılığı, "bir defalık geçmiş" olan bir faaliyettir(48). Buna karşın, ödünç verenin gerek işçi gerekse ödünç alan ile olan ilişkisi, en azından ödünç süresince devam etmek zorundadır. Dolayısıyla, ödünç iş ilişkisi sürekli bir ilişki niteliğini taşımaktadır.

Ele alınan bu farklılıklar karşısında, ödünç olarak işçiyi bir başkasına devretmenin iş aracılığı faaliyeti oluşturmadığı sonucuna varılabilir. Ancak, öyle bazı

(45) Bu karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Becker/Wulfgramm, Kommentar, Einl., Rn. 45 vd.

(46) Becker, Zeit-Arbeit, s.29. Ancak, Almanya'da 1994 yılında iş aracılığı tekelinin kaldırılmış bulunduğuna unutulmamalıdır.

(47) Schaub, Arbeitsrecht, s.923; Becker/Wulfgramm, Kommentar AÜG Einl., Rn. 45; Centel, s.60-61; Akyiğit, Tez, s.63.

(48) Nikisch, s.244; Trieschmann, Leiharbeiterverhältnis, 11/2; Akyiğit, Tez, s.63. Farklı görüş için bkz. Büren, R. von: Teilzeit und temporäre Arbeit, als neue formen von Dienstleistung im schweizerische Recht, Bern-Frankfurt a.M. 1971, s.191 vd.

durumlar vardır ki, bunlar somut olaydaki faaliyetin niteliği hakkında hemen karar vermeye engel olurlar. Öncelikle bu durumlardan birincisi, iş ödöncünün devam süresi ile ilgili olarak ortaya çıkar. İşgücüne yönelik olarak üçüncü bir kişiye devredilen işçinin, bu yabancı işyerindeki çalışma süresi, ilişkinin hukukî nitelendirilmesi açısından önem taşımaktadır. İşçinin, tarafı olduğu iş sözleşmesine yabancı olan ödönc alanın işyerinde, örneğin beş yıl gibi, uzun sayılabilecek bir süredir çalışmakta olduğu hallerde, hâlâ ödönc iş ilişkisinin varlığından söz edilip edilemeyeceği tartışılmak zorundadır(49). Böyle bir durumda, ödönc alan ve ödönc veren işverenler arasında yapılan işçi devri sözleşmesinin, aslında iş aracılığı faaliyetini gizleme amacını taşıdığı söylenebilir. Zira bir yandan, ödönc alan kişi işgücüne duyduğu ihtiyacı daimî bir işçi istihdam ederek gidermek yerine, geçici olarak başkasının işçisini çalıştırma yolunu seçmekte ve böylece işveren yükümlölüklerinden kurtulmak istemektedir; diğer yandan da, özellikle iş aracılığının bir kamu hizmeti olarak devlet eli ile yapıldığı ölkelerde, özel iş aracılığı yasağı dolanılmaktadır. Bu sakıncaların ortaya çıkmasına engel olmak için Alman yasakoyucusu, meslekî olarak yapılan işçi devirlerini azamî bir süre ile sınırlandırmıştır (AÜG Art. 1§1 Abs.2)(50). Bu düzenleme ile, işgücüne yönelik olarak devredilen işçinin aynı ödönc alan yanındaki çalışması, yasada öngörölen azamî süreyi kesintisiz bir istihdam ile aşar ise, artık bir iş ödöncünün değil, aksine bir özel iş aracılığının varlığı kabul edilmektedir(51). Almanya'daki iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinin bir tekel hakkı olarak Federal İş Bulma Kurumu eli ile yapıldığı 1.8.1994 tarihine kadar, yukarıda anılan durumun varlığında, yasaklanmış iş aracılığı söz konusu oluyor ve buna bağılı hukukî sonuçlar ortaya çıkıyordu(52). Ancak, 26.7.1994 tarihinde Çalışmayı Teşvik Kanununda yapılan bir değişiklik ile, 1.8.1994 tarihi itibarıyla iş aracılığı tekelî kaldırıldığı için, azamî sürenin aşılması halinde

(49) Benzeri bir tartışma ve değerlendirme için bkz. Akyiğit, Tez, s.63-64.

(50) Alman Hukukunda, işçi devirleri için geçerli olan azamî süre, dönem dönem farklılık göstermiştir. AÜG Art.1 §1 Abs.2'de yer alan düzenleme ile bu süre, önce üç ay olarak tespit edilmiştir. Daha sonra, 1985 yılında kabul edilen İstihdamı Teşvik Kanunu ile bu süre, 31.12.1989 tarihine kadar altı aya çıkarılmış; bu uygulama daha sonra 1.1.1994'e kadar devam etmiştir. Bu tarihten itibaren ise, dokuz aya çıkartılan azamî süre, AFRG Art.63 §3/b ile Nisan 1997 tarihinden itibaren de on iki aya yükseltilmiş bulunmaktadır. Bkz. AFRG. Art.63 ve Art.83 için BGBl. I 1997, s.714 ve 721.

(51) Ayrıntılı olarak bkz. Sandmann/Marschall, Kommentar AÜG Art.1 §1 Rn. 53; Becker/Wulfgramm, Kommentar AÜG Art.1 §1 Rn. 46a.

(52) AÜG Art.1 §10 Abs.1'e göre iş hukukuna ilişkin sonuçlar; AFG §228 Abs.1 Nr.2 ile § 227 Abs.1 Nr.2'e göre de cezai sonuçlar ortaya çıkıyordu. Ayrıntıları ile bkz. Schüren, Kommentar AÜG Art.1 §1 Rn. 353-354. Günümüzde de, AÜG'de belirtildiği gibi, işçi ile ödönc alan arasında bir iş ilişkisi doğmaktadır. Ayrıca lisansın bulunmamasına rağmen iş aracılığı yapmak da yine, AFG §227 ve 228'e göre cezai sorumluluk gerektirmektedir.

günümüzde, yasak iş aracılığından söz edilemeyecektir. Fakat, özel iş aracılığı faaliyeti için aranan lisansın (AFG §23 Abs 1; SGB-III §291 Abs.1, AVermV §1; AVV.§1) bulunmamasına bağlı olan hukukî sonuçlar(53) ortaya çıkacaktır.

Alman Hukukunun aksine, işçi devri sözleşmelerinin süresine azamî bir sınır getiren düzenleme Türk ve İsviçre Hukuklarında bulunmamaktadır. Pozitif düzenlemenin yokluğuna rağmen, aynı ödünç alanın yanındaki çalışmanın çok uzun ve kesintisiz bir süre devam etmesi halinde, artık bir iş aracılığı faaliyetinin varlığı sonucuna ulaşmak gerekir. Aksi durumun kabulü, iki gerekçe ile mümkün değildir. Öncelikle, işçinin ödünç iş ilişkisi örtüsü altında tutulması iş hukukunun pek çok koruyucu hükmünden yararlanmasına engel olan bir durum yaratacağından, onun kolaylıkla sömürülmesine yol açacaktır. Ayrıca, iş ve işçi bulmaya aracılık tekeli düzenleyen İş K.m.83 vd. hükümlerinin, ödünç veren işverenlerce bu yolla dolandırılması imkânını ortaya çıkaracaktır. Özel iş aracılığını kural olarak yasaklayan (İş K.m.85) ve bu tür faaliyetleri cezalandıran (İş K.m.105) bir hukukî düzenleme içerisinde, ödünçün süresinin de makul bir uzunlukta tutulması zorunludur(54). Doktrinde Akyiğit, işçi devri süresinin kesintisiz bir şekilde ve kıdem tazminatına hak kazandıracak bir uzunlukta devam etmesi halinde, bunun iş aracılığı olarak kabul edilmesi gereği üzerinde durmaktadır(55). Kıdem tazminatına hak kazanmak için gerekli olan yasal sürenin bir yıl olduğu (İş K.m.14 f.2) dikkate alınır ise, öne sürülen azamî sürenin yine uzun olduğu ve ülkemiz gerçeklerine pek de uygun düşmediği görülecektir. Kanımızca böyle bir durumda, işçi devri sözleşmelerindeki azamî sürenin, ihbar önellere düzenleyen İş K.m.13'den hareketle "altı ay" olarak kabul edilmesi, aradaki ilişkinin hukukî nitelendirilmesinde yaşanabilecek belirsizliğin bir an önce giderilebilmesi açısından daha yararlıdır.

Taraflar arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi yapılırken tartışılması gereken bir diğer nokta ise, ödünç veren işverenin ödünç süresi içerisinde işçiye karşı yükümlü olduğu işveren borçlarını üstlenmemesi durumudur. Alman Hukukundaki düzenlemede, işgücünün üçüncü kişiye devri faaliyetinde bulunan işverenin olağan işveren yükümlülüklerini ve rizikolarını üstlenmediği durumlarda, onun iş aracılığı

(53) Böyle bir durumda ortaya çıkan en önemli hukukî sonuç, özel iş aracısı ile yapılan anlaşmaların hükümsüz olmasıdır (SGB-III §297).

(54) Ödünç iş ilişkilerinin yasal bir çerçeveye oturtulmadığı hukukumuzda, sadece gerçek anlamda ödünç iş sözleşmelerinin kurulması mümkündür. Zira, konuya ilişkin özel bir düzenleme olmasa da, BK.m.320'de yer alan hüküm, gerçek anlamda ödünç iş ilişkilerinin temelini oluşturmaktadır. Ayrıntılı olarak bkz. Soyer, s.342 vd.; Engin, İHD, s.343 vd.; Ekonomi, M.: Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, ORHİM Seminerler Serisi, İstanbul 1986, s.190; Centel, s.63; Akyiğit, Tez, s.90; Akıntürk Türkmen, s.142 ve 146-147.

(55) Akyiğit, Tez, s.64-65.

faaliyetinde bulunduğu karine olarak kabul edilmektedir (AÜG Art. 1§1 Abs.2)(56). Olağan işveren borçlarının en belirginini ise, işçi ücretinin ödenmesidir(57). Hukukumuzda işçi ücretinin işveren dışındaki üçüncü kişilerce de ödenmesini mümkün (İş.K.m.26/1 ve BK.m.67) kılan düzenleme karşısında, işçi ücretinin ödünç alan işveren tarafından ödenmesi de imkân dahilindedir. Ancak ödünç iş ilişkilerinde, işçi ücretinin ödenmesi konusunda asıl sorumlu olanın ödünç veren işveren olduğu unutulmamalıdır(58). Bu nedenle, ödünç veren işverenin, ödünç süresi zarfında işçi ücretini ödeme konusundaki sorumluluğundan tamamen ve peşinen kurtulmasını içeren bir anlaşmanın varlığı halinde, ilişkideki gizli amacın iş aracılığı olduğu ve anılan kişinin işveren sıfatına sahip olmadığı kabul edilmelidir(59). Böyle bir durumda da, ödünç veren işveren bu sıfatını yitirerek iş aracısı konumuna sahip olacaktır. Ödünç alan kişi de, söz konusu işçinin işvereni olarak kabul edilecektir. Ayrıca, işçi ödünç verme görünümünü altında iş aracılığı tekeline ihlâl eden kişi, bu konudaki yasal yaptırım (İş K. m.105) ile karşılaşacaktır.

Bütün bu durumların dışında, ödünç iş ilişkilerinin yalnızca bir ödünç verme süresi ile sınırlandırıldığı olaylarda, ne gibi bir sonucun ortaya çıkacağı da tartışmalıdır. İsviçre Hukukunda, işçi ile yapılan ödünç iş sözleşmesinin yalnızca belli bir ödünç ile sınırlandırılarak belirli süreli olarak akdedilmesi imkânı, "geçici iş" adıyla yasal olarak tanınmış bulunmaktadır (AVV.Art. 27 Abs.2)(60). Alman Hukukuna göre ise, işçinin kişiliğinden kaynaklanan objektif bir nedenin varlığı halinde ödünç iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilmesi mümkün olup (AÜG Art. 1§9 Nr.2), bunun dışındaki bir sebeple belirli süreli ödünç iş sözleşmesi kurulması yolu kapatılmıştır(61). Türk Hukukunda ise, böyle bir durumda iş aracılığı faaliyetinin varlığı ile buna bağlı olan hukukî sonuçların ortaya çıkacağı kabul edilmelidir(62). Çünkü, ödünç süresi ile sınırlı bir iş sözleşmesinin yapılması halinde, tarafların gerçek amacı, bir iş ilişkisi ile bağlanmak değildir. Aksine, burada hedeflenen, yasaklanmış olan iş aracılığı faaliyetinin icrasıdır(63).

(56) Bu düzenleme için ayrıntılı olarak bkz. Becker/Wulframm, Kommentar AÜG Art.1 §1; Schüren, Kommentar AÜG Art.1 §1.

(57) Hueck/Nipperdey, s. 262; Çelik, s.102 vd.; Narmanlıoğlu, s. 211 vd.

(58) Nikisch, s.243; Nef, U. C.: Temporäre Arbeit, Bern 1971, s.74 vd.; Schaub, Arbeitsrecht, s.919; Becker/Kreikebaum, s.160.; Becker/Wulframm, Kommentar, Art.1 §11 Rn.49 vd. ve Rn.58 vd.; Rehbinden, Kommentar, Art.14 N.1 vd.; Soyer, s.344 vd.; Engin, İHD, s.346; Ekonomi, Yeni Yaklaşımlar, s.191; Akyiğit, Tez, s.141 vd.; Akıntürk Türkmen, s.147.

(59) Ayrıca bkz. Akyiğit, Tez, s.65-66.

(60) Ayrıntılı bilgi için bkz. Rehbinden, Kommentar, Art.12 Rn.4 vd.

(61) Ancak bu halde dahi, ödünç alanın yanındaki istihdam süresiyle sınırlı tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ayrıntılar için bkz. Becker/Wulframm, Kommentar AÜG Art.1 §1 Rn. 49b; Becker/Kreikebaum, s.61.

(62) Akyiğit Tez, , s.68 dn. 273.

(63) Aynı yönde Akyiğit, Tez., 67-68.

Bütün bu tartışmalardan sonra yanıtlanması gereken soru, ödünç iş sözleşmesi temeline dayanan bir ilişkinin, özel istihdam hizmeti türü sayılıp sayılmayacağıdır. Özellikle meslek edinilmiş şekilde işçi vermenin özel iş aracılığı türlerinden biri olduğu, bizzat Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bir raporunda ifade edilmektedir(64). Yine, muhtelif ülkelerin bu doğrultudaki soruları, UÇÖ tarafından müspet bir şekilde yanıtlanmıştır(65). Kanaatimizce de, burada tarafların güttükleri asıl amaç, işgücü ihtiyacının giderilmesi için geçici süreli bir istihdamın sağlanmasıdır. Ekonomik açıdan düşünüldüğünde, işçi ödünç verme faaliyetini devamlı olarak ve kazanç elde etmek amacıyla yapan kişinin hedefi, kendi adına bir işçi istihdam etmek değildir. Aksine, üçüncü bir kişinin geçici işgücü ihtiyacını gidererek bundan kazanç elde etmektir. Bu nedenle, meslek edinilmiş şekilde yapılan işçi verme faaliyetini, özel istihdam hizmetlerinin bir türü saymak gereklidir. Diğer bir söyleyişle, gerçek olmayan anlamda ödünç iş ilişkilerinin, bir iş sözleşmesi kurulmasına aracılık etme temeline dayanan dar anlamda iş aracılığı oluşturmamasına rağmen, geniş anlamda iş aracılığı faaliyeti içerisinde yer aldığı kuşkusuzdur.

V. SONUÇ

* İstihdam piyasalarında ortaya çıkan güncel gereksinimler, bir taraftan atipik iş ilişkilerinin doğmasına neden olmakta; diğer taraftan da, sayıları gittikçe artan açık ve gizli işsizlerin işe yerleştirilmesine yönelik çabaları yoğunlaştırmaktadır. Özellikle bu çerçevede, kamu iş bulma büroları dışında kalan özel iş ve işçi bulma bürolarının faaliyetleri çeşitlenerek çoğalmıştır. Ülkemiz de, uluslararası alanda görülen bu gelişmenin dışında kalamamıştır. Ancak söz konusu bu gelişme sonucunda, konuya ilişkin mevcut hukukî kurallar ile uygulama arasında bir takım uyumsuzluklar da ortaya çıkmaktadır. Konuya ilişkin yasal düzenlemelerde, uygulamanın gerektirdiği yasal değişiklikler yapılmadığı sürece, anılan çelişkili durum varlığını sürdürmeye devam edecektir. Dolayısıyla, uygulamada daha az sorun ile karşılaşabilmek için, iş aracılığı faaliyetinin tanımı iyi yapılmalı; yasal düzenlemeler ile özel bürolara getirilen yasakların sınırları belirlenmeye çalışılmalıdır.

* İşgücü arzı ve talebinin karşı karşıya geldiği istihdam piyasasında, iş arayanlar ile işverenler arasındaki bağlantıyı iş aracıları kurar. İş aracılarının bu çalışmalarını da, "iş arayana iş ve işçi arayana işçi bulma, iş arayanlar ile işverenleri iş ilişkilerinin kurulmasına yönelik olarak bir araya getirme faaliyeti" olarak ta-

(64) ILO 81 st Session 1994, Report VI.

(65) İsveç ve Norveç'in başvuruları ve Uluslararası Çalışma Bürosu'nun buna verdiği yanıtlar için bkz. Becker/Wulfgramm, Kommentar Einl., Rn. 106 ve 108. Ayrıca bu konuda bkz. Nef, s.28 dn.8; Ramm, s. 286 vd.; Akyiğit, Tez, s.68 dn. 272.

nımlanabilir. Kural olarak iş aracısı, iş arayanlarla işçi arayanların arasında yer alır ve kendisine başvuran kişi ile devamlı bir akdî ilişki içerisinde bulunmaz. Ancak günümüzde, iş aracılığı faaliyeti oldukça büyük bir çeşitlilik göstermektedir.

" İş arayana iş ve işçi arayana işçi bulmak, onlar arasında bir iş sözleşmesi kurulmasına aracılık etmek" olarak tanımlanan faaliyet, dar anlamda iş aracılığını oluşturmaktadır. Bu tür bir faaliyetin ayırt edici unsuru, işverenlerle iş arayanların aralarında bir iş sözleşmesi akdedebilmesine aracılık etmekten ibarettir. İş aracısının buradaki görevi, tarafları bir araya getirmektir. İş arayan ve işveren arasındaki iş sözleşmesine taraf olması ise söz konusu olamaz. Oysa günümüzde iş aracılığı dendiğinde, sadece bir iş sözleşmesi kurulabilmesi amacıyla tarafların karşılaştırılması çabaları anlaşılmamaktadır. Salt bir iş sözleşmesinin kurulmasına aracılık etmek faaliyeti dışında olup da istihdam piyasası taraflarını çeşitli şekillerde karşılaştırmaya yarayan her türlü faaliyet, geniş anlamda iş ve işçi bulmaya aracılık kavramının kapsamına girmektedir. Bu çerçevede, sanatsal faaliyetler için sanatçılar ile onlara ihtiyaç duyan kimseler arasında aracılık yapılması; iş ilânları ve kompüterize veri tabanı yöntemiyle istihdam piyasası taraflarına hizmet verilmesi; ihtiyaç fazlası işçilere yeni iş imkânları arayan tensikat "outplacement" kuruluşlarının hizmetleri; işverenlerin ihtiyaç duyduğu üst düzey yöneticilerin aranıp bulunması esassından oluşan "beyin avcılığı" (headhunters) faaliyetleri gibi çalışmalar söz konusu olmaktadır.

* İş aracılığı faaliyetine ilişkin olarak ülkemizde var olan yasal düzenlemelerin kapsamına sadece dar anlamda iş aracılığı girmektedir ve bu tür bir faaliyet, bir kaç küçük istisna dışında (İşK. m.85/2-3; 2547 s.K. m.47/b), sadece bir kamu iş kurumu olan "İş ve İşçi Bulma Kurumu" tarafından yapılabilmektedir (İşK. m.83 vd. ile m.105). Bu konuda mutlak tekelci sistemi benimseyen ülkemizde, geniş anlamda iş aracılığı faaliyetleri de yasal bir düzenlemeye bağlanmamıştır. Ayrıca bu tür faaliyetler, İşK. m.85/1' de öngörülen yasak kapsamına da dahil edilemez.

* Çağımızdaki gelişmeler, normal iş ilişkilerinin dışına taşan bir takım ilişkileri de beraberinde getirmiştir. Ödünç iş ilişkileri de bunlardan birisidir. Böyle bir ilişkide, işçi, kendi işvereni tarafından geçici bir süre çalışmak için üçüncü bir kişinin işyerine gönderilmektedir. Üç taraflı bir özellik gösteren böyle bir ilişkideki akdî bağlılık ise, sadece iki taraflı olarak ortaya çıkmaktadır: İşçi ile işveren arasındaki ödünç iş sözleşmesi ve ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki işgücünün devri sözleşmesi.

İşçilerin üçüncü bir kişiye devrini temel alan ödünç iş sözleşmelerinin, kâr elde

etme amacıyla ve meslek edinilmiş bir şekilde yapılabilmesi için, yasal düzenlemenin varlığı şarttır. Konuyu düzenleyen özel bir yasanın bulunmaması nedeniyle, bugün ülkemizde, meslekî olarak işçi ödünç verme faaliyetinin yapılması mümkün değildir. Ancak, BK. m.320 f.2' deki düzenleme doğrultusunda, gerçek anlamda ödünç iş ilişkilerinin kurulması imkân dahilinde bulunmaktadır. Böyle bir durum ise, söz konusu faaliyetin iş aracılığı açısından değerlendirilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir.

* İş aracılığı ile ödünç iş sözleşmesinin tanımları farklı olsa da, ulaşmak istedikleri iktisadî amaç bakımından büyük bir benzerlik göstermektedir. Öncelikle her iki faaliyette de, üçlü taraflı bir ilişki söz konusudur. Bunun dışında, gerek iş aracılığında gerekse ödünç iş ilişkisinde, işçi, bir diğerinin inisiyatifi ile bir başkasına gönderilmektedir. Diğer taraftan, istedikleri iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinde bulunabilme imkânının bir tekel hakkı olarak devlete verildiği ve bu alanın özel kişi ve kuruluşlara kapatıldığı ülkelerde, ödünç iş ilişkileri, bu yasağa karşı kanuna karşı hile amacıyla kullanılmaktadırlar.

* Yukarıda belirtilen benzerliklerine rağmen iş aracılığı ile ödünç iş ilişkileri arasında önemli bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bir ödünç iş ilişkisinde, işçi ile ödünç veren işveren arasında bir iş sözleşmesinin bulunması zorunludur. Oysa, özellikle dar anlamda iş aracılığında, iş aracı ile işçi arasında, iş sözleşmesine dayanan bir ilişki bulunmaz. Yani, iş arayan, iş aracısının işçisi olmaz. Bunun dışında, iş aracısının görevi, iş arayan ile işçi arayanın bir araya getirilmesiyle sona erer. İş aracı, bu karşılaşmanın sonucunda bir iş sözleşmesinin kurulup kurulmadığıyla ilgilenmez. Çünkü iş aracılığı, "bir defalık geçmişi olan" bir faaliyettir. Buna karşılık ödünç verenin, gerek işçi ile gerekse ödünç alan işverenle olan ilişkisi, işçinin devredildiği süre zarfında devam etmek zorunda olduğu için, ödünç iş ilişkisi, sürekli bir ilişki özelliği taşımaktadır.

* Anılan farklılıklardan yola çıkarak, ödünç iş ilişkilerinin iş aracılığı faaliyeti içerisinde değerlendirilemeyeceği söylenebilse de, somut bazı durumlarda bu yargının kesin olmadığı açıkça görülebilmektedir. Ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başkasına devredilen işçinin, ödünç alan işverenin işyerinde uzun süre çalıştırılması hali, uygulamada sorun yaratan ilk durumdur. Böyle bir durumda, ödünç veren ve ödünç alan işverenler arasında yapılan işçi devri sözleşmesinin, aslında iş aracılığı faaliyetini gizleme amacını taşımakta olduğu söylenebilir. Bu iki işverenden ödünç alan taraf, işgücü ihtiyacını gidermek için daimî bir işçi istihdam etmek yerine, geçici olarak başkasının işçisini çalıştırmaktadır. Bu esnada da olağan işveren yü-

kümlülüklerinden kurtulmaktadır. İşçisini başkasına ödünç veren işveren ise, iş aracılığında devlet tekeli ilkesinin benimsendiği ve özel iş aracılığının yasaklandığı ülkelerde, anılan yasağı dolanmaktadır. Özel iş aracılığı yapmanın yasal olarak mümkün olduğu ülkelerde ise, bunun için gerekli olan şartları yerine getirmeden bu tarz bir faaliyette bulunmaktadır.

Meslekî olmayan şekilde işçi vermenin mümkün olduğu ülkemizde, bir işveren işçisini, uzun sayılabilecek bir süredir başkasının işyerinde ve onun talimatları doğrultusunda çalıştırıyorsa, artık burada ödünç iş ilişkisinin değil, aksine özel iş aracılığının varlığı kabul edilmelidir. Bu sonuca, iş hukukunun genel ilkelerinden biri olan işçinin korunması gereğinden ve iş aracılığına ilişkin yasal düzenlemelerden ulaşılmaktadır.

* Sorun yaratan ikinci durum, ödünç veren işverenin ödünç süresince işçiye karşı yükümlü olduğu işveren borçlarını üstlenmemesi halidir. Bir ödünç iş ilişkisinde, işçi ile ödünç veren işveren arasında bir iş sözleşmesi vardır ve bu, münferit devirlerden bağımsız olarak varlığını devam ettirir. Buna rağmen, işverenin, anılan sıfatından kaynaklanan yükümlülüklerini üstlenmekten kaçındığı durumlarda, ilişkideki gizli amacın iş aracılığı olduğunun kabulü gerekmektedir.

* Ödünç iş sözleşmesinin sadece belli bir ödünç verme ile sınırlandırıldığı, yani işçi ile belirli süreli bir ödünç iş sözleşmesinin yapıldığı durumların da ayrıca tartışılması gerekmektedir. Almanya ve İsviçre gibi konuya ilişkin özel bir yasal düzenlemeye sahip olmayan hukukumuzda, böyle bir durumda iş aracılığı faaliyetinin varlığı kabul edilmelidir. Çünkü, münferit bir ödünç süresiyle sınırlı iş sözleşmesi yapılması durumunda, tarafların gerçek amacı bir iş sözleşmesiyle bağlanmak değil, aksine yasaklanmış olan iş aracılığı faaliyetinin gizlice yapılmasıdır.

* Bütün bu bilgilerden hareketle, ödünç iş ilişkilerinin bir çeşit özel iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti oluşturup oluşturmadığı sorununun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Ödünç iş ilişkileri kural olarak dar anlamda iş aracılığı kavramı içerisinde değerlendirilemez. Gerçek anlamda bir ödünç iş ilişkisi, ancak yukarıda belirttiğimiz durumlardan birinin varlığı halinde, istisnaen iş aracılığı oluşturabilir. Meslekî olarak yapılan ödünç iş sözleşmesi ise, iş arayan ile işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmasına aracılık etmeyi içeren dar anlamda iş aracılığı oluşturmaz. Ancak, bu tür sözleşmelere dayanan ilişkilerin geniş anlamda iş aracılığı faaliyeti içerisinde yer aldığı kuşkusuzdur.

TÜRK İŞ HUKUKUNDA KAPICILIK

Osman USTA(*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Genel Olarak. II- Konutların Kapıcılık Hizmetleri ve Konut Kapıcılığı. III- Kanunun Kapsamı Dışında Kalan Kapıcılar. IV- İş Kanununun Kapsamındaki Kapıcılar. A- Genel Olarak. B- Kaloriferli Konut Kapıcıları. C- Çalışmasını Aynı İşverene veya Aynı Konuta Hasreden Kalorifersiz Konut Kapıcıları. D- Hem Kaloriferli, Hem Kalorifersiz Binalarda Çalışan Kapıcılar. E- Hem İşyeri, Hem Konut Olarak Kullanılan Kalorifersiz Binalarda Çalışan Kapıcılar. V- Geçici Kapıcı. IV- Kapıcılık Sözleşmesi. A- Sözleşmenin Niteliği. B- Sözleşmenin İçeriği ve Şekli. C- Sözleşmenin Tarafları. D- Sözleşmenin Sona Ermesi. E- Sözleşmenin Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları. VII- Tarafların Borçları ve Yükümlülükleri. A- Kapıcının Borçları. B- İşverenin Borçları. VIII- Çalışma Koşulları ve Kapıcılarla İlgili Diğer Konular. A- Çalışma Süresi ve Ara Dinlenmesi. B- Konut Tahsisi. C- Yıllık Ücretli İzin. D- Vergi Muafiyeti. E- Toplu İş Hukuku Açısından Kapıcıların Durumu.

I - GENEL OLARAK

Ülkemizde köyden kente göç hareketinin büyük bir hız kazanmasının, kentlerin büyümesi ve mesken sorunlarının yoğunlaşması sonuçlarını ortaya koyduğu bilinmektedir. Kentleşme sürecinin bir başka sonucu da, tek ailenin oturabileceği konut tipinden, birden çok ailenin barınabileceği konut tipine geçilmesi olmuştur. Bu tip büyük yapıların inşası ve daha sonra "kat mülkiyeti" sisteminin yasalaşmış olması ise, özel nitelikli bir hizmet türü olan "kapıcılığın" gelişip yaygınlaşmasına yol açmıştır(2).

Bu hizmetlerde çalışan işçilerin İş Kanunu kapsamına alınması gerekli görülerek 1248 sayılı Kanunla, 931 sayılı eski İş Kanununun 5 inci maddesinin ikinci bendine bir fıkra eklenmiş ve "kaloriferli konut kapıcıları ile çalışmasını aynı iş-

(*) Sayıştay Emekli Uzman Denetçisi

(1) Bir isim benzerliğinin yol açtığı karışıklığı gidermek bakımından belirtmeliyiz ki, Yazarın, Mahalli İdareler Derneği ve bu Dernek tarafından yayınlanan dergi ile HİÇBİR İLGİSİ BULUNMAMAKTADIR.

