

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW



Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: II
Sayı: 2
Yıl: 2005



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt : II

Sayı : 2

Yıl : 2005



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör / Editor

Doç. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışmanlar Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Halûk Kabaaliğlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Güzel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehreddin Aslan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / Editorial Board

Prof. Dr. Abdulkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Marmara Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Hayri Domaniç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Helge Loytved, Universitat Bielefeld, Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Köni, Yeditepe Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Akile Gürsoy, Yeditepe Üniversitesi

Prof. Dr. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Volkmar Gessner, Universität Bremen, The Öñati International Institute for Sociology of Law

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sabih Kanadoğlu, Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yeditepe Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm Başkanı, Anayasa Mahkemesi eski üyesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı

Prof. Dr. Stefan Talman, Oxford Üniversitesi

Prof. Dr. Don Wallace, Wr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ralf Alleweldt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sibel İnçeoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hakan Üzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. M. Şükrü Alpaşan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Necla Güney Ağdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Heidelberg Max Planck Institute

Yard. Doç. Dr. Salih Şahin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Sultan Üzeltürk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanan hakemli bir dergidir.

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Dergiyeye yapılan atıflarda "YÜHFD" kısaltması kullanılmalıdır.

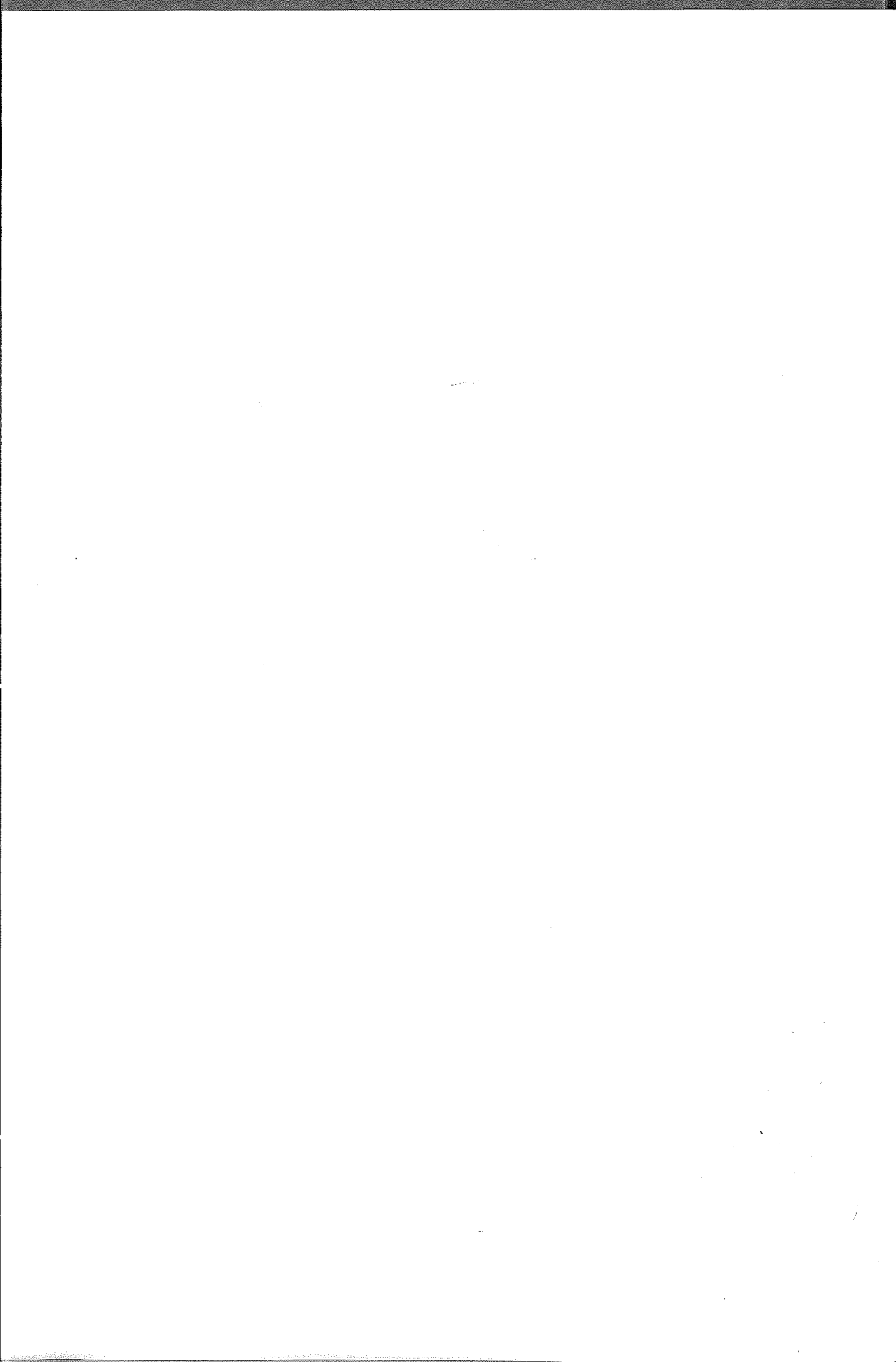
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt : II Sayı : 2 Yıl : 2005

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU	1
KÜRESELLEŞME ETİĞİ OLARAK CEZA HUKUKU	3
Prof. Dr. Mireille Delmas-Marty, Collège de France Karşılaştırmalı ve Uluslararası Hukuk Araştırmaları Kürsüsü Öğretim Üyesi, Çeviri: Araş. Gör. Zeynel T. Kangal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
SINIR-ÖTESİ ÇEVRESEL ETKİLER DOĞURAN FAALİYETLERDE ÇEVRESEL ETKİ DEĞERLENDİRMESİ (ESPOO) SÖZLEŞMESİ	21
Yard. Doç. Dr. Sevim Budak, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kentleşme ve Çevre Sorunları Anabilim Dalı	
VERGİ ZİYAI CEZASININ İPTALİNİN SONUÇLARI	41
Doç. Dr. Hakan Uzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
SANIĞIN LEHİNE OLAN KANUNUN UYGULANMASINDA YÜRÜRLÜĞE GİRME ANI SORUNU	55
Araş. Gör. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İSTİNAF	65
Av. Orçun Gündüz, İstanbul Barosu	
ÖZEL HUKUK	113
DENİZ TİCARETİ HUKUKUNDA DONATANIN SINIRLI SORUMLULUĞU	115
Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
İSTİHKAK DAVASI” VEYA “ELATMANIN ÖNLENMESİ DAVASI” SONUCUNDA TAŞINMAZI TAHLİYEE (BOŞALTMAYA) MAHKUM OLAN HAKSIZ ZİLYEDİN İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE MASRAFLARA İLİŞKİN TALEP HAKKI	139
Yrd. Doç. Dr. C. Salih Şahin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
SERMAYE PİYASASI KANUNU ELEŞTİRİSİ	163
Av. Doğan Küttükçü, İstanbul Barosu	
MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKU’NDA VATANDAŞ-DEVLET EŞİTLİĞİ	203
Araş. Gör. Okay Durman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
ANONİM ORTAKLIK YÖNETİM KURULU KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI	215
Araş. Gör. Ceren Su, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
L’ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DU CONTRAT DE FRANCHISE AU REGARD DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET DU DROIT TURC	243
Araş. Gör. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	

HARMONIZATION OF SECURED FINANCE LAW WITH SPECIAL REFERENCE TO INTERNATIONAL INSOLVENCY AND CIVIL PROCEDURE LAW	273
Araş. Gör. Efe Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
TÜRK CEZA KANUNU SEMPOZYUMU	313
(5 Mart 2005, Cumartesi günü Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen Sempozyum'da sunulan tebliğler.)	
BİRİNCİ OTURUM / AÇILIŞ KONUŞMALARI	315
Prof. Dr. Ahmet Serpil, Yeditepe Üniversitesi Rektörü	
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Galatasaray Üniversitesi Rektörü	
Av. Filiz Saraç, İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi	
Prof. Dr. Erol Cihan, Ceza Hukukçuları Derneği Başkanı	
Sabih Kanadoğlu, Yargıtay Onursal Cumhuriyet Başsavcısı	
YENİ TÜRK CEZA KANUNUNUN GENEL HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER	329
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
YENİ TÜRK CEZA KANUNU HÜKÜMLERİ, GENEL DEĞERLENDİRME, İLKELER VE GENEL KURALLAR	341
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Galatasaray Üniversitesi Rektörü	
YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA CEZALAR VE EMNİYET TEDBİRLERİ SİSTEMİ	359
Prof. Dr. Nur Centel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
İKİNCİ OTURUM/AÇILIŞ KONUŞMASI	369
Zuhal Çokar, Yeditepe Üniversitesi Mütevelli Heyeti Üyesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Danıştay Eski Üyesi	
YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN MİLLETE VE DEVLETE KARŞI SUÇLAR	371
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	
HÜRRİYETE KARŞI İŞLENEN SUÇLAR	377
Prof. Dr. Ersan Şen, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi	
YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ BİLİŞİM SUÇLARININ GENEL DEĞERLENDİRMESİ	393
Yard. Doç. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
TOPLUMA KARŞI SUÇLAR	413
Av. Fehmi Demir, İstanbul Barosu	
SOYKIRIM VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR	423
Av. Fikret İlkiz, İstanbul Barosu	

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE ADİL YARGILANMA HAKKI SEMPOZYUMU	439
(21 Kasım 2005 Pazartesi günü Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen Sempozyum'da sunulan tebliğler.)	
AÇILIŞ KONUŞMASI	441
Av. Kazım Kolcuoğlu, İstanbul Barosu Başkanı	
DEĞERLENDİRME KONUŞMALARI	443
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Galatasaray Üniversitesi Rektörü	
Zuhal Çokar, Yeditepe Üniversitesi Mütevelli Heyeti Üyesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Danıştay Eski Üyesi	
Sabih Kanadoğlu, Yargıtay Onursal Cumhuriyet Başsavcısı	
Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
UZUN VADELİ KONUT FİNANSMANI SEMPOZYUMU	495
(28 Kasım 2005 Pazartesi günü Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen Sempozyum'da sunulan tebliğler.)	
AÇILIŞ KONUŞMASI	497
Av. Kazım Kolcuoğlu, İstanbul Barosu Başkanı	
DEĞERLENDİRME KONUŞMALARI	499
Prof. Dr. Abdulkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Prof. Dr. Etem Saba Özmen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Doç. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
ESER İNCELEMELERİ	571
YARD. DOÇ. DR. ALİ YEŞİLİRMAK'IN "PROVISIONAL MEASURES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION" BAŞLIKLİ ESERİNİN İNCELENMESİ	573
Doç. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
YARD. DOÇ .DR. C.SALİH ŞAHİNİZ'İN "TEORİDE VE UYGULAMADA KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMA" BAŞLIKLİ ESERİ	579
Yard. Doç. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	



JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY

FACULTY OF LAW

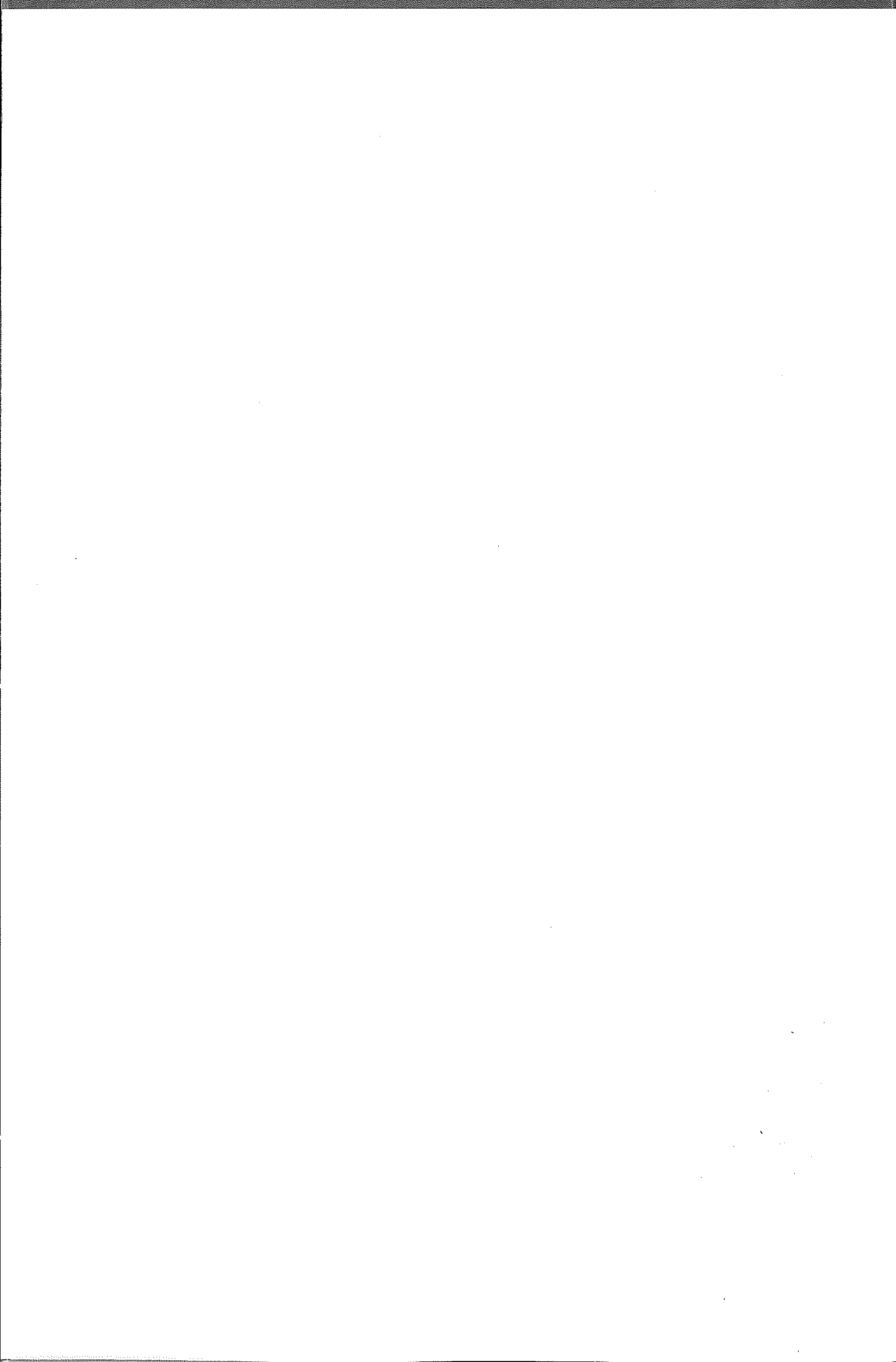
Volume : II No : 2 Year : 2005

CONTENTS

PUBLIC LAW	1
CRIMINAL LAW AS THE ETHIC OF GLOBALISATION	3
Prof. Dr. Mireille Delmas-Marty, Professor at Collège de France, Comparative and International Law Institute Translated by: Zeynel T. Kangal, Research Fellow, Istanbul University, School of Law,	
TRANSBOUNDARY ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT AND ESPOO CONVENTION	21
Assistant Prof. Dr. Sevim Budak, Istanbul University, Faculty of Social Sciences	
THE CONSEQUENCES OF CANCELLATION BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF TAX FORFEIT PENALTY	41
Associate Prof. Dr. Hakan Uzeltürk, Galatasaray University, School of Law	
INTERTEMPORAL APPLICATION OF CRIMINAL LAWS IN FAVOUR OF DEFENDANT	55
Onur Özcan, Research Fellow, Yeditepe University, School of Law	
APPEAL IN TURKISH LAW OF CRIMINAL PROCEDURE	65
Att. Orçun Gündüz, İstanbul Bar Association	
PRIVATE LAW	113
LIMITED LIABILITY OF SHIP OWNER TURKISH MARITIME LAW	115
Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe University, School of Law	
RESTITUTION BY THE UNJUST POSSESSOR AND HIS COUNTERCLAIM FOR IMBURSEMENT FOR COSTS UPON THE EVACUATION ORDER OF THE COURT IN AN ACTION FOR RECOVERY OF REAL PROPERTY	139
Assistant Prof. Dr. Salih Cevdet Şahiniz, Yeditepe University, School of Law	
REVIEW OF TURKISH CAPITAL MARKET ACT	163
Att. Doğan Kütükçü, İstanbul Bar Association	
EQUALITY OF CITIZENS AND STATE IN CIVIL PROCEDURE AND INSOLVENCY	203
Okay Durman, Research Fellow, Yeditepe University, School of Law	
CANCELLATION OF THE DECISIONS OF COMPANY DIRECTORS	215
Ceren Su, Research Fellow, Yeditepe University, School of Law	
THE FRAMEWORK OF FRANCHISING LAWS IN THE EUROPEAN UNION AND TURKISH LAW	243
Mehmet Şua, Research Fellow, Yeditepe University, School of Law	

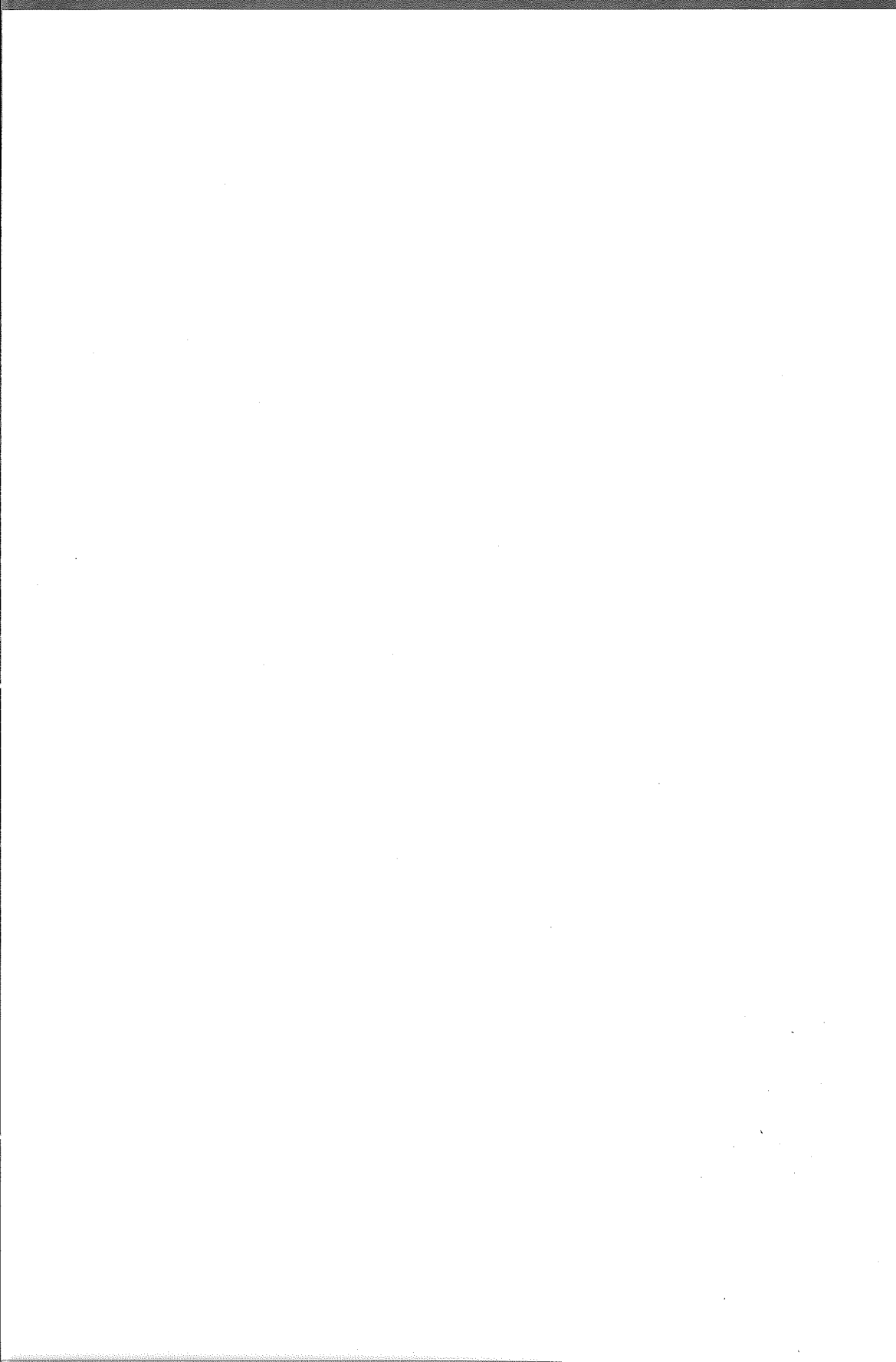
HARMONIZATION OF SECURED FINANCE LAW WITH SPECIAL REFERENCE TO INTERNATIONAL INSOLVENCY AND CIVIL PROCEDURE LAW	273
Efe Direnisa, Research Fellow, Yeditepe University, School of Law	
SYMPOSIUM ON TURKISH CRIMINAL CODE	313
(Papers submitted during the symposium held at Yeditepe University on 5 March, 2005 Saturday.)	
FIRST SESSION/ OPENING REMARKS	315
Prof. Dr. Ahmet Serpil, Rector, Yeditepe University	
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Rector, Galatasaray University	
Att. Filiz Saraç, Vice President, Istanbul Bar Association, Lecturer at Yeditepe University	
Prof. Dr. Erol Cihan, President of Turkish Criminal Lawyers Foundation	
Sabih Kanadoğlu, Honorary Chief Public Prosecutor of the Republic	
REVIEW OF GENERAL PROVISIONS OF THE NEW TURKISH CRIMINAL CODE	329
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, Marmara University, Yeditepe University, School of Law	
GENERAL REVIEW OF PROVISIONS, PRINCIPALS AND GENERAL RULES OF THE NEW TURKISH CRIMINAL CODE	341
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Rector, Galatasaray University	
PUNISHMENT AND SAFETY PRECAUTIONS SYSTEM IN THE NEW TURKISH CRIMINAL CODE	359
Prof. Dr. Nur Centel, Marmara University, School of Law	
SECOND SESSION/ OPENING REMARKS	369
Zuhal Çokar, Former Ex-officio Member of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors, and High Court of the Council of State, Member of Board of Trustees of Yeditepe University	
CRIMES AGAINST SOCIETY AND STATE IN THE NEW TURKISH CRIMINAL CODE	371
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray University, School of Law	
CRIMES AGAINST LIBERTY IN THE NEW TURKISH CRIMINAL CODE	377
Prof. Dr. Ersan Şen, Istanbul University, Faculty of Social Sciences	
GENERAL REVIEW OF THE DATA PROCESSING CRIMES IN THE NEW TURKISH CRIMINAL CODE	393
Assistant Prof. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu, Marmara University, School of Law	
CRIMES AGAINST SOCIETY	413
Att. Fehmi Demir, Istanbul Bar Association	
GENOCIDE AND CRIMES AGAINST HUMANITY	423
Att. Fikret İlkiz, Istanbul Bar Association	