(2) 2184 sayılı Kanuna ilişkin gerekçeden.

verene veya aynı konuta hasreden konut kapıcıları" İş Kanununun kapsamına alınmışlardır. Aynı hüküm, daha sonra çıkarılan 1475 sayılı İş Kanununun 5 inci maddesinin (e) fıkrasında da yer almış bulunmaktadır.

Ancak, konut kapıcılığı hizmetinin, İş Kanunu kapsamında bulunan diğer hizmetlerden farklı bazı özelliklere sahip olması, kanun hükümlerinin bu özelliklere uygun bir işlerlik göstermesini engellemiştir.

Bu nedenle, İş Kanununun ilgili hükümlerinin, konut kapıcılığı yapan işçilerin çalışma koşullarına hangi değişik biçimlerde uygulanacağını belirtmesi amacıyla, anılan kanuna 2184 sayılı Kanunla bir madde eklenmiş (Ek Madde 1); eklenen bu maddede bazı konulara açıklık getirilmesinin yanı sıra, "kapıcıların hizmetlerinin kapsam ve niteliği ile günlük çalışma sürelerinin, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık ücretli izin hakları ve kapıcı konutları ile ilgili hususların düzenlenmesinde uygulanacak değişik şekil ve esaslar"ın Çalışma Bakanlığınca çıkarılacak bir tüzükte belirtilmesi öngörülmüştür.

22.2.1979 tarih ve 2184 sayılı Yasanın 1. maddesiyle İş Kanununa eklenen geçici maddede(3) 6 ay içinde, yani 1979 yılı içinde çıkarılması gereken bu Tüzük, tam 16 yıl sonra, 31.12.1994 tarihli ve 22158 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle yürürlüğe konulabilmiştir.

II - KONUTLARIN KAPICILIK HİZMETLERİ VE KONUT KAPICILIĞI

Konut, bir insanın yatıp kalktığı, iş zamanı dışında kaldığı ya da tüzelkişiliği olan bir kuruluşun bulunduğu ev, apartman gibi yerlerdir(4). Konut Kapıcıları Tüzüğü'nde "konut" tabiri, bazen kapıcının çalıştığı apartman anlamında (örneğin m. 2; 3/e,g; 4/a,c), bazen de kapıcının ikamet ettiği yer anlamında (örneğin m. 3/1-h; 12) kullanılmıştır(5).

Hukuki metinlerde "konutların kapıcılık hizmetleri"nin ve "konut kapıcısı"nın bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, kapıcıların İş Kanunu kapsamına alınmasını öngören 3.4.1970 tarihli ve 1248 sayılı Kanuna ilişkin gerekçe, bu kanunun yasalaşması aşamasında TBMM'de açıklanan görüşler, İş Kanununun Ek 1.maddesine dayanılarak çıkarılan Tüzük hükümleri ve günlük hayatımıza hakim olan anlayış dikkate alındığında, şu şekilde yapılacak bir tanımın yanlış olmayacağını düşünüyoruz.

(3) 1.2.1989 tarih ve 3520 sayılı Yasa ile yeniden numaralanan bu madde İş Kanununda (Geçici Madde 6) olarak yerini almıştır.

(4) Türkçe Sözlük, TDK, 7.Baskı, Ankara 1983

(5) İlhan GÖÇER, Konut Kapıcıları Tüzüğü Üzerine, ÇİD. C: 9, S: 2, Mart 1995, s. 17

Konutların kapıcılık hizmetleri; (konutun kaloriferlerinin yakılması, ısısının ayarlanması ve söndürülmesi; kaloriferli olmayan konutlarda belirli zamanlarda dairelere odun ve kömür taşınması; hidrofor ve benzeri araçların çalıştırılması; konutun ortak ve genel yerlerinin temizlenmesi; demirbaşlarının, araç ve gereçlerinin, düzenli, bakımlı ve işler şekilde tutulması; binanın dış merdivenlerinin, yola isabet eden bina önünün kardan ve sudan arındırılması ve temizlenmesi; konutun güvenliğini sağlayıcı önlemlerin alınması; belirlenen saatlerde servis hizmetlerinin görülmesi, çöplerin toplanması; bahçenin bakımı ve sulanması; hizmet veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen diğer işlerin yapılması) işlerini ifade eder.

Konut kapıcıları, yukarıda sayılan işlerin tamamını veya bir bölümünü, ücret karşılığında ve bir özel hukuk sözleşmesine dayanarak yapan kişilerdir(6).

III - İŞ KANUNUNUN KAPSAMI DIŞINDA KALAN KAPICILAR

İş Kanununun "istisnalar" başlıklı 5. maddesinin ilk fıkrasının 8.bendinde yer alan hükme göre, "konutların kapıcılık hizmetlerinde" İş Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak, aynı maddenin ikinci fıkrasının (e) bendi ile getirilen bir başka hükümle, "kaloriferli konut kapıcıları ile çalışmasını aynı işverene veya aynı konuta hasreden konut kapıcıları", bu istisnanın dışında tutularak kanun kapsamına alınmışlardır.

Getirilen istisna o derece geniştir ki, maddenin getirdiği kural adeta istisna durumuna düşmüştür(7). Gerçekten, kanun yapma tekniğine pek de uygun düşmeyen, bu "istisna" ve "istisnanın istisnası" niteliğindeki hükümler bir arada incelendiğinde, sadece, çalışmasının tamamını aynı konuta veya aynı işverene hasretmeyen kalorifersiz konut kapıcılarının kanunun kapsamı dışında bırakıldığı görülecektir.

Kalorifersiz konut kapıcılarından İş Kanunu kapsamı dışında bırakılanlar, kanuni sürelerine ilişkin çalışmasının tamamını aynı işverene, ya da aynı konuta hasretmemiş olanlardır.

Gerçekten, İş Kanununun 5. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde, "kaloriferli konut kapıcıları ile çalışmasını aynı işverene veya aynı konuta hasreden konut kapıcıları"nın bu Kanun hükümlerine tabi oldukları belirtilmiş olup, bu hükmün karşıt kavramından çıkarılan sonuca göre, İş Kanununun uygulama alanı dışında kalan kapıcılar;

(6) ÇENBERCİ 1986, s. 195.

(7) Müjdat ŞAKAR, Bireysel İş Hukuku Açısından Kapıcıların Hukuki Durumu, Yargıtay Dergisi, C: 11, S: 1-2, Ocak-Nisan 1985, sh.132

- a) Muhtelif işverenlere ait muhtelif kalorifersiz konutlarda çalışan,
- b) Normal çalışma süresi içinde kalorifersiz konuttaki kapıcılık dışında bir başka işte çalışan,
- c) Anlaşmaya göre kısmi süreli (örneğin günde 3 saat veya haftada 3 gün gibi..) çalışan,
- d) Bir kısmı işyeri bir kısmı konut olarak kullanılan birden fazla kalorifersiz binada, sadece "konut"lara hizmet veren kapıcılardır.

Kanun Koyucu, İş Kanunu kapsamına almadığı bu tür konut kapıcılık hizmetini doğrudan doğruya İş Kanunu m.5/l'deki istisnalar arasında açıkça belirtilecekken, dolambaçlı yollarla istisnaya istisnalar tanıyarak bu sonuca ulaşmıştır(8).

Öte yandan, kapıcılarla ilgili olarak 5. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan hükümler, sadece "konutların" kapıcılık hizmetleri ile ilgilidir. Bu nedenle "iş hanı", "pasaj", "iş merkezi" gibi, "işyeri" olarak kullanılan binaların kapıcılık hizmetleri ve bu hizmetleri yürüten kapıcılar, 5.maddenin düzenleme alanı içine girmezler. Bunların İş Kanununa tabi olmaları yönünde istisnai nitelikte herhangi bir düzenleme bulunmadığından, işyeri kapıcıları ile bunların işverenleri, işyerleri ve işveren vekilleri hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanması icabeder. (İşK.m.2).

Ayrıca, kapıcının hizmet gördüğü binanın bir kısmı konut, bir kısmı da işyeri olarak kullanılıyor ve kapıcı bunların tamamına hizmet veriyorsa, bu takdirde de kapıcının İş Kanunu hükümlerine tabi olması gerekir. Hatta bu saydığımız kişiler hakkında, İş Kanununun kapıcılara özgü hükümlerinin değil; genel hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Bir başka ifade ile, sözü edilen işyerlerinin ya da kısmen konut kısmen işyeri olarak kullanılan binaların kapıcıları hakkında, m.5/l-8, 5/II-e, Ek Madde 1 ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan Tüzük hükümleri uygulanmayacak; anılan kişiler, İş Kanununa tabi herhangi bir işçi gibi işlem göreceklidir.

Şu duruma göre, konut kavramı dışında kalan işyerlerindeki kapıcılar, f.2/e'deki koşulların da gerçekleşmesine gerek olmaksızın mutlak denecek bir biçimde bu Kanun hükümlerine bağlı bulunuyorlar demektir. Bu bakımdan, örneğin sınai ve ticari müesseselere ait yerlerdeki kapıcılık hizmetlerinin eskisi gibi İş Kanununun uygulama alanı içerisinde bulundukları şüphe dışıdır(9).

(8) ŞAKAR, agy. s. 134.

(9) ÇENBERCİ 1986, s. 192

İş Kanunu kapsamı dışında kalan kapıcılar hakkında Borçlar Kanununun Onuncu Bölümünde yer alan "hizmet akdi"ne ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Her iki kanun arasındaki en önemli fark, "Borçlar Kanununun genel hükümlerine nazaran, İş Kanunu işçi haklarını ayrıntılı bir düzenlemeyle ele alarak korumaktadır."(10)

IV - İŞ KANUNUNUN KAPSAMINDAKİ KAPICILAR

A - GENEL OLARAK

"Kaloriferli konut kapıcıları ile çalışmasını aynı işverene veya aynı konuta hasreden konut kapıcıları", 3.4.1970 tarih ve 1248 sayılı Kanunla 931 sayılı İş Kanununun 5. maddenin ikinci fıkrasına eklenen ve 1475 sayılı Kanunda da aynen korunan (e) bendi ile İş Kanunu kapsamına alınmışlardır.

Kaloriferli konut kapıcıları ile çalışmasını aynı işverene veya aynı konuta hasreden konut kapıcılarının İş Kanunu kapsamına alınmaları, İş Kanunundaki hakların, borçların ve yükümlülüklerin, konut kapıcıları, konut işverenleri, konut yöneticileri ve konutun işyeri sayılan yerleri bakımından uygulanması gerektiği sonucunu da beraberinde getirmiştir. (m.2)

Ancak, daha sonra, konut kapıcılığı hizmetinin, İş Kanunu kapsamında bulunan diğer hizmetlerden farklı bazı özelliklere sahip olması nedeniyle, İş Kanununun ilgili hükümlerinin, konut kapıcılığı yapan işçilerin çalışma koşullarına hangi değişik biçimlerde uygulanacağını belirtmesi ihtiyacı doğmuş; bu amaçla 22.2.1979 tarihli ve 2184 sayılı Kanunla İş Kanununa bir madde eklenmiş (Ek Madde 1); bu maddede belirtilen bazı hususların ise çıkarılacak bir Tüzükle düzenlenmesi öngörülmüştür.

İş Kanununun 5. maddesindeki istisnalar arasında sadece "konut kapıcıları" sayıldığından, aynı kanunun 2. maddesi uyarınca, konut dışındaki işyerlerinde kapıcılık hizmeti yapan kişiler zaten İş Kanununun uygulama alanı içindedirler.

Daha açık bir ifade ile, İş Kanununun 5. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile Ek 1. maddesine konu edilen "kapıcılık hizmetleri" ve "kapıcı", sadece ve sadece "konut"larla ilgilidir. Yani "konut kapıcıları"dır. Dolayısıyla "iş hanı", "pasaj", "iş merkezi" ve benzeri işyerlerinin kapıcılık hizmetleri ile kapıcıları, İş Kanununun genel hükümlerine tabi olup, konumuz ve incelememiz dışındadırlar. Bu kişilere 5 inci madde, Ek 1. madde ve Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün uygulanması söz konusu değildir.

(10) ŞAKAR, agy. s. 135.

B - KALORİFERLİ KONUT KAPICILARI

İş Kanununun 5/II-e maddesinde, kanun kapsamındaki kapıcılar belirtilirken "kaloriferli konut kapıcıları ile..." denilmek suretiyle, kaloriferli konut kapıcıları, istisnasız Kanunun uygulama alanı içine sokulmuşlardır. Bu sonuca, İş Kanunu'na 2184 sayılı Kanunla eklenen (Ek madde 1) ve bu maddeye göre çıkarılan Tüzüğün 2. maddesindeki tanımdan da kolayca ulaşılabilir.

O halde, kaloriferli konut kapıcıları İş Kanununun uygulama alanı içindedirler. Bunun için konutun "kaloriferli" olması yeterlidir. Kanunda kaloriferde kullanılan yakıtın cinsi aranmadığı gibi, kaloriferin kapıcı tarafından yakılması şartı da aranmamıştır. Bu bakımdan, kömür, fuel-oil veya doğal gazla çalışan kaloriferin, kapıcıdan ayrı olarak istihdam edilen "kaloriferci" tarafından yakılması da mümkündür. Hatta binanın kalorifer sisteminin ortak değil de, bağımsız (kombili) olması dahi kapıcının İş Kanununa tabi tutulmasına engel değildir. "Zira, konutun kaloriferini çalıştırma, kapıcılık hizmetlerinin sadece bir bölümüdür ve sözleşilerek bu işin kapıcının görev alanı dışında tutulması mümkündür."(11)

Öte yandan kanun koyucu, kapsama alınmada konutun "niteliğini" ön planda tuttuğundan, konutun daire sayısı, oturanların malik veya kiracı olmalarının da önemi yoktur. Bu bakımdan, yalnız bir ailenin yararlandığı kaloriferli konutlardaki kapıcılar da İş Kanunu kapsamı içinde düşünülmelidirler."Lâkin anılan konutlarda şayet kalorifer bağımsız ve devamlı olarak bir kaloriferci tarafından çalıştırılmaktaysa, (yani kapıcı dışında bir de kaloriferci istihdam edilmekte ise), bu takdirde, çokluk İK m.5, f.1/IV' de öngörülen "ev hizmetleri"nin söz konusu olabileceği de gözden ırak tutulmamalıdır."(12)

Diğer taraftan, İş Kanununa tabi olmak bakımından, "çalışmasını aynı konuta veya aynı işverene hasretmek" koşulu, kalorifersiz konut kapıcıları için öngörüldüğünden, kaloriferli konut kapıcılarının birden fazla işverene veya konuta hizmet etmiş olmaları, onların İş Kanunu kapsamına alınmalarına engel bir durum yaratmaz.

Bu duruma göre, kaloriferli konut kapıcıları, şayet birden çok işverenin kaloriferli konutlarında çalışmaktaysa, her işveren bakımından işçi niteliğini taşıyacaklardır. Fakat bu çeşitli konutlardan bir kısmı eğer kalorifersiz ise, bu takdirde konut kapıcısının işçi niteliği, sadece kaloriferli konut işverenleri yönünden söz konusu olacaktır(13).

(11) ÇENBERCİ 1986, s. 196.

(12) ÇENBERCİ, 1986, s. 196, 197; Karşı görüş için bkz. ŞAKAR, agy. s. 133.

(13) ÇENBERCİ 1986, s. 197.

C - ÇALIŞMASINI AYNI İŞVERENE VEYA AYNI KONUTA HASREDEN KALORİFERSİZ KONUT KAPICILARI

Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde yer alan hüküm uyarınca, kalorifersiz konut kapıcıları hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi, iki halde mümkündür. Birincisi, kapıcının çalışmasını aynı "işverene" hasretmesi; ikincisi ise, aynı "konuta" hasretmesidir. Birinci halde "işveren"de teklik, ikinci halde de "konut"ta teklik aranmıştır.

Bent hükmündeki "çalışma"sözcüğünden maksat, Kanunda öngörülen günlük ve haftalık iş süresini kapsayan çalışmalardır. Bu sürenin fiilen çalışılarak geçirilmesi şart olmayıp, işverenin buyruğuna hazır biçimde boşta geçirilen süreler de iş süresinden sayılır.

1 - Çalışmasını aynı işverene hasreden kalorifersiz konut kapıcıları

Konut kapıcısı, çalışmasını aynı işverene hasretmiş ise, İş Kanunu kapsamındadır. Kapıcı, çalışmasını başka başka konutlara bölmüş olsa bile, bu konutların işverenleri aynı ise, kanun kapsamına girme yönünde, durumunda bir değişiklik olmayacaktır.

2 - Çalışmasını aynı konuta hasreden kalorifersiz konut kapıcıları

Kalorifersiz konutlarda, çalışmalarını "aynı konuta" bağlayan kapıcılar da İş Kanunu kapsamındadırlar. Konutun birden fazla işverenin bulunması bu durumu değiştirmez.

D - HEM KALORİFERLİ, HEM KALORİFERSİZ KONUTLARDA ÇALIŞAN KAPICILAR

Konut kapıcısı birden fazla konutta çalışıyorsa ve çalıştığı konutların hepsi kaloriferli ise, kapıcının tartışmasız İş Kanunu kapsamında olduğunu, "kaloriferli konut kapıcıları"nı incelerken belirtmiştik. Yine aynı yerde belirtildiği üzere, kapıcının çalıştığı konutlardan biri veya birkaçı kalorifersiz ise, kapıcı, yalnızca kaloriferli konut yönünden İş Kanununa tabi olacaktır.

E - HEM İŞYERİ, HEM KONUT OLARAK KULLANILAN KALORİFERSİZ BİNALARDA ÇALIŞAN KAPICILAR

Bazı bölümleri konut, bazı bölümleri işyeri olarak kullanılan kalorifersiz binalarda(14), hem konutlara hem de işyerlerine hizmet veren çalışan kapıcıların, "işyeri kapıcıları" gibi düşünülüp, İş Kanunu kapsamında olduklarının kabulü gerekir. Çünkü, "bu durumda istisnanın değil, kuralın uygulanması ile bu kapıcıların

(14) Örneğin, giriş katı "pasaj" olan kalorifersiz binalar.

İş Kanunu kapsamında olduklarının kabulü "işçinin korunması ilkesi"ne uygun düşecektir."(15) Kapıcının, bu konumdaki birden çok binaya hizmet vermesi de, kanımızca, İş Kanununa tabi olması yönünde bir engel oluşturmaz. Zira kapıcı, binalardan bir veya birkaçındaki işyerine hizmet vermekle İş Kanunu kapsamına girmektedir; aynı zamanda konutlara da hizmet ediyor olması, kapıcının kazandığı "işçi" niteliğini kaybettirmez.

Ancak, bu konuda bir hususun gözden kaçırılmaması gerekir ki, o da şudur: Bir bölümü konut bir bölümü işyeri olarak kullanılan kalorifersiz binalardaki işyeri veya işyerleri, İş Kanununun 5/1 maddesinin 5.bendi ile Kanun kapsamına alınmayan "507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinden" ibaret ise, böyle bir binada işyerlerine de hizmet veren kapıcı hakkında, yine de İş Kanunu hükümleri uygulanacak mıdır? Kanımca bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Çünkü, İş Kanununun 2. maddesi uyarınca, bu Kanun, örneğimizdeki işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işçilerine uygulanmaz.

Öte yandan, bir bölümü işyeri bir bölümü konut olan binalarda görevli kapıcı, sadece binalardaki konutlara hizmet veriyorsa, işyerlerinin hiçbir kapıcılık hizmetini görmüyorsa, bu takdirde, kapıcının çalışmasını aynı işverene veya aynı konuta hasredip hasretmediğine bakılacak ve ona göre bir değerlendirme yapılacaktır.

V - GEÇİCİ KAPICI

"Geçici Kapıcı" deyimi, Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün 11. maddesinde kullanılmıştır. Madde hükmüne göre, "Kapıcı yıllık ücretli izin, hastalık izni veya tatil günlerinde görevinden ayrıldığında yerine geçici kapıcı çalıştırılabilir. Geçici kapıcıya asgari ücretin altında ücret ödenemez."

Bu hükümden yola çıkarak bir tanım yapacak olursak, "geçici kapıcı, konutun asıl kapıcısının izin, hastalık veya tatil nedeniyle görevi başında bulunmadığı süre içinde çalıştırılan kişi"dir.

Geçici kapıcı ile işveren arasındaki ilişki ayrı bir kapıcılık sözleşmesine dayanır ve bu ilişki asıl kapıcının izni bitip işe başlamasına kadar devam eder. Bu bakımdan anılan sözleşme belirli süreli iş sözleşmesi niteliğindedir ve süre sonunda ayrıca fesih bildirimi gerekmezken kendiliğinden son bulur(16).

(15) Prof. Dr. Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 13.Bası, İstanbul 1996, s. . 61; ŞAKAR, s. 137.

(16) ŞAKAR, agy. s. 153.

İş Kanununun 8. maddesi, "nitelikleri bakımından en çok 30 iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla süren işlere sürekli iş denir." hükmünü taşımakta olup, geçici kapıcı tarafından yapılan işin niteliği, bu maddedeki "süreksiz iş" tanımına uymaktadır.

Kural olarak geçici kapıcı da İş Kanunu'na tabidir. Ancak, yaptığı işin sürekli olmaması, İş Kanununun bazı hükümlerinden yararlanmasını engellemektedir. Anılan Kanunun 8.maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Bu kanunun 3, 9, 11-22, 24, 25, 27, 49-59, 71, 76 ve 93 üncü maddeleri süreksiz işlere uygulanmaz. Süreksiz işlerde bu maddelerin konusu olan uyuşmazlıklarda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır."

Öte yandan, Tüzük hükmünde, geçici kapıcıya asgari ücretin altında ücret ödenemeyeceği belirtilmiştir(17).

VI - KAPICILIK SÖZLEŞMESİ

A - SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİ

Kapıcılık sözleşmesinin bir "hizmet sözleşmesi" mi, yoksa "karma sözleşme"mi olduğu öğretide tartışılmaktadır.

Karma sözleşme, "kanunda ayrı ayrı düzenlenmiş değişik sözleşmelere ait edimlerin, sözleşenlerin açık veya örtülü irade beyanları ile tek bir sözleşme teşkil edecek biçimde birbirleriyle birleştirilmesi, kaynaştırılması halinde ortaya çıkan bir sözleşmedir."(18) Kapıcılık sözleşmesinin bu tanıma uyduğunu, yani karma sözleşme niteliğinde olduğunu savunanlara(19) göre, belli hizmetler karşılığında bir konut tahsis edildiği için bir "kira sözleşmesi" vardır; elektrik, su ve ısınmadan yararlanması sağlanmışsa "satış sözleşmesi" vardır; ücret ödenmesi ve karşılığında hizmet alındığı için "hizmet sözleşmesi" vardır; ve bütün bunlar tek bir sözleşmede toplandığı için ortada "karma bir sözleşme" vardır.

Bu görüşlere katılmamız şu açılardan mümkün değildir: Birincisi, "kapıcılık" bir hizmettir; kapıcı hizmet verir, karşılığında da ücret alır. Dolayısıyla kapıcıyla yapılan sözleşmenin asli unsurları, hizmet akdi'nin de asli unsurları olan "hizmet" ve "ücret"dir. İkinci olarak, kapıcı konutu kiralanmamakta; tahsis edilmektedir. Ka-

(17) Geçici kapıcı, kural olarak İş Kanunu'na tabi olduğuna ve 8.maddesinin ikinci fıkrasında, süreksiz iş yapan bu ve benzer işçilere uygulanmayacak hükümler arasında, asgari ücrete ilişkin 33. madde de sayılmadığına göre, Tüzükteki bu hüküm olmasaydı dahi, geçici kapıcıya, asgari ücretin altında ücret ödenemeyecekti.

(18) Kenan TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, C: II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1974, s. 11; ŞAKAR, agy. s. 138.

(19) ÇENBERCİ 1986, s. 200, 201; A. Can TUNCAY, İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi (Doktora Tezi), İstanbul 1975, s. 131; TUNÇOMAĞ, age. s. 11.

pıcıya konut tahsis edilmesi, işin tabiatı gereğidir ve yasa uyarınca bunun karşılığında ücret alınması söz konusu değildir. Öyleyse bu tahsiste, kiralayan-kiracı ilişkisi bulunmadığından, Borçlar Kanununun 248. maddesinde tanımlanan kira sözleşmesinin unsurları oluşmamıştır. Son olarak, kapıcıdan elektrik, su, ısınma parası alınmayacağına sözleşmede belirtilmiş olması, bunların kapıcıya satıldığını değil; sözleşme ile kapıcıya aynı nitelikte bir menfaat sağlandığını gösterir. İşçilere sözleşmelerle sağlanan para ile ölçülmesi mümkün aynı menfaatler ise "geniş anlamda ücret" tanımına girmektedir.

Sonuç olarak, konut kapıcıları ile yapılan sözleşmeler, hizmet sözleşmesi olup, buna ilişkin kuralların uygulanması gerekmektedir(20).

B - SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ VE ŞEKLİ

Kapıcı ile yapılacak hizmet sözleşmesinin hangi hususları içermesi gerektiği, Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün 5. maddesinde açıklanmıştır. Maddede sayılan bu hususlar, sözleşmenin yazılı yapılması halinde geçerlidir. Zira Tüzükte hizmet sözleşmesinin yazılı yapılması zorunluluğu getirilmemiştir. Bu hale göre, hangi tür kapıcı sözleşmelerinin yazılı yapılacağı konusunda İş Kanununun 9. maddesi hükmünün uygulanması gerekir.

İş Kanununun 9. maddesinde ise, belirli süresi bir yıl veya daha uzun olan sürekli hizmet sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu belirtiltiğinden, kapıcının çalıştırılacağı süre önceden belirlenmişse ve belirlenen bu süre bir yıldan fazla ise, bu koşullarla çalıştırılması düşünülen kapıcı ile yazılı bir sözleşme yapılması zorunlu bulunmaktadır.

İş Kanunu'na 2184 sayılı kanunla eklenen maddenin son fıkrasında, "kapıcıların hizmetlerinin kapsamı ve niteliği ile" fıkra hükmünde sayılan diğer hususların tüzükte belirtilmesi öngörüldüğünden, kapıcı ile imzalanacak sözleşme içeriğinin Tüzük hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Bu duruma göre "tarafklar sözleşmenin içeriğini belirleme bakımından tam bir özgürlüğe sahip değildirler." (21) Örneğin, "kapıcının apartmanın kırıları, dökülen ve arızalanan yerlerinin onarımını yapmakla yükümlü olduğu"na ilişkin bir sözleşme hükmü, Tüzüğün 4. maddesine aykırı olacaktır. Tüzüğe aykırılık teşkil edecek bu ve benzeri bir düzenlemede, Borçlar Kanununun 20.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, sözleşme tümden geçersiz olmayıp, sözleşmedeki o hüküm geçersiz sayılacaktır.

(20) Aynı görüş için bkz. ÇENBERCİ 1986, s. 201; ŞAKAR, agy. s. 139.

(21) ÇENBERCİ 1986, s. 205, 206

Öte yandan, Tüzüğün 5. maddesinin ikinci fıkrasında, sözleşmenin yazılı yapılmaması hali, İş Kanununun 9. maddesinin ikinci fıkrasına benzer biçimde düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca, yazılı hizmet sözleşmesi yapılmaması halinde, kapıcıya işvereni ve yöneticinin kimliğini gösteren, çalışma koşullarını ve görevlerini belirten imzalı bir belge verilir. "Ancak bu belge bir sözleşme niteliğini taşımaz; çünkü taraflardan sadece birinin, işverenin, imzasını taşımaktadır. Bu belge ile işçi, sadece çalışma şartlarını ispat edebilmesini kolaylaştıran bir imkân elde eder."(22)

Diğer taraftan, Tüzüğün 5. maddesinde, yazılı sözleşmelerde yer alması gereken hususlar belirtilirken, "ücret ödeme şekli ve zamanı"nın hizmet akdinde bulunması öngörülmüş, fakat "ücret"in yer alacağından söz edilmemiştir. Bu düzenleme 1475 sayılı İş Kanununun 11. maddesine uygun düşmemektedir. Çünkü söz konusu madde "ücret"in bulunmasını gerekli kılmış(tır)...Bu bakımdan uygulayıcıların yapacakları hizmet akitlerinde kapıcı ücretini belirtmelerinin yasa gereği olduğunu hatırlatmak isterim(23).

Son olarak, İş Kanununun 9. maddesi uyarınca, taraflarca imzalanan yazılı sözleşmeler veya işverence kapıcıya verilecek belgeler, damga vergisi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır.

C - SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Konut kapıcılığı sözleşmesinin, bir yanda ücret karşılığı hizmet gören "kapıcı", diğer yanda ücret karşılığı hizmeti gördüren "işveren" olmak üzere, iki tarafı bulunmaktadır. Kapıcılarla yapılan hizmet sözleşmesini işveren adına çokluk yöneticiler imzalamakta ise de, Tüzüğün 3. maddesinde de belirtildiği üzere, işveren vekili olan yöneticinin kapıcıyla hizmet sözleşmesi yapmak ve hizmet sözleşmesini feshetmek yetkisi, "işverence kendisine yazılı yetki verilmesi koşuluyla" geçerlidir.

1) Kapıcı

Konut kapıcıları ile ilgili düzenlemelerde konut kapıcılığı için "yaş", "cinsiyet", "medeni durum" ve benzeri herhangi bir koşul öngörülmediğinden(24), diğer işçiler için mevzuatta yer alan esaslar, kapıcılar için de geçerli olacaktır.

Sözgelimi, kapıcılık sözleşmesine taraf olabilme ehliyeti, yani geçerli bir sözleşme yapabilme ehliyeti, diğer işçilerin bağlı oldukları hükümlere tabidir. Ehliyet

(22) ŞAKAR, agy. s. 139

(23) GÖÇER, agy. s. 17, 18.