SYMPOSIUM ON THE INDEPENDENCE OF JUDICIARY AND RIGHT TO FAIR TRIAL	439
(Papers submitted during the symposium held at Yeditepe University on 21 November, 2005 Monday.)	
OPENING REMARKS	441
Att. Kazım Kolcuoğlu, Chairman, Istanbul Bar Association (Translated by Ceren Su)	
GENERAL REVIEWS	443
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Rector, Galatasaray University (Translated by Ceren Su)	
Zuhal Çokar, Former Ex-officio Member of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors, and High Court of the Council of State, Member of Board of Trustees of Yeditepe University (Translated by Okay Durman)	
Sabih Kanadoğlu, Honorary Chief Public Prosecutor of the Republic (Translated by Okay Durman)	
Associate Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara University & Yeditepe University, School of Law (Translated by Caner Bulur)	
SYMPOSIUM ON LONG TERMED HOUSE FINANCING	495
(Papers submitted during the symposium held at Yeditepe University on 28 November, 2005 Monday.)	
OPENING REMARKS	497
Att. Kazım Kolcuoğlu, Chairman, Istanbul Bar Association	
GENERAL REVIEWS	499
Prof. Dr. Abdulkadir Arpacı, Yeditepe University, School of Law	
Prof. Dr. Etem Saba Özmen, Yeditepe University, School of Law	
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe University, School of Law	
Associate Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe University, School of Law	
BOOK REVIEW	571
REVIEW OF THE BOOK "PROVISIONAL MEASURES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION" BY ASSISTANT PROF. DR. ALİ YEŞİLİRMAK	
Associate Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe University, School of Law	
REVIEW OF THE BOOK "SEIZING WITHOUT EXPROPRIATION" BY ASSISTANT PROF. DR. SALİH CEVDET ŞAHİNİZ	
Assistant Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara University and Yeditepe University, School of Law	

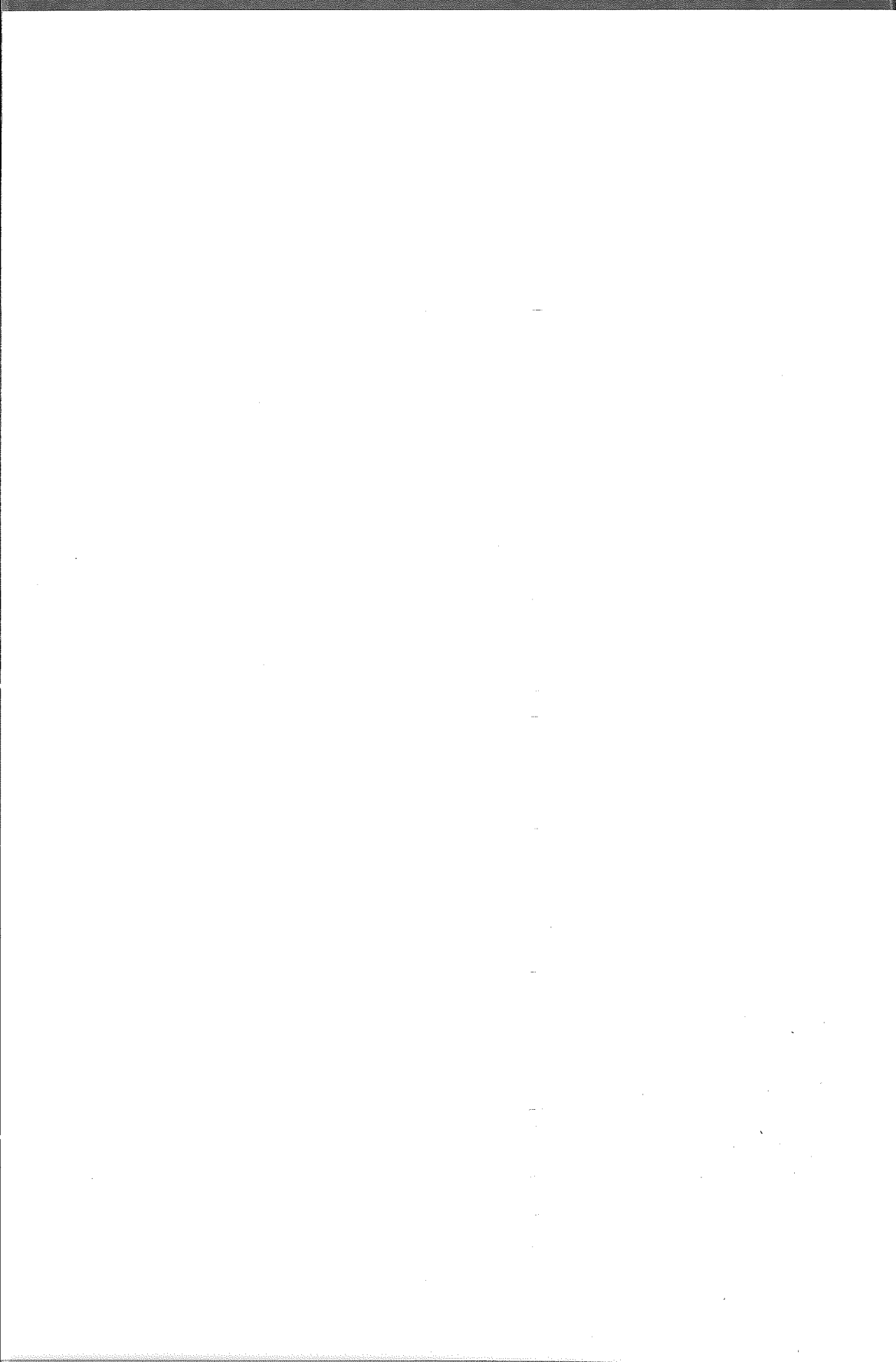


YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayınlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergide yayınlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.
3. Dergimize yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar Microsoft Word (98 ve üzeri versiyonlar) programında yazılmalıdır.
5. Yazıların teknik formatı şu şekilde olmalıdır:
Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
Metin: Times New Roman, 12 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı
Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı
6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adını, ünvanını, çalıştığı kurumu, açık adresini, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon ve faks numaralarını, e-posta adresini içerir bir bilgi kağıdı da teslim edilmelidir.
7. Her yazı, kaydedildiği bir diskette birlikte (ve başlığının İngilizce çevirisi de eklenmek suretiyle) A-4 boyutunda ve iki nüsha olarak teslim edilmelidir.
8. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, disketteki biçimiyle "basılmaya hazır olarak" verildiği kabul edilir.
9. Yayın Kurulunda ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine yada yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir.
10. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, yayın kurulunca, tekrar hakeme gönderilebilir.



KAMU HUKUKU



KÜRESELLEŞME ETİĞİ OLARAK CEZA HUKUKU*

Prof. Dr. Mireille DELMAS-MARTY

Collège de France Karşılaştirmalı ve Uluslararası Hukuk Araştırmaları
Kürsüsü Öğretim Üyesi

Çeviren: Ar. Gör. Zeynel T. KANGAL

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku
Anabilim Dalı

Tarihe bakıldığında, günümüzdeki küreselleşme olgusunun ilk defa ortaya çıkmadığı görülecektir. Ancak bugünkü küreselleşme, kültürel ve bilimsel bilginin çok kısa bir sürede dolaşımının yanısıra, malların ve sermayenin de dolaşımına olanak sağlayan teknolojilerle ilk kez bu kadar belirginleşmektedir. Bu arada küreselleşme, karşılıklı bağlılıkları güçlendirmekte ve devletleri ve hukuk sistemlerini de zayıflatmaktadır.

Hukukî süreç ise iki sütun üzerinde şekillenmektedir. Çünkü ekonomik küreselleşme, piyasanın sınırlarını uluslararası nitelikteki (ticarî, ancak

* Uluslararası Kriminoloji Derneği tarafından 10-15 Ağustos 2003 tarihleri arasında Brezilya'nın Rio de Janeiro şehrinde düzenlenmiş olan XIII. Dünya Kriminoloji Kongresi'nde tebliğ olarak sunulan bu çalışma, "Le droit pénal comme éthique de la mondialisation" başlığıyla RSCDPC (Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé) 2004, sh: 1-10'da yayınlanmış olup, yazarın izniyle tercüme edilmiştir.

aynı zamanda da suç niteliği taşıyan) uygulamalara açmaktadır. Buna karşın, 1948 tarihli Beyanname'ye dayanan insan hakları, evrensel değerlerin mevcudiyetini öngerçek olarak ortaya atmaktadır.

Bununla birlikte, piyasa ile insan hakları arasındaki simetri sadece görünüşte kalmaktadır. Çünkü ekonomik küreselleşme insan haklarının etkisinde bulunan ulusal hukuk sistemlerinin yakınlaştırılmasından çok daha hızlı ve etkilidir. Bizatihi evrensellik fikrine bağlı paylaşma düşüncesi ile piyasa toplumunu gerekli kılan rekabet düşüncesi arasındaki ilişki çatışma niteliklidir. Bu çatışma, toplumsal eşitsizliklerin artmasıyla birlikte şimdiden kendini göstermektedir.

Burada incelemek istediğim varsayım, ticaret hukukundan farklı olarak ceza hukukunun ticarî değerler ile ticarî olmayan değerler arasındaki dengeyi yeniden kurmaya, ekonomik küreselleşme ile insan haklarının evrenselliği arasındaki uyumsuzluğu çözmeye ve daha geniş olarak politika, ekonomi ve hukuk arasındaki erkleri yeniden düzenlemeye katkıda bulunabilecek etik bir boyuta sahip olduğudur.

Böyle bir varsayım çelişkili görünebilir. Zira modern çağdan beri devletlerin egemenlik simgesi olarak anlaşılan cezalandırma hakkı esasen ülkesellik ilkesiyle sınırlı olmasına karşın, bu varsayım ceza hukukunu küreselleşmenin birinci plânına yerleştirmektedir. Egemenlik yetkilerini ve ülke sınırlarını dikkate almayan küreselleşme çok kimse tarafından, aydınlanma felsefesi ve "modern" olarak adlandırılan hukukun gerek uzantısı ("aşırı modern") gerek muhalefeti ("antimodern") çerçevesinde oluşan "postmodern" bir hukukun belirtisi olarak algılanmaktadır¹.