(24) Bu tür bir koşul, kuşkusuz Anayasa'ya aykırı olurdu.

konusunda genel olarak bildiklerimiz kapıcılar için de geçerlidir(25). Örneğin, İş Kanununun “çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı”na ilişkin 67. maddesi; ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırma yasağı ile ilgili 78. maddesi ve bu maddeye göre çıkarılan Tüzük hükümleri(26), kapıcılar hakkında da uygulanacaktır.

Ayrıca, kapıcılık için “yabancı uyruklu olmamak” koşulu bulunmaktadır. Gerçekten, 11.6.1932 tarihli ve 2007 sayılı “Türkiye’deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun”un 1. maddesinin (A) bendinde, “her türlü müesseselerle ticarethane, apartman, han, otel ve şirketlerde ...kapıcılık...” işi, Türk vatandaşı olmayanlara yasaklanmıştır. “Yasağa rağmen çalışan yabancı, işçi sayılamaz. İşçi haklarından yararlanamaz, ancak, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kurallarının yardımıyla bazı talepler ileri sürebilir”(27).

Öte yandan, çalıştırılan kapıcı kadın ise, İş Kanununun “analık halinde çalıştırma yasağı”na ilişkin 70. maddesi de uygulamada göz önünde bulundurulacaktır.

2) İşveren

İş Kanunu’na 2184 sayılı Kanunla eklenen ek 1. madde hükmüne göre, kanun kapsamındaki konut kapıcılarının işvereni, konutun maliki veya ortaklarıdır. Bu hüküm, Konut Kapıcıları Tüzüğü’nde de aynen tekrarlanmıştır.

Bu duruma göre kiracılar, konut kapıcılarının işvereni sayılmazlar. Ancak, malik veya ortakların oturmadığı bir binada, kiracılar tarafından tutulan kapıcının işverenin de kiracılar olması gerekir(28). Çünkü, kapıcı çalıştırmanın yasal yönden zorunlu bulunmadığı ve konut maliki veya ortaklarının da rıza göstermedikleri konutlar için konut işvereni olarak konutun maliki veya ortaklarını kabul etmeğe cevaz olmasa gerektir. Fakat (Ek Madde), kiracıları da konutun işvereni saymamaktadır. Bu durumda, Çenberci’ye göre, kiracıların gerçekleştirdikleri bu kapıcılık sözleşmesi dahi geçerlidir ve kapıcının işvereni, kiracılarıdır; fakat bu durumda kapıcı İş Kanununun kapsamına dahil değildir(29). Bu görüşe bir katkı olarak şunu da belirtmeliyiz ki, İş Kanunu kapsamındaki konut kapıcıları için sözleşmenin

(25) ŞAKAR, agy. s. 139.

(26) 29.3.1973 tarihli ve 7/6174 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 9.4.1973 tarih ve 14502 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle yürürlüğe konulan, Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü’nün sonundaki cetvelin 100.sirasında, “ocakçılık, ateşçilik işleri ile ocak ve baca temizleme işleri” ağır ve tehlikeli işlerden sayılmış, 18 yaşını bitirmemiş çocukların ve kadınların bu işlerde çalıştırılmayacağı belirtilmiştir. Öğretideki yaygın görüş, kapıcılık hizmetlerine giren kaloriferçilik işlerinin, bu kapsama girdiği yolundadır. (Bkz. ŞAKAR, agy. s. 140)

(27) TUNÇOMAÇ, age. s. 135, ŞAKAR, agy. s. 140.

(28) Aynı görüş için bkz. ŞAKAR, agy. s. 140.

(29) ÇENBERCİ 1986, s. 205.

geçerlik şartı, Ek Madde 1 ve Tüzüğün kabul ettiği işveren, (yani konutun maliki veya ortakları) ile kapıcı arasında kurulmuş olmasıdır. İşveren tarafının malik veya ortak olmadığı bir kapıcılık sözleşmesine, İş Kanunu açısından geçerlik tanınmaz. Öyle ise, kiracılar ile kapıcı arasında kurulan sözleşmeye dayalı iş ilişkilerinin İş Kanununa göre değil; Borçlar Kanunu'na göre değerlendirilmesi daha doğru olur.

Öte yandan, uygulamada sıkça rastlanan bir konu da, kiracıların barındığı konutta kapıcının kiralayan (çoğu zaman malik) tarafından tutulup işe başlatıldığı, fakat kira sözleşmelerinde ücretin kiracı tarafından ödenmesinin şart koşulduğu durumlarıdır. Kanımızca burada işveren olarak kiralayanı, yani maliki kabul etmek gerekir. Yargıtay kararlarındaki düşünceye göre bu tür uygulamalarda BK. m. 111'de öngörülen "üçüncü kişi yararına sözleşme"ye ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir(30). Zira, burada anılan şart ile bu kimseler ve kiracılar arasında hizmet akdi doğmuş olmayıp, ücretin üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumu söz konusudur. (İş K.md.26)(31) Kapıcı parasının kiracı (veya yönetici) tarafından ödenmesi sözü edilen kimseleri işveren olarak kabul etmeyi gerektirmez; yönetici veya kiracının kapıcı ücretini kat maliki adına ödediği esastan hareket etmek daha uygun olacaktır(32).

3) İşveren Vekili (Yönetici)

Ek 1.maddedeki hükme göre konut yöneticisi, işveren vekili olup, mali sorumluluklar işverene ait olmak üzere, yargı uyuşmazlıklarında ve bu Kanunun uygulanması bakımından işverenin temsilcisidir. Tüzüğün 2. maddesinde ise yönetici, "işveren vekili olarak hareket eden kişi" şeklinde tarif edildikten sonra, 3. maddesinde, "konut yöneticisi, kişisel kusurundan doğanlar dışındaki mali sorumluluklar işverene ait olmak üzere, İş Kanunu ve bu Tüzük hükümlerinin uygulanmasında ve yargı uyuşmazlıklarında işverenin temsilcisidir." denilmek suretiyle, işveren vekili olan yöneticinin daha ayrıntılı bir tanımı yapılmıştır.

Yönetici, işveren vekili olarak kabul edildiğine göre, "yönetici ile kapıcılık sözleşmesi yanan kişi aslında kat malikleri ile sözleşme yapmış sayılır."(33) Çünkü yönetici sözleşmeyi maliklerin kararı uyarınca ve onlar adına yapmaktadır. Nitekim, Tüzüğün 3. maddesinin (a) bendinde, yöneticinin, "işverence kendisine yazılı yetki verilmesi koşuluyla" kapıcı ile hizmet sözleşmesi yapma ve sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Bu durumda yönetici, kapıcılık sözleşmesinin tarafı değil; taraflardan birinin (işverenin) vekili ya da temsilcisi konumundadır.

(30) Aynı görüş için bkz. ÇENBERCİ 1978, s. 246; ŞAKAR, agy. s. 142; aşağıdaki kararlar.

(31) ÇENBERCİ 1978, s. 235, dipnot 49.

(32) NARMANLIOĞLU, Karar İncelemesi, İHU, İş K 5 (No.1).

(33) TUNÇOMAĞ, age. s. 71; ŞAKAR, agy. s. 141.

Yöneticinin atanması ve görevinin sona ermesi ile ilgili hususlar, Kat Mülkiyeti Kanununun 34. maddesinde düzenlenmiştir. İş Kanunu Ek Madde 1'de ve Tüzükte ise bu konuya yer verilmemiştir. 34. madde hükmüne göre kat malikleri, ana gayrimenkulün yönetimini kendi aralarından veya dışarıdan seçecekleri bir kimseye veya üç kişilik bir kurula verebilirler; bu kimseye (Yönetici) kurula da (Yönetim Kurulu) denir. Ana gayrimenkulün sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü varsa, yönetici atanması mecburidir. Ana gayrimenkulün bütün bölümleri bir kişinin mülkiyetinde ise, malik kanunen yönetici durumundadır.

Yöneticinin görev, yetki ve sorumlulukları, Tüzüğün 3. maddesinde sayılmıştır. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa tabi konutlar bakımından yöneticinin görevleri, sorumluluğu ve hakları ise, anılan Kanunun 35 ilâ 40'ncı maddelerinde belirtilmiştir. Kat Mülkiyeti Kanununa göre yönetici, kat maliklerine karşı aynen bir vekil gibi sorumludur (m.38). Bunun yanı sıra yönetici, kaide olarak vekilin haklarına sahiptir (m.40).

Yöneticinin görev, yetki ve sorumluluklarının hem Tüzükte ve hem de Kat Mülkiyeti Kanununda düzenlenmiş olmasının, uygulamada tereddüt ve çelişki yaratacağı; Kat Mülkiyeti Kanununa göre vekil gibi sorumlu olan yöneticinin görev ve sorumluluğuna giren hususların Tüzükte sayılanlarla sınırlı olmadığı yolundaki eleştirilere(34) karşın, kapıcıların görev yaptıkları konutların tümünün Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmayabileceği gerçeği karşısında, Tüzükle yapılan düzenlemenin uygulama açısından faydalı olacağı kanısındayız. Örneğin, 634 sayılı Kanunun 50/II. maddesi uyarınca tümü kâğır olmayan yapılarda kat mülkiyeti kurulması yasaklanmış olup, böyle bir yapıda maliklerce atanan "yönetici"nin görevleri, 634 sayılı Kanuna göre değil; Tüzük hükümlerine göre belirlenecektir(35).

D - SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Kapıcılık sözleşmesinin sona erme sebepleri, hizmet akdinin sona erme sebeplerinden farksızdır. Buna göre kapıcılık sözleşmesi şu hallerde sona ermiş sayılır:

- *Sözleşmenin geçersizliği:* Kapıcı ile işveren arasındaki iş sözleşmesi "kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlak ve adaba aykırı ve taraflardan biri veya her ikisi ehliyetsiz veya sözleşmenin konusu olanaksız ise" Borçlar Ka-

(34) GÖÇER, agy. s. 17.

(35) Ancak, kat irtifakı kurulmuş gayrimenkullerde yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmışsa, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi ana gayrimenkulün yönetiminde kat mülkiyeti hükümleri uygulanır. (634 sK. m.17/son).

nununun 20. maddesi uyarınca baştan itibaren geçersizdir. Örneğin yabancı uyruklu kişilerin, Türkiye'de kapıcılık yapmaları 2007 sayılı Kanuna göre yasaklanmış olup, bu yasağa rağmen çalıştırılan yabancı uyruklu kişinin sözleşmesi, baştan itibaren yok sayılır.

- *Sürenin bitimi*: Borçlar Kanununun 338. maddesine göre, hizmet sözleşmesi, belirli bir süre için yapılır veya böyle bir süre işle güdülen amaçtan anlaşılırsa, tersi kararlaştırılmış olmadıkça, bozma bildirimi gerekmez, sürenin bitimiyle sona erer.

- *Hangi sebeple olursa olsun, taraflardan birinin sözleşmeyi bozması*: Taraflar kapıcılık sözleşmesini her zaman sona erdirebilirler. Fesih, kanunen haklı görülen ya da görülmeyen bir sebeple yapılmış olabileceği gibi, sözleşmenin hiçbir sebep gösterilmeksizin sona erdirilmesi de mümkündür. Ayrıca feshin, ihbarlı veya ihbarsız yapılması da olanaklıdır.

Ancak, sözleşmeyi bozma özgürlüğünü kullanan tarafın, bunun sonuçlarına da katlanması gerekir. Haksız ve sebepsiz feshin müeyyideleri ise, başlıca ihbar ve kıdem tazminatıdır.

- *Ölüm*: Borçlar Kanununun 347. maddesi uyarınca iş sözleşmesi, kapıcının ölümüyle sona erer. İşverenin ölümü durumunda ise, iş sözleşmesi kural olarak sona ermez ve sözleşmeden doğan hak ve borçlar işverenin mirasçılarına geçer. Ancak sözleşme, başlıca işverenin kişiliği göz önüne alınarak yapılmışsa, işverenin ölümü ile sona erer.

Bu hükümlerden çıkarılacak sonuca göre, birden fazla işvereni (maliki) bulunan konutlarda, kapıcılık sözleşmesi, başlıca bunların kişiliği göz önüne alınarak yapılmadığından, maliklerden birinin ölümü, sözleşmeyi sona erdirmez. Ancak tek işverene bağlı olarak çalışan kapıcılar bakımından sözleşmenin sona erip ermeyeceği, Borçlar Kanununun yukarıda açıklanan 347. maddesi hükmüne göre belirlenmelidir.

- *Tarafların anlaşması* : Süresi belirli veya belirsiz iş sözleşmeleri tarafların karşılıklı rızaları ile her zaman sona erdirilebilir. Karşılıklı anlaşma bulunduğunda, sözleşmenin istenildiği zaman sona erdirilmesi yönünde, sınırlayıcı veya yasaklayıcı herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır(36).

- Sayılanların dışında, konut işyerinin, istimlak, yıkım, kullanılmaz hale gelmesi, vs. gibi sebeplerle kapanması da kapıcılık sözleşmesini sona erdiren sebepler arasında sayılabilir.

(33) "Hizmet sözleşmesi, tarafların anlaşmaları ile bildirim önelinin geçmesi beklenmeksizin her zaman sona erdirilebilir. Anlaşma açık olabileceği gibi, zımni de olabilir. Somut olayda, hizmet sözleşmesinin tarafların karşılıklı rızaları ile sona erdirildiğinden ihbar tazminatına karar verilemez." (Yarg. 9.HD. 21.2.1994 T., E. 2473, K. 2638).

E - SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Kapıcılık sözleşmesinin sona ermesinin belli başlı sonuçları, çalışma belgesi verilmesi, kıdem tazminatı verilmesi ve kapıcı konutunun boşaltılmasıdır. Ayrıca, kapıcılık hizmet sözleşmesi, İş Kanununun 13. maddesinde yazılı ihbar sürelerine uyulmadan sona erdirilmişse, kıdem tazminatına ilaveten, ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü de ortaya çıkmaktadır.

1) Çalışma Belgesi

İş Kanununun 20. maddesi uyarınca işinden ayrılan kapıcıya, işveren (veya yönetici) tarafından işinin çeşidinin ne olduğu ve süresini gösteren bir belge verilir. İşverenin belgedeki imzası, işçi dilerse o yerdeki muhtar veya mülki amir tarafından onaylanır.

İşveren, kapıcının istediği belgeyi vermemekte direnirse veyahut belgeye kapıcı için doğru olmayan yazılar yazarsa, kapıcının yahut yeni işine girdiği işverenin isteği üzerine, o yerdeki muhtar veya mülki amir tarafından yapılacak inceleme sonucunu gösteren bir belge, kapıcıya veya yeni işverene verilir. Muhtar veya mülki amir tarafından yapılacak inceleme bir haftada bitirilir ve gerekli belge muhtar veya mülki amirlikçe verilir.

Belgenin vaktinde verilmemesinden veyahut belgede doğru olmayan yazılar bulunmasından zarar gören kapıcı veyahut bu kapıcıyı işine alan yeni işveren eski işverenden zarar ve ziyan isteyebilir.

Bu belgeler her türlü resim ve harçtan muaftır.

Aynı konu Borçlar Kanununun 335. maddesinde de düzenlenmiş olup, bu hükümlere göre verilmesi gereken belgeler, öğretide "alelade çalışma belgesi" olarak adlandırılmaktadır. İşçiye verilen belgede, işçinin işi ve davranışları hakkında işverenin görüşü de belirtiliyorsa, bu şekilde düzenlenen belgeler de "tam çalışma belgesi" veya "bonservis" olarak anılmaktadır(37). Alelade çalışma belgesinin verilmesi zorunlu olmakla birlikte, tam çalışma belgesi veya bonservisin verilmesi konusunda işverene zorunluluk yükleyen bir düzenlemeye, iş hukukumuzda yer verilmemiştir.

2) Kıdem Tazminatı(38)

Konut kapıcılarının kıdem tazminatına hak kazanma koşulları, tazminata esas hizmet ve ücret ile tazminatın tavanı ve miktarı konusunda, bu kanunun 14. maddesi hükümleri uygulanacaktır.

(37) Bkz. TUNÇOMAÇ, age. s. 248; ÇELİK 1996, s. 185; ŞAKAR, agy. s. 149.

(38) Kıdem tazminatı konusunda daha ayrıntılı bilgi için "İŞ HUKUKUNDA AKDİN FESHİNDEN DOĞAN TAZMİNATLAR VE UYGULAMALARI" isimli kitabımıza bkz.

14.madde hükmüne göre, kapıcılık sözleşmesinin;

- İşveren (veya vekili) tarafından Kanunun 17.maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,

- Kapıcı tarafından bu Kanunun 16. maddesi uyarınca,

- Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

- Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla,

Feshedilmesi veya;

- Kadının (kapıcı kadın ise) evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi, veya;

- Kapıcının ölümü sebebiyle son bulması hallerinde, kapıcının işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence kapıcıya 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.(m.14/I) Ancak, kıdem tazminatına esas hizmet süresi bakımından, konut kapıcılarının İş Kanunu kapsamına alındıkları 11.4.1970 tarihinden önceki hizmetlerinin dikkate alınmaması gerekmektedir(39).

Kıdem tazminatına esas alınacak ücret, kapıcının son ücretidir. Ve bu ücrete para ve para ile ölçülmesi mümkün sözleşmeden veya kanundan doğan menfaatler de dahil edilir.(m.14/IX, XI) Örneğin, elektrik, su ve yakıt parası almamak suretiyle kapıcıya bir menfaat sağlanıyorsa ve sağlanan bu menfaatlerin para ile ölçülmesi de mümkünse, kapıcının son brüt ücretine, bu menfaatler de eklenecek ve ödenecek kıdem tazminatı bu şekilde hesaplanacaktır.

Mevzuatın işveren tarafından sağlanmasını zorunlu kılmadığı, fakat sağlanmışsa bedellerini ve katılma paylarını isteyemeyeceği kapıcı çıkarları kıdem tazminatında göz önünde tutulamaz(40). Bu tür çıkarlara örnek olarak, kapıcılara konut tahsisi gösterilebilir. O halde, kapıcıya kirasız konut verilmesi suretiyle sağlanan menfaatin bir karşılığı olmadığından, bunun kıdem tazminatına esas ücrete yansıtılması olanaklı değildir.

Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi

(39) "Aptaman kapıcıları 1248 sayılı Kanunla 11.4.1970 tarihinden itibaren İş Kanununa tabi olduklarına göre, kanundan doğan hakları bu tarihten itibaren hesap edilmelidir." (Yarg. 9.HD. 6.7.1972 T., E. 971, K. 39099 - ŞAKAR, s. 150, dipnot 59).

(40) ÇENBERCİ 1986, s. 209.

suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur.(m.14/IX) Değişkenlik arz eden menfaatler için de bu yöntemin uygulanması, Yargıtay'ın benimsediği bir görüştür(41).

ÖRNEK : 1.1.1978 tarihinden bu yana aynı işyerinde kapıcılık hizmeti gören (A), 1.1.1998 tarihinde emeklilik sebebiyle işten ayrılmıştır. Kapıcının son ücreti aylık maktu 60.000.000 liradır. Kapıcı dairesinde elektrik ve su sayacı vardır ve kapıcının aylık 10 m³ ' e kadar olan su sarfiyatı ve 50 KWS'a kadar olan elektrik sarfiyat bedeli işverence karşılanmaktadır. Kapıcıdan yakıt parası alınmadığı gibi, kalorifer için alınan yakıtın ne kadarının kapıcı dairesi için sarf edildiği yolunda herhangi bir ölçüm de yapılmamaktadır. Kapıcı dairesi için son bir yıl içinde 16.000.000 lira su parası ve 9.800.000 lira da elektrik parası ödenmiştir.

Bu verilere göre kapıcının hizmet süresi 20 yıl; bir güne isabet eden ücreti (60.000.000 : 30 =) 2.000.000 lira; bir güne isabet eden sözleşmeye dayalı menfaatler (16.000.000 + 9.800.000 = 25.800.000 : 365 =) 70.685 lira; kıdem tazminatına esas bir günlük ücret ve ekleri toplamı (2.000.000 + 70.685 =) 2.070.685 liradır.

Bir yıllık hizmet karşılığı hak kazanılan kıdem tazminatı (2.070.685 x 30 =) 62.120.550 lira,

Toplam 20 yıllık hizmeti karşılığı kıdem tazminatı ise (62.120.550 x 20 =) 1.242.411.000 liradır.

Bu miktardan sadece Damga Vergisi kesintisi yapılacak ve kalan miktar imza karşılığında kapıcıya ödenecektir.

3) İhbar Tazminatı(42)

İş Kanununun 13. maddesi uyarınca, süresi belirli olmayan sürekli hizmet akitlerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Bildirim süreleri ise, işi altı aydan az sürmüş olan işçiler için 2 hafta; işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçiler için 4 hafta; işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçiler için 6 hafta; işi üç yıldan fazla sürmüş olan işçi için de 8 haftadır.

Buna göre, hizmet sözleşmesini bozmak isteyen taraf, hizmet süresine göre yukarıda belirtilen ihbar önelini karşı tarafa tanımak zorundadır. Örneğin 5 yıllık

(41) Yarg. 9.HD. 13.6.1983 T., E. 3542, K. 5245 - Osman USTA, İş Kanunundan Doğan Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara 1994, s. 351).

(42) İhbar tazminatına ilişkin diğer bilgiler için, "İŞ HUKUKUNDA AKDİN FESHİNDEN DOĞAN TAZMİNATLAR VE UYGULAMALARI" isimli kitabımızın ilgili bölümüne bakılmalıdır.

hizmeti bulunan kapıcıyı işten çıkarmak isteyen işveren (veya yönetici) bu durumu, işten çıkarmayı düşündüğü tarihten 8 hafta önce kapıcıya duyurmak zorundadır. Aynı zorunluluk, işten ayrılmak isteyen kapıcı için de geçerlidir. İşte taraflardan birisi, 13. maddenin öngördüğü bu zorunluluğa uymadan, hizmet sözleşmesini derhal feshetmek isterse, yukarıda yazılı önellere ilişkin ücret tutarında bir tazminatı karşı tarafa ödemek zorundadır.

Öğretide ve yargıda "ihbar tazminatı" olarak adlandırılan bu tazminata esas bir günlük ücretin hesaplanması, kıdem tazminatında olduğu gibidir. Ayrıca ihbar tazminatının hesabında 1 hafta = 7 gün olarak dikkate alınır. İki hafta 15 gün veya 4 hafta 30 gün olarak hesaplanmaz.

Gerek ihbar tazminatı, gerekse kıdem tazminatının hesabında, kapıcının brüt ücreti dikkate alınır.

4) Kapıcı Konutunun Boşaltılması

Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün 12. maddesinin son fıkrasında, "kapıcı konutunun boşaltılmasında, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Ek 2 nci maddesi hükümleri uygulanır. Bu konuda hizmet veya toplu iş sözleşmesinden doğan haklar saklıdır." denilmek suretiyle, kapıcı konutlarının boşaltılmasında, 634 sayılı Kanuna göndermede bulunmaktadır.

Kat Mülkiyeti Kanununun 13.4.1983 tarihli ve 2814 sayılı Kanunla eklenen, "kullanma yerlerinin boşaltılması" başlıklı Ek 2 nci maddesi hükmü aynen şöyledir:

"Kat malikleri kurulunca veya bu kurulca yetki verilen yönetici tarafından sözleşmeleri herhangi bir nedenle feshedilen veya sona eren kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçiler ile dışarıdan atanan yöneticiler kendilerine bu görevleri dolayısıyla bir yer tahsis edilmiş ise, bu yerleri on beş gün içerisinde boşaltmak zorundadırlar.

Bu süre içinde boşaltılmayan yerler yöneticinin veya kat maliklerinden herhangi birinin başvurusu üzerine başkaca tebligata lüzum kalmadan mahalli mülki amirlerin kararı ile bir hafta içinde zabıtaca boşalttırılır. İdare ve yargı organlarına yapılacak başvuru, bu kararların yerine getirilmesini durdurmaz. İlgililerin kanun ve sözleşmeden doğan hakları saklıdır."

Görülebileceği üzere, hizmet akdi feshedilen veya sona eren kapıcıya, kendisine tahsis edilen konutu boşaltması için, fesih veya sona erme tarihinden itibaren 15 günlük bir süre tanınmaktadır. Tanınan bu süre "iş günü" değil; "takvim günü"dür. Bu süre içinde kapıcı konutu boşaltmazsa, mahalli mülki amirliğine (konutun bulunduğu yere göre kaymakamlık veya valilik) başvurularak, konutun boşaltılması talep edilecektir.

Tüzüğün 3. maddesinin (h) bendinde, “kapıcı konutunun tahliyesi gerektiğinde, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu gereğince, idari makamlara başvurmak” görevi yöneticiye verilmiştir. Ancak, görevin yöneticiye verilmiş olması, maliklerin esasen “işveren” sıfatıyla sahip oldukları bu hakkı kullanmalarına engel değildir. Kaldı ki, yukarıda metni verilen Ek Madde 2’de, kat maliklerinden herhangi birinin de, konutun tahliyesi için başvuruda bulunabileceği belirtilmiştir.

Kapıcı konutunun boşaltılması için, Ek Madde 2’nin öngördüğü idari yollara başvurmak yerine, bu maddenin yürürlüğünden önceki dönemde olduğu gibi(43), yargı yoluna başvurulması da olanaklıdır.

Kapıcı konutunun tahliyesi için kanunen tanınan 15 günlük sürenin, toplu iş sözleşmesi veya hizmet sözleşmesiyle uzatılması mümkündür. Sözleşmede özel bir süre belirlenmişse, bu takdirde kanundaki sürenin değil; sözleşmedeki sürenin uygulanması gerekir. Nitekim, hem Tüzüğün 12. maddesinde, hem de 634 sayılı Kanunun Ek 2 nci maddesinde, ilgililerin “kanun ve sözleşmeden doğan haklarının saklı olduğu” vurgulanmıştır.

Yeni bir kapıcının bulunması ve böylece hizmetlerin aksamadan yürümesi için, sözleşmesi feshedilen kapıcının, kapıcı konutunu tahliye etmesi gerektiği açıktır. Ancak, 634 sayılı Kanunun ek 2. maddesinde öngörülen çözümün de insafla ve adalet duygusuyla bağdaşır bir yanı yoktur. Çünkü, mevcut düzenleme ile, sosyal ve ekonomik yönden zaten zayıf durumda olan bu insanlar - sözleşmeleri işveren tarafından emeklilik dışında bir sebeple feshedilmişse - işsiz kalmaları bir yana bütün ailesi efradı ile birlikte ve alelacele sokağa atılmaktadırlar. Yeni bir iş ve konut bulmanın hiç de kolay olmadığı ülkemizde, konutun boşaltılması için tanınan 15 günlük sürenin yeterli olmadığı ve bu insanları zor durumlarda bırakacağı ortadadır. Ayrıca, kendisine ait konutlarda (lojmanlarda) çalıştırdığı kapıcı ve kalorifercilere, oturdukları konutların tahliyesi için görevlerinin bitiminden itibaren 2 aylık süre tanıyan(44) Devletin, aynı hizmetleri kamu dışında yapan kişilere 15 günlük süre tanıması, Anayasa’nın eşitlik ve sosyal devlet ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Bunun dışında, Ek 2 nci maddede, konuttan çıkarılması istenilen kişinin mülki amirlikçe savunmasının alınması öngörülmediği gibi, “İdare ve yargı organlarına yapılacak başvuru, bu kararların yerine getirilmesini durdurmaz.” denilmek suretiyle,

(43) Yeni düzenlemenin yapıldığı 13.4.1983 tarihinden önce, kapıcı konutunun tahliyesi için sulh hukuk hakimliğine dava açılmakta idi.

(44) 2946 sayılı Kamu Konutları Kanununun 3. maddesinin (d) bendi uyarınca, kapıcı ve kalorifercilere “hizmet tahsisli” konut verilmekte, aynı Kanunun 7. maddesinin (a) bendi hükmüne göre de, bu kişilere, tahsise esas görevleri sona erdiğinde, oturdukları konutu boşaltmaları için 2 aylık bir süre tanınmaktadır.

mülki amirliğin kararına karşı, idari ve yargı organlarına yapılacak başvurunun da hiçbir işe yaramayacağı -sonuç vermeyeceği- bir sistem öngörülmüştür. Bu sistemin ise, Anayasa'nın, "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkında sahiptir" diyen 36. maddesi ile; "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." diyen 125. maddesi ile bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, işverenin, kötüniyetli ve çalışmayan kapıcıyı bir an önce konuttan çıkarmakta menfaatinin olduğu kuşkusuzdur. Fakat bu kadar katı ve kapıcıyı peşinen mahkûm eden bir düzenlemenin de kamu vicdanını rahatsız ettiği ortadadır. Kapıcının tahliyesi ile ilgili düzenlemenin daha adil ve dengeli bir hale getirilmesi, bu amaçla, tahliye süresinin kamuda çalışan kapıcılarla eşitlenmesi ve ayrıca karara itiraz sonuçlanıncaya kadar tahliyenin durdurulması yolunda bir değişiklik yapılması uygun olacaktır(45).

VII - TARAFLARIN BORÇLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Kaloriferli konut kapıcıları ile çalışmasını aynı işverene veya aynı konuta hasreden konut kapıcıları, İş Kanununun 5.maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendi uyarınca bu Kanuna tabi tutuldukları; anılan Kanunun 1 inci ve Ek 1 inci maddesi ve bu maddeye göre çıkarılan Tüzük hükümlerine göre, kapıcı "işçi", bunları çalıştıranlar "işveren" ve yöneticiler "işveren vekili", kapıcının çalıştığı konut ile bağımsız bölüm, ortak yerler, eklenti ve tesislerin tümü de "işyeri" sayıldığı için; yine aynı Kanunun 2. maddesi gereğince, İş Kanununun, bütün bu kişilere ve yerlere uygulanacağı kuşkusuzdur.

O halde, konut kapıcıları ile konut işverenleri ve yöneticileri, kural olarak İş Kanununun sağladığı haklara sahip ve yüklediği borçlarla yükümlere maruz bulunmaktadırlar(46).

A - KAPICININ BORÇLARI

1) İş ifa borcu

a - Kapıcının yapacağı işler

Kapıcının yapacağı işler, başlıca Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün 4. maddesinde sayılmıştır. Anılan maddeye göre, yöneticinin talimatları doğrultusunda konutun

(45) Benzer görüşler için bkz. ŞAKAR, agy. s. 151.

(46) ÇENBERCİ 1986, s. 207.

kaloriferini zamanında yakmak, ısıyı ayarlamak ve söndürmek; hidrofor ve benzeri araçları çalıştırmak; konutun yönetim planında belirtilen ortak yerlerini ve tesislerini temiz bulundurmak, demirbaşlarını, araç ve gereçlerini, düzenli, bakımlı ve işler şekilde tutmak; binanın dış merdivenini, yola isabet eden bina önünü kardan ve sudan arındırmak, temiz tutmak; kendisine ayrılan konutu korumak; yöneticinin talimatı çerçevesinde konutun güvenliğini sağlayıcı önlemleri almak; belirlenen saatlerde servis hizmetlerini görmek, çöpleri toplamak, bahçeyi sulamaktır.

Baştan da ifade ettiğimiz gibi, Tüzükte sıralananlar, kapıcının yapacağı işlerin başlıcalarıdır. Nitekim, Tüzüğün 4. maddesinin (h) bendinde, "hizmet veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen diğer görevleri yerine getirmek" de kapıcının görevleri meyanında sayılmıştır. Bu hükme göre kapıcı, sözleşmesinde belirtilen diğer işleri yapmakla da yükümlüdür. Örneğin, Tüzükte belirtilmemiş olmamasına karşın, elektrik, su, doğal gaz paralarının, sigorta primlerinin yatırılması; çimlerin biçilmesi; özel bir meslek becerisini gerektirmeyen küçük işlerin yapılması kapıcıya yaptırılabilir işler arasında sayılabilir.

Ayrıca, kapıcılara iş mevzuatının dışındaki bazı hukuki düzenlemelerle de görevler yüklenmiş olabilir. Örneğin, 26.6.1973 tarihli ve 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanununun 11.maddesi uyarınca, "kat mülkiyetine tabi taşınmaz mal yöneticileri ve kapıcıları, binalarında bildirim dışı kimselerin oturup oturmadığını, çalışıp çalışmadığını, garaj, kömürlük, boş daire gibi bölümlere saklanmalar, sığınmalar, bazı eşya veya maddeleri gizlemeler olup olmadığını kontrol etmekle yükümlüdürler."

Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, kapıcıya yaptırılması öngörülen işlerin, kanun, tüzük, yönetmelik ve kapıcılık hizmetinin gereklerine aykırı olmaması gerekmektedir.

Kapıcının yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaması durumunda, İş Kanununun 17/II. maddesinin (g) bendi uyarınca işveren, kapıcılık sözleşmesini bildirimsiz ve tazminatsız olarak bozma hakkına sahip olur.

b - İşin bizzat yapılması

İşin niteliği ve sözleşmenin süresi ne olursa olsun işçinin belli başlı borcu, sözleşmeye konu olan, taraflarca kararlaştırılan işi yapmaktan ibarettir(47). İş ifa borcu, kişisellik gösterir ve kural olarak başkasına devredilemez. Kişisel karakterde olması nedeniyle, örneğin ölen işçinin işi ifa borcu, mirasçılarından istenilemez.

(47) NARMANLIOĞLU 1994, s. 188.

Borçlar Kanununun 320. maddesi uyarınca, sözleşmeden veya hal icabından aksi anlaşılmadıkça işçi, taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemez. İş hukuku literatüründe buna, "bizzat ifa" denilmektedir.

Buna göre, çalışma hakkını kullanarak bir işe başlayan kişi, kural olarak, taahhüt ettiği işi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Bu kural, özellikle işçinin bütün zamanını işverenin emrine hazır bulundurmakla yükümlü olduğu hizmet sözleşmelerinde uygulanmaktadır. Hukukumuzda da, aksi kararlaştırılmadıkça veya halin icabından anlaşılmadıkça, işçinin taahhüt ettiği işi bizzat yerine getirmesi zorunluluğu vardır. İşçi işini başkasına devredemez(48). Bu hüküm özellikle kapıcının sübjektif niteliğinin göz önünde bulundurulduğu, kaloriferleri yakma ve yanar halde tutma gibi işlerde önem taşıyacaktır(49).

İşçinin işi bizzat yapmasına ilişkin kural emredici olmayıp tamamlayıcıdır ve BK. md.320/1'de belirtildiği üzere taraflarca aksi kararlaştırılabilir veya hal icabından anlaşılabilir. İşçi ve işveren açık veya kapalı biçimde işin üçüncü bir kişi tarafından görülmesi hususunda anlaştıklarında işveren ile üçüncü kişi arasında da bir iş ilişkisinin meydana geleceği hususunda bir kuşku olmamak gerekir(50).

Ancak, çalışması bir fabrika işçisinininkine benzemeyen, kesintili ve düzensiz olan konut kapıcıları, çok kere bütün aile fertleriyle günün her saati çalışma içindedirler(51). Bu durum, işveren ve vekilleri tarafından da bilinmekte, ve kapıcılık hizmetlerinin kimi zaman kapıcının aile fertleri tarafından yürütülmesi kabul görmektedir. Öte yandan, kapıcılık hizmetlerinin aile bireylerince yürütülmesi, iş yükünün fazlalığından değil; kapıcının başka bir işte çalışmasından da kaynaklanabilmektedir. Yargı organlarına yansıyan birçok olayda, kapıcı, bir başka işyerinde ücret karşılığı çalışmasına karşın, oturduğu konutun kapıcısı gibi sözleşme imzalamakta, ancak, kapıcılık hizmetleri çoğu kez karısı tarafından görülmektedir. İşin bizzat ifası borcuna aykırı düşen bu uygulamalara ilişkin Yargıtay kararları ve bu kararlarla ilgili görüşler aşağıda verilmiştir. Kararların incelenmesinden de anlaşılacağı üzere Yargıtay, kimi olaylarda iş ilişkisinin kapıcının karısıyla kurulmuş sayılması gerektiğine karar vermiş; kimi olaylarda ise, aile bireylerinin çalışmasını, kapıcıya yardım olarak nitelendirmiştir.

(48) Prof. Dr. Fevzi Demir, Yargıtay'ın 1988 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, s. 8.

(49) ŞAKAR, agy. s. 142.

(50) EKONOMİ, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yarg. 1984 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, sh.17.

(51) ŞAKAR, agy. s. 131.

c - İşin özenle yapılması

Borçlar Kanununun 321. maddesi uyarınca, işçi, üzerine aldığı işi özenle yapmak zorundadır. Bile bile veya savsama ve dikkatsizlik ile işverene verdiği zarardan sorumludur.

Kapıcıya düşen özenin derecesi, sözleşmeye göre saptanır ve bu yapılırken kapıcının, o iş için gerekli olup, işverence bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, meslek yeteneği ve işe yatkınlığı ve nitelikleri gözetilir. Dikkatli bir kapıcının göstereceği özen ölçüsü bu konuda göz önünde bulundurulmalıdır. "Kapıcı işin yolunda gitmesi, kurtuluşa yönelecek tehlikelerin önlenmesi bakımından gerekli tedbirleri alacak, yöneticiye bildirilmesi gereken olayları, bozuklukları ve eksiklikleri yöneticiye duyurmayı inmal etmeyecektir."(52)

Borçlar Kanununun 321 inci maddesi hükmü, İş Kanununda bu konuda özel bir hüküm bulunmaması sebebiyle, iş akitlerinde dahi uygulanması gerekir. Bu madde hükmüne göre, işçinin sorumlu tutulması için, zararın sadece onun akde aykırı hareketinin sonucu olması kanuni bir şart değildir; zararın işçinin akde aykırı hareketi ile birlikte diğer olaylardan doğmuş olması dahi onu tazminle sorumlu kılar(53).

Öte yandan, işçinin özen borcuna aykırı davranışları, İş Kanununun 17/II. maddesinde, işveren açısından bildirimsiz fesih sebebi sayılmıştır.

2) Talimatlara uyma borcu

Konut Kapıcıları Tüzüğü'nde kapıcının yapacağı işler sıralanırken, bu işlerden bir kısmının "yöneticinin talimatı çerçevesinde" yürütüleceği, bazı işlerin de sözleşmede gösterileceği açıklanmıştır. "Sözleşmede de işe ilişkin bütün ayrıntıların düzenlenmesine imkân yoktur. Bunlar sonradan yöneticinin talimatı ile aydınlığa kavuşur."(54) Kaldı ki, kapıcının yapacağı bütün işler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olsa dahi, "yönetim hakkı"nın bir gereği olarak işyerinde işin organizasyonu ve yürütümü işverene aittir. İşveren bu hakkını kanunun ve sözleşmenin çizdiği sınırlar içinde serbestçe kullanabilir. Kapıcı kanun, tüzük ve sözleşme hükümlerine aykırı olmayan talimatlara uymak zorundadır.

Kapıcı, bu çerçeve içinde, yani işin sevk ve idaresiyle ilgili olarak işveren veya onun adına yönetici tarafından verilen emirler ve talimatlarla bağlı olup, işini iş-

(52) ŞAKAR, agy. s. 144.

(53) OLGAC, age., s. 27.

(54) ŞAKAR, agy. s. 143.

verenin emir ve talimatları doğrultusunda yerine getirmek zorundadır. Ancak, "konutun ihtiyaçları ve işin teamüle uygun olarak yapılması sınırlarını aşan bir talimatı da kapıcı yerine getirmek zorunda değildir."(55)

Kapıcının, işverenin hukuka aykırı olmayan ve dolayısıyla bağlayıcı bulunan emir ve talimatlarına uymaması halinde, bu durum işveren yönünden iş sözleşmesini bildirimsiz feshedebilmesine imkân veren bir haklı sebep oluşturur(56).

3) Sadakat borcu

Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca, herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken doğruluk kurallarına uymakla yükümlüdür. Bir hakkın yalnız başkasına zarar veren kötüye kullanılmasını yasa korumaz.

Genellikle sadakat borcu, işçinin işveren buyruğunda kişisel ilişkinin doğurduğu özellik gereğince ona içtenlikle bağlanmasını, işini doğruluk ve vefa ile görmesini, vakıf olduğu sırları açıklamamasını, işveren ve işyerine zararlı hareketlerden kaçınmasını ve gerektiğinde bu tür hareketlere engel olmasını ve rekabet etmemesini ifade eder(57).

Kapıcı, konuta ve konut sakinlerine zarar verecek hareketlerden kaçınmak zorundadır. Güveni kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, konut sakinlerinin özel hayatlarıyla ilgili öğrendiği konuları çevreye yaymak ve onların itibarını düşürücü hareketlerde bulunmak, hasta olmadığı halde hasta olduğunu söyleyerek çalışmamak(58) dürüstlük ve sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir. Kapıcı ayrıca, kendisine ayrılan konutu başka amaçlarla kullanmamak, konutu korumak, kendisi veya ailesinden birisinin konuta vereceği zarar ve hasarları ödemek zorundadır(59).

İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, İş Kanununun 17/II-d maddesine göre bildirimsiz fesih sebebi sayılmıştır. Sadakat borcuna aykırılık teşkil eden bir başka durum ise, aynı Kanunun 15. maddesinde düzenlenmiştir.

(55) ÇELİK 1980, s. 104; ŞAKAR, agy. s. 143.

(56) NARMANLIOĞLU 1994, s. 192, dipnot 11/a.

(57) NARMANLIOĞLU 1994, s. 196, 197. (Not: Rekabet yasağı Borçlar Kanununun 348 ilâ 352 nci maddelerinde düzenlenmiştir.)

(58) ÇELİK 1980, s. 107; ŞAKAR, agy. sh.144.

(59) Konut Kapıcıları Tüzüğü, m. 4/e.

B - İŞVERENİN BORÇLARI

1) Malzeme sağlama borcu

Borçlar Kanununun 331. maddesine göre, tersine sözleşme veya âdet yoksa, işveren, işçinin çalışması için gerekli araç ve gereçleri ona vermekle yükümlüdür. Ancak, taraflar bunun tersini sözleşme ile kabul ederlerse veya bu konuda bir adet varsa işverenin alet ve malzeme verme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır.

İşçi, yükümlü olmadığı halde, bunların tümünü veya bir bölümünü, işverenin rızasıyla, kendisi sağlarsa, işveren bunun için bir tazminat vermek zorundadır.

Konut kapıcılık hizmetleri yönünden; gayrimenkulün temizliği ve bakımı, kaloriferin işletilmesi için gerekli alet ve malzemeler ile diğer işler için gerekli alet ve malzemenin ve iş elbisesinin işveren tarafından sağlanması gerekir. Nitekim, Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün 3. maddesinin (d) bendinde, "kapıcıya işin gerektirdiği her türlü araç - gereç, koruyucu malzeme ve iş elbisesi"nin verilmesi öngörülmüştür.

2) Ücret ödeme borcu

a - Genel olarak ücret

Ücreti ödeme borcu akitten doğar; zira ücret, işverenin işçiye işi yaptırmasının karşılığıdır. İş görmeyen, onun ivazı olan ücreti almaya hak kazanamaz(60). O halde diyebiliriz ki, işçinin iş görme borcuna karşılık işverenin en önemli borcu ücret ödeme borcudur. Nitekim İş Kanununun 26. maddesinde, ücretin "bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve nakden ödenen meblağ" olduğu belirtilmiştir.

Borçlar Kanununun 323. maddesinde yer alan hükme göre işveren, sözleşme ile kabul edilen veya alışlagelmiş olan ya da kendisinin bağlı bulunduğu toplu sözleşmede saptanmış bulunan ücreti ödemekle yükümlüdür.

İşçi ücreti Türk parası ile en geç ayda bir ödenir. Hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir. Hizmet akitlerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatler, muaccel hale gelir ve tam olarak ödenmesi zorunluluğu doğar. (BK. md.326; İK. md.26)

Ayrıca işverenin ücret ödeme borcu içine, BK.'nın 327. maddesinde dile getirilen, "avans" ödeme yükümlülüğü de girer.

(60) Senai OLGAC, Hizmet Akdi, Ankara 1977, s. 29.

Bu genel açıklamadan sonra kapıcıların özel durumuna gelince:

b - Kapıcı Ücretinin belirlenmesi (asıl ücret ve ekleri)

İş Kanununa 2184 sayılı Kanunla eklenen ek 1. maddede, kapıcılara uygulanacak "değişik şekil ve esaslar" sıralanırken, "ücret"ten söz edilmemiştir. Hal böyle olunca İş Kanununun ücrete ilişkin bütün hükümleri -asgari ücret dahil- kapıcılar için de uygulanacaktır. "Fakat burada sorun şudur: Konut kapıcısına para olarak ödenen ücret dışında barınacak yer (konut) verilmekte, su ve elektrikten yararlanma hakkı tanınmaktadır. Ayrıca kapıcının bahşiş alma olanağı da bulunmaktadır. Acaba bunların asgari ücret hesabında göz önünde tutulması gerekli midir?"(61)

İş Kanununa 2184 sayılı Kanunla eklenen ek 1. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve Tüzüğün 12. maddesinde yinelenen, "kapıcı konutları için kira istenemez." hükmü karşısında, kapıcıya konut tahsis etmek suretiyle sağlanan menfaatin ücret hesabında göz önünde tutulması mümkün değildir(62). Çünkü, kapıcı konutu için kira almakla (nakden tahsil), kiraya tekabül eden miktarı ücretten indirmek (mahsuben tahsil) aynı sonuçları doğurur ve bu tür bir uygulama Kanun ve Tüzükte yer alan buyurucu hükümlere açıkça aykırı düşer.

Ne var ki, elektrik, su ve yakıt bedelleri için aynı şeyi söylemek, şu açıdan mümkün değildir: Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün 12. maddesinin üçüncü fıkrasında, "kapıcının su ve elektrik giderleri ile ısıtma ve sıcak su giderlerine kısmen ya da tamamen katılıp katılmayacağı hizmet veya toplu iş sözleşmelerinde belirlenir." denilmekle; sayılan bu giderlerin bir kısmına veya tamamına kapıcının katılıp katılmayacağı hususunun belirlenmesi, taraf iradelerine bırakılmıştır. Sözleşmede, bu tür giderlerin işverenlerce karşılanması öngörülmüşse, ve sarfiyatın parasal değerini belirleme imkânı da var ise, kapıcıya sağlanan bu olanak, "sözleşme ile belirlenen ve para ile ölçülmesi mümkün akdi menfaat" niteliğindedir. Öğretide ve Yargıda "ücret eki" olarak nitelendirilen bu tür menfaatler, "geniş anlamda ücret" kavramına dahil ve ücretin eki niteliğindedir. İş Kanununun 14.maddesinin on birinci fıkrası uyarınca, ihbar ve kıdem tazminatının hesabına da dahil edilirler. Bir Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, "aynı ödemeler de işçinin hizmetine mukabil verilen bir ivazdan başka bir şey değildir."(63)

(61) ÇENBERCİ 1986, s. 208.

(62) 2184 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde, kapıcı konutları için kira bedeli belirlenebiliyor ve belirlenen bu miktar asgari ücretin hesabında dikkate alınıyordu. Yargıya yansıyan birçok olayda Yüksek Mahkeme, bu tür uygulamanın yasaya aykırı bir yönü bulunmadığı biçiminde içtihat oluşturmuştu. (Örneğin, Yarg. 9.HD. 7.5.1976 T., E. 10182, K. 13369; Yarg. HGK. 6.7.1977 T., E. 3178, K. 724 - ÇENBERCİ 1978, s. 1056 (2a), 1057).

(63) YİBK. 15.5.1957 T., E. 13, K. 10 - RG. 14.8.1957 / 9681.

Ancak, kapıcıya bu şekilde sağlanan ve para ile ölçülmesi mümkün olan menfaatlerin, asgari ücretin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı, kararlaştırılan ücret miktarı ile yakından ilgilidir ve bu konuda da tarafların iradesi geçerlidir. Sözleşmede, kapıcıya nakdi ve aynı olarak ödenecek ücret miktarının yasal asgari ücretten fazla olamayacağı kararlaştırılmışsa, bu takdirde kapıcıya sağlanan söz konusu menfaatlerin, yasal asgari ücret miktarından indirilmesi ve kalanının kapıcıya nakden ödenmesi gerekir. Buna göre örneğin, yürürlükteki asgari ücret 50.000.000 lira ve elektrik, su, yakıt giderlerini karşılama suretiyle kapıcıya o ay içinde sağlanan çıkarlar da 15.000.000 lira ise, kapıcıya nakden ödenmesi gereken en az ücret(64) $(50.000.000 - 15.000.000 =) 35.000.000$ liradır. Veyahut da, kapıcı ücretinin miktarı saptanırken, asgari ücretten ayrı olarak, elektrik, su, yakıt giderlerinin de işveren tarafından karşılanacağı kararlaştırılmışsa, bu takdirde kapıcının ücreti (asgari ücret + sağlanan menfaatler) toplamına eşit olduğundan, sağlanan bu menfaatlerin asgari ücretten indirilmemesi, yani asgari ücretin hesabında dikkate alınmaması gerekmektedir.

Elektrik, su ve ısınma bedellerinin karşılanmasının, işverence sözleşme ile tahhüt edilmediği; yani bu konuda hiçbir akdi yükümlülüğü bulunmadığı halde, işverenin bu giderlerin bir bölümünü veya tamamını kendiliğinden ödediği durumlarda ise, kapıcıya bu şekilde sağlanan çıkarın hukuki niteliği, “ek ücret” değil; “sosyal yardım”dır. Zira, Yüksek Mahkemenin bir kararında da belirtildiği üzere “akdi ve kanuni bir yüküme dayanmayan ödemeler ücret kavramına girmez.”(65) Asgari Ücret Yönetmeliği’ 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, “işverenler tarafından işçilere sağlanan sosyal yardımlar sebebiyle asgari ücretten herhangi bir indirim yapılamaz.” Ayrıca, “ücret” niteliğinde olmayan ödemeler, ihbar/kıdem tazminatının hesabında da dikkate alınamazlar.

Kapıcıya su ve elektriğin hangi amaçla sağlanmış olduğunun belli bulunmadığı durumlarda “yardım” düşüncesine üstünlük tanınmaz. Zira genel olarak, iş hayatında ve kişiler arası ilişkilerde böylesine önemli çıkarların sağlanmasında aslolan, yardım değil, ekonomik çıkarlardır. Fakat konut kapıcısının bunun aksini iddia ve ispat etmesi mümkündür(66).

(64) Burada sözü edilen ve tartışılan “asgari ücret”tir. İş Kanununun 33. maddesine göre, işçilere, asgari ücret tespit komisyonunun belirlediği ücretin altında ödeme yapılamaz. Ancak ücrete üst sınır konulmadığından, taraflar, asgari ücretten aşağı olmamak kaydıyla, ödenecek ücreti aralarında diledikleri gibi belirleyebilirler.

(65) (ÖZET) Akdi ve kanuni bir yüküme dayanmayan ödemeler ücret kavramına girmez. (Yarg. 9.HD. 17.6.1975 T., E. 30808, K. 36060 - OLGAC, age. s. 35).

(66) ÇENBERCİ 1978, s. 251.

Sonuç olarak, Yasanın ve Tüzüğün bedelsizlik esasını getirdiği hususlar dışında kalan ve konut işverenince sağlanan sair çıkarlar, şayet sırf yardım niteliğini taşımamaktaysalar, bu durumdu, bunların karşılıklarının asgari ücretin hesabında göz önünde tutulmaları mümkündür(67).

c - Fazla çalışma, hafta ve genel tatil ücretleri

İş Kanunu ve Tüzükte istisnai bir düzenlemeye yer verilmediğinden, kapıcı, Kanunun fazla çalışma ücretine ilişkin hükümlerinden de aynen yararlanır. Her bir fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. (İş K.md.35/c) Maktu aylık ücrete göre çalışan kapıcılar bakımından saat başına düşen normal çalışma ücretinin saptanmasında, maktu aylık ücretin $(7,5 \times 30 =)$ 225'e bölünmesi suretiyle hesap yapılması gerekir(68). Buna göre, maktu aylık ücreti 50.000.000 lira olan bir kapıcının, saat başına düşen normal ücreti $(50.000.000 : 225 =)$ 222.222 lira, her bir saat için hak kazanacağı fazla çalışma ücreti ise $(222.222 \times 1,5 =)$ 333.333 liradır.

Diğer işçiler gibi kapıcılar da, İş Kanununun hafta tatili ve genel tatil ücretlerine ilişkin 41 ve 42. maddeleri hükümlerinden yararlanırlar. Nitekim Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün 8 ve 9. maddelerinde, kapıcının, İş Kanunu hükümlerine göre hafta tatilini kullanacağı, genel tatil günlerinde kapıcının çalıştırılıp çalıştırılmayacağına hizmet veya toplu iş sözleşmelerinde belirleneceği, bu günlere ilişkin ücretlerin, İş Kanununun 42. maddesine uygun olarak ödeneceği belirtilmiştir. Şu kadar ki, İş Kanununun 43. maddesi uyarınca, *hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık maktu ücretli kapıcılara, 41, 42 ve 43 üncü madde hükümleri uygulanmaz. Ancak bunlardan ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışanlara ayrıca çalıştığı her gün için bir tatil yevmiyesi ödenir.*

d - Birden fazla kaloriferli konuta hizmet veren (kısmi süreli çalışan) kapıcıya verilecek ücretlerin belirlenmesi

1475 sayılı İş Kanununun 33 üncü maddesinde öngörülen asgari ücret; işçilere normal bir çalışma günü karşılığı olarak ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücrettir(68). Asgari ücretin, bir günlük ücret olarak saptanması asıldır. Aylık, haftalık, saat başına, parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen durumlarda gerekli ayarlamalar buna göre yapılır(70).

(67) ÇENBERCİ 1986, s. 209.

(68) Yarg. 9.HD. 14.11.1979 T., E. 12842, K. 13707

(69) Asgari Ücret Yönetmeliği m. 1 - RG. 12.2.1972 / 14097.

(70) Asgari Ücret Yönetmeliği m. 4 - RG. 12.2.1972 / 14097.

Asgari Ücret Yönetmeliğinin yukarıya alınan hükümleri karşısında, kapıcının hizmet verdiği her bir konutun işverenin, günün belirli saatlerinde veya haftanın belirli günlerinde hizmet veren kapıcıya, aylık asgari ücret miktarında ücret verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Asgari ücret, normal bir çalışma günü karşılığı olarak ödenmesi gereken bir para olduğuna göre, kapıcıya verilecek ücretin de çalışma süresine göre ayarlanması gerekmektedir. Şöyle ki: Tüzüğün 6. maddesine göre, kapıcıların iş süresi haftada en çok 45 saattir. İş süresi, kapıcının işte geçirdiği zamandır. İş Kanununun 61. maddesi uyarınca, haftada en çok 45 saat olan çalışma süresi, haftada 6 iş günü çalışılan işlerde günde 7,5 saati geçmemek üzere ve cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Buna göre sözgelimi, günlük asgari ücretin 1.500.000 lira olduğu bir dönemde, haftanın 6 günü çalışan bir kapıcının günlük 7,5 saatin 4 saatini (A) konutuna, 3,5 saatini de (B) konutuna hasrettiğini varsayalım. Bu kapıcıya (A) konutunun işverenince ödenecek günlük asgari ücret $(1.500.000 : 7,5 \text{ saat} =) 200.000 \text{ lira} \times 4 \text{ saat} = 800.000 \text{ lira}$; (B) konutunun işverenince ödenecek günlük asgari ücret ise, $200.000 \times 3,5 \text{ saat} = 700.000 \text{ liradır}$. Bunun gibi, haftada birkaç tam gün bir işyerinde, birkaç tam gün de başka bir işyerinde çalışan kapıcıya, her bir işverenin ödemesi gereken aylık ücret de, işçinin çalıştığı günler itibarıyla alması gereken asgari ücretten az olamaz.

Yalnız bu örneklerde açıklığa kavuşturulması gereken sorun şudur: İş Kanununun 41. maddesinde, "bu kanun kapsamına giren işyerlerinde haftanın tatilden önceki 6 iş gününde bu kanunun günlük iş sürelerine uygun olarak çalışmış olan işçilere çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın bir gündelik tutarında ücret ödenir." denildiğine; örneğimizdeki kapıcı da işverenlerden hiçbirine 6 iş günü hizmet vermediğine göre, bu kapıcının hafta tatili ücreti ödenecek midir? Ödenecek ise, kim tarafından nasıl karşılanacaktır?

Kısmi çalışmada İş Kanununun günlük iş sürelerine uygun bir çalışma söz konusu değildir. Bu durumda, işçinin kısmi çalışmada hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı açıktır. Esasen, temel olarak katı iş süresi ve tam gün istihdam biçimine dayanan bir yasadaki (İş Kanunundan), böyle bir hakkı düzenleyip tanımasını beklememek gerekir. Burada söz konusu olan nokta, İş Kanunu madde 41/1 açısından varolan bir düzenleme boşluğunun doldurulmasıdır(71).

Çenberci, bu sorunu "eski ve yeni işverenler" bakımından ele almış ve şu yargıya varmıştır: "Haftanın tatilden önceki 6 iş gününde çalışmış olmak koşulu, "hasren" aynı işyerinde çalışma anlamında alınmamalı; hafta tatili ücretinin ka-

(71) Tankut CENTEL, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, sh.64.

bulünü gerekli kılan düşüncelerin doğal bir sonucu olarak işçinin aynı işverene ait olsun ya da olmasın başka işyerindeki çalışması da göz önünde tutulmalıdır. İşçinin, bu 6 iş gününün bir kısmını bir işverene ait işyerinde, diğer bir kısmını ise bir başka işverenin işyerinde çalışarak geçirmesi durumunda, ücretin hangi işveren tarafından ödeneceği konusu tartışma konusu olabilir. Bu konuda eski ve yeni işverenlerin işyerlerinde geçmiş çalışma gün sayısı esasına dayanan bir orantıya göre hafta tatili ücretinin yeni ve eski işverenler arasında bölüştürülmesi, çeşitli çözüm biçimlerinden biri olarak öngörülebilir.”(72)

İşçi yararına bir yorumla ortaya atılan bu görüş kabul edildiğinde, örneğimizdeki kapıcının 1.500.000 lira tutarındaki hafta tatili ücretinin, çalışma saatlerine göre yapılacak bir orantı sonucunda, 24/45’i (A) konutunun işvereni tarafından; 21/45’i ise (B) konutunun işvereni tarafından karşılanacaktır.

Kısmi çalışma yapan kapıcının ulusal bayram ile genel tatil ücretlerine gelince:

İş Kanununun 42. maddesi, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödeneceği kişileri, çalışma türlerine göre ayırmış değildir. Bu bakımdan, çalışacağı gün ulusal bayrama ve genel tatil günlerine rastlayan kapıcının, söz konusu günlere ait tatil ücretlerinden yararlanması gerekir. Belirtilen esas, haftanın bütün işgünlerinde kısıtlanmış iş süreleriyle çalışanlar kapıcılar için olduğu kadar, haftanın bazı günlerinde tam veya kısa sürelerle çalışan kapıcılar bakımından da geçerli olmalıdır. Ancak, haftanın çalışılan günlerinin bazılarında çalışanların söz konusu tatil ücretlerinden yararlanabilmeleri, ulusal bayram ve genel tatil günlerinin, bunların normalde çalışmak durumunda oldukları günlere rastlamasına bağlıdır(73).

e - Ücretin sorumlusu

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 2814 sayılı Kanunla değişik 20. maddesi uyarınca, kat maliklerinden her biri, aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça, kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak katılmakla yükümlüdürler. 634 sayılı Kanunun bu hükmü, kapıcı ve diğer personel ücretlerinin “avans”tan ödenmesi lüzumunu da içermektedir. Bu hale göre kapıcı ücreti, en geç ayda bir olmak üzere(74), sözleşmesinde yazılı zamanda, avans olarak toplanan paradan ödenecektir.