Etiket önemli değildir! Gerçek şudur ki, hukuku devletle ve devleti de ülkesellik ve egemenlik sembolleriyle özdeşleştiren devletler daima mevcuttur. Ancak hukuksal görünüm değişmiş bulunmaktadır. Devletin ülkesinin, dünyanın en güçlü devletinde bile, artık kutsal bir kavram olmadığını 11 Eylül 2001'den beri bilmekteyiz. Egemenliğin paylaşılması gerekliliğini de yakın geçmişte öğrenmiş bulunmaktayız: 2003 Mayıs'ında yapılan G8 toplantısı sırasında Başkan *Lula*, en zengin devletlere, açlığa karşı dünya öl-

1 Y. Cartuyvels, Le droit pénal: des frontières «naturelles» en question, in Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation, dir. M. Henzelin et R. Roth, LGDJ, Bruylant, 2003, sh: 3 vd.

çeğinde bir fon oluşturulması önerisinde bulunmuştu². Fikir düzeyinden uygulamaya giden yol uzun olacaktır. Fakat en azından bu yol açıktır ve ceza hukuku da, zayıflar bakımından daha hoşgörülü ve güçlüler bakımından da daha katı olduğu takdirde, izlenecek bu yolu göstermeye katkı sağlayabilecektir.

Gerçekten de ceza hukuku normları uluslararası hâle gelmektedir. Uluslararası *ad hoc* ceza mahkemeleri deneyiminin ardından Uluslararası Ceza Mahkemesi, gerçekten dünya ölçeğinde daimî nitelikteki ilk mahkemedir. İdealistler, ceza hukukunun dün ulusal düzeyde ifade etmiş olduğunu - bir değerler topluluğunun ortaya çıkmasını - bugün küresel ceza hukukunun ifade ettiğini söyleyeceklerdir. Şüpheciler ise, küresel ceza hukukunu daha ziyade, küresel düzeyde ve batının belirleyiciliğinde tasarlanmış hegemonik bir anlayışı kabul ettirmek için bir hile olarak görecektirler.

Benim yaklaşımım daha sorgulayıcı nitelikte olacaktır. İki eleştiriyle başlayacağım. Zira hazırlanmakta olan bu küresel ceza hukuku, anlamı belirsiz ve değişken uygulamalı bir etiği ifade etmektedir. Daha sonra, oluşturulacak olan bir etiğin yönünü saptamaya çalışacağım.

I. ANLAMI BELİRSİZ BİR ETİK

Anlam belirsizliği, ceza hukukunun belgeye dayalı işlevini (uluslararası suçluluk karşısında uluslararası işbirliğinin yetersizliklerini) sembolik işlevine (uluslarüstü bir suçluluğun mağduru olan insanlık kavramı çerçevesinde ortak değerlerin doğrulanması ve korunması iradesine) ekleyen hem güvenlik anlayışına dayalı hem de ümanist bir ceza hukuku söyleminden ileri gelmektedir.

Suç politikasında anlam belirsizliği, idealizm, insan haklarının korunması hakkındaki uluslararası belgelerle bütünleşmiş liberal türde bir model-

2 “Başkan Lula G8 toplantısında açlığa karşı dünya ölçeğinde bir fon kurulması önerisinde bulunuyor”, Le Monde, 29 Mayıs 2003, sh: 2. Ayrıca bkz. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil 1998; Bu eserin Zhao Haifeng tarafından Çince çevirisi, éd. *Juridiques de Chine*, 1999; F.H. Choukr tarafından Portekizce çevirisi, *Três Desafios para un Direito Mundial*, Lumen Juris, 2002; Naomi Norberg tarafından İngilizce çevirisi, *Global Law: a triple challenge*, Transnational Publishers, New York, 2003.

den yana olmasına karşın, yararcılık, otoriter bir modele, hatta suça karşı acımasız bir savaşı haklı çıkarmaya kadar gidebilen totaliter bir modele öncelik verilmesine teşvik ettiğiinde çelişkiye dönüşmektedir³. Uluslarötesi suçlar (karapara aklama, uluslararası terörizm, uluslararası ticarete yolsuzluk ya da geniş anlamda organize suç) hakkındaki uluslararası sözleşmeler ikinci model kapsamında bulunmasına karşın, uluslararası *ad hoc* ceza mahkemeleri ve daimî nitelikteki Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanan uluslarüstü suçlar daha ziyade birinci model bünyesinde değerlendirilmektedir.

Bu iki alandan alınmış bazı örneklerle fikirlerimi açıklayacağım.

A. Uluslarötesi Suç

Yapılan nitelendirme ne olursa olsun (karapara aklama, terörizm, yolsuzluk, organize suç), uluslarötesi suç, ulusal topraklardan (coğrafi genişleme ve topografya) şebekelere (küresel örgütlenme ve topoloji)⁴ ve amatör suçlulardan (ekonomik ve organize suç failini yeniden gruplandıran terim olan) “suç müteşebbisleri”ne⁵ doğru bir gelişimi ifade etmektedir. Devlet ceza hukuku esasen ülke topraklarına bağlı ve belirli bireylere uyarlanmış kalmasına karşın, sınır ötesi şebekeler hâlindeki örgütlenmeyle paralel giden uluslarötesi suç *dar anlamda* uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesini ve tamamen birleştirilemese bile, en azından birbiriyle uyuşan ortak normların benimsenmesini gerekli kılmaktadır.

Birçok sözleşme bu gelişimi ortaya koymaktadır. Uluslarötesi organize suçluluğa karşı mücadele adına devletlere kabul ettirilen (15 Kasım 2000 tarihli BM Sözleşmesi) uyumlulaştırma, suç tiplerinin dar bir tanımına dayanmadığı zaman, bazen bizzat hâkimler tarafından teşvik edilen, fakat özellikle savcılara ve polislere yetkilerin devredilmesinden yana olan⁶, “ce-

3 M. Delmas-Marty, Modèles et mouvements de politique criminelle, E. Oliveira tarafından çevirisi, Modelos e movimentos de politica criminal, ed. Revan, 1991.

4 Les mots et les choses, dir. M. Beaud, O. Dollfus, C. Grataloup, Ph. Hugon, G. Kébadjian, J. Lévy, GEMEDEV, Karthala, 1999, sh: 299’da Küreselleşme maddesi içerisindeki “küresel alan” kelimesine bkz.

5 M. Pieth, The harmonisation of law against economic crime, European Journal of law reform, 1998/99, no: 1, sh: 543; Aynı zamanda bkz. Financing terrorism, dir. M. Pieth, Kluwer, 2002.

6 J. de Maillard, Un monde sans loi, La criminalité financière en images, önsöz Eva Joly et L. Vichnievsky, Stock, 1998.

za hukukuna aşırı yatırım yapılması”⁷ riskine yol açmaktadır.

Bu soruna iki şekilde yanıt verilebilir. Birincisi, bir ceza kuşatmasını engellemek ve tavsiyeler ile yaptırımları, doğal düzen ile kabul ettirilmiş düzeni, ceza yaptırımları ile idarî ve özel hukuk yaptırımlarını da biraraya getirmek zorunda olan bir suç politikasının kaçınılmaz çoğulculuğunun küresel düzeyde yeniden ileri sürülmesidir. İkincisi ise, ilân etkisi yaratsın diye çok sık olarak cezalandırılan suçlardan terörizm ve karapara aklama gibi kavramların dar bir tanımının dayatılmasıdır.

Böylece yararcılık bütün etik temeli ortadan kaldırmamaktadır. Bilim ve tekniğin gelişimiyle birleşen piyasaların açılması, gerçekten de ticarî değerleri destekleyen bir küreselleşmeye doğru götürmektedir. Piyasa yalnızca, “devletin denetiminden kaçan hukuk dışı alanları arttırmamakta”, aynı zamanda “devlete ait olmayan ve onu yavaş yavaş çürüten bir kanunla içerdense aşındırılan devletin kendi yapılarını da kuşatmaktadır”⁸. Ne *lex mercatoria* ne de Dünya Ticaret Örgütü hukuku piyasanın mutlakiyeti karşısında ticarî olmayan değerlerin yeniden benimsenmesine olanak vermektedir⁹. Serbest ticareten (*free trade*) adil ticarete (*fair trade*), ardından güvenli ticareten (*safe trade*) ahlakî ticarete (*moral trade*) geçiş, en güçlü ekonomik veya siyasal aktörler de dâhil olmak üzere, herkese karşı ileri sürülebilecek küresel bir ceza hukukunu gerekli kılmaktadır. Bu anlamda etik temel, bütün insanlığı korumayı amaçlayan uluslarüstü bir anlayışa yönelmektedir.

B. Uluslarüstü Suç

Tanımı ulusal düzeyde yapılan ve bir hukuk sisteminden başka bir hukuk sistemine değişiklik gösterebilen adam öldürme veya hırsızlık gibi “alışılmış” suçlardan farklı olarak, “insanlığa karşı” suç dünya çapında ortaya çıkmaktadır. Ancak uluslararası hukuk adına savaşıyor kişileri koruyan savaş suçunun aksine, insanlığa karşı suç, nasıl tanımlanacağı bilinmese bile, ni-

7 Y. Cartuyvels, age., sh: 24.

8 J.A. Mazères, L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation, in *Marché et nation, regards croisés*, dir B. Stern, Montchrestien, 1995, sh: 123.

9 L'illicite dans le commerce international, dir. Ph. Kahn et C. Kessedjian, Litec, 1996; Ph. Fouchard, Droit et morale dans les relations économiques internationales; J.B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999.

teliği gereği evrensel bir kavram olan “insanlığın” korunması iradesine işaret edecek şekilde uluslararası düzlemde yer almaktadır.

Roma Sözleşmesi’yle (1998) birlikte, insanlığa karşı suç savaş suçundan tamamen ayrılmıştır. Buna karşılık insanlık kavramı, Sözleşme’nin ön-sözü uyarınca, “insanlık bilincini derinden sarsan akılalmaz canavarlıklar” karşısında o andaki korkular listesi olarak okunabilecek olan, her zaman yeniden başlayan bir sayım yapılmasından başka şekilde tanımlanmamaktadır.

İnsanlığa karşı suçu alışıl gelmiş bir suçtan ayırmaya olanak sağlayacak özellik, bütünsel bir sistemi zımnen gerekli kılmaktadır. Fakat bu özellik, hiçbir zaman açık bir şekilde belirtilmemiştir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi mağdur olarak insanlığı gösterirken bile - “müşterek hukuktan farklı olarak, ihlâlin konusu artık mağdurun tek başına fiziksel bütünlüğü değil, fakat bütün olarak insanlıktır” (*Erdemovic* kararı, 1996) -, insanlık kavramını tanımlamaktan çekinmiştir.

İnsanlığa karşı suçlar olarak sayılan çeşitli yasaklara ortak olan nokta, kuşkusuz bunların kollektif boyutudur. Gerçekten de, Nürnberg Statüsü “bütün sivil halka karşı” işlenen suçları hedef almış ve bu ifade, bir metinden başka bir metne ufak değişiklikler göstermekle birlikte, daha sonra da kullanılmıştır. Alman Federal Mahkemesi soykırım konusundaki yaklaşımını daha açık bir şekilde ortaya koymuştur: “Soykırım suçu, işlenen eylemlerin mağduru olan kişilerin bireysel hukuksal yararlarıyla özdeş değildir. Ancak suçun işlendiği zamandaki grubun mevcudiyetiyle ilgilidir ve adam öldürme suçuna nazaran hukuka aykırılığın özel kriteri olan insanlık dışı boyutun kökeni, faillerin mağdurları artık beşerî bir varlık olarak değil, yalnızca zulüm edilen grubun bir üyesi olarak görmelerinde yatmaktadır”¹⁰.