(72) ÇENBERCİ 1986, s. 853; SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 524; ŞAKAR, agy. s. 146.

(73) CENTEL, age. s. 65 ve oradaki dipnot 40’da belirtilen diğer yazarlar.

(74) 1475 s K. m. 26; Tüzük md.7.

Kat malikinin 20. madde uyarınca payına düşecek gider ve avans borcundan, (dolayısıyla kapıcı ücretinden) bağımsız bölümlerin birinde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlı olup, yaptığı ödeme kira borcundan düşülür (75). Kat maliki kendi durumu dolayısıyla konut kapıcılığı hizmetinden faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle kapıcı ücretinden payına düşeni ödemekten kaçınmaz (76).

Kat mülkiyetine tâbi konutlarda genel giderlere dahil kapıcı parasının borçlusu - bağımsız bölümde kendisi oturmasa bile- "kat maliki"dir (77). Şu var ki, kira sözleşmesinde, kapıcı parasının kiracı tarafından ödenmesi kararlaştırılmış ise, bu takdirde, kapıcı parasının tahsili için kiracıya dava açılabilir. Ancak bu takdirde kiracının sorumluluğu, kira sözleşmesi ile üstlendiği miktarla sınırlıdır (78). Sözleşmede "kapıcı parası kiracıya aittir." biçiminde bir hüküm yer almışsa, bu takdirde kiracı, kapıcı ücretinin tamamından sorumludur (79).

3) Koruma ve gözetme borcu

Koruma ve gözetme borcu, işverenin hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı işçisini korumak, onun çıkarları doğrultusunda gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almak, işçinin çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek zarar verici davranışlardan kaçınmak gibi yükümlülüklerden oluşur (80).

Koruma ve gözetme borcu ile korunan hukuki değerler, özellikle işçinin canı ve hayatı, ruhi ve fiziki vücut bütünlüğü, malları üzerindeki mülkiyet hakkı, şahsı, cinsi ve mesleki şerefi, işletmedeki yeri ve itibarı, özel hayatı, düşüncelerini açıklama hürriyeti ile sendikalara üye olabilme serbestisidir (81). Görüldüğü gibi, işverenin koruma borcu geniş kapsamlı bir borç olup, çerçevesini peşinen çizmek, borcun kapsamına girecek hususları önceden belirlemek imkânı bulunmamaktadır. Mevzuatımızda bu yü-

(75) 634 sayılı KMK. m. 22/I.

(76) 634 sayılı KMK. m. 20/c.

(77) Yarg. 5. HD. 29.12.1980 T., E. 8666, K. 9598 - Bu karar için konunun bitimindeki KARARLAR kısmına bkz..

(78) Yarg. 5.HD. 16.9.1971 T.,E. 6034, K. 7121 - NARMANLIOĞLU, Karar İncelemesi, İHU. İş K. 5 (No.1).

(79) NARMANLIOĞLU, agi.

(80) Prof. Dr. İlhan ULUSAN, "Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu" Kazancı Hukuk Yayınları No: 72, İstanbul 1990, s. 1.

(81) Yrd. Doç. Dr. Emine Tuncay KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992, s. 24.

kümlülükle ilgili bir çok hükme yer verilmiş bulunmakla birlikte, bu koruma borcunun kapsamını belirleyecek genel bir hüküm yoktur. Bu sebeple işverenin borcunun kapsamını her iş ilişkisinde ayrıca değerlendirmek gerekecektir(82).

Öğretide genellikle, gözetme borcunun, MK'nun 2 nci maddesinde "herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir." biçiminde dile getirilen dürüstlük kuralı (objektif hüsnüniyet ilkesi) ile yakın ilgisine dikkat çekilmekte; gözetme borcunun saptanmasında ve yorumlanmasında dürüstlük kuralına dayanılması gereğine işaret edilmektedir(83).

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu derken, Türk İş Hukuku alanında ilk akla gelen, işverenin sağlık ve güvenlik önlemleri alma yükümlülüğüdür.

İş Kanununun 73. maddesinin ilk fıkrasında yer alan hükme göre, her işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür. Benzeri bir hüküm de Borçlar Kanununun 332. maddesinde yer almıştır.

İşverenin kapıcıyı koruma borcu, Tüzükte "kapıcı için ayrılan konutun sağlık ve yaşama koşullarına uygunluğunu sağlamak", "koruyucu malzeme vermek" bakımından ön plana çıkarılmıştır. (m. 3/d, f) İşçi konutlarının sağlık ve güvenlik bakımından birtakım asgari şartları taşıması gerektiği, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 46. maddesinde de belirtilmiş olup, bu konuya aşağıda "kapıcı konutları" başlığı altında yer verilmiştir.

Sağlık ve güvenlik önlemleri çerçevesinde, işverene işçi yararına olmak üzere yüklenen ödevlerden oluşan diğer önemli düzenlemeler ise, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda yer almıştır. Bunlar, sigortalıları bildirme yükümlülüğü (m.9), işçilere ilişkin prim belgelerini verme yükümlülüğü (m.79), iş kazasını bildirme yükümlülüğü (m.27), iş kazasına uğrayan sigortalıya ilk sağlık yardımı yapma yükümlülüğü (md.15), meslek hastalığını bildirme yükümlülüğü (md.28), işçiye sağlık muayenesi için vizite kağıdı verme yükümlülüğü (m. 90) şeklinde özetlenebilir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, işveren ister mevzuatla açıkça öngörülmüş olsun isterse olmasın, kapıcıların sağlığı ve güvenliği için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Aksi halde işveren bu borcunu tam ya da lâıyıkıyla yerine getirmeme yüzünden kapıcıların - ölümleri halinde hak sahiplerinin - uğradıkları tüm zararları tazmin etmekle mükellef olacağı gibi, kanunla da öngörülen idari ve cezai müeyyidelere maruz kalacaktır(84).

(82) NARMANLIOĞLU 1994, s. 231.

(83) EKONOMİ, İş Hukuku, Cilt: 1, İstanbul 1984, sh.157; SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 177; KAPLAN, age. s. 24; NARMANLIOĞLU 1994, s. 233.

(84) NARMANLIOĞLU 1994, s. 233.

4) Diğer borçlar ve yükümlülükler

İş Kanununa tabi işçiler bakımından işveren düşen borçlar ve yükümler, kapıcılar için de geçerlidir. Örneğin, "ücret hesap pusulası" (İş K. m.31, Tüzük m.7), "yıllık ücretli izin" (İş K.49-56, Tüzük m.10), fesih bildiriminde "iş arama izni" (İş K.m.19), işten ayrılan kapıcı için "çalışma belgesi" (İş K.m.20), işe alınan kapıcı için "çalışma ve kimlik karnesi"(İş K. m.21) vermek, bunlar arasında sayılabilir. Ayrıca işveren, izin defteri tutmak (İş K.m.58), işçi çizelgesi düzenlemek (İş K.m.71), aynı zamanda kaloriferleri de yakan kapıcı için işe giriş ve işin devamı sırasında işe elverişlilik raporu almak (İş K.m.79), zorundadır.

İş Kanununun 3.maddesindeki "işyerini bildirme" yükümlülüğünün, konut işyerlerini de kapsayıp kapsamadığı konusu, öğretide tartışmalıdır. Çenberci, 3.maddedeki zorunluluğun sınai ve ticari işyerlerine yöneldiğinden bahisle, 3.maddedeki bildirme yükümlülüğünün konut işyerlerini kapsamadığını belirtmekte(85), Şakar ve Atasayar ise aksi görüşü savunmaktalar(86). Bize göre, Kanun kapsamındaki konut işyerlerinin bildirilmesine engel bir hüküm, 3. maddede yer almadığı gibi İş Kanununun diğer maddelerinde de yer almamaktadır. Bu konuda duraksamaya yer yoktur. Bu bakımdan, diğer işverenler gibi, konut işverenlerinin de 3. maddenin bildirim mecburiyetini yerine getirmeleri gerekir. Aksi takdirde cezai müeyyideye muhatap olmaları kaçınılmazdır.

İşverenlere bildirim zorunluluğu getiren bir başka hüküm de Sendikalar Kanunu'nda yer almaktadır. 2821 sayılı anılan Kanunun 4101 sayılı kanunla değişik 62. maddesi uyarınca işveren, işe aldığı veya herhangi bir nedenle hizmet akdi sona eren işçileri, izleyen ayın 15 ine kadar aylık bildirimlerle işyerinin bağlı bulunduğu bölge müdürlüğüne ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirmek zorundadır(87).

O halde, kanun kapsamındaki konut işverenleri (veya yöneticileri) İş Kanununun 3. maddesi uyarınca "konut işyerlerini", Sendikalar Kanununun 62. maddesi uyarınca da, işe aldıkları veya işine son verdikleri kapıcıları, Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirmek zorundadırlar.

(85) Bkz. ÇENBERCİ 1978, s. 250.

(86) Kubilay ATASAYAR, Kapıcıların İş Kanunu Kapsamına Alınmaları Üzerine, İşveren Dergisi, Haziran 1970, sh.20'den aktaran ve aynı görüşü savunan ŞAKAR, agy. sh.148;

(87) Bu Konu ile ilgili "İşverenlerin Çalıştırdıkları İşçileri Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına Ve Bölge Müdürlüğüne Bildirmeleri İle Sendika Ve Konfederasyonlarca Düzenlenecek Üye Kayıt Fişleri Ve Defterlerinin Şekli Ve İçeriği Hakkında Yönetmelik", 26.6.1995 tarihli ve 22325 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış olup, işe alınan ve işten ayrılan işçiler için kullanılacak bildirim örnekleri, Yönetmeliğin 1 ve 2 numaralı ekinde yer almıştır.

VIII - ÇALIŞMA KOŞULLARI VE KAPICILARLA İLGİLİ DİĞER KONULAR

A - ÇALIŞMA SÜRESİ VE ARA DİNLENMESİ

İş Kanunu'na 2184 sayılı Kanunla eklenen Ek Madde 1'in üçüncü fıkrasında, kapıcıların "günlük çalışma sürelerinin" düzenlenmesinde uygulanacak değişik şekil ve esasların da -bu Kanunda tanınan haklar saklı tutularak- Çalışma Bakanlığınca çıkarılacak bir tüzükte belirtilmesi öngörülmüştür.

Tüzüğün "iş süresi ve ara dinlenmesi" başlıklı 6. maddesi bu konuyla ilgilidir ve şu hükmü içermektedir:

"Kapıcıların iş süresi haftada en çok 45 saattir. İş süresi, kapıcının işte geçirdiği zamandır.

Ara dinlenmesi, işin niteliğine göre en çok dörde bölünebilir. Ara dinlenmesi yarım saatten az olamaz.

Ara dinlenmesi, iş süresinden sayılmaz.

Çalışma saatleri, yaz ve kış saat uygulamaları dikkate alınarak değiştirilebilir."

Haftalık çalışma süresi yönünden, İş Kanununun 61. maddesi ile Tüzük hükümleri arasında bir fark bulunmamaktadır. Her ikisinde de haftalık çalışma süresi en çok 45 saattir.

Bu sürenin haftanın günlerine bölünmesi konusunda, Tüzükte özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, kapıcıların günlük çalışma süreleri bakımından da, İş Kanununun anılan maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması gerekecektir. Söz konusu maddeye göre, "Bu süre, (yani haftalık 45 saatlik süre) haftada 6 iş günü çalışılan işlerde günde 7,5saati geçmemek üzere ve cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır."

Konut kapıcılığı işi kendine özgü bazı özellikler taşımaktadır. Özellikle kaloriferli konutlarda günün geç saatlerine kadar çalışma zorunluluğu gerekmektedir.

Böylece günlük işin başlaması ile son ermesi arasında geçen süre, kanuni fazla çalışma süresi olan günde 3 saat eklense bile, kanuni günlük çalışma süresini aşacak, cezai müeyyide gerektiren bir durum ortaya çıkacaktır.(İş K. m.99/II, 100) (88) Konut Kapıcıları Tüzüğü'nde bu durum göz önünde bulundurularak, ara dinlenmesi bakımından İş Kanununun 64. maddesinden farklı bir düzenlemeye gidilmiş; her biri yarım saatten az olmamak üzere, ara dinlenmesinin işin niteliğine göre en çok dörde bölünebilmesi imkânı getirilmiştir.

(88) ŞAKAR, agy. s. 152; ÇENBERCİ 1978, s. 254.

Böylece örneğin, sabah saat 5.00'de göreve başlayan bir kapıcının, ara dinlenmeleri ile saat 24.00'e kadar çalıştırılabilmesine yasal zemin hazırlanmıştır.

Tüzüğün 5. maddesi uyarınca ve sözleşmenin yazılı yapılması durumunda, "ara dinlenmesi ve iş süresi"nin sözleşmede gösterilmesi; ayrıca, konutun girişine asılması gereken "kapıcının çalışma koşulları ile görevlerini belirten belge"de bu hususa da yer verilmesi gerekmektedir. (m.3/g)

B - KONUT TAHSİSİ

1) Kapıcı dairesi yapılmasının zorunlu olduğu binalar

3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 36.maddesine göre, nerelerde ve hangi binalarda kapıcı dairesi ayrılması gerektiği imar yönetmeliklerinde gösterilir. Kapıcı dairesi ve sığınak ayrılması mecburiyeti olan binalarda bu dairelerin yönetmelikte belirtilen şart ve ölçüleri havi bulunması gerekir. Kapıcı daireleri ana bina içinde olabileceği gibi, nizamla, fen ve sağlık şartlarına aykırı yapılmamak, brüt 40 metrekareyi geçmemek şartı ile bahçenin herhangi bir yerinde veya müştemilat binaları içerisinde de tertiplenebilir.

İmar Kanunu'na dayanılarak Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca hazırlanan "3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliği"nin (89) 52.maddesinde, konut olarak kullanılacak kaloriferli veya kalorifersiz binaların 12 daireden fazla olanlarında kapıcı dairesi yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

2) Kapıcılara konut tahsis zorunlu mudur?

İş Kanununa 2184 sayılı Kanunla eklenen Ek Madde 1'de, "kapıcı konutları için kira istenemez." denilmiş; aynı maddenin son fıkrasında Tüzük ile belirtilecek konular arasında, "kapıcı konutları ile ilgili hususlar"a da yer verilmiştir.

Bu maddeye göre çıkarılan Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün 3. maddesinde yönetici, "kapıcı için ayrılan konutun sağlık ve yaşama koşullarına uygunluğunu sağlamak"la görevli kılınmış; 4. maddesinin (e) bendinde ise kapıcının, "kendisine ayrılan konutu başka amaçlarla kullanmamak, konutu korumak, kendisi veya ailesinden birisinin konuta vereceği zarar ve hasarları ödemek" yükümü altında olduğu belirtilmiş; 12. maddesinde, "kapıcı konutunun 3194 sayılı İmar Kanunu ve Belediye İmar Yönetmelikleri ile öngörülen asgari koşullara uygun olması" gerektiği üzerinde durulmuş ve "kapıcı konutu için kira istenemez" yollu Kanun hükmü tek-

rarlanmıştır. Ayrıca kapıcı konutunun boşaltılmasında 634 sayılı Kanunun Ek 2 nci maddesine yollamada bulunulmuş ve bu konuda hizmet veya toplu iş sözleşmesinden doğan hakların saklı olduğu açıklanmıştır.

Sayın Göçer'in de ifade ettiği gibi, Tüzükte sanki bütün kapıcılara konut verme zorunluluğu varmışçasına bir düzenlemenin hakim olduğunu görüyoruz(90). Ancak yasalarımızda, kapıcılara konut verilmesini zorunlu kılan herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

O halde, kapıcılara hangi hallerde konut tahsis edilecektir ya da edilmelidir?

İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün(91) işçi konutları için gerekli sağlık ve güvenlik şartlarının sayıldığı İkinci Bölümün başlangıcında yer alan 46. maddesinde, "coğrafi ve teknik durum ve şartlar nedeniyle işçileri için konut sağlanması gereken işyerlerindeki konutlar ve bunlara ilişkin tesislerde bu bölümde gösterilen şartlar aranacaktır." denilmek suretiyle, işçilere hangi hallerde konut tahsis edileceğinin ipuçları da verilmiştir.

Buna göre işçiye kalacak yer sağlanmasının gerekli olup olmadığını, "coğrafi ve teknik durum ve şartlar" belirleyecektir. "Coğrafi durum ve şartlar"a örnek olarak, işyerinin yerleşim yerlerinden uzak olması, işçilerin asıl ikametgâhlarının işyerinin çok uzağında (başka ilçelerle ve illerde) olması, işçilerin en yakın yerleşim yerine götürülüp getirilmelerindeki güçlük ve hatta imkânsızlık, gösterilebilir. Örneğin, yerleşim yerlerinden oldukça uzak ve ulaşımın güçlüğüyle sağlandığı bir baraj inşaatı veya maden ocağı işyerinde işçilere konut (lojman) verilmesi, "coğrafi durum ve şartlar"ın bir gereğidir. Bu tür işyerlerinde kapıcılık görevi yapacak kişiye konut verilmesi de yine coğrafi durum ve şartlar nedeniyledir. "Teknik durum ve şartlar" ise, teknik olarak işin yürütümü ve selameti bakımından işçinin işyerine yakın yerde oturmasının gerekli olması; biçiminde tanımlanabilir. Özellikle kaloriferli ve çok katlı binalarda, kapıcıya konut verilmesi, "teknik durum ve şartlar"ın gereği olarak görülebilir. Gerçekten, kaloriferin geç saatlere kadar çalıştırılması, ısısının ayarlanması, kalorifer tesisatı ile diğer tesisatın olası arızalarının takip ve kontrolü, bu işlerle görevli kişinin sürekli binada bulunmasıyla mümkündür.

Bu açıklamadan, "coğrafi durum ve şartlar gerektiriyorsa, işveren işçisine konut vermek zorundadır." biçiminde bir sonuç çıkarılmamalıdır. Gerekli koşullar oluşsa

(90) GÖÇER, agy. s. 18.

(91) İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü, Umumi Hıfzısıhha Kanununun 179 uncu ve İş Kanununun 74. maddesine dayanılarak, Çalışma Bakanlığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından hazırlanıp, 4.12.1973 tarihli ve 7/7583 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 11.1.1974 tarihli, 14765 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe konulmuştur.

bile, işveren yine de yasal olarak konut tahsis etme yükümü altında değildir. Ancak, saydığımız koşullar oluştuğunda, işçiye konut tahsis edilmesi, işverenin çıkarıdır. Yani işveren, çıkarı öyle gerektirdiği için işçisine konut tahsis etmektedir. Aksi halde, işinin aksaması söz konusudur.

3) Kapıcı konutlarının taşınması gereken asgari koşullar

3194 sayılı İmar Kanununa göre, kapıcı daireleri ana bina içinde olabileceği gibi, nizamla, fen ve sağlık şartlarına aykırı yapılmamak, brüt 40 metrekareyi geçmemek şartı ile bahçenin herhangi bir yerinde veya müstemilat binaları içerisinde de tertiplenebilir.(m.36)

İşçilere sağlanacak konutların "fen ve sağlık şartları"nın nelerden ibaret olduğu hususu ise İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğünde ve İmar Yönetmeliğinde gösterilmiştir.

a - İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğüne göre :

- İşçi konutları, aileleri ile birlikte oturan işçiler için ayrı evler veya apartmanlar şeklinde olacak ve bir konut için gerekli tesisat, tertibat ve müstemilatı bulunacak, güneş ve hava alacak ve dış etkilere karşı korunmuş olacak, sağlık ve teknik şartlara uygun bir şekilde inşa edilecek ve bunlar, işyerlerinin gürültüsü, pisliği ve hava kirletici etkilerinden korunmuş olacaktır. (m. 47)

- Her işçiye verilecek ev veya apartman dairesinde, ailesinin nüfusuna yetecek sayıda oda ile bir mutfak ve hela, duş veya banyo bulunacak veya birlikte kullanılmak üzere dış, banyo veya hamam yapılacaktır. Bunların aydınlatma, ısıtma, su ve kanalizasyon işleri, işverenlerce, mevzuat ve sağlık gereklerine göre yerine getirilecektir. (m.52)

- İşveren veya işveren vekilleri veya yetki verecekleri kimseler, bu bölümde sözü geçen konutların ve müstemilatının temiz ve iyi bir halde bulundurulup bulundurulmadığını, uygun zamanlarda denetleyecekler ve gereken tedbirleri alacaklardır. Bu denetlemenin yapılması için, ilgili işçiye haber verilmesi, kendisinin veya ailesinden birisinin bulunması şarttır. (m.53)

- İşyerlerinde işçilerin, içinde çalıştıkları yerler ile depo ve ambar gibi yerlerin, aynı zamanda işçi konutu olarak kullanılması ve buralarda işçi yatırılması yasaktır. Ancak, bekçi ve nöbetçi gibi kimselerin, görevin gerektirdiği hallerde, işyerlerinde ayrılan özel bir yerde yatmalarına izin verilebilir. (m.54)

- Banyo, duş yerleri ve hamamlar, evin veya dairenin bir parçası olarak planlanacak, küvetli veya küvetsiz, kurnalı veya duşlu oluşuna göre, tesisatı yapılacak

ayrıca sıcak su tertibatı bulunmayan yerlerde, uygun vasıta ile ısıtılacak bir termosifon bulundurulacaktır. Bunların yakılması, ısıtılması, bakımı ve temizliği, o ev veya dairede oturan aileye aittir. (m.56)

b - 3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliğine göre:

Kapıcı dairelerinin ve bekçi odalarının taban döşemesi üst seviyesinin hiçbir yeri tabii zemine (0.50) m.den fazla gömülü olmayacaktır.

Kapıcı daireleri doğrudan ışık ve hava alabilecek şekilde düzenlenecek ve alanı brüt (30) m2 .den az olmamak şartı ile min. (11.00) m2 .lik ve (6.00) m2 .lik 1'er oda, (3.00) m2.lik mutfak ile (2.50) m2.lik hela ve duş yeri (ikisi aynı bölümde olabilir.) ihtiva edecektir. (m.52/a, b)

Diğer taraftan, kapıcı konutlarının 3194 sayılı İmar Kanunu ve Belediye İmar Yönetmelikleri ile öngörülen asgari koşullara uygun olması gerektiği, Konut Kapıcıları Tüzüğü'nde de vurgulanmış (m.12), kapıcı için ayrılan konutun sağlık ve yaşama koşullarına uygunluğunu sağlamak görevi ise, yine aynı Tüzüğün 3. maddesi ile yöneticiye verilmiştir.

Mevzuattaki bütün bu düzenlemelere karşın, "kapıcı konutları bugün genellikle sağlık şartlarından yoksun barınaklar halindedir." (92) Bununla birlikte uygulamadaki yetersizlikten ve vurdumduymazlıktan ötürü işverenin düzeltici çabalara sevk edilmesinin ve konut kapıcısının işverene karşı hak iddiasında bulunmasının hemen olanağı yoktur. Her şey belediyelerimizin anlayış ve ilgisi ile işverenlerin insafına kalmış gibidir (93). Bu bakımdan, kapıcı konutlarının İmar Kanunu, İmar Yönetmeliği ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nde öngörülen koşullara uygunluğunun, Çalışma Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının ilgili birimleri ve belediyeler tarafından etkin şekilde denetlenmesi gerekir.

C - YILLIK ÜCRETLİ İZİN

İş Kanununa 2184 sayılı Kanunla eklenen Ek Madde 1'de, Tüzükle düzenlenecek "değişik şekil ve esaslar" arasında, "yıllık ücretli izin hakları" da sayılmış olmakla birlikte, Tüzüğün 10. maddesinde, kapıcıların yıllık ücretli izin hakları ile ilgili olarak "değişik şekil ve esaslar" öngörülmemiş ve "kapıcıya, İş Kanununun ilgili hükümlerine göre yıllık ücretli izin kullanırılır." denilmek suretiyle, doğrudan İş Kanunu'na göndermede bulunulmuştur. O halde, İş Kanununun yıllık ücretli izin hakkına ilişkin maddeleri, konut kapıcıları hakkında da aynen uygulanacaktır.

(92) ŞAKAR, agy. s. 155; ÇENBERCİ 1978, s. 258.

(93) ÇENBERCİ 1978, s. 258, 259.

İş Kanununun 49.maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren kapıcılardan, işyerine girdiği günden başlayarak, deneme süresi de içinde olmak üzere en az bir yıl çalışmış olanlara, ilerdeki maddelerde gösterilen esaslara göre hesaplanmak üzere, yine bu maddede, hizmet sürelerine göre belirlenen gün kadar yıllık ücretli izin verilir. 49.maddede gösterilen bu süreler toplu iş sözleşmeleri ve hizmet akitleri ile artırılabilir. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez.

Birden fazla kaloriferli konuta hizmet eden, yani kısmi süreli çalışan kapıcıların yıllık izin hakları için şunlar söylenebilir:

Ücretli yıllık izne hak kazanabilmek için geçmesi gereken bir yıllık sürenin hesabında, kapıcının, işe başladığı günden itibaren, bu kişinin iş görmesi gereken günlerde çalışmasını sürdürmüş bulunması koşuluyla, bir yılın doldurulması yeterlidir. Bu itibarla, ücretli yıllık izne ilişkin bekleme süresi, kısmi süreli işte çalışan kapıcının salt fiilen çalıştığı günler ile çalışılmış gibi sayılan sürelerin (iş K.m.51) toplanması suretiyle bulunmaz. Bu esasın hukuki dayanağı, 51. madde değil; 49.maddedir(94).

Bunlara tanınacak izin süresinin hesabında; yabancı hukuk sistemlerinde olduğu üzere, sadece iş gördükleri günlerin yerine, çalışmadıkları işgünlerinin de katılması yerinde olur(95). Ancak, kısmi süreli işte çalışan işçiye ödenecek yıllık izin ücretinin, yıllık izin süresince çalışmakla yükümlü olup da izinli bulunma yüzünden çalışmayacağı günlerin (veya saatlerin) karşılığı tutarında olması gerekir. Çünkü, söz konusu işçinin, çalışmak zorunda olmadığı günlerde bir değişik işverenin işyerinde çalışarak esasen bir gelir sağladığı varsayılır(96).

Bu açıklamayı bir örnekle somutlaştıracak olursak: Haftada 3 gün çalışmak üzere, günlüğü 2.000.000 lira ücretle (A) apartmanında 1.1.1997 tarihinde işe başlayan bir kapıcı, bir yılın tamamlandığı 1.1.1998 tarihinden itibaren yıllık izne hak kazanır. Bu kişinin yıllık izin süresi m.49/a uyarınca 12 iş günüdür. Kapıcı izne ayrılmıyorsa, bu 12 iş gününün 6 gününü işyerinde çalışarak geçirecek olduğu için, kendisine ödenecek izin ücreti (6 gün x 2.000.000 =) 12.000.000 liradır.

Öte yandan, İş Kanununun kanuni iş sürelerine uygun olarak tam gün çalışma esasına göre düzenlenen "izinde çalışma yasağı"na ilişkin 55. maddesi hükmünün, kısmi çalışması koşulu ile işe alınmış kapıcı için uygulama olanağının bulunmadığı görülmektedir.

(94) CENTEL, Kısmi Çalışma, s. 66.

(95) CENTEL, age. s. 67 ve oradaki dipnot 45'te belirtilen yazarlar.

(96) CENTEL, age. s. 67 ve oradaki dipnot 46, 47'de belirtilen yazarlar.

D - VERGİ MUAFİYETİ

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun değişik 23. maddesinin 6 numaralı bendinde, özel fertler tarafından evlerde, apartmanlarda ve ticaret mahalli olmayan sair yerlerde çalıştırılan kapıcıların ücretleri gelir vergisinden istisna edilmiştir. Bu bakımdan kapıcılar için tahakkuk ettirilen ücretlerden, gelir vergisi kesilmemesi gerekmektedir.

E - TOPLU İŞ HUKUKU AÇISINDAN KAPICILARIN DURUMU

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 20.maddesine göre, on altı yaşını doldurmuş olup da bu Kanuna göre işçi sayılanlar, işçi sendikasına üye olabilirler. Aynı Kanunun 22.maddesi uyarınca, sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. İşçi veya işverenler aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamazlar.

Konut kapıcılarının üye olabilecekleri sendikalar, İşkolları Tüzüğü'ne(97) ekli listenin 28.sirasında tanımlanan "Genel İşler" işkolunda kurulu sendikalardır.

Toplu iş sözleşmesi ve grev hakları, işçi sayısı bakımından sınırlandırılmamış bulunduğu için, kuramsal olarak, konuta ilişkin işyerinde tek olan konut kapıcılarının dahi bu haklardan yararlanabilecekleri sonucuna varılabilir. Bu konuda grev hakkının kısıtlanması yolundaki istek, Millet Meclisinde iltifat görmemiştir.(Bkz. MMTD., D: 3, C:4, T: 1, B: 64, s.: 104/105). Yargıtay'ımızın bir kararında, -dolaylı da olsa- tek işçisi kendisinden ibaret bulunan işyeri kapıcısının toplu iş sözleşmesinin kapsamına alınabileceği anlaşılmaktadır.(Yarg. 9.HD. 6.11.1964 T., E. 7593, K. 7360)(98) Ayrıca, Konut Kapıcıları Tüzüğü'nün 4. maddesinde, kapıcıların "toplu iş sözleşmesinde belirlenen" görevlerinden söz edilmiş olması, bu düşünceyi doğrular niteliktedir.