Kısacası, soykırım da dâhil olmak üzere, insanlığa karşı suçun suç tipi hâline getirilmesinin ifade ettiği husus şudur: Beşerî varlık, esasen bir grubun içerisinde yer alsa bile, bireyselliğini hiçbir zaman kaybetmemelidir ve bu grubun ikame edilebilir bir unsuru olmaya indirgenmemeli ve bu şekilde gruptan dışarı atılmamalıdır. Beşerî varlık bir kimlik mensubiyeti ihtiyacı duyduğu takdirde, insanlık içerisindeki statüsünü kaybetmeksizin gru-

10 BGH’nın 30 Nisan 1999 tarihli *Jorgic* kararı, no: 6.3.1; J. Lelieur, Les processus d’internationalisation du droit pénal, dir. M. Delmas-Marty, série Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal, MSH, vol. 7, 2001, sh: 227 vd.

buna zincirlenemez. Gerçekten de mağdurun bu şekilde kişiliksizleştirilmesi, bir başkası olmayı, başka bir deyişle, hem tek bir varlık olarak her insanın özgünlüğünü hem de beşerî topluluğa eşit mensubiyetini ortaya koymaktadır¹¹.

Şüphesiz uluslararası ceza hukukunun zayıf noktaları bilinmektedir. Uluslararası ceza hukukunun tanımları, “insanlık dışı diğer eylemler” ifadesine kıyas yoluyla başvurulacak derecede belirsizdir. Bunun yanı sıra, ulusal hukukla ilişkisinde tutarsızlık bulunmaktadır. Zira uluslararası ceza hukuku birçok ulusal hukuk sisteminden daha esnek olduğuna göre, ölüm cezasının veya hapis süresinin sözkonusu olduğu cezalar hiyerarşisinde kopukluk mevcuttur¹². Bununla birlikte öyle görünüyor ki, uluslararası suçların ortaya çıkması, üstün bir kaynağa başvurmaksızın, bizi birleştiren bir tür ortak simgeyi ifade edebilecektir. Küresel ceza adaleti üzerinde düşünmeye davet edilen filozof *Anne Fagot-Largeault*, “su ile ateşin karışımı”ndaki gibi manevî bağdaştırmacılıktan sakınmaktan bahsetmişti. Bununla birlikte düşünür, bunun denenebileceği alanın kuşkusuz ceza hukuku olduğunu da kabul etmek zorunda kalmıştı. “Çünkü manevî bilinci sarsan ceza hukukunun daha açık olarak ve daha anlaşmaya dayalı olarak kimliği tespit edilebilmektedir”¹³.

Fakat küresel bir ceza normunun bu ortak bilinci günün birinde ortaya koyması için, bu bilincin gerçekten uygulanması gerekmektedir.

II. DEĞİŞKEN UYGULAMALI BİR ETİK

Süreç daha yeni biçimlenmektedir. Ancak küresel ceza adaletinin eksikliklerine karşı yöneltilen eleştiriler şimdiden birikmiş durumdadır. Bazı

11 Bkz. M. Delmas-Marty, *Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme et l’irréductible humain*, RSCDPC 1994, sh: 477; M. Delmas-Marty, *L’humanité saisie par le droit*, in *Humanité, humanitaire, préc.*, sh: 27 vd.

12 Bkz. *Punir les criminels internationaux*, in *Le droit pénal à l’épreuve de l’internationalisation*, préc., not. P. Poncela, *Mesure et motivation de la peine dans la jurisprudence du TPIY*, sh: 305-336.

13 A. Fagot-Largeault, *Sur quoi fonder philosophiquement un universalisme juridique?* in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, dir. A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, 2002, sh: 91.

yazarlara göre, küresel ceza adaletinin “gücün karşısında hukukun yanında olma” tutkusu, sadece güç “çok güçlü olmadığı zaman” eşit olmayan şekilde gerçekleşecektir¹⁴. Diğer yazarlar ise, “evrensel adalet ütopyasının, askerî müdahalede bulunmamak için uluslararası bir mahkemenin oluşturulduğu Bosna’da görüldüğü gibi, siyasal iktidarın sorumsuzlaştırılmasına” yol açmasından kaygılanmakta ve “suçu önleme araçlarına tek başına sahip olan güç mevcut olmadan, adaletin hiçbir şey yapamayacağı” sonucuna varmaktadır¹⁵.

Ancak hukukun gücü hakkındaki tartışma ikiye ayrılmaktadır. Zira küresel ceza adaletinin yanısıra, *Pinochet* davasında Lordlar Kamarası’nın kararının simge olarak kaldığı, ulusal ceza hâkimlerinin küreselleşmesi şeklinde ifade edilen ters orantılı bir sürecin de aynı zamanda gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

A. Küresel Ceza Adaleti

Dünya ölçeğindeki, yetkisine uyulması zorunlu olan ya da bu yetkiye rızanın hiç olmadığı, tek gerçek anlamdaki mahkemeler ceza mahkemeleridir. Oysa kurulmaları yaklaşık bir yüzyıl boyunca geciktirilmiş olan bu mahkemelerin (bu fikir 1919 tarihli Versailles Andlaşması’nda yer almaktaydı) oluşturulmalarındaki güçlükler, bütün devletlerin iradesine bağlı olduğu takdirde gerçekleşmeyen evrenselcilik ve çok güçlü bazı devletlerin iradesiyle benimsetilen emperyalist gerçeklik arasında uluslararası hukukun hapsediği dar seçeneği ortaya koymaktadır¹⁶. Gerçek durum iki örneği göstermektedir. Gerçi Uluslararası Ceza Mahkemeleri Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin bağlayıcı bir kararıyla kabul ettirilmişti. Fakat bu mahkemeler, yer (Eski Yugoslavya ve Ruanda) ve zaman (her kararda belirtilen uyuşmazlık) bakımından sınırlı, *ad hoc* bir yetkiye sahiptirler. Aksine, Uluslararası Ceza Mahkemesi potansiyel olarak daimî ve evrensel yetkiye sahiptir. Fakat bu yetki aslında yalnızca Roma Sözleşmesi’ni onaylayan

14 T. Todorov, *Mémoire du mal, tentation du bien, Enquête sur le siècle*, Robert Laffont, 2000, sh: 298.

15 A. Garapon, *Des crimes qu’on ne peut ni punir, ni pardonner, Pour une justice internationale*, éd. Odile Jacob, 2002, sh: 64, 47 ve 68.

16 M. Chemillier-Gendreau, *Le droit international entre volontarisme et contrainte*, Mélanges Hubert Thierry, Pedone, 1998, sh: 93 vd.

devletler bakımından bağlayıcıdır. Mahkeme'nin yetkisi 12. ve 13. maddelerde tahdidî olarak belirtilen bazı koşullarla üçüncü devletlerin vatandaşlarını da kapsamaktadır. Bu durum, Çeçenistan ve Tibet'te işlenen suçlar örneğini zikreden bazı hükümet dışı örgütlerin, sistemin cellâdın yargılanabilmesinden önce muvafakatının alınması şeklinde olduğunu söylemelerine yol açmaktadır¹⁷.

Bu ihtiyatlara rağmen, metne karşı çıkmış ve imzasını geri çekmiş olan Amerika Birleşik Devletleri, BM'nin barışın sürdürülmesi yönündeki operasyonlarında görev alan ve Sözleşme'ye taraf olmayan ülkelere mensup olan kişilere karşı kovuşturmaları ortadan kaldıran ve bir yıl boyunca geçerli olacak (1422 sayılı) bir kararın 12 Temmuz 2002'de oylanıp kabul edilmesini sağladı (ve 12 Haziran 2003'de yeniledi). Buna paralel olarak ABD, yaklaşık kırk devletle, geçerliliği Roma Sözleşmesi bakımından zaten şüpheli gözükken, (Amerikan vatandaşlarını Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne nakletmeme taahhüdünü içeren) suçluların geri verilmemesi andlaşmaları akdetti¹⁸. Özellikle Balkan devletleri üzerindeki baskıyı güçlendirmek için Ağustos 2002'de kabul edilen bir Amerikan kanunu (The american service members' protection Act) bu tür geri vermeme andlaşması imzalamayı reddedecek devletlere her türlü askerî yardım yapılmasını yasaklamaktadır. Sonuç bazen şaşırtıcı olabilmektedir. ABD tarafından Sırbistan'a, Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi'nce itham edilen bazı vatandaşlarını La Haye'ye teslim etmesi, aksi takdirde ekonomik yaptırımlar uygulanacağı ihtar edilmiş ve aynı zamanda bütün Amerikan vatandaşlarının Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisinden çıkartılmasını taahhüt etmeye davet edilmiş, aksi takdirde misillemeyle karşılaşacağı belirtilmiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne karşı saldırının sertliği bile, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin meşruiyetine, en azından gerçekliğine dolaylı bir saygı anlamına gelmektedir. Fakat sözkonusu saldırı, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kırılğanlaştırmak suretiyle, aynı zamanda ulusal hâkimlerin küreselleşmesine de çağrıda bulunmaktadır.

17 W. Bourdon, *La Cour pénale internationale, le statut de Rome*, Seuil, 2000, sh: 80; Aynı zamanda bkz. *The ICC Statute*, dir. A. Cassese, Oxford University Press, 2002.

18 S. Zapalla, *The reaction of the US to the entry into force of the ICC statute*, JICJ, 2003, no: 1, sh: 114 vd.

B. Ulusal Hâkimlerin Küreselleşmesi

Uluslararası normlar ulusal hukukla bütünleştikçe, ulusal hâkimler, hukuk sistemlerinin doğrudan uygulanabilirliği kabul edip etmemesine göre değişen koşullar çerçevesinde (bölgesel veya küresel) uluslararası hukukun koruyucuları hâline gelmektedirler. Ancak “hâkimlerin küreselleşmesi”, yetkilerinin devletle hiçbir bağlantı noktası olmayan eylemlere (yurtdışında, yabancılar tarafından, yabancı uyruklu mağdurlara karşı işlenmiş eylemlere) kadar genişlemesi sonucunu doğurmaktadır.

“Evrensel yetki” adı verilen kural, teorik olarak, evrensel değerlerin korunması sözkonusu olduğunda uygulama alanı bulacaktır. Gerçek durumda ise, bu kural istisnâ bir uygulamadır. Hâkimlerin “uyanması”¹⁹ ve yakın zamana kadar ihmal ettikleri metinleri uygulamaya başlamaları için, uluslararası ceza mahkemelerinin oluşturulmasından kaynaklanan bir rekabet ortamı gerekli olmuştur. Vaktiyle uyanmış olan hâkimler girişken olmaktadır ve *Beccaria*'ya atfedilen kaygı verici benzetmeye göre, “insancıl mizaçlı başboş şövalyelere” dönüşme riskiyle de karşı karşıya bulunmaktadır²⁰.

Bugün evrensel yetkinin yalnızca uluslararası hukuku düzeltmeyi değil, aynı zamanda küresel düzeyde geniş bir ütöpik amaç olan ulusal hukuk sistemlerinin uyumlulaştırılmasını da kapsamına alacağını keşfetmekteyiz. Buna iyice inanmak için Avrupa Birliği'nin yirmi beş üye devleti arasındaki uyumlulaştırma hakkındaki güncel tartışmaları düşünmek yeterli olacaktır²¹. “Gerçeklik ve uzlaştırma” komisyonları²² veya karma mahkemeler gi-

19 A. Cassese, *L'incidence du droit international sur le droit interne, Juridictions nationales et crimes internationaux*, dir. A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, 2002, sh: 559.