— oOo —

(97) 2821 sayılı Kanunun 60.maddesine dayanılarak hazırlanmış olup, 10.11.1983 tarihli ve 83/7376 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilerek, 6.12.1983 tarihli ve 18243 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

(98) ÇENBERCİ 1986, s. 216, dipnot 92.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK UYGULAMASI

Doç. Dr. Sami SELÇUK (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Niteliği, Önemi ve Değeri. II- AİH. Sözleşmesinin Özellikleri. III- AİH. Sözleşmesini Benimseme Biçimleri. 1) Sözleşmeyle Bütünleşmeyen İkinci Sistem. 2) Sözleşmeyle Bütünleşen Tekçi Sistem. IV- Sözleşmenin Uygulanmasında Duyarlılık. V- Türkiye'nin Benimsediği Sistem. 1) Yasal Düzenleme. 2) Sözleşmenin Normlar Basamağındaki Yeri. VI- AİH. Sözleşmesinin Uygulanması ve Olasılıklar. 1) Anayasa ve AİH. Sözleşmesi. VII- Türk Yargısında AİH. Sözleşmesi. 1) Anayasa Mahkemesi. 2) Yargıtay. 3) Danıştay. 4) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi. Sonuç ve Çağrı.

I- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Niteliği, Önemi ve Değeri:

İnsan hakları, kişinin salt insan olması açısından taşıdığı değer bir vurgulanmasıdır. İnsan olarak sahip olunan özgürlük değerinin başkalarınca tanınması ve dıştan gelen etkenlere karşı korunmasıdır insan hakkı. Bu yüzden her insan hakkı bir özgürlük hakkıdır. Her insan eşit değere sahiptir(1).

İnsan hakları, günümüzde hukuk, siyaset, felsefe, ekonomi gibi toplumu ve insanı ilgilendiren bilimlerin konusu olduğu kadar, bir uygulama sorunudur da. Sorun bu hakların nasıl korunacağıdır. Çünkü nerede bir hak varsa, orada ihlal de vardır ve olacaktır. Öyleyse bu ihlaller önlenmelidir.

Bu inanç ve kaygılarla 26.6.1945 tarihli Birleşmiş Milletler Antlaşmasında, insan haklarının korunması açısından önemli kurallar yer almıştır. 10.12.1948'de BM Genel Kurulu İnsan Hakları Evrensel Bildirisini benimsemiştir (R.G., 27.5.1949). B. Milletler, daha sonraları, bir dizi sözleşme ve ek protokolü insan hak ve özgürlüklerinin üye devletler için uygulanmaları için yürürlüğe koymuştur.

İkinci dünya savaşıdan sonra Avrupa Konseyi kurulmuş, Türkiye Konseyin 5.5.1949 tarihli, 3.8.1949'da yürürlüğe giren statüsünü benimsemiştir (12.12.1949, R.G., 17.12.1949).

(*) Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı

(1) Erdoğan, Mustafa, Liberal Toplum, Liberal Siyaset, Ankara, 1998, s. 103, 105, 116 -124.

Avrupa Konseyi insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesine öncelik vermiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4.11.1950'de Türkiye'nin de katılımıyla Roma'da imzalanmış, 3.9.1953'te yürürlüğe girmiş, Türkiye BM Meclisi tarafından 6366 sayılı Yasa ile öncelik, ivedilik ve oybirliğiyle benimsenmiştir (R.G., 10.3.1954). Türkiye, 28.1.1987'de 11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla 22.1.1990 tarihinden geçerli olmak üzere bireysel başvuruyu, 25.9.1989 ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla İnsan Hakları Mahkemesine yargı yetkisini tanımıştır (R.G., 27.9.1989).

AİH Sözleşmesi, Avrupa ailesine katılmanın ayrılmaz parçasıdır(2). Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 4.3.1991'de, Sözleşmeyi insan hakları alanında Avrupa düzeninin anayasası olarak benimsemiştir. Üye devletler de, bu hakları/ özgürlükleri ortak malvarlığı ve demokratik rejimin temeli saymakta, ayrıca ulusal hukuklarını bu sözleşmeye uydurmayı taahhüt etmektedirler (AİH Mahkemesi, 18.1.1978).

Sözleşme, birçok ülkenin Anayasasını ve iç hukukunu etkilemiştir. Demokrasinin en az koşullarını içeren ve somutlaştıran bir belgedir. 1961 ve 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları da bu etkilenmeden paylarını almışlardır.

Sözleşme donmuş bir metin değildir. Ek protokoller gündeme bu yüzden gelmişlerdir(3).

Sözleşme ve ek protokoller bir bütündür. Nitekim, AİH Mahkemesi bunların bir bütün olduklarını sık sık vurgulamıştır (Abdulaziz, 28.5.1985; Johnston, 18.11.1986). AİH Komisyonu da, Sözleşmenin işlevinin ve yorumunun bireyi koruma/kollama güdüsüyle etkili kılmaya yönelik olduğunu belirtmiştir (Golder raporu, 1.6.1973)(4).

Yarar açısından hakları korumak için, hakları genişleten ve çoğaltan normları geniş; hakları daraltan normları dar yorumlayan AİH Mahkemesi, özgürlükten yoksunluk, hükümlülük gibi terimlere özerk anlamlar yüklemiş, devlet yargısının yerine geçmekten olabildiğince kaçınmış, Avrupa kamu düzeni karakterine yaslanarak denetim yapmış, denetim mekanizmasının iç hukuk denetimine göre ikincilliği ve iç hukukta uygulanması ilkelerini benimsemiş, devletlerin uyma zorunluluklarını sık-

(2) Decaux, Emmanuel, Les Etats parties et leurs engagements, Petiti/Decaux/Imbert, La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris, 1995, s. 3. (Not: Daha sonraki dip notlarında "Commentaire" diye yazılacaktır).

(3) Decaux, Commentaire, s. 20.

(4) Decaux, Commentaire, s. 42, 45.

lıkla vurgulamış, hukukun üstünlüğüne, demokrasinin gereklerine ve genel hukuk ilkelerine sık sık yollama yapmıştır. Demokrasinin vazgeçilmez/en az koşullarını içerdüğinden, metindeki bu haklar günümüzde daha da genişlediğinde Mahkemenin bu dinamik yorumu sözleşmeyi çağın ruhuna uydurmakta büyük ölçüde etkili olmuştur(5).

II- AİH Sözleşmesinin özellikleri:

Uluslararası sözleşmelerin, özellikle AİH Sözleşmesinin özelliklerini şöyle özetleyebiliriz.

1. Uluslararası Sözleşmeler, genelde, uluslararası hukuk özneleri olan devletler arasındaki ilişkileri düzenlerler ve ülke çıkarlarını gözetirler. Ancak AİH Sözleşmesinin özneleri herkeştir, her insandır. Çünkü bu bir insan hakları sözleşmesidir. Bu konuda yurttaş/yabancı ayırımı yapılamaz. Sözleşmeye katılmamış ülkelerden sözleşmeyi benimsemiş ülkelere gelen kişiler de bu sözleşmeden yararlanırlar. Sözleşme bu durumuyla uluslararası hukuk alanında yenilikler getirmiş, kişiyi/insanı devlete karşı hak öznesi kılmış ve güçlendirmiştir. Sözleşmenin 1. maddesinde geçen "her kişi" deyişi, hem yukarıdaki nitelikleri, hem de Sözleşmenin evrenselliğini içermektedir. Özetle tüm insan hakları sözleşmeleri gibi AİH Sözleşmesi de devletin çıkar ilişkilerinden çok bireysel hak ve özgürlüklerin belirlenmesini ve duyurulmasını amaçlamıştır(5a).

2. Sözleşme iç hukuk düzenlemesiyle ilgilidir. Dış ilişkilerle değil. Böylece insan hak ve özgürlükleri, deyim yerindeyse bir tür ortak inanca dönüşmüştür. Sözleşmenin başlangıcında insan haklarına saygıda ortak anlayıştan ve hukukun üstünlüğüne dayalı ortak mirastan söz edilmiştir.

3. Salt hukuk tekniği açısından sözleşme uluslararası niteliktedir ve devletlere yükümlülükler getirmiştir. Devlet hukukunu bu sözleşmeyle uyumlu kılacaktır. Bireyin hakları çiğnendiği takdirde devlet, uluslararası mahkeme önünde davalı olarak yargılanmayı göze almıştır. Uluslararası hukukta hak öznesi olan birey, devlete karşı yargı yoluna gidebilecektir. Bu hukukun üstünlüğü ilkesinin doğal bir sonucudur. Çünkü devlet, yargılanmayı benimsemekle, yargılanma sonucu hukukun dediğini de benimsemiş olmaktadır.

(5) Jacot-Guillarmod, Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Commentaire, s. 49, 60.

(5a) Gözübüyük, AİH Sözleşmesinin Türk hukukundaki yeri, İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması, Kollokyum, Ankara, 13-14.9.1990 (1992 basımı), s. 24; Carillo-Salcedo, Juan Antonio, Article 1, Commentaire, 135.

4. Bireysel başvuru yolu, Sözleşmenin en belirgin niteliğidir. Elverir ki devlet bu yolu tanımış olsun (md. 25). Bu yolu hemen hemen sözleşmecı devletlerin hepsi benimsemiştir.

5. Devlet başvurusu ortak güvencedir. Her sözleşmecı devletin öbür sözleşmecı devletlerin Sözleşmeye uyup uymadığını denetleme yetkisi bulunmaktadır.

6. Sözleşme hem iç, hem de uluslararası hukuku kapsamaktadır. Soyut hak ve özgürlükleri belirleyen değil, kural koyucu bir sözleşme niteliğindedir(6).

7. Sözleşmecı devletlerin Sözleşmeden doğan yükümlülükleri karşılıklılık (mütekabiliyet) ilkesine ve yurttaşlık bağına dayanmaz. Bu yüzden yükümlülükler neseldir (objektiftir). Kişilerin temel hak ve özgürlükleri yurttaşlık bağı aranmadan devlete karşı koruma ve güvence altına alınmıştır. Yabancılar da sağlanan haklardan yararlanırlar. Devletler kendi yetki alanlarında bulunan "herkes"e bu hak ve özgürlükleri tanımışlardır(7). Bu yüzden devletler kendi yurttaşlarına zarar gelmesi bile yükümlülükler saygı gösterilmesini isteyebilirler (AIHM Kararı, 18.1.1978)(8).

8. Sözleşme yargısal organlara koruyuculuk görevi vermiştir. Sözleşme ortak güvence (devlet başvurusu) ve bireysel başvuru yollarıyla güvence altına alınan hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi yükümlülüğünü ilkin devletlere; sonra da, devletler bunlara uymazlarsa, yargısal denetim organlarına vermiştir. Komisyonca karara bağlama ve verilen kararları yerine getirme görevi ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine verilmiştir(9).

9. Sözleşme temel hak ve özgürlüklere kimi sınırlamalar getirmiştir. Ancak, sözleşme hiç bir devlete olağanüstü durumlarda bile, yaşam hakkına saygı yükümlülüğünden ve işkence ve kölelik yasağından sıyrılma, suç ve cezaların yasallığından vazgeçme fırsatını tanımamıştır. Olağanüstü durumlarda dahi devletler bu hak ve özgürlüklere saygılı olmak durumundadır(10).

10. Uluslararası koruma yolları ikincil niteliktedir. Asıl korumayı ulusal yargı sağlayacaktır. Hak ve özgürlüklerin ulusal yargı tarafından korunabilmesi, Sözleşmenin ulusal yargı yerleri önünde ileri sürülmesine ve yargı yerlerince uygulanmasına bağlıdır. Ulusal yargı yerleri Sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için, uluslararası yargısal kararları iyi izlemek durumundadırlar(11).

(6) Gözübüyük, s. 25.

(7) Gölcüklü, Feyyaz-Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 1994, s. 27, 28.

(8) Gözübüyük, s. 25.

(9) Gölcüklü....., n. 29.

(10) Gölcüklü, n. 31, 32.

(11) Gözübüyük, s. 25, 26.

Sözleşme devletlere çekince koyma hakkı tanımıştır.

11. Sözleşme sıradan değil, özelliği olan bir antlaşmadır. Yasayla değiştirilemez. Sözleşmeler kendi koydukları kurallara göre kaldırılabilir. Devletler onu tek yanlı değiştiremezler.

12. Sözleşmeden sonra çıksalar bile, Anayasa ya da yasa ile açık ya da kapalı olarak sözleşme hükümleri değiştirilemez. Bu hükümler sürgit yürürlükte olduklarından hem ulusal ve hem de uluslararası hukukta öncelikle ve özellikle uygulanır ve hukuksal sonuç yaratırlar(12).

Bu sözleşme, Türkiye'de halkın temsilcisi olan yasama organının incelemesi sonucu özgür iradesiyle benimsenmiş ve böylece öbür yasalar gibi iç hukukun bir parçası olmuştur. Bu yüzden kendiliğinden uygulanır. Ayrıca bir işleme gerek yoktur. Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Aykırı olsa bile uygulanır.

Görülüyor ki, Sözleşme, bizim için çok önemlidir. Çünkü 1982 Anayasası; demokrasiye, hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ters düşen bir öze sahiptir. Devleti kutsal ve yanlı kılmış, korporatizmi öncelemiş, insan haklarını bu yüzden devlet karşısında marjinalleştirmiş, sınırlandırmış ve kötüye kullanılacağı kaygısıyla tehdit altına almış, demokrasi korkusuyla birçok yasak getirmiştir(13). Bu nedenle, Sözleşme ve Sözleşmeyi yorumlayan ulusüstü yargı kararlarını yaşama geçirmek suretiyle 1982 Anayasasının bu olumsuzluklarını bir ölçüde gidermek olanaklıdır.

III- AİH Sözleşmesini benimseme biçimleri:

1. Sözleşmeyle bütünleşmeyen ikinci sistem:

Kimi ülkeler, Sözleşmeyi iç hukuka katmamışlardır. Ancak bu ülkelerde Sözleşmenin moral bir gücü vardır. Sözleşme sayesinde iç hukuktaki boşluklar doldurulmakta, belirsizlikler yorumlarla belirlenmektedir. Bu ülkeler, İngiltere, İsveç, Danimarka, İrlanda, İzlanda, Norveç'tir.

Gerçekten İngiltere'de, ceza yargılamasının yörüngesinden çıkacağı korkusu egemen olmuştur. Ancak İngiliz yargıçlar, Sözleşmeyle ilgilidirler ve kendi hukuklarıyla Sözleşme arasında uyumsuzluğa düşmekten özenle kaçınmaktadırlar. Yasa koyucu da, AİHM'nin kimi hükümlülük kararlarını gözeterik, metinleri iyileştirmektedir.

(12) Gözübüyük, s. 26, 27.

(13) Erdoğan, s. 379 vd.

İsveç'te de benzer bir durum vardır. Ranea kararında, Yüksek İdare Mahkemesi, uluslararası bir sözleşmenin iç hukuku doğrudan etkilemeyeceğini, Sözleşmedeki hukuksal zorunlulukların yasal etkisini göstermek için, İsveç'te bunu karşılayan bir yasanın olması gerektiğini belirtmiştir. Ne ki, hüküm öncesi tutuklamayla ilgili olarak AIHM'nin kararı üzerine İsveç yasa koyucusu tutuklama Yasasını değiştirmiştir. Öte yandan AIH Sözleşmesinin 6/3. maddesine dayanan bir geri verme isteğini, İsveç Yüksek Mahkemesi reddetmiştir(14).

2. Sözleşmeyle bütünleşen tekçi sistem:

Tekçi sistem, normlar basamaklamasına göre dört türde biçimlenmektedir:

a) Sözleşmeyi Anayasanın üzerinde gören ülke(ler): 1983 Hollanda Anayasasının 93. ve 94. maddelerine göre uluslararası sözleşmeler Anayasadan üstündürler. Yeter ki, sözleşme Parlamentoda üçte ikiyi aşan çoğunlukla benimsensin. 1978 İspanya Anayasasının da Sözleşmeye uygun yorum formülüyle bu ülkeler arasında yer aldığı belirtilmiştir(15).

b) Sözleşmeyi Anayasaya eşdeğer gören ülkeler: 4 Mart 1964 tarihli Avusturya Federal Anayasasına göre, yasalar sözleşmeye uymak zorundadır (md. 237). Bir bakıma İsviçre ceza yargılaması açısından da durum böyledir.

c) Sözleşmeyi yasanın üzerinde, Anayasanın altında gören ülkeler: Kıbrıs (Rum) (md. 169), Fransa (md. 55), Yunanistan (md. 28/1), Portekiz (md. 278/1), yargı kararı yoluyla Belçika (Yargıtay, 27.5.1971, 14.1.1976, 26.9.1978, 4.4.1984, 16.4.1984, 13.9.1984, 20.1.1989, 10.5.1989).

d) Sözleşmeyi Yasa düzeyinde gören ülkeler: Federal Almanya (Temel Yasa, md. 59), İtalya (md. 80), İsviçre (esasla ilgili yasalarda)(16).

IV- Sözleşmenin uygulanmasında duyarlılık.

Avrupa ülkelerinin sözleşmenin uygulanmasında yeterince duyarlı oldukları görülmekte ve fakat değişik yorumlarla konuya yaklaşmaktadır.

Bilindiği gibi Almanya Federal Cumhuriyeti Sözleşmeyi yasa düzeyinde benimsemiştir (26.3.1987). Ancak, sözleşmeye aykırılık iddiasıyla bir yasa iptali için Anayasa Mahkemesine gidilememektedir (14.1.1960).

(14) Çavuşoğlu, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara, 1994, s. 84 vd.

(15) Yüzbaşıoğlu, Necmi, Avrupa İnsan Hakları Hukukunun niteliği ve Türk hukuk düzenindeki yeri üzerine, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Mayıs 1994, s. 28; Pradel, Jean, Droit pénal comparé, Paris, n. 46.

(16) Çavuşoğlu, s. 86 vd.; Pradel, n. 46.

Fransa'da yasaların sözleşmeye uygunluğu mahkemelerce denetlenmektedir (24.5.1974). Fransız Danıştay'ı da 20.10.1989'da 1.3.1968 tarihli görüşünden dönmüştür. Bu görüş, sonraki yasa hükmü sözleşmeye aykırı ise uygulanır yolunda idi. Anayasa Mahkemesi (Konseyi) ilkin Sözleşmenin yasalara uygunluğunu göreceleştirmiş (15.1.1975), daha sonra 21.10.1988 ve 22.1.1990 tarihli kararlarında, yasa koyucunun Fransa'nın taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uyması yükümlülüğünü vurgulamıştır(17).

Fransız Yargıtayının, Sözleşmeyi çok sık uyguladığı görülmektedir. Gerçekten Yargıtay yargı kararlarının açık bir yere asılması ve duyurulması biçimindeki tamamlayıcı cezanın, Sözleşmenin insanlık dışı ve küçük düşürücü cezayı yasaklayan 3. ve özel, ailesel yaşama saygıyı düzenleyen 8. maddesine (26.3.1990, Rapport, 1990, s. 405. Rapport, bundan sonra "R" olarak gösterilecektir); sorgu yargıcının talimatı üzerine gözaltını öngören C.Y. Yasasının 154/1-2. maddesinin Sözleşmenin kuşkulunun adli makama uygun sürede çıkarılmasını düzenleyen 5/1-c ve 5/3. madde ve bentlerine (20.2.1990, R. 1990, s. 406; 10.3.1992, R. 92, s. 375); Adalet Bakanlığının temsilcisi olarak bir yargıcın hükme katılmasını Sözleşmenin yansızlığı ve bağımsız yargıyı öngören 6/1. maddesine (26.4.1990, R. 1990, s. 406; 27.2.1991, R. 1991, 406; 28.1.1992, R. 92, s. 375; 17.2.1993, 7.4.1993, 24.11.1993, R. 93, s. 375; 15.3.1994, 15.6.1994, 5.7.1994, 30.11.1994, 12.1.1994, 3.11.1994, R. 1994, s. 399 - 400; 9.11.1995, R. 1995, s. 361; 14.3.1988, 16.6.1988, 19.10.1988, R. 1988, R. 269; 1. HD. 18.5.1989, R. 1989, s. 393); cenaze töreniyle ilgili suç, Sözleşmenin suçların yasallığını düzenleyen 7. ve sanığın suçlamayı anladığı dille bilme hakkını düzenleyen 6/3-a. maddelerine (olayda İller İdaresi Yasasının L. 362/1 ve R. 362-4. maddeleri söz konusu idi) (1.2.1990, R. 1990, s. 406; 28.1.1992, 28.10.1992, R. 1992, s. 376; 4.10.1995, R. 1995, s. 362) aykırı buldu. Yargıtay, sanığın tanıkları sorgulama hakkını (Sözleşme, md. 6/3-d) (4.1.1990, 8.2.1990, R., 1990, s. 407; 18.4.1988, R. 1988, s. 271; 25.5.1992, 10.3.1992, R. 1992, s. 377; 21.1.1991, R. 1991, s. 406; 26.1.1994, 20.10.1994, R. 1994, s. 401; 1.6.1995, R. 1995, s. 262); telefon dinlemeyle ilgili düzenlemeleri özel yaşamın gizliliğini düzenleyen 8. maddesine göre değerlendirdi (15.5.1990, 17.7.1990, 2.10.1990, 6.11.1990 R. 1990 s. 408; 4.9.1991, 23.10.1991, R. s. 407; 3.6.1992, R. 1992, s. 377; 13.1.1993, 3.2.1993, 3.7.1993, R. 1993, s. 377; 2.4.1997, 6.5.1997, R. 1997, s. 311; 23.8.1994, R. 1994, s. 402).

(17) Yüzbaşıoğlu, s. 29.

Yargıtay'ca, duruşmanın halka açıklığı (md. 6/1) (2.3.1988, R. 1988, s. 27; 1. HD. 15.11.1989, R. 1989, s. 353, 394; 15.6.1994, 6.7.1994, R. 1994, s. 399); çevirmen ücretinin alınamayacağı (md. 6/3-e) (24.2.1988, R. 1988, s. 271; 2.2.1994, R. 1994, s. 402); tutuklamada kısa sürede karar verilmesi (md. 5/4) (21.6.1988, R. 1988, s. 270); suçsuzluk karinesi (md. 6/2) (6.11.1991, R. 1991, s. 406; 10.2.1992, 9.4.1992, 11.6.1992, R. 1992, s. 376; 16.3.1993, R. 1993, s. 376; 11.7.1994, R. 1994, s. 401); düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (md. 9), (11.4.1991, R. 1991, s. 407); ulusal kökene göre ayrımcılık yasağı (md. 14) (1.11.1991, R. 1991, s. 407; 26.7.1994, R. 1994, s. 403); düşünce özgürlüğü (md. 10) (6.10.1992, R. 1992, s. 378; 19.11.1997, R. 1997, s. 312); angarya yasağı (md. 4/2) (9.11.1993, R. 1993, s. 374); makul süre (5/3, 6/1). (20.1.1993, 3.2.1993, R. 1993, s. 374; 12.6.1997, R. 1997, s. 310; 9.5.1994, 19.1.1986, 26.7.1989, R. 1994, s. 398); adil yargılama, (6/1) (20.10.1983, R. 1993, s. 375; 22.10.1997, R. 1997, s. 311; 9.3.1994, 23.11.1994, R. 1994, s. 398; 1.6.1995, 18.10.1994, R. 1995, s. 361; B. Genel Kurul, 14.6.1996, R. 1996, s. 443, 444); savunman seçme hakkı (6/3 - b/c) (20.10.1993, R. 1993, s. 376); silahların eşitliği ilkesi (md. 6) (6.5.1997, 21.5.1997, 12.11.1997, R. 1997, s. 310); savunma hakkı güvencesi (md. 6/3) (1.7.1997, R. 1997, s. 311; 9.3.1994, 11.7.1994, 12.7.1994, s. 401; B. Genel Kurul 30.6.1995 (iki karar), R. 1995, s. 344, 345; 9.1.1995, R. 1995, s. 362); ikinci kez yargılama yasağı (7. Ek protokol md. 4) (27.3.1997, R. 1997, s. 312) kuralları değerlendirilmiştir(18).

V- Türkiye'nin benimsediği sistem;

1. Yasal düzenleme:

1961 (md. 65/son) ve 1982 (md. 90) anayasalarına göre, yöntemine göre, yani TBM Meclisince bir yasayla onaylanması uygun bulunmuş (md. 65/1, 90/1) ve böylelikle yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar/sözleşmeler yasa hükmündedir.

Bu hükmün anlamı, uluslararası sözleşmelerin iç hukuk düzeninin içinde olduğunu vurgulamaktır. Böylece uluslararası sözleşmeler, ülkemizde yürürlükte bulunan bir yasa gibi geçerli ve bağlayıcı olacaklar; doğrudan sonuç doğuracaklardır(19).

(18) Geniş bilgi için bakınız: Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992, actes du colloque de Montpellier, février 1993, Paris, 1994; Karsenty, Dominique, La garantie d'un procès équitable dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle, Rapport de la Cour de cassation 1996, Paris, 1997, pp. 121 - 141).

(19) Tanilli, Server, Devlet ve Demokrasi, İstanbul, 1981, s. 645; Gölcüklü..., n.40; Yüzbaşıoğlu, s. 32.

1921 (md. 7) ve 1924 (md. 26) anayasaları uluslararası sözleşmelerin TBM Meclisince yapılacağını öngördüğünden, bunlar yasa gibi anlaşılmışlardır. 1961 ve 1982 anayasaları ise, yasama ve yürütme erkleri arasında bir yetki bölüşümüne girerek, ilkin yasamaca bir onaylamayı uygun bulan bir yasanın çıkarılmasını, daha sonra da Cumhurbaşkanı'nın onaylanmasını öngörmüşlerdir(20).

1982 Anayasası, bu genel kuraldan başka, uluslararası hukukun iç hukukta uygulanması açısından, kimi özel düzenlemeler de öngörmüştür.

İç hukuktan, yani sözleşmeler ve uluslararası hukukun öbür kurallarından doğan yükümlülükler çiğnenmemek koşulu ile savaş, seferberlik, sıkıyönetim ya da olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir (md. 16). Öte yandan Anayasanın 92. maddesine göre TBM Meclisinin kullandığı savaş duyurusu konusundaki yetkisi uluslararası hukukun meşru saydığı durumlarla sınırlıdır. Ayrıca sözleşmelerin/antlaşmaların tersini öngörmesi durumunda Türk silahlı kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi ya da yabancı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması yetkileri Türkiye BM Meclisinden başka bir makamca da kullanılabilir (21).

Bununla birlikte, 1961 ve 1982 anayasaları aynı maddelerinde (md. 65 ve 90), uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırılık savıyla Anayasa Mahkemesine götürülemeyeceklerini öngörmüştür.

Ancak, ayrış içinde şunu belirtmekte yarar vardır. Sözleşmenin kendisinin anayasaya aykırılık denetiminin konusu yapılamaması, "uygun bulma yasası"nın Anayasa Mahkemesine; onay kararnamesinin Danıştaya götürülemeyeceği anlamına gelemmez. Bu yüzden hükmü daraltıcı biçimde yorumlamak gerekir(21). Bir başka görüşe göre uygun bulma yasası, her zaman basit tek bir hükümden ibarettir. Bu yüzden Anayasa Mahkemesine getirilme olasılığı uygulamada yok denecek kadar azdır. Ancak, biçim yönünden aykırılık söz konusu ise bu olasılık güçlüdür ve buna da bir engel yoktur(22). Katılmadığım üçüncü bir görüş ise, Fransız hukukundaki "ayrılabilir işlem" (acte détachable) kavramından yola çıkarak, "uygun bulma yasası" uluslararası sözleşmeden ayrılabilir, tek başına bir hüküm olarak değerlendirilebilir ve iç hukuku etkileyebiliyorsa, bu yasaya karşı Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Eğer ayrılmıyor, ancak sözleşmeyle birlikte bir hüküm ifade ediyorsa, onun alinyazısını da etkileyeceğinden, Anayasa Mahkemesine götürülemez. Usul saptırma yoluyla yargı denetimi yolu açılmamalıdır(23).

(20) Gözübüyük, s. 22.

(21) Kıratlı, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara, s. 112; Soysal, Mümtaz, Dış Politika ve Parlamento, Ankara, 1964, s. 216-217.

(22) Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1993, s. 187.

(23) Çelik, Edip, Milletlerarası Hukuk, İstanbul, 1995, s. 212.

2. Sözleşmenin normlar basamağındaki yeri:

Anayasaya başvurulamazlık hükmü karşısında, ilk saptama şudur: Uluslararası sözleşme, TBM Meclisi tarafından kaldırılmadıkça yürürlükte ve uygulanabilir olacaktır. Peki Anayasa ve yasalar karşısında bu tür sözleşmelerin uygulanmaları nasıl olacaktır?

a) Sözleşmeleri yasa düzeyinde sayan görüş:

Sözleşmeyi salt yasa düzeyinde görenlere göre, böyle bir benimseme sorunu çözmekte kolaylık sağlamaktadır. İlk Sözleşme ile Anayasa ve yasaların hükümlerini bağdaştıracak bir yorum aranmalıdır. Bu durumda eğer çatışma söz konusu ise iki hükümden sonrakinin uygulanacağı açıktır. Sonraki tarihi taşıyan sözleşme değil yasa ise, elbette yasa uygulanacaktır. Sözleşmeye aykırı yasa çıkarma uluslararası sorunlar yaratabilir. Ancak bu devletin sorumluluğunu gerektirir. Uygulamacı hangi hüküm sonraki tarihi taşıyorsa, elbette onu uygulayacaktır. Uluslararası sözleşmelerin soyut ve somut norm denetimine konu yapılamamaları, aleyhlerine Anayasa Mahkemesine başvurulamamaları, onları Anayasa ve Yasaların üzerine çıkaramaz. Olsa olsa, bir uyuşmazlığı uluslararası sözleşmeyle çözecek olan mahkemeyi duraksamadan kurtarır. Uluslararası sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesine gidilememesinin nedeni, bu sözleşmelerin iki ayrı egemenliğin, yani devletin uluslararası alandaki işlevinin ürünü olmaları, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin ulusal alanla sınırlı olmasıdır(24).

Bu görüş, yasa koyucunun gereksiz düşünceleri, hatta varsayımları yansıttığını ve abesle uğraştığını ileri süren bir anlayışla bütünleşmektedir. O yüzden benimsenemez. Üstüne üstelik, yasalar ve özellikle anayasalar, özlü, kısa ve yoğun biçimlerle (style laconique, concis, lapidaire, dense) kaleme alınırlar. Bırakınız sözcükleri, virgüllerin bile bir anlamı vardır. Böylesine dil, sözcük tutumluluğuna (ekonomisine) özer göstermek zorunda olan bir yasada, anayasaya karşın uluslararası sözleşmelerin yürürlükte olduklarını söylemek, boşuna söylenmiş bir düşünce değildir. Olamaz da. Bu sözleşmelerin Anayasa Mahkemesinin egemenlik alanı dışında kaldıkları, bir iptalden etkilenmeyecekleri, bu yüzden uluslararası düzeyde gereksiz bir çatışmaya yol açmaktan kaçınıldığının vur-

(24) Meray, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Ankara, 1968, s. 132; Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Ankara, 1985, I, s. 31; Balta, Tahsin, Bekir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye, Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara, 1970, s. 278; Bilge, Necip, İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri, A. Baro Dergisi, 1986/6, s. 983; Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 1986, s. 26, 77; Bilgen, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1996, s. 126, 127; Pradel, n. 46.

gulandığı söylenebilir. Ancak, böyle bir görüş başka ülke anayasalarında yoktur. Bu bir. Yasa koyucu susar, anayasaya aykırılık itirazının yolunu açabilir ve bir iptal söz konusu olduğunda esasen bu kuramsal kalmaya yargılıydı. Çünkü ülke sınırları içinde de geçerli olamazdı. Bu iki.

Kanımca sonuç şudur. Sözleşmenin hükmü/hükümleri Anayasayla çelişse(ler) bile yürürlüktedir. Değil mi ki Anayasada vardır, uygulamacı bu canlı hükümleri gözetecektir. Çünkü Sözleşme hükümleri, olsa da olur olmasa da olur türünden gereksiz ve dekoratif bir süs bitkisi değildir. Bunun dışındaki tartışmalar, bir bakıma yanılısamadan ibarettir.

b) Sözleşmeleri yasaların üzerinde sayan görüş:

Bu düşünceye göre, yasaların Anayasaya aykırılıkları sürülebildikleri ve iptal edilebildikleri halde, uluslararası sözleşmelere karşı bu yol kapalıdır. Anayasaya karşın yürürlükte olan bir uluslararası sözleşme elbette yasaların üzerindedir. Böylece Anayasa da bunların yasadaki üstün oldukları görüşünü benimsemiştir. Yalnız bu mu? Dahası var. Anayasaya karşın bir yasa yürürlükte ise elbette uygulanacaktır. Uygulanması engellenemeyecektir.

Anayasa Mahkemesi, ne bu sözleşmeleri ne de yasaların sözleşmelere uygunluğunu denetleyebileceğine göre bu sözleşmeler yasalara göre ayrıcalıkladırlar(25).

Hem uluslararası bir sözleşme yapmak, hem de sözleşmeye aykırı yasa çıkarmak; devlette aranan ciddiyet ve ağırbaşlılıkla ve de Sözleşmenin uluslararası niteliğiyle bağdaşmaz. Sonraki hüküm önceki hükmü ortadan kaldıramaz(26).

c) Pragmatik/pratik görüş:

Hemen belirteyim ki, Anayasanın 90. maddesiyle vurgulanmak istenen nokta, Türkiye'ce uygun bulma yasasıyla benimsenen bir uluslararası sözleşmenin, iç hukukta ayrıca bir işleme gerek olmadan, doğrudan doğruya uygulanacağıdır. Bunu tartışma konusu yapmak yerinde değildir.

(25) Gölcüklü..., n. 42; Akyürek, İlhan, Devletler Hukuku, Ankara, 1970, I, s. 28; Gözübüyük, Avrupa ..., n.14.

(26) Batum, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri (Tez), s. 261; Soysal, Mümtaz, Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 15 vd.; Çelik, Edip, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, İstanbul, Ankara, 1988, s. 51; Akılhoğlu, Tekin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz, AÜSBD, 1989, n.3-4, s. 164, 173.

Ancak, yukarıdaki tartışmaların daha çok kuramsal ve zaman zaman da sanal boyutlardan arındırılması, zorunludur. Bir başka deyişle sorun, uygulamanın nasıl olacağına düğümlenmektedir. Bu da sözleşme, Anayasa ve yasa hükümleri ile olasılıklar gözetilerek çözülmelidir.

VI- AİH Sözleşmesinin uygulanması ve olasılıklar:

1- Anayasa ve AİH Sözleşmesi:

Cumhuriyetin niteliklerini öngören ve değiştirilemeyecek hükümler arasında yer alan Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin "insan haklarına saygılı" bir devlet olduğu; 15. maddesinde "uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin savaş, seferberlik, sıkıyönetim olağanüstü durumlarda bile çiğnenemeyeceği; bu arada yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne dokunulamayacağı; insanların din, vicdan, düşünce ve kanı açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı, suç ve cezaların geçmişe yürüyemeyeceği, suçluluğu yargı kararınca saptanmadıkça kimsenin suçlu sayılamayacağı vurgulanmıştır.

Anayasanın 16. ve 92. maddelerinde de uluslararası hukuka yollama yapılmıştır.

Bütün bu maddeler ve uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği kuralı (md. 90) gözetildiğinde, iç hukukta, yasa ile benimsenen insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin, uluslararası ve iç hukuk kuralı olarak, Türk hukuk düzeninde en üstte yer aldığı kanısındayım. İnsan haklarıyla ilgili her sözleşme ve dolayısıyla A. İnsan hakları Sözleşmesi Anayasanın bile üstünde bir değer taşımaktadırlar(27). Anayasa yapıcısı, Anayasayı yaparken uluslararası sözleşmeleri yasa düzeyinde öngörmüş olabilir. Ancak bu onun öznel iradesidir (occasio legis). Aynı Anayasa yapıcısı, anayasaya aykırılık iddiasını engelleyerek, bu öznel iradeyi aşmış, o anda bile geleceğe yönelik nesnel iradeyi (ratio legis) açıklamıştır. Artık bugün, Anayasaya karşın dokunulmazlığını koruyarak yürürlükte kalan bir sözleşme hükmü varsa, bu hüküm Anayasaya karşın uygulanacak demektir. Yargıçlar yasaları, yasa koyucusunun öznel değil, nesnel iradesine göre yorumlayarak uygulamak zorundadırlar. Yasa (yasal metin) yasa koyucudan akıllıdır (Radbruch).

(27) Yüzbaşıoğlu, s. 34.

Hemen belirteyim ki, Sözleşmede düzenlenen bir konuda Anayasa ya da yasalarda da aynı doğrultuda hükümler varsa (örneğin, hak arama özgürlüğü, Sözleşme, md. 6/1, Anayasa md. 36 gibi), sorun yoktur. Sözleşmede düzenlenen konuda Anayasa ya da yasalar susmuşlarsa yine ortada bir aykırılık olmadığından Sözleşme hükümleri doğrudan doğruya uygulanacaklardır. Anayasa ve Yasaların hükümleri açısından da durum aynıdır.

Esasen sorun, hükümler arasında geniş anlamda aykırılık söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Bu aykırılık durumunu ele alırken, kural-ayrık hüküm, ortadan kaldırma, görünüşte yarışma (içtima) kuralları gözetilecektir. Bunlar elbette Sözleşme ile Anayasa ve Yasalar arasında değil, bunların hükümleri arasında olacaktır.

Şimdi bu olasılıkları Sözleşme ile Anayasa ve Yasalar açısından ayrı ayrı inceleyelim:

a) AİH Sözleşmesiyle Anayasanın hükümleri arasındaki aykırılık:

aa) Kural - ayrık hüküm ilişkisi biçimindeyse:

Burada ilke boyutundaki hükümlere getirilen ayrık (istisnai) hükümler söz konusudur. Zira, ilke boyutunda olmayan düzenlemeler arasında kaldırma (ilga) ya da özel - genel hüküm ilişkisi söz konusudur.

Bilindiği üzere ayrık hüküm, genel kurala/ilkeye getirilen özel bir düzenlemedir ve o sınırlar içinde uygulanır. Sözgelimi, Anayasa yaşam hakkını kural/ilke olarak benimsemiş (md. 17), ancak buna ayrık bir hüküm getirmiştir: ölüm cezası (md. 87) Hak arama özgürlük hakkıdır (md. 36). Ancak Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere, Yüksek Askeri Şura kararlarına, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargıya başvurulamayacağını öngören Anayasa hükümleri, hak arama özgürlük hakkına getirilen ayrık hükümlerdir (md. 125/2, 159/4).

Bu durumda Sözleşme hükümlerinde de benzer ayrık hükümlere yer verilmişse sorun yoktur.

Yer verilmemişse, yapılacak iş, kanımca Anayasadaki ayrık hükümleri ayıklamaktır. Başka çözüm yoktur. Çünkü bu tür aykırılıkta, "geçerlilik" değerlendirmesi ortaya çıkar ve bunu çözmek yargının değil, yasamanın görevidir.

bb) Kaldırma (ilga) ilişkisi (rapport d'abrogation) biçimindeyse:

Kaldırma ilişkisinin kurulabilmesi için, iki hükmün öğelerinin birebir çakışması/örtüşmesi gerekir. Bu koşul varsa, ortada geçerlilik değil, yürürlük sorunu vardır. Buna göre, kural olarak sonraki yasa hükmü önceki yasa hükmünü ortadan kaldıracaktır.

Ancak, Sözleşme hükümleri, Anayasaya aykırı olsa bile yürürlükte kalacaklarından:

aaa) Anayasa hükmü Sözleşme hükmünden önce ise. bu hüküm Sözleşme hükmüyle ortadan kalkmış olacaktır. Sözgelimi, hak arama özgürlüğü hakkını tanımayan bir genel ve açık hükmü, Sözleşmenin bu hakkı tanıyan hükmüyle (md. 6/1) kalkacaktır.

bbb) Anayasa hükmü Sözleşme hükmünden sonra ise, hiçbir hukuksal değeri olmayacaktır. Çünkü Sözleşme hükmü, yürürlükte ve uygulanacaktır. Sözgelimi, hak arama özgürlüğü hakkını düzenleyen Sözleşmenin 6/1. maddesine birebir aykırı bir düzenlemeyi öngören anayasal hükmün hiçbir değeri yoktur.

Esasen, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasının salt ilk cümlesini gözeterek Sözleşmeyi yasa düzeyinde benimsediğimiz takdirde, uygulama açısından sonuç yine değişmeyecektir. Çünkü normlar basamağı yukarıdan aşağıya doğru Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik v.b.leridir. Bu basamaklandırmaya göre, yukarı normlar alt normları yaratırlar; yaratıcılık aşağıya doğru azalır, yukarıya doğru çoğalır; bu yüzden alt norm, üst norma aykırı olamaz. Buna karşılık en üst norm altındakilere göre daha soyuttur. En somut norm, alttaki normdur. Uygulamacı ise, uygulamaya en alttaki somut normdan başlar. Bir başka deyişle normlar basamağında aşağıya doğru inildikçe somutlaşma süreci yaşanmakta ve bu süreç, hukuk normunu yaratmaya karşı, ancak hukuk normunu uygulamadan yana işlemektedir (stufenthéorie)(29).

Özetle, Sözleşme yasa düzeyinde görüşü benimsense bile sonuç değişmeyecektir. Zira, Anayasanın normlarına oranla yasa normları daha alt basamakta yer aldığından, ilkin Sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

Bu kuralların geçerli olamayacağı durumlara da değinmek gerekir. Sözgelimi, Anayasanın değiştirilmesi önerilemeyecek hükümleri vardır (md. 1, 2, 3, 4). Düşünülmeleri bile olanaksız uç bir örnekle açıklamak gerekirse, sözgelimi, uluslararası bir sözleşme, insan haklarıyla ilgili bile olsa, devletin biçimini Cumhuriyetten monarşiye dönüştüremeyecektir.

Bundan başka Anayasa ile Sözleşme hükümlerinin çatışmasında akla gelebilecek kimi normlara da değinmekte yarar vardır.

İlkin Anayasanın biçimsel ve maddi üstünlüğü ilkesinin yaratacağı sorunlar ortaya çıkabilecektir.

(28) Yüzbaşıoğlu, s. 34.

(29) Lachaume, F., La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français, Paris, 1966, s. 58, 145-150.

Gerçekten Sözleşme hükmüne Anayasanın üstünde bir yer ya da yasa düzeyinde olsa bile öncelik tanımak, Türkiye C. Anayasası gibi, değiştirilmesinde nitelikli çoğunluk arayan, yani değişiklik önerisinde üye tam sayısının üçte birinin, değiştirme de tam sayının beşte üçünün oyunu zorunlu gören katı bir Anayasanın hükmünün yerine, basit çoğunlukla bile kabul edilebilen bir Sözleşmenin ters düşen hükmü nasıl geçecektir (Anayasa, md. 175)? Sözgelimi Hollanda Anayasası, üçte iki oy çoğunluğuyla benimsenen sözleşmelerin Anayasaya üstünlüğünü benimseyerek bu sorunu çözmüştür. Türk hukukunda böyle bir düzenleme yoktur.

Öte yandan, Anayasa maddi açıdan da üstündür. Bütün hukuk ve kurumlar meşruluklarını/yetkilerini ondan alırlar. Anayasanın kendi hükümleri birbirleriyle eşdeğer niteliktedirler. Bu nedenlerle, Sözleşme hükümlerine yollama yapan hükümlere öncelik/üstünlük tanımak bu eşdeğerliliğe de ters düşecektir. Anayasa açısından bunu açıklamak güçtür.

Ne var ki, biçimsel üstünlük sorunu, AİH Sözleşmesi açısından, Türkiye'de aşılmış gibidir. Çünkü Sözleşme TBM Meclisinde ivedilikle ve öncelikle görüşülmüş, üzerinde tartışma olmadan oybirliğiyle benimsenmiştir. Ancak, bunun tersi de olabilir. Bu durumda ne olacağı sorununu bundan sonraki sözleşmeler açısından çözmek gerekir.

Kanımcı, rahatsızlık yaratan bu sorunun Hollanda Anayasası gibi çözülmesi, en iyi çaredir. Ancak, çözülmemişse, basit çoğunlukla benimsenen uluslararası bir sözleşme de, bizzat Anayasa yollama yaptığından, aynı sonucu doğuracak niteliktedir.

Maddi üstünlüğün gözetilmesi ve Anayasaya öncelik verilmesi durumunda, sorun uluslararası yargı mercilerinin önüne gidebilecek, Türk yargısı ile Anayasası hüküm giyebilecektir(30).

cc) Hükümler arasında görünüşte yarışma söz konusu olabilir:

Görünüşte yarışmada, hükümler arasında çatışmadan söz edilmez. Hükümler arasındaki çatışma yalnızca görünüştedir. Aslında, hükümler çatışmazlar ve bu yüzden de yorum kurallarına göre biri uygulamadan geri çekilir ve sorun çözülür (31).

(30) Benzer görüş: Yüzbaşıoğlu, s. 35, 36.

(31) Mantovani, Ferrando, Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, Bologna, 1966, s. 7 vd.; Moro, Aldo, Unità e pluralità di reati, Padova, 1951, s. 42 vd.; İçel, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul, 1972, s. 167 vd.

Burada hiç kuşkusuz görünüşte yarışmanın özel - genel, tüketen - tüketilen, temel - yardımcı hüküm ilişkilerinden yalnızca özel - genel hüküm ilişkisi söz konusu olabilir.

İki hüküm arasında özel - genel hüküm ilişkisinin kurulabilmesi için ilkin her iki hükmün konusunun aynı olması gerekir. İkinci olarak hükümlerden birinde, onu özelleştiren fazladan en az bir ögenin bulunması gerekir.

Dikkat edilecek nokta, genel kanının tersine, belli bir konuyu düzenleyen özel/yan bir yasadaki hükümlerin genel konuyu düzenleyen genel yasadaki hükümlere göre her zaman özel olamayacağıdır. Yukarıdaki ilişki çerçevesinde özel yasadaki bir hüküm, genel yasadaki bir hüküme göre genel ya da tersi olabilir.

Anayasadaki bir hükümle AİH Sözleşmesindeki bir hüküm arasında böyle bir ilişki olabilir. Bu takdirde özel hüküm, genel hükmün önüne geçer ve o uygulanır (lex specialis derogat legi generalis). Özel hükmün Anayasa ya da Sözleşmede olması önemli değildir.

b) AİH Sözleşmesiyle bir yasanın hükümleri arasında aykırılık:

aa) Kural - ayırık hüküm ilişkisi biçimindeyse:

aaa) Yasanın ayırık hükmü, Sözleşmeyle getirilen ayırık hüküm doğrultusunda ve bu konuda Anayasada bir hüküm yoksa sorun yoktur.

bbb) Ayırık yasa hükmü, Sözleşmenin genel kuralına getirilen anayasal doğrultuda bir ayırık hükümse, bu bir yasama sorunudur ve ayırık hükümler yasa koyucusunca sözleşmeye göre temizleneceklerdir.

ccc) Ayırık hüküm Sözleşmenin genel kuralına getirilen bir ayırık hükümse ve buna Anayasada yer verilmemişse, yine sorun yasama sorunudur ve ayırık hüküm yürürlükte kaldığı sürece uygulanacaktır.

bb) Kaldırma (ilga) ilişkisi biçimindeyse:

aaa) Yasanın hükmü anayasal hükümle aynı ve anayasa önce ise, Sözleşme hükmü anayasa hükmünü ortadan kaldırdığından, yasa hükmü geçerli olamayacaktır. Çünkü anayasal dayanağını yitirmiştir.

bbb) Yasanın hükmü anayasal hükümle aynı ve Anayasa sonra ise, yine hukuksal değeri olmayacaktır. Çünkü Sözleşme hükmü yürürlüktedir ve uygulanacaktır.

Kanımcı bu sorunu çözebilmek için, Anayasanın uluslararası hukuka açıklığı ilkesini, 2. maddesindeki yollamaları gözetmek, Sözleşme hükümleriyle Anayasanın

boşluklarını doldurmak, bu yolla Sözleşmeyle çatışan hükmü Anayasaya aykırılık gibi ele alarak, sorunu çözmeye girişmek(32), bana çok kuramsal gelmektedir. Sorun yukarıda olduğu gibi çözülmelidir. Bu takdirde sorunu çözmede ilk mahkemelerin yetkili olup olmadıkları tartışması da sona erecektir.

Görülüyor ki, Sözleşmeyle Anayasa hükümlerinin aykırılıklarında belirttiğimiz gibi kaldırma (ilga) ilişkisi burada da doğmamaktadır. Çünkü Sözleşme hükmü uygulanacaktır. Zira, Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen Sözleşmenin yasaya aykırılığı nedeniyle uygulanamaması, Anayasanın getirdiği sisteme ters düşer. Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren Anayasanın Sözleşmeyi değiştiremeyeceği benimsenmesine karşın, Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren bir yasanın sözleşmeyi değiştirebileceğini ileri sürmek bir paradokstur(33).

cc) Görünüşte yarışma, yani özel - genel hüküm ilişkisi biçimindeyse:

Sorun yukarıdaki gibi çözülecek, özelleştiren öğeyi içeren özel hüküm, genel hükmün önüne geçecektir.

VII- Türk Yargısında AİH Sözleşmesi:

1. Anayasa Mahkemesi:

Anayasa Mahkemesi, ulusüstü hukukun ulus hukukuna üstünlüğünü benimsemiştir (13.5.1985, 14/7, 9.10.1986, 18/24). Anayasa Mahkemesi, Sözleşme hükümlerini destek norm olarak algılamakta, aykırılık/uygunluk kararlarında yol-lama yapmakta, insanı hem ulusun, hem insanlığın üyesi görmektedir (27.10.1977, 43/4; 11.10.1963, 124/243, 29.1.1980, 38/11; 21.5.1991, 29/22; 11.9.1987, 1/18; 1.7.1963, 207/175; 15.4.1977, 19/87; 24.5.1977, 19/82). Yüce Mahkeme, Anayasanın 2. maddesine ve başlangıcına değinirken AİH Sözleşmesini destek norm olarak görmekte, ama tek norm olarak kullanmamaktadır. Anayasanın 2. maddesindeki "hukuk devleti", "insan haklarına saygılı devlet" sözcükleri anahtar işlevini oynamaktadır.

2. Yargıtay:

Yüce Yargıtay, 22.2.1997 tarih ve 1/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında, çocuğun babalığı konusunu irdelerken 1948 İnsan Hakları Bireysel Bildirisine, 1950 AİH Sözleşmesine, 1959 Çocuk Hakları Sözleşmesine, 1961 Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasasına; Yüksek 4. Hukuk Dairesi, kamu görevlilerinin sendika kurmalarıyla

(32) Yüzbaşıoğlu, s. 35.

(33) Gözübüyük, s. 26.

ilgili kararlarında, Uluslararası Çalışma Örgütü'nce 1948'de benimsenen Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenmesi Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı, 1978'de benimsenen aynı nitelikteki 151 sayılı sözleşmelerin (3847 ve 3848 sayılı Yasalar) kurulacak sendikalara yasallık ve tüzel kişilik kazandıracağını (14.9.1998, 4656/6588; 15.5.1998, 11181/3506) belirtmiş; Yüce Hukuk Genel kurulu ise, Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO) Sözleşmesinin benimsenmesinden sonra kamu görevlileri için özel bir düzenleme yapılmadığından bu görüşe katılmamıştır (24.5.1995, 367/550)(34).

Yargıtay Yüce Ceza Genel Kurulu, Kara Avcılığı Yasasının 16. maddesi uyarınca verilen bir yönetsel karara uymayan sanık hakkında açılan bir davada, Avrupa Yaban Hayat ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesinin 4 sayılı ek listede mükre ve çıkırtkan kullanılarak avlanmayı yasaklayan hükmüne (R.G., 20.2.1984) yollama yapmakla yetinmiştir (9.6.1998, 150/211).

Yüce Ceza Genel Kurulunun çok önemli bir kararında AİH Sözleşmesinin yasa düzeyinde olduğu, 6/3-e. madde ve bentlerine göre, adil yargılamayı gerçekleştirmek için sanığın duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle kendini etkili biçimde savunabilmesi için yargılamanın tüm aşamalarında ücretsiz çevirmenden yararlanacağını benimsendiği ve bu hükmün C. Yargılama Yasasının 407. maddesine ayrı bir hüküm olduğu ve uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır (12.3.1996, 2/33). Buna karşılık Yüce Kurul bir buçuk yıl sonra verdiği bir başka kararda, 1.12.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3842 sayılı Yasayla değişik C. Yargılama Yasasının 138. maddesindeki zorunlu savunmanlık sisteminin DGM'lerde uygulanamayacağını, bu Yasanın AİH Sözleşmesinden sonra yürürlüğe girdiğini belirterek anılan Sözleşmenin 6/3-c. madde ve fıkrasından Türkçe bilmeyen Lübnan uyruklu sanığın yararlanamayacağını oyçokluğuyla belirtmiştir (C.G.K., 11.11.1997, 169/233)(35).

Yüksek 4. Ceza Dairesi de, çevirmen ücretinin sanığa yükletilmesini Anayasanın 90. maddesi karşısında Sözleşmenin 6/3-e. madde ve bentlerine aykırı bulmuştur (17.12.1997, 10310/11272; 1.2.1999, 12725/427).

(34) HGK Kararının değerlendirilmesi ve eleştirisi için bakınız: Gülmez, Mesut, "Mevzuatçı" hukuk kültürünün ürünü bir karar, Amme İdaresi Dergisi, Haziran 1995, s. 141-153.

(35) Kanımca karar yerinde değildir. Sözleşmenin hükmü, C. Yargılama Yasasının DGM'lerde zorunlu savunmanlığı reddeden ve yargılama gideriyle ilgili hükümlerine göre özel bir hükümdür. İlk kararda da genel-özel hüküm ilişkisine dayanılarak sonuca ulaşılması yerinde olurdu. Şunu itiraf edeyim ki, bu son kararda ben de çoğunluğun görüşüne katılmışım. Bu fırsattan yararlanarak yanıldığımı itiraf ediyorum.

3. Danıştay:

Yüce Danıştay, 7.12.1989 tarih ve 6/4 sayılı İçtihatları Birleştirme kararında dar yorum yaparak AİH Sözleşmesinin 3. maddesine (RG., 9.2.1990); Danıştay Yüksek 12. Dairesi, 1975 tarihli Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Antlaşmasına (24.4.1978, 1349/955) yollama yapmış, Danıştay Yüksek 5. Dairesi, bir kararında AİH Sözleşmesinin iç hukukun bir parçası olduğunu, bireyin uluslararası hukukun öznesi düzeyine yükseltildiğini, devletin yükümlülük altına girdiğini, Anayasaya aykırı olsa bile, yasaların önce ya da sonra olmalarına bakılmadan uygulanacağını, yasanın Sözleşmeyi değiştiremeyeceğini, zira yasalar üstü olduğunu belirtmiştir (22.5.1991, 1723/933).

Danıştay Yüksek 8. Dairesi de bu tür sözleşmelerin iç hukukun bir parçası olarak yürütmeyi ve yargıyı bağladığını (27.12.1993, 1521/4374) vurgulamıştır.

Danıştay Yüksek 10. Dairesi, kamu görevlilerinin sendika kurma sonucunda Uluslararası Çalışma Örgütüyle İlgili Sözleşmeye (22.4.1992, 147/136; 10.11.1992, 3911/1262); 5682 sayılı Yasanın 22. maddesi üzerine pasaport verilmeyen kimseyle ilgili olarak AİH Sözleşmesine Ek IV sayılı Protokoldeki yolculuk özgürlüğüne (14.10.1998, 4442/4832) yollama yapmıştır.

Danıştay Yüksek 12. Dairesi, 1970/1310 sayılı kararında Sözleşmeye üstünlük tanımış, ancak ulusal çıkarları öne alarak Sözleşme hükümlerinin iç hukuk kuralları gözetilerek yorumlanmasını öngörmüş⁽³⁶⁾; gazetecilerin çalışma koşullarını kolaylaştırmayı öngören Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Antlaşması Son Belgesine (24.4.1978, 1349/955) yollama yapmıştır.

4. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi:

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesinin 24 Kasım 1998 tarih ve 964/1020 sayılı kararında, Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı yoluna gidilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 125/2. madde ve fıkrasındaki hükmün AİH Sözleşmesinin 6/1. maddesine aykırı olup olmadığı irdelenmiştir.

Anayasanın bu hükmü 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 21/3. maddesinde de yinelenmiştir.

AİH Sözleşmesi ve iç hukuk ilişkisini inceleyen Yüksek Daireye göre, Sözleşme yurttaşlara uygulanacaktır (md.1). Hak arama özgürlüğü (md. 6/1, 13, Anayasa md. 36, 40) temel bir haktır.

(36) Çavuşoğlu, s. 88.

Buna karşılık, YAŞ kararlarına karşı yargı yolu Anayasayla kapatılmıştır (md. 125/2).

Bu durumda uygulamanın nasıl olacağını irdeleyen Yüksek Dairenin gerekçesinde, dünyadaki durum ve Türkiye'deki öğreti özetlenmekte, şu sonuçlara ulaşılmaktadır:

a) Sözleşme iç hukukun bir parçasıdır. Ayrıcalıklı bir yere sahiptir. Kendiliğinden uygulanır. Ayrı bir düzenlemeye gerek yoktur.

b) Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Aykırı da olsa uygulanır.

c) Sonradan yürürlüğe giren bir Anayasa ya da yasa, Sözleşmeyi değiştiremez.

d) Sözleşme, yasaya göre özelliklerini korur.

e) Türk yargısı, uluslararası sözleşmelere sık sık başvurmakla birlikte, kesin/yerleşik bir görüş saptaması yapmamıştır. ancak 7.12.1989 tarih ve 6/4 sayılı Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararında Sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki yasa hükmünün üstünde olduğu vurgulanmıştır.

f) Anayasanın 15, 16, 42 ve 92. maddelerini gözeterek Sözleşmenin Anayasa üstü konumunu savunan öğreti, Türk yazılı hukuku karşısında, benimsenemez. Sözleşme hükümleri ancak yardımcı hüküm olarak değerlendirilebilir.

g) Sözleşmeyle çatışan anayasal hükümler uygulamada savsaklanıp geri çekilemez. Çünkü Türk yazılı hukukunda Anayasa hükümleri en üst ve bağlayıcı hükümlerdir (Başlangıç ve md. 11, 138/1). Bu yüzden YAŞ kararlarına karşı yargı yolunun kapalılığı yolundaki Anayasa hükmü (md. 125/2) savsanamaz.

Yüksek Dairenin kararı, Türk hukukunda en ayrıntılı ve gerçekten de üzerinde durulmaya değer bir karardır.

Ancak Anayasaya aykırı olsa bile Sözleşme hükümlerinin uygulanacağını ve ayrıcalıklı bir yere sahip olacağını vurguladıktan sonra, sözleşmeyle çatışan anayasal bir hükmün Anayasa hükümlerinin üstünlüğü ve bağlayıcılığı gibi her ülkede geçerli bir ilkeye dayanılarak yine de uygulanacağı sonucuna ulaşmak kanımca tam bir çelişkidir.

Oysa sorun, Sözleşme hükmünün Anayasa hükmüne karşın, yürürlükte bulunduğu vurgulandıktan sonra, bununla çelişen keskin bir dönüş yapılarak duraksamalar yaratacak ve bu doğrultuda çözülecek yerde, kural - ayırık hüküm ilişkisine göre çözülmeliydi.