20 A. Cassese, *Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale? Crimes internationaux et juridictions pénales internationales*, PUF, 2002, sh: 21.

21 Örneğin bkz. *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, dir. M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage et E. Lambert, SLC 2003.

22 A. Lollini, *Le processus de judiciarisation de la résolution des conflits: les alternatives*, in *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Étude de cas des Law Clinics, en droit pénal international, dir. E. Fronza et S. Manacorda, Giuffrè, 2003; R.N. Christie, *La mondialisation du monde*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, dir. R. Roth, Bruylant, 2002, sh: 337.

bi alternatif ya da tamamlayıcı çözüm yollarının faydası bundan ileri gelmektedir. Bu karma mahkemeler uyumlulaştırmaya katkı sağlayabileceklerdir. Çünkü bu mahkemeler kısmen ulusal hâkimlerden, kısmen de yabancı ülkelerden gelen ve kendi ülkesinin değil, uluslararası topluluğun temsilcisi olan uluslararası olarak adlandırılan hâkimlerden oluşmaktadırlar. Bu mahkemelerin kurulması dolaylı olarak ortak bir hukuk kültürünün ortaya çıkmasını da kolaylaştırabilmektedir: hukukçular topluluğu değerler topluluğunu kollamaktadır.

Birçok deneyim (Kosova, Sierra Leone ve Doğu Timor) seyrini hâlâ sürdürmektedir ve Birleşmiş Milletler ile Kamboçya arasında Nisan 1975'den Ocak 1979'a kadar işlenmiş suçların başlıca sorumlularını yargılamak için 6 Haziran 2003'de bir andlaşma imzalanmıştır. 11 Eylül saldırılarını yargılamak için *ad hoc* bir mahkemenin kurulması sözkonusu olmadığından, karma mahkemeler kurulması çözümünün birçok kıtaya yayılmış olan delillerin araştırılmasını kolaylaştıracağı ve *Bush*'un 13 Kasım 2001 tarihli karamamesiyle ortaya konulan istisnaî muhakemeye²³ nazaran savunma haklarına saygı gösterilmesini iyileştireceği bile telkin edilmektedir²⁴.

Uluslararası hâkimlerin, küreselleşmiş ulusal hâkimlerin ya da karma mahkemelerin hâkimlerinin sözkonusu olduğu bir ortamda, ceza hâkimlerinin fiilî yükselişi bitmek tükenmek bilmeyen erkler dengesi sorununa, *Montesquieu*'nün düşünememiş olduğu koşullar içerisinde, yeniden ivme kazandırmaktadır. Çünkü küresel yasama ve yürütme erklerinin olmaması, hukuk, politika ve ekonomi arasında, medyanın ve git-tikçe güdümlü hâle gelen sivil toplumun hakemliğinde yeni bir üçgen şekillendirerek kartları yeniden dağıtmaktadır. Yasama ve yürütme erklerinin yokluğundan dolayı hem güçsüz düşürülen hem de güçlendirilen hâkim, siyasal ve ekonomik güçlerin karşısına nerdeyse tek başına dikilmektedir.

23 D. Amann, *Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme*, RSCDPC 2002, sh: 744.

24 A. Cassese, *International criminal law*, Oxford University Press, 2003, sh: 456.

III. OLUŞUM SÜRECİNDEKİ BİR ETİK

Hâkimler en güçlü siyasî ve ekonomik aktörleri kovuşturmaya cesaret ettikçe, yeni bir erkler dengesinin anahatlarını belirtmekte ve evrensel yetki kuralı da oluşum sürecindeki etiğin sembolü olmaktadır.

Yine de bu kural çok eskidir. Rönesans'tan klasik döneme kadar Avrupa'nın birçok şehrinde ve prensliğinde uygulanmış olan evrensel yetki kuralı²⁵, tabiat veya devletler hukuku adına *Grotius* tarafından hararetle savunulmuştu: "krallar ve kralların yetkisine eşit bir yetkiye sahip olan kişiler yalnızca kendilerine veya tebaasına karşı işlenen haksızlıklardan dolayı değil, aynı zamanda bu kişilere özel olarak zarar vermemekle birlikte, bu kişileri de ilgilendiren tabiat veya devletler hukukunu ölçüsüzce ihlâl eden haksızlıklardan dolayı da cezalara hükmetme hakkına sahiptirler"²⁶. Yine *Grotius*'un yazdığı gibi, gerçekten de "beşerî toplumun yararlarının cezalarla sağlanması" sözkonusudur. Fakat *Grotius*'un bu fikirleri anlaşılmaz, hatta yanlış bir düşünce biçimi olarak değerlendirilerek *Voltaire* tarafından eleştirilmiştir. Zira *Voltaire*'e göre, *Grotius* "her ülkenin hukuksal sınırları olduğunu ve yalnızca zaman ve yer bakımından suçlarda yetkiye sahip olduğunu" kabul etmemekteydi²⁷.

Aydınlanma dönemi düşünürleri tarafından savunulan ülkesellik kuralının ağır basması bundan ileri gelmektedir. Fakat *Beccaria* tarafından aksi görüş savunulmuştur: "Örneğin İstanbul'da işlenen ağır bir suçun, insanlığa zarar veren suçun bütün insanların hasımlığını hak ettiği soyut nedeninden dolayı Paris'te cezalandırılabilmesi ve evrensel kınamaya konu olması gerektiği istenmektedir. Bununla birlikte hâkimler, genel olarak beşerî duyarlılığın öcalıcıları değildirler. Fakat insanları kendi aralarında bağlayan sözleşmeleri temsil etmektedirler"²⁸.

25 G. Guillaume, La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles, in *Mélanges Levasseur, Litec*, 1992, sh: 23 vd.

26 H. Grotius, Le droit de la guerre et de la paix (*De jure belli ac paces*, 1625), L. II, Ch. XX, XL, PUF, 1999. Ayrıca bkz. Yasuaki Onuma, A normative approach to War Peace, War and Justice in Hugo Grotius, Clarendon University Press Oxford, 1993.

27 Voltaire, Des crimes de temps et de lieu, Questions sur l'Encyclopédie.

28 C. Beccaria, Traité des délits et des peines, § XXI (1764), trad. Morellet, Franco Scardelli, Milan, 1987, sh: 95.

Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın devletlerin yetkilerini ulusal toprakları dışına genişletmesine izin veren ilkeyi açıklamış olduğu ünlü *Lotus* davasında, Türkiye'nin Fransa'ya çok açık şekilde husumet yönelttiği bir uyuşmazlıkta, tarihin cilvesi, *Beccaria*'nın İstanbul'dan Paris'e örneğini somutlaştırmıştır²⁹. Böylece bayrak kanununa karşı (Fransa tarafından ileri sürülen ülkesellik ilkesinin genişletilmesi suretiyle) pasif vatandaşlığı (mağdur kanununu) ileri süren Türkiye'nin, bir Türk kömür şilebine açık denizde çarpmış olan ve mürettebatın bir kısmının ölmesine neden olan yolcu gemisinin Fransız kaptanını taksirle adam öldürmeden dolayı yargılmasına izin verilmiştir.

XVII. yüzyıldan itibaren evrensel yetkinin korsanlık konusunda kabul edilmiş olduğu bir gerçektir. Fakat Uluslararası Daimî Adalet Divanı, yetki kurallarının seçiminde devletlerin serbest olduğu kuralını eklemiştir. Yine de belirtmek gerekir ki, burada evrensel değerlerin korunması değil, müşterek yararların sorumluluğunun yüklenilmesi sözkonusuydu.

Hâkimlerin evrensel değerlerin öcalıcıları değil, en azından koruyucuları olmaları, güncel küreselleşmenin devam ettirilmesi çerçevesinde ancak XX. yüzyılın sonunda gerçekleşmiştir. Özel hukuk alanında bu işlev kendiliğinden ve tek yanlı şekilde bazen yerine getirilmiştir. Amerikan hâkimleri çok eski bir kanunu (1789 tarihli *Alien Torts Claim Act*) yaklaşık yirmi yıldan beri yeniden keşfettiler. Bu kanun gereğince, hâkimler “evrensel, tanımlanabilir ve bağlayıcı” normlara başvurarak ağır insan hakları ihlallerini ortaya koyabilirler ve davalıyı tazminat ödemeye mahkûm edebilirler³⁰. Birçok Latin Amerika devletinde işlenmiş işkence olaylarını ve Filipinler, Doğu Timor, Etiyopya veya Bosna'da işlenmiş diğer haksızlıkları da yargılamaları buna dayanmaktadır. Hâkimler bundan böyle bu kanunu, insan hakları ihlâli hâlinde çokuluslu işletmelere de uygulamaya hazırlanmaktaymış gibi görünüyorlar³¹.

Daha çok taraflı bir perspektif çerçevesinde Birleşmiş Milletler Genel

29 *Lotus Davası*, UDAD, 7 Eylül 1927, série A, no: 10.

30 *Forti c/Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531, 1540 (N.D. Cal. 1987).

31 Alex Markels, *Multinationals pressured by Myanmar Human rights case*, *The New York Times*, 22-23 Haziran 2003; Karşılaştığımız H. Mun Waltt, *Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain*, RIDC 4-2003, sh: 883 vd.

Sekreteri, çokuluslu işletmelerle küresel bir pakt (*Global Compact*) fikrini Ocak 1999'da Davos'ta ortaya atmış³² ve insan hakları alt komisyonu (uluslarötesi şirketler hakkındaki çalışma grubu) "uluslarötesi şirketler ve diğer işletmelerin insan hakları konusundaki sorumluluklarına dair kurallar tasarısı"nı benimsemiştir³³. Bizzat işletmeler tarafından yapılan değerlendirmeler dışında, "ulusal ve uluslararası mekanizmalar tarafından periyodik denetimler" ve "zarar görmüş kişilere, birliklere ve topluluklara hızlı şekilde, etkili ve uygun" bir tazminat ödenmesi ilke olarak tasarıya konulmuştur. Tasarı "sorumluluklara dair bu kuralların ulusal mahkemeler tarafından uygulanacağını" açığa kavuşturmuştur. Böylece ulusal (hukuk veya ceza) hâkimi harekete geçmeye davet edilmektedir.

Ceza hukuku alanında evrensel yetkiye, uluslararası sözleşmelerden dolayı daha doğrudan doğruya izin verilmektedir (hatta bazen dayatılmaktadır). Fakat bu, bir devletten diğerine değişiklik gösteren modellere göre gerçekleşmektedir. Kimi kez devletler, yurtdışında yabancı mağdurlara karşı yabancılar tarafından işlenmiş uluslararası ağır suçlardan itham edilen herkesi, şüphelinin ulusal toprağında bulunmaması bile dâhil olmak üzere, hiçbir koşul aramaksızın ulusal mahkemelere yargılama yetkisi veren "mutlak" evrensel yetkiye öncelik vermektedirler. Kimi kez de devletler, şüphelinin hazır bulunmasını veya esasa ya da usule ilişkin başka koşullar arayarak "koşullu" bir evrensel yetkiyi tercih etmektedirler. Böylece devletler önemli bir takdir payını korumaktadırlar. Ulusal uygulamaların aşırı çeşitliliğinin gözönünde bulundurulması ve Roma Sözleşmesi'nin suskunluğunun bu çeşitliliğin azalmasına katkı sağlamaması şaşırtıcı değildir.

Böylece Fransa, Cenevre Sözleşmeleri'nin ihlallerini suç tipi hâline getirmemiştir³⁴. Fakat işkence bakımından (CMK md. 689-2), şüphelinin

32 Emmanuel Decaux, *Droit international public*, Dalloz, 3^e éd. 2002, sh: 297 vd. Ayrıca bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, İnsan Hakları Açısından Yoksullukla Mücadele Stratejileri, Eylül 2002.

33 Bkz. M.-A. Moreau, *Mondialisation et droit social, quelques observations sur les évolutions juridiques*, RIDE 2002, no: 2-3 (Küreselleşme ve Ekonomi Hukuku Özel Sayısı), sh: 383 vd.

34 Eski Yugoslavya ve Ruanda'da işlenen suçlar hariç tutulmuştur (22 Ocak 1995 ve 22 Mayıs 1996 tarihli kanunlar). Ulusal bir dönüşüm metninin gerekliliği hakkında bkz. M. Benillouche *in* *Juridictions nationales...*, préc, sh: 171 vd.

Fransa'da bulunması koşuluyla, evrensel bir yetki kuralını kabul etmiştir (CMK md. 689-1). Yine de İslâm devletlerinin çoğunun yanısıra, Rusya gibi devletler, işkence bakımından evrensel yetkiyi kabul eden özel bir düzenlemeyi mevzuatlarına dâhil etmemişlerdir. Böyle bir boşluğun, Çad'ın eski başkanı *Hissène Habré*'ye yönelik yapılan şikayetin bir yargılamaya yol açmasını engellediği Senegal'de de durum aynı şekildedir³⁵.

Tam aksine, uluslararası hukuk tarafından öngörülen evrensel yetki-den daha geniş bir evrensel yetki kuralını düzenleyen devletler de mevcuttur. Ağır insancıl hukuk ihlallerinin cezalandırılmasına dair 1993 tarihli kanunun 1999 yılında genişletilmesiyle Belçika'daki durum bu şekildedir. Ancak 23 Nisan 2003 tarihli bir kanun öncelikle, ABD tarafından ısrarla yürürlükten kaldırılması istenen metni yumuşatmış ve nihayet 1 Ağustos 2003'te de oylanarak kabul edilmiştir. Aynı şekilde İspanya da, 1 Temmuz 1985 tarihli adlî yetki hakkındaki organik kanuna göre, içerisinde soykırım ve terörizmin de yer aldığı bir takım suçlara uygulanmış olan kuralı (md. 23-24) yumuşatmak istiyor gibi görünüyor³⁶. Buna karşılık, 30 Haziran 2002'de yürürlüğe giren bir uluslararası ceza hukuku kanununu kabul etmiş olan Almanya evrensel yetki kuralına koşulsuz olarak yer vermiştir. Kanunun tek esnekliği, Alman kanunilik anlayışına istisna getirmek suretiyle, savcılığa diplomatik güçlükleri ve olası uygulamaları dikkate alma olanağı sağlayan kovuşturmanın maslahata uygunluğunu kabul etmiş olmasıdır. Bu Alman kanunu diğer ülkelerde devam etmekte olan uyarılma süreçlerini etkileme tutkusuna sahip bir model hukuk olarak anlaşılmaktadır³⁷.

Nihayet belirtmek gerekir ki, uluslararası suçları ağır insan hakları ihlalleriyle bir tutmak suretiyle, Devletlerarası Amerikan Komisyonu (Şili'nin

35 Senegal Yargıtayı'nın 20 Mart 2001 tarihli *Hissène Habré* kararı, Cissé, in *Juridictions nationales...*, préc., sh: 437 vd.; P. Gaeta, *The Hissène Harbé case*, JICJ 2003, sh: 186.

36 Evrensel yetkiye dayalı olarak suçluların geri verilmesinin ilk örneğinde, Meksika Yüksek Mahkemesi, soykırım ve terörizmden sanık olan Arjantinli asker Cavallo'nun İspanya'ya iade edilmesine 10 Haziran 2003 tarihinde karar vermiştir.

37 G. Werle et S. Manacorda, *L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au statut de Rome: le paradigme du «Völkerstrafgesetzbuch» allemand*, RSCDPC 2003, no: 3. Soykırım bakımından karşılaştırınız, *Les processus d'internationalisation du droit*, MSH, 2001, not. E. Fronza et N. Guillou, sh: 173 ve 213.

kendi af kanunu konusunda³⁸) ve Mahkeme (Honduras, Kolombiya, Venezuela ve Peru konusunda³⁹) devletlerin kendi aflatının doğrudan ve dolaylı şekillerinin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'yle bağdaşmazlığına karar vermiştir. Bu içtihadın uygulamasında bir Arjantin Federal hâkimi, yeni başkanın yürürlükten kaldırmayı zaten söz vermiş olduğu itaat ödevi ve nihaî derecesi hakkındaki kanunları Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulmuştur⁴⁰.

Uygulamada Uluslararası Daimî Adalet Divanı, *Belçika'ya karşı Kongo* davasında evrensel yetki konusunda bir karara varmaktan kaçınmak için yöneticilerin dokunulmazlıklarının arkasına gizlenerek daha az cesaretli davranmıştır⁴¹. Hâkimlerin kişisel kanaatleri okunduğunda mahkeme üyelerinin görüş ayrılığına düştüğü ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte hâkimlerin, mutlak yetki ile koşullu yetki arasındaki ayrımı kabul ederek bile, bir uzlaşmaya varmayı başardıkları kesin olarak söylenemez. Çünkü koşullar listesi bir hâkimden diğerine değişiklik gösterebilmektedir. İşkence suçundan dolayı bir Kongo yüksek yöneticisinin bir Fransız hâkimi tarafından sorguya çekilmesine itiraz eden Kongo'nun başka bir başvurusuyla birlikte, hâkimler yeni bir fırsata sahiptirler⁴².

Ulusal, bölgesel ve küresel hukuk kaynakları arasında dağılmış ve evrensel yetkinin kabul koşullarını azaltan bakış açısıyla bunları arttıran bakış açısı arasında bölünmüş güncel ceza hukuku uygulamaları dünyanın bu alandaki kargaşasını ortaya koymaktadır. Uluslararası hukukun aydınlığa kavuşturulması ve iç hukukun uyumlulaştırılması ivedilik arz etmektedir. Gerçekten de, karşılaştırmalı ceza hukukunu ve uluslararası ceza hukukunu

38 Comm. IDH 133/199 sayılı rapor, § 79-82, zikreden A. Alvarez, *in* *Juridictions nationales...*, préc., sh: 317.

39 *in* *Juridictions nationales...*, préc., sh: 633'de M. Delmas-Marty tarafından zikredilen kararlar.

40 6 Mart 2001 tarihli karar, *in* *Juridictions nationales...*, préc., sh: 322; Ayrıca bkz. *Le Monde*, 27 Temmuz 2003.

41 A. Cassese, *Peut-on poursuivre de hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux? À propos de l'affaire Congo c/Belgique*, RSCDPC 2002, sh: 479.

42 *Fransa'ya karşı Kongo* davasında Uluslararası Daimî Adalet Divanı, 17 Haziran 2003'de ihtiyatî tedbir talebini reddetmiştir.

bağdaştıran yeni tarihli bir incelemede de belirtildiği gibi, “dokunulmazlıkların ve imtiyazların aşınması, egemenden bireye, bireyin suçluluğundan egemenin suçluluğuna şeklindeki bakış açısının tamamen ters çevrilmesinde yerini almaktadır”⁴³. Böylece bu noktada önemli olan husus, erklerin bütünsel dengesidir. Çünkü çeşitli yetki kriterleri arasında hiyerarşinin bulunmayışı kovuşturmaların çoğalması, “forum shopping”i kolaylaştırması ve kaçınılmaz olarak yargılama yetkisi uyuşmazlıklarına götürmesi riskini taşımaktadır. Sadece, terörizme malî destek olmanın cezalandırılması hakkındaki 1999 tarihli Sözleşme, devletlerin yalnızca, ülke devletine ilke olarak öncelik tanımak zorunda olduklarını değil, aynı zamanda faaliyetlerini de ortaklaşa yürütmeye çalışmak zorunda olduklarını öngörmektedir.

*

* *

Sonuç olarak, birbirine bağlı olan iki saptamada bulunacağım.

Birincisi, küresel hâkimin hazırlık yapılmadan biranda ortaya çıkamayacağıdır. Ayrıca ulusal mahkemeler ile Uluslararası Ceza Mahkemesi arasındaki yetkilerin paylaşımı, yabancı ceza mahkemesi kararlarının tanınmasına ve (Uluslararası Ceza Mahkemesi veya Uluslararası Daimî Adalet Divanı önünde) bir yorum başvurusuna olanak sağlayan uyumlulaştırmanın temel ilkelerini gerekli kılmaktadır⁴⁴. Bu temel ilkeler, Ocak 2003’de *Porto Alegre*’de yapılan ikinci hâkimler forumunda anımsatılmıştır. Ancak geriye bu ilkelerin tanımlanması kalmıştır. Ekonomik ve siyasal erke (hatta medya erkine) çok bağlı hâkimlerden kaçınmak için, bağımsızlık ve tarafsızlık koşullarını güvence altına almak gereklidir. Fakat hâkimler hükümetinden de kaçınmak için suç tiplerinin, sorumlulukların ve cezaların tanımının da iyileştirilmesi gerekmektedir. Çünkü yazılı hukukun ve dahası uluslararası örf-âdetin belirsiz bırakılması, hâkimleri yerindelik denetimi yaparak karar vermeye, başka bir deyişle diğer erklerle el uzatmaya götürmektedir.

43 G. Giudicelli Delage, Justice pénale et décisions politiques, RSCDPC 2003, sh: 247.

44 M. Delmas-Marty, La CPI et les interactions entre droit interne et droit international, RSCDPC 2003, sh: 1 vd.

İkincisi ise, ekonomik boyutunun (Dünya Ticaret Örgütü) insan haklarının evrenselliğine (BM) baskın çıktığı bir küreselleşme karşısında ceza hukukunun, müşterek etiğe doğru bir yolu aralamakta olduğudur. Güvenlik anlayışına dayalı aşırı cezalandırma riski ile en güçlü aktörlerin yararına belgeye dökülmüş bir hukuk riski arasındaki bu yol oldukça dardır. Fakat bu yol, medeniyetler çatışması bahanesiyle, bizi haçlı seferleri dönemine geri götüren ve bütün hukuk sistemlerini genel bir savaŐa vardiyan daha şiddetli bir çatışmaya, hatta boş inançların çatışmasına doğru gidilmemesi için şüphesiz zorunludur.