Hak arama özgürlüğü Sözleşme (md. 6/1) ve Anayasada (md. 36, 40) bir hak olarak tanınmış; ancak yine Anayasada buna ayırık hükümler getirilmiştir (md. 125/2, 159/4). Öyleyse, kurala ayırık hükümler kaldırılmadıkça, uygulanmaları sürdürülecektir. Bu yüzden YAŞ kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır.

Ayrıca şunu belirteyim ki, kararda değinildiği gibi, Sözleşme hükümleri yalnızca yurttaşlara değil, herkese uygulanacaktır. Türk yargısı bu hükümleri yardımcı hüküm olarak değil, destek hüküm olarak ele almıştır. İki kavram birbirinden ayrıdır.

Yine Yüce Mahkeme 2. Dairesi bir kararında 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Yasayla onanan Çocuk Hakları Sözleşmesine yollama yapmıştır (5.6.1996, 657/438).

SONUÇ VE ÇAĞRI:

AlH Sözleşmesini, dış zorlamalarla değil, kendi temsilcilerinin özgür iradesinin yansıdığı oybirliğiyle benimseyen Türkiye; Sözleşmeyi iyi değerlendirmek için aşağıdaki noktaları gözetmelidir:

1. İnsan haklarına yaslanan Sözleşme, özgürlükçü ortak kültürel mirasın bir izdüşümü ve Avrupa'nın Anayasasıdır.

2. Sözleşme, soy, din, dil, yurttaş, yabancı ayrımı gözetilmeksizin herkese uygulanacaktır.

3. Sözleşme; uygulamaya yönelik olduğundan, AlH Komisyonu ve Mahkemesi gibi yargısal ve A. Konseyi Bakanlar Komitesi gibi yönetsel organların karar ve önerilerine uyulması (md. 32, 53) ve bu organlarca, hukukun üstünlüğü ilkesi doğrultusunda, uygulamanın denetlenmesi devletlerce benimsenmiştir. Denetlemeyi değil, denetimi reddetmek ve Sözleşmeyi uygulamamak onur kırıcıdır.

4. Sözleşmenin hak öznesi ve davacısı insandır/bireydir; davalısı ise, hakların/özgürlüklerin potansiyel ihlalcisi devlettir.

5. Avrupa'nın Anayasası olan Sözleşme, optimum demokrasiyi değil, demokrasinin en az koşullarını içermektedir. Donması değil, geliştirilmesi gereken bir metindir.

6. Sözleşme, tıpkı dış ülkelerden aldığımız T. Yurttaşlar Yasası, T. Ceza Yasası, Yargılama Yasaları, kendi kotardığımız T. Ticaret Yasası gibi, bir iç hukuk yasasıdır. Bizimdir. Sözleşmeyle, ortaasyadan bu yana sürgit Batıya yürüyen Türk halkı, Avrupa'yla bütünleşmiş; son çözümlemede Avrupa Birliğine yönelmiştir.

7. Sözleşmeyi, Anayasaya karşın yürürlükte kalan bir yazılı hukuk olarak benimsediği için, Türkiye yazılı hukukunu ve uygulamasını ona uydurmayı, vazgeçilmez bir görev saymalıdır.

8. Türkiye; devleti, hukuku, toplumuyla bu görevi yerine getirirken;

a) Sözleşmeyi ucun ucun değinilecek bir yollama konusu, hükümlerini destek hükümler olarak değil; uygulamaya yansıtılacak bir başucu metni olarak görmelidir.

b) Sözleşmede yer alan ilke boyutundaki hükümlere, örneğin, demokrasi, barış, adalet, hukukun üstünlüğü, insan haklarına saygı (başlangıç), onura saygı (md.3), angarya yasağı (md. 4/2), suçlamayı öğrenme (md. 5/2, 6/3-a), hak arama özgürlüğü (md. 6/1), yargının yansızlığı (md. 6/1), yargılamada çabukluk (md. 6/1), duruşmanın halka açıklığı (md. 6/2), suçsuzluğun asıl olması (md. 6/3), aleyhte yasanın geriye yürümezliği (md. 7/2), düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (md. 9, 10), sendika hakkı (md. 11) gibi genel ilkeler ışığında yazılı hukukunu uygulamalıdır.

c) Sözleşmenin, tanık dinleme, ücretsiz çevirmenden ve savunmandan yararlanma (md. 6) gibi somut ve hemen uygulanabilir hükümlerini, genel-özel hüküm ilişkisi temelinde tezelden uygulamalıdır.

d) Sözleşme ve buna ek protokollere, AİH Komisyonu ile Mahkemesinin yargısal ve A. Konseyi Bakanlar komitesinin tavsiye kararlarını kesintisiz ve özenle izlemeli ve değerlendirmelidir.

Unutulmamalıdır ki, Türkiye, üçüncü bin yıla girerken, zorlu bir hukuk sınavı karşısındadır. Üstelik bu Türkiye, Avrupa Birliğinin kapısını zorlayan bir Türkiye'dir. Şunu iyi bilelim ki, Batı, Türkiye'yi bugünün ruhuna ve ölçütlerine göre yargılamaktadır. Oysa, Batı bugüne gelebilmek için tarihin gel-gitinde çok acılar çekmiştir. Kralının başını giyotinde koparan Fransa, binlerce çocuğunu öldürdükten iki yüz yıl sonra 5. Cumhuriyeti yaşıyor. O Cumhuriyet ki, Ressam Villette'in Hugo'nun evindeki resminde yansıttığı gibi, cılız kollarına yük binmesin diye, uzun süre Jean Valjean örneği yükü kendisi taşımıştır, Cosette değil. Ama Fransız Cumhuriyeti bugün bile merkezci devlet anlayışını aşamamıştır. Toplum mühendisliğiyle toplumu ve insanı biçimlendirme aşırılığından sık sık ölüp dirilmiştir. Rönesansı, Reformu, Aydınlanmayı, sanayi devrimini yaşamasına karşın bir türlü hukuk devleti aşamasından hukukun üstünlüğü aşamasına geçememiştir. Bu kavga sürmektedir.

Türkiye ise çetin savaşlardan sonra 1923'te Cumhuriyetle tanıştı. Basım makinesine Batıdan 250 yıl sonra ulaşan Türk toplumunun geçmişinde Rönesans, Reform, Aydınlanma, sanayi devrimi yoktu. Batıya karşın uygarlaşmak için bilimi tek

yol gösterici olarak benimseyen Atatürk, her solukta yenilenen bir dünyada yaşadığını biliyor, değişmez düsturlar bırakmadığını söylüyordu. Oysa onun çağdaşları, doğayı tek tip yaratan bir klinik sanmışlar, "sovyet insanı", "faşist insan", "nasyonal sosyalist insan" gibi tek biçimli bireylerden oluşan pastörize bir toplum yaratmaya özenmişlerdi.

Demokrasiye, ülkemizde 1945'te geçildi. Gel-gitler yaşandı. Buna karşın Batının tarihine göre daha hızlı bir gelişmedir bu. Akılcılığı, bilimi, san'atı özümsemek kolay değildir. Öykünmek başkadır, özümsemek başkadır. "Özümsemek koşuluyla başkalarından esinlenmek kadar özgün bir şey yoktur. Aslanı aslan yapan özümsemişi koyun etidir" (P. Valéry). Öykünmenin en tehlikelisi ise aslında en çok benzeyenidir. Öykünmeyle kimlik, kişilik yiter. Ne batılı ne doğuludur öykünen insan. Olsa olsa Batının da, Doğunun da düş kırıklığıdır. Türkiye kişilikli insanlarıyla bunu reddetmiştir ve özgünlüğünü koruyarak uygarlaşmaya yönelmiştir.

Ancak yürüyeceği yol daha çoktur ve çetindir.

İlkin, atılan her adımda özgür bireyi yaratma kaygısı temel olmalıdır.

İkincisi, özgürlük kimileri için değil, herkes için, yani hem berikiler ve hem ötekiler için olmalıdır.

Üçüncüsü, bireysel bağımsızlık, yani berikilerin ve ötekilerin kendi yaşam biçimlerini eleştirel süreç içinde seçmeleri sağlanmalıdır. İnsana özgü her şey, çoklu tekliktedir (unitas multiplex). İnsana özgü çeşitlilik, insan birliğinin; insana özgü birlik insan çeşitliliğinin hazinesidir. Demokratik yaşamı, bireyin yaşam biçimini kültüre dönüştürme hakkını savunmak, belli bir kültürü kimseye dayatmamak ve insanları belli kalıplara sokmamak demektir.

Dördüncüsü, çoğulculuk, farklılaşma, başka olma hakkı, kolektif ve bireysel kimliklerin doğrulanmasıdır.

Beşincisi, çoğulculuk, aklın her zaman başkasından geldiğini teslim eder. Bu yüzden gerçeğin/doğrunun göreceliğini benimser.

Altıncısı, görecelik, "akıl akıldan üstündür" inancıyla diyalogu zorunlu kılar.

Yedincisi, diyalog eleştirel akılcılığı gerektirir. Çağcıl kültürün özünde, ne olursa olsun her türlü düşüncenin, inancın tartışma küresine girmesi yatar.

Sekizincisi, eleştirel akılcılık, hoşgörü kültürüne dayanır. Hoşgörüsüzlüğün sıfır noktasına indirilmesi vazgeçilmez amaç olmalıdır.

Dokuzuncusu, hoşgörü, başkalık ögesine katlanmayı gerektirir. Bu yüzden hoşgörü, onaylamak değil, katlanmaktır.

Onuncusu, farklı olmaklık bireysel bir hak, eleştiri kamusal bir görevdir. Hoşgörü, başkalık ve eleştirme haklarının çimentosudur. Bu yapının bozulmaması için, başkalık hakkı, eleştiri görevi ve hoşgörü değerleri çiğnendiğinde, katlanılan başkalık hakkını çiğneyenlere, kendi hakları çiğnenmiş gibi başkaldırabilen bir toplum, demokratik bilinci yakalamış demektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini benimseyen Türkiye'nin bu aşamaları geçtiğini ileri sürmek çok güçtür.

Türkiye bunları yapmadığı takdirde, Batı hukukuyla sürgit sürtüsecektir.

Bir bakıma Türkiye, hoşgörü ve eleştiri öncesi çağları yaşamaktadır.

Daha önce de belirttiğim gibi, ilkin Türkiye, demokrasinin en az koşullarını içeren, bu nedenle de AİH Komisyonu ve Mahkemesi tarafından geniş yorumlarla genişletilerek çağcılaştırılmaya/güncelleştirilmeye çalışılan AİH Sözleşmesinin öngördüğü demokrasi anlayışının çok gerisindedir.

Komisyon ve Mahkemenin en çok mahkûm ettiği tekçi görüşü benimseyen Fransa gibi ülkeler değil, yine en çok mahkûm ettiği ikici görüşü benimseyen İngiltere bile hukukunu Sözleşme ile Komisyon ve Mahkeme kararlarına uyarladığı halde, duygusal çıkışlarla Türkiye buna pek yanaşmamaktadır.

Yapılacak iş bellidir. Sözleşmeye yazılı hukuku uyarlamak. Komisyon ve Mahkeme kararlarını değerlendirmek; dünyanın gidişini de gözeterek hukuk açısından doğru iseler bunlara uymak.

AİH Mahkemesinin 1995-1998 yıllarında ülkemizle ilgili kararlarına bir göz atmak, örneklerle bulunduğumuz noktayı somutlaştırmak durumu aydınlatmaya yetmelidir.

On yıla yakın süren davalarla tutuklama ve yargılamaların makul süreyi aştığına (8.6.1995 (iki karar), 25.3.1996, 23.9.1998), etkili yargısal başvuru yollarının işlemediğine (16.9.1996, 25.9.1997, 28.11.1997, 19.2.1998, 24.4.1998, 27.3.1998, 28.7.1998, 1.9.1998), düşünce özgürlüğüne (30.1.1998, 25.5.1998, 9.6.1998), devlet güvenlik mahkemelerindeki bürokratik hiyerarşiye bağlı askeri yargıçların bağımsız olmadıklarına (9.6.1998, 28.10.1998) ve Sözleşmenin, 2, 3, 6, 8, 10, 11, 13. maddelerine aykırılıklara ilişkin kararlar ne yazık ki, bugüne değin göz ardı edilmişlerdir.

Mahkemenin Türkiye'den yana kararlarına sahip çıkmak, ama bize karşı kararlarını göz ardı etmek yanlıştır. Değerlendirme hukuksal bağlamda nesnel olarak yapılmalıdır.

Sözgelimi, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesince T.C. Yasasının 312/2-3; 5680 sayılı Basın Yasasının ek 4/1. madde ve fıkralarına göre hüküm giyen İbrahim Incal'ın başvurusu üzerine AİH Mahkemesinin, yukarıda belirtildiği gibi bu mahkemelerdeki askeri yargıçların yargı bağımsızlığı ve yargıç yansızlığı ilkelerine (Sözleşme, md. 6/1) ters düştüğüne ilişkin kararının hukuka uygun düşmediği ileri sürülebilir mi? Yargı bağımsızlığından yakınan Türk hukukçusunun tersini düşünmesi olanaksızdır. Öyleyse yapılacak iş bellidir: Anayasanın 143. maddesini değiştirmek ve askeri yargıçların devlet güvenlik mahkemelerine katılmalarını önlemek. Türkiye bunu yapmamış, 28.10.1998'de Çıraklar davasında aynı gerekçeyle yeniden hüküm giymiştir; sırada birçok dava bulunmaktadır(37).

Özgürlükler/haklar konusunda da durum aynıdır.

Sözgelimi, düşünceyi açıklama özgürlüğünü ele aldığımızda, Türkiye uygar dünyadaki ölçütlerin çok uzağında görünmektedir.

Düşünce özgürlüğü ve dolayısıyla eleştirel akılcılık, demokratik toplumlarda vazgeçilemez bir değerdir. "Eleştirene pençemizi değil, elimizi uzatalım(..) Düşünceleri saymam, tartarım" (Montaigne) anlayışına ulaşmak için, batılı toplumlar çok kanlı evreler yaşamışlardır. Aynı evrelerden geçmek elbette gerekmez. Bugün, artık eleştirinin bireysel ahlakın alanına giren vazgeçilebilir bir hak değil kamusal ahlakın alanına giren bir görev olduğu ve bireyin ondan vazgeçme hakkı olmadığı; toplumun ilerlemesi ve yararı için zorunlu bir kaldıraç bulunduğu bilinci uygar toplumlarda yer etmiştir. Ne zaman ki bir görüş, inanç ya da sistem eleştirilemezse, dogmalaşır; hem kendisi çürüyüp yozlaşır ve hem de toplumu kötürümleştirir. Ortaçağ kendini eleştiremediği için ortaçağ olmuştur. Düşünce özgürlüğünün ve eleştirinin olmadığı toplumlarda, tartışan insanlar değil, çarpışan ordular üretilir.

Demokratik toplumda, bireyler düşündükleri gibi konuşmalı, yazmalı; konuştukları, yazdıkları gibi düşünümelidirler. Bunlar örtüşmezse, orada ikiye bölünme ve aldatma egemen olur.

Volney'in "Yıkıntılar", Renan'ın "İsa'nın Yaşamı" adlı yapıtlarıyla; Hugo'nun, Zola'nın konuşma ve yazılarında Hristiyanlığa, Kiliseye onaylanamayacak oranda saldırıda bulundukları ve özgür Fransa'nın bunlar karşısındaki tutumu bilinmektedir.

(37) Nowak, Manfred, (çev: O. Uygun), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye'ye İlişkin Davalardaki İçtihadı, Aybay HAV Seminerinde 3.5.1997'de sunulan bildiri, Açık Sayfa Dergisi, Ekim 1998.

Amerika'da çevrilen "Kökler" filminde siyahlar beyazları doyasıya aşağılamışlardır. Ama eleştiri ve hoşgörü bilinci filmi yasaklamayı önlemiştir. Ülkemizde ise 1970'lerde TRT'de oynanan "Fadik Kız" filmi, bir meslek adamının ahlaka aykırı düşen davranışına, o meslek grubunun örgütü katlanamamıştır.

B. Shaw: "Burası İngiltere mi, tımarhane mi?", "İngiliz kibarları, zenginliğin kutsandığı bir tapınak ve bakirelerin satıldığı bir pazardır", "İngilizler, şaşkın, kibirli, budala bir ulustur", "... bu ülkede başbakan olmaksızın köpek olmayı yeğlerim"; J.P. Sartre: "Cezayir'i önce işgal ettik. Sonra da ikiyüzlü bir sırtkanlıkla adını değiştirdik, Fransız Cezayir'i dedik" der ve Fransızlara "katiller" diye saldırırken, ne İngilizler, ne Fransızlar yazarlarını cezaevine sokmayı düşünmüşlerdir.

Yazar Averçenko, "Devrimin Sırtına Saplanan Oniki Bıçak" adlı yapıtında Lenin'le alay etmiş ve ona sövmüştür. Buna karşılık Lenin şunları yazmıştır: "Son kertesine varmış bir nefretin, bu ustaca yazılmış kitaba, nasıl yer yer gerçekten güçlü, yer yer de gerçekten zayıf bölümler getirdiğini görmek ilginç oluyor... Bence kitaptaki anlatımlar yeniden yayımlanmaya değer. Yetenekli insanlara cesaret vermeliyiz". Zor kullanarak devrim yapan bir kişinin bu hoşgörüsü, Stalin döneminin kanlı saygıları ile elbette karşılaştırılmaz.

Bir süre önce, Fransız Cumhurbaşkanı Chirac ve Başbakanı Jospin, ikinci dünya savaşında Fransa'nın yahudilere karşı suç işlediğini itiraf edebilmişlerdir; Fransızlar bu itiraflara tepki göstermek şöyle dursun, bu devlet adamlarını alkışlamıştır.

Japon Tarihçisi Saburo İenega, Japon Tarihi adlı yapıtında Japon ordusunun Çin'de, Singapur'da ikinci dünya savaşı sırasında kimyasal silah kullanarak suç işlediğini yazmış, yönetim kitabın okullarda okutulmasını yasaklamıştır. Ancak Japon Yüksek Mahkemesi, bilimsel/tarihsel gerçeklerin yasaklanamayacağına karar vererek yönetimin işlemini iptal etmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, protesto için bayrağı yırtmayı, düşüncüyü açıklamaya özgürlüğüne sokmuş ve eylemin hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi, mahkemeyi aşağılama ve ona saldırının (Kopyto 1988, Coates 1988), kinci ve açık saçık propagandanın (Taylor 1987, Keegstra 1988, Andrews 1989, Luscher 1985, Red Hot Video 1985) düşüncüyü açıklama özgürlüğünün kapsamına girdiğini; bu özgürlüğün gerçeğin araştırılması, toplumsal ve siyasal kararlara katılma ve kişisel açılım ve zenginleşme için zorunlu bulunduğunu (Ford 1988) vurgulamıştır(38).

(38) Brun, Henri/Tremblay, Guy, Droit Constitutionnel, Québec, 1990, s. 888, 890.

AlH Mahkemesine göre, Sözleşme; hakları, kuramsal ve yanılsamacı biçiminde değil, uygulanabilir, etkili ve somut biçimde güvence altına almıştır(39). Çoğulculuk, hoşgörü, görüş açıklama demokratik toplumun kurucu öğeleridir. Toplumlarda, yalnızca hoşgörülen, saldırgan ve zararlı olmayan görüşleri değil, toplumu yüreğinden yaralayan, onu sarsan, aşağılayan, rahatsız eden görüşleri/inanışları sergilemek de, düşünceyi açıklama özgürlüğüne girer(40). Din/düşünce ve bunları açığa vurma özgürlükleri demokratik toplumun olmazsa olmaz temelidir. Dindar, dinsiz, kuşkucu, agnostik olabilme, çoğulcu toplumda olağan yaşama biçimleridir (41). Öğreti aşıl原因an ideolojik öğrenim sözleşmeye aykırıdır. Devlet; dinler, düşünceler karşısında yansız ve öğrenim de nesnel (objektif), eleştirel ve çoğulcu olmalıdır(42).

AlH Mahkemesi, bu temel ilkeleri birçok kez vurguladıktan sonra, daha somut olaylarda tutumunu belirgin biçimde ortaya koymuştur.

Profil dergisinin basımcısı Peter Michael Ligens, Avusturya Başbakanı Kreisky için "oportünizmin en aşağılığı, ahlaksızlık, onursuzluk, vahşilik, siyasal ahlaktan yoksunluk" sözcüklerini kullanarak onu aşağılamış ve Avusturya mahkemelerince hüküm giymişti. Yukarıdaki ilkelerden yola çıkan AlH Mahkemesi, düşünceyi açıklama özgürlüğünün demokrasinin temel taşı, birey ve toplumun gelişmesi için zorunlu olduğunu, yalnızca sakıncasız hak ve görüşleri değil, incitici, kaygı verici olan haber ve görüşleri de içerdiğini, çoğulculuk, hoşgörü, görüş açıklama ve dolayısıyla basın özgürlüğünün demokratik toplumunun kalbi bulunduğunu vurgulayarak, Ligens'in Avusturya mahkemelerince hükümlülüğüne karar verilmesini doğru bulmamıştır (8.7.1986).

Distillers Şirketinin çıkardığı Thalidomide adlı ilacın sakat doğumlara yol açması üzerine, Sunday Times, yetkiliyi "cimrilik yapacak kadar pıskın ve utanmaz" olmakla suçlamış ve gazete İngiltere'de hüküm giymişti. AlH Mahkemesi yukarıdaki gerekçeyle bunu da düşünceyi açıklama özgürlüğüne (md. 10) sokmuştur (26.4.1979).

Forum dergisi basımcısı Gerhard Oberschlick, Parti lideri ve eyalet valisi Jörg Halder'i "ahmak, geri zekalı (Trottell)" diye aşağılamış ve Avusturya'da hüküm giymişti. AlH Komisyonu (29.11.1995) ve Mahkemesi (1.7.1997) bu sözleri de düşünceyi açıklama özgürlüğü (md. 10) içinde düşündüler(43).

(39) Artico, 13.5.1980.

(40) Handyside, 7.12.1976, Sunday Times 26.4.1979, Türkiye Komünist Partisi, 30.1.1998.

(41) Kokkinakis, 25.5.1993.

(42) Kjeldsen, 7.12.1976.

(43) Ayrıntı için bakınız: Cohen-Jonathan, Gérard, article 10, Commentaire, s. 365-408.

Bir kez daha vurgulayayım ki, hoşgörü; davranış, düşünce başlıklarını onaylamak, onları paylaşmak değildir. Böyle olursa, kişi kendisini hoşgörmüş olur. Bu ise, başlık ögesi taşımadığından hoşgörü kavramına girmez, giremez. Hoşgörü, onaylamadığı başlıklara katlanmaktır ve bu yüzden başlık ve katlanma olarak iki ayrı ögeyi bağrında taşır.

Yukarıda sergilenen AİH Mahkemesinin bir kesim kararlarındaki sövgüleri, düşünce özgürlüğü kapsamında algılaması benim için de şaşırtıcıdır. Ancak, bu görüşü paylaşmasak bile, düşünceyi açıklama özgürlüğü konusunda Batının ve AİH Mahkemesinin hoşgörü sınırlarını geniş tutmaktaki bu tutumu, yargı kararlarımızı yeniden gözden geçirme konusunda, sanıyorum, bizi en azından düşündürecek boyutlardadır.

Eleştiri ve hoşgörü, çağcıl ceza hukukunda, suçun hukuka aykırılık ögesini hukuka uygun kılan etkenlerdir. Eleştiride estetiği aşmamak ve incelik elbette asıldır. Ancak eleştiri estetiği aşıldığında, onaylamadığımız bu aşırılığa katlanmak, onu hoşgörü sınırları içinde değerlendirerek hukuka uygunluk ögesini geniş tutmak, toplum ve eleştirilen düşüncenin yararınadır. Korunan değerle toplum yararı arasındaki çatışmada optimum denge, hoşgörünün sınırları genişletilerek kurulmalıdır.

Çağcıl ceza yasaları ulusal simgeleri (md. 145), anayasal kurumları (md. 158, 159), kutsal değerleri (md. 175), görevlilerin (md. 266) ve bireylerin onurlarını (md. 480 - 486) elbette koruyacaklardır, korumalıdır da. Suç işlemeye özendirme (md. 311), yasaya uymamaya ve halkı düşmanlığa kışkırtma (md. 312) için de durum elbette böyledir. Ancak, bu konuda hoşgörü sınırları dar tutulursa, her eleştiri suç sayılırsa, korunan bu değerlerin ve toplumun gelişmesi durdurulmuş olur. Bu hem toplumun ve hem de bu değerlerin zararınadır.

Bunun çarpıcı bir örneğini, dünya Salman Rüştü olayında yaşamıştır. "Şeytan Ayetleri" gibi sıradan bir roman, Humeyni'nin fetvası sayesinde hem yapıtı, hem de yazarını hak etmedikleri biçimde ünlü kılar ve zenginleştirirken, İslam'a zarar vermiştir. Aynısı, ülkesinden kaçmak zorunda kalan Bengladeş'li kadın romancı Teslima Nasrin olayında yaşanmıştır. Gerçekten, İslam, tarihsel gerçekler ve bilimsel gerekçelerle bunlara yanıt verebilecek güçte iken, sanki veremezmiş gibi bir haksız duruma düşürülerek batılı insanın kafasında yapıtın gerçeği yansıttığı, İslam'ın bundan korktuğu izlenimi yaratılmış, hatta ucuz ün ve zenginlik peşinde koşan kimi serüvencileri İslam'a saldırarak rant sağlamaya özendirmiştir. Ayrıca "Herkesin bir yolu, yöntemi vardır. Allah sizleri sınamak için böyle yaptı. Hayırlarda birbirinizle

yarışın" (Bakara, 148, Maide 48, Fatır, 32, Mü'minun 61) diyen ve başkalıkları/ çoğulculuğu/hoşgörüyü özendirdiği doğulu ve batılı İslambilimcilerce vurgulanan İslam'ın özü konusunda yaratılan kuşku, kimi yazarlarda İslam'ın köktendinci olup olmadığı kaygısını uyandırmıştır(44).

Oysa, İslam, hiçbir zaman köktendinci ve integrist olmamış, Alain Tourain'in dediği gibi, köktendinciliği laikler kadar İslam'a inananlar da eleştirmişlerdir(45).

Bu çarpıcı örnekler çok yenidir. Esasen düşüncelerin/inançların yasaklanması hep aynı sonuçları doğurmuştur. Sokrates, Nesimi, Galileo, Bruno, Voltaire v.b.nin başına gelenler ve günümüzde bu düşünürlerin taçlandırıldıkları anımsanmalı ve tarihin tekrerrür etmemesi için ondan ders alınmalıdır.

Özetle, demokratik bir toplumun insanı, güne söyleyeceği ya da yazacağı bir sözün, yazının suç olup olmadığı kaygısıyla başlayamaz. Çünkü özgürlük asıldır. Hukuk insanı özgürleştirdiği oranda meşrudur.

10.12.1998'de Sakharov ödülünü verirken, Avrupa Parlamentosu Başkanı José, Maria Gil-Roblès: "düşman, ilgisizliktir. Ötekilerin sessizliği umut yaratmaz" diyordu. Sessizlik yaratan bir hukuk, hukuk değil, yasalar yığınidir. Türkiye'nin girmeye çabaladığı Avrupa Birliği, insan haklarını savunmayı, dış politikasının yüreği olarak görmektedir(46).

Türkiye bir hukuk devrimi yapmış; temel yasalarını kendi kotarmamış; Batıdan olduğu gibi alarak, uygarlığın ulaştığı son değerleri topluma yansıtmaya karar vermiştir. Batı toprağında oluşan bu yasalar ve dolayısıyla değerler; Rönesans, Reform, Aydınlanma ve sanayi devrimini yaşamamış bir toplumun değerleriyle elbette çoğu zaman çatışacaktır ve çatışmıştır. Ancak, hukuk devriminin temel felsefesi ve amacı, Türk Yurttaşlar Yasasının (T. Medeni Kanunu) gerekçesinde de yansıtıldığı üzere, toplumu alınan yasaların düzeyine yükseltmektir; asla yasaları toplumun düzeyine indirmek değildir. Tersi durumda, hukuk devrimi amacından saptırılmış olur. Türk yargıcı, her uygulamasında bu amacı göz önünde tutmak ve gerçekleştirmeye çabalamak zorundadır. Zira hukuk devrimi, salt Batıdan yasa almakla bitiveren kabuk bir alıntı değil, Türk toplumunun düzeyini yükseltmek için bir kaldıraç işlevini üstlenmiş bir devrimdir. Yeter ki bu işlev, yüzeysel ve sığ taklitlerle değil, batılı yasaların özündeki felsefi birikim özümсенerek ve Türk toplumunun uygarlıkla çatışmayan öz değerlerine kıyılmadan gerçekleştirilsin.

(44) Örneğin, Bernard-Henry Lévy, *La pureté dangereuse*, 1994, s. 99, 112, 116, 124, 189 vd. 238. Kepel, Gilles, *La Revanche de Dieu* gibi yapıtlar.

(45) Touraine, Alain, *Critique de la modernité*, Paris, 1993, s. 356.

(46) *Tribune pour l'Europe*, Décembre 1998.

Hoşgörü de bu değerlerden biridir ve esasen Türk toplumun kültürel geçmişinde ve yaşamında, Mevlana'sında, Yunus'unda, Veysel'inde görkemli biçimde sergilenmiştir.

Türk hukukçusu, bu hazır hoşgörü malzemesini, uygulamaya yansıttığı takdirde, uygar dünya ile kolayca yan yana gelebilecektir. Çünkü, kendi kültürel toprağında boy gösteren hoşgörü anlayışıyla uygar dünyada gelişen hoşgörü anlayışı çatışmamakta; yalnızca uygulamaya aktarılmayı beklemektedir; o kadar.

— oOo —