SINIR-ÖTESİ ÇEVRESEL ETKİLER DOĞURAN FAALİYETLERDE ÇEVRESEL ETKİ DEĞERLENDİRMESİ (ESPOO) SÖZLEŞMESİ

Yard.Doç. Dr. Sevim Budak

İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Kentleşme ve Çevre Sorunları Anabilim Dalı

GİRİŞ

Bugün çevre sorunları, sadece ulusal sınırlar içinde kalmamakta, bundan çok daha fazla sınır-ötesi ya da bölgesel olarak, giderek de küresel bir soruna dönüşerek ülkelerin karşısına çıkmaktadır. Dışarıdan gelecek çevresel tehlike ve zararları önlemede ulus devletlerin kendi egemenlik alanları içinde tedbirler geliştirmeleri önemini yitirmektedir. İşte bu noktada ulusal devletlerin sınır-ötesi çevresel sorunlarla mücadele alanını ulusal seviyeden uluslararası seviyeye taşıdıkları ve uluslararası tedbirler geliştirdikleri görülmektedir.

Bu zorunluluk sadece de facto olarak devletlerin karşısına çıkmakla kalmamış, bunun yanında uluslararası örgütlerin yaptıkları toplantılarda ulus devletlere sınır-ötesi karakter arz eden çevresel sorunlarla mücadelede uluslararası işbirliğinin önemine yönelik telkinlerde de bulunulmuş, bir faaliyet çerçevesi çizilmiştir. Bunlardan en önemlisi 1972 tarihli İnsan ve Çevresi hakkında Stockholm Konferansı ve bu konferansı takip eden diğer

çevre zirveleri¹ ile kabul edilen deklarasyon ve raporlardır². Bu belgelerde özellikle bireylerin, kurumların ve devletlerin uluslararası çevresel sorumluluklarına vurgu yapılmakta ve bu sorumlulukların gereğinin yerine getirilmesi talep edilmekte ve bunun gereği için belli ilkeler geliştirilmektedir.

Birleşmiş Milletler gibi bir takım uluslararası örgütler ve bu örgütlerin çevrenin korunması ile yükümlü UNEP, UNDP UNECE gibi alt birimleri küresel, bölgesel ya da sınır-ötesi³ çevre sorunları ve kirlilikler ile mücadelede yeni yöntemler, projeler geliştirmek yanında, klasik yöntemleri kullanmaya da devam etmektedir. Bu klasik yöntemlerden biri ve belki de en eskisi, sınır-ötesi kirlenmelerden etkilenen devletler ile bu kirlilikleri yaratan devletleri bir araya getirecek uluslararası ortamlar yaratmak ve bunun akabinde uluslararası anlaşmalar üzerinde uzlaşmaya varılmasını temin etmektir.

Anılan örgütler 60'lı yıllardan bu yana devletlere uluslararası anlaşmalar imzalatmak konusunda önemli gelişmeler kaydetmişlerdir. Bugün uluslararası çevre anlaşmaları kapsamında sayabileceğimiz yüzlerce anlaşma vardır⁴. Bu çalışmanın konusunu da bir uluslararası anlaşma teşkil etmektedir. Anlaşmanın tam adı "**Sınır-Ötesi Etkiler Yaratan Faaliyetlerde Çevresel Etki Değerlendirilmesi Yapılması Hakkında Sözleşme**"dir. Sözleşme imzalandığı yer olan Finlandiya'nın Espoo şehrinin adıyla, Espoo Sözleşmesi olarak anılmaktadır.

Espoo Sözleşmesini incelememizin nedeni 70'li yıllardan bu yana

- 1 1992 tarihli Rio ve 2002 tarihli Johannesburg Çevre ve Kalkınma konferansları
- 2 Konferanslar hakkında bilgi edinmek ve çıkarılan deklarasyonların Türkçe metinlerine ulaşmak için bkz. Necmi Sönmez: "*Ortak Geleceğimiz Stockholm 1972-Rio 1992 ve Sonrası*" Yeni Türkiye Dergisi Çevre Özel Sayısı,1(5), ss.194-209; Johannesburg Zirvesi için bkz. Ayşegül Mengi, Nesrin Algan: *Küreselleşme ve Yerelleşme Çağında Bölgesel Sürdürülebilir Gelişme, AB ve Türkiye Örneği*, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2003, ss.56-72; *Türkiye Açısından Johannesburg Zirvesi'nin Getirdikleri - Tartışma Toplantısı-*, 18 Aralık 2003, Türkiye Çevre Vakfı Yay., Ankara, 2004.
- 3 Birden fazla sınırdış ülkeyi ilgilendiren...
- 4 Uluslararası çevre anlaşmalarının birçoğunun metnini içeren bir derleme için bkz. Lakshman D.Guruswamy, Sir Geoffrey W.R.Palmer ve diğerleri: *International Environmental Law and World Order*, Second Ed., American Casebook Series, West Group, St.Paul, Minn., 1999

Kuzey Amerika ve Avrupa’da ulus devlet seviyesinde önleyici çevre politikasının bir aracı olarak kullanılan çevresel etki değerlendirme yönteminin (bundan sonra “ÇED”)⁵ “uluslararasılaştırılması”dır. 1991 yılında Espoo Sözleşmesinin imzalanmasıyla birlikte ulusal çevre politikalarının önleyici aracı ÇED, artık sınır-ötesi çevre sorunlarının önlenmesinde de kullanılmaya başlanacaktır. Çalışma dört başlık altında bu Sözleşmenin çevresel getirilerini ortaya koymak ve etkinliğini araştırmak amacındadır. Birinci başlıkta öncelikle Espoo Sözleşmesi öncesi gelişmelere bir göz atılacak ve Sözleşmeyi hazırlayan koşullar ve gelişmeler incelenecektir. İkinci başlıkta Sözleşmenin hazırlık safhasındaki gelişmeler ile üçüncü başlıkta Sözleşmenin önemli hükümleri incelenecek ve taraf devletlerin hak ve sorumlulukları belirlenecektir. Dördüncü başlıkta ulusal sınırlar içerisinde çevre kirlenmelerini önlemede kullanılan ÇED’in “sınır-ötesi” kirlenmeler bakımından etkili bir yöntem olup olmadığına yönelik tartışmalar ortaya konmaya çalışılacaktır. Sonuç bölümünde de genel bir değerlendirme yanında Türkiye’nin Sözleşmeyi imzalaması halinde kısaca ne tür yükümlülükler ile karşı karşıya kalacağı konusuna değinilecektir.

I. Espoo Sözleşmesi Öncesi Gelişmeler

ÇED ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri tarafından geliştirilmiş ve 1969 tarihli Ulusal Çevre Politikası Yasası içerisinde yer almıştır⁶. O yıllardan başlayarak çevreyi etkileme potansiyeline sahip tüm plan, proje ile tüm faaliyetlerin derinlemesine incelenmesi anlamına gelen ve çevresel etki de-

5 Çevresel etki değerlendirme tekniği ile ilgili olarak bkz. Hans Günter Barth: “Çevre Politikası ve Ekolojiye Yönelik Planlama Enstrümanı Olarak Çevresel Etki Değerlendirme”, Çevresel Etki Değerlendirmesi Uygulamadan Örnekler, Ed. Orhan Uslu, T.Ç.S.V. yayını, Ankara, 1991, s. 21; Orhan Uslu: “ÇED Kavramına Genel Bakış”, ÇED Eğitimi, T.Ç.S.V.yayını, Ankara, 1994. Türkiye uygulaması için bkz. Şermin Ataklı: “Türkiye Uygulamasında Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED)”, Çevre Sorunlarına Çağdaş Yaklaşımlar, Ed. M.Marin, U.Yıldırım, Beta yay., İstanbul 2004, ss.515-532, Mihriban Şengül: Türkiye’de ÇED ve Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği İçerik Çözümlemesi, Detay yay., Ankara, 2002, Firuz Demir Yaşamış,: Çevresel Etki Değerlendirmesi, ÇEKÜL Yayınları, İstanbul, 2003.

6 Patricia Birne ve Alan Boyle: *International Law and the Environment*, Oxford Uni.Press., New York, 2002, s.131.

ğerlendirmesi denilen bu idari usul, Amerika Birleşik devletleri yanında Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde kamusal karar alma süreçlerine katılmak suretiyle çeşitli şekillerde uygulanmaya başlamıştır ve ÇED, karar alma sürecine çevresel değerlerin entegre edilmesini sağladığı için oldukça geniş bir kabul görmüştür. Bu aracın milli seviyede uygulanması iki açıdan fayda sağlıyordu. Birincisi, bir faaliyete girişmeden önce tasarlanan faaliyetin çevre üzerindeki olası etkilerini sistematik bir biçimde analiz etmek ve önlemeye yönelik tedbirler almak konusunda yeni bir karar alma usulü getiriyordu. İkincisi ise çevreyi ve insanı etkileyecek kararlara kamunun katılımını sağlayacak bir mekanizma öngörüyordu. Son olarak ÇED'in uluslararası alanda da faydası oluyordu. Amerika Birleşik Devletleri deneyimi ÇED sürecinin pahalı, hantal ve gecikmelere neden olan bir politik vasıta olduğunu ortaya koymakla birlikte, hakkıyla yapıldığında ÇED'in hükümetlere ileriye görmeleri ve sınır-ötesi zarar ihtimalini önceden hesaplayabilme ve uluslararası çevresel felaketlere yol açabilecek ve kendilerini yasal sorumluluk altına sokabilecek tehlikeli sonuçlardan sakınabilme imkanını sunduğu da görülmüştür⁷.

Benzer bir ÇED mekanizmasının sınır-ötesi çevresel kirlenmelerle mücadele bakımından kurulması için gerekli ortamı yaratan bir dizi gelişme olmuştur. Bu gelişmeler içerisinde en önemlisi 1972 tarihli Birleşmiş Milletler Stockholm Konferansı ile bu konferansın ertesinde oluşturulan BM Çevre Eylem Programı (UNEP) idi. Stockholm Konferansının sonunda kabul edilen Deklarasyon, "İnsan ve Çevresi"nin korunması hakkında bir dizi ilke geliştirmiyordu. Bu ilkelerden biri devletlerin diğer devletlerin çevrelerine saygı göstermek sorumluluğu bulunduğu şeklindeydi⁸. Deklarasyonun 21. maddesi bu ilkeyi açıkça ifade ediyordu ve devletlerin, kendi yetki ve denetimleri altındaki faaliyetlerin, diğer devletlerin ya da ulusal sınırlar dışındaki alanların (örneğin okyanuslar) çevresine zarar vermeyecek şekilde

7 Ibid.

8 Uluslararası hukukta "*sic utere tuo, ut alinenum non laedas*" iyi komşuluk prensibi olarak geliştirilmiş bu ilke için bkz. Birne, Boyle, op.cit., ss.104-137 özellikle 130 ve 135 arası. Yazarlara göre, bu prensip gereğince devletler, çevresel zararları ve kirlenmeyi önlemek, azaltmak ve denetlemek yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlüğün yerine getirilmesi ve çevresel risklerin ve tehlikelerin bertaraf edilmesi sırasında devletler, bildirimde bulunma, karşılıklı görüşme, müzakerelere girişme yolunu kullandıkları gibi, gerektiğinde de çevresel etki değerlendirmesi yapmaktadırlar.

yerine getirilmesinden sorumlu oldukları bir kez daha vurgulanıyordu. Bu sorumluluğun gereğinin yerine getirilmesi için mekanizmalar yaratılmasına ihtiyaç vardı. Bu mekanizmalardan biri olan çevresel etki değerlendirmesi yöntemini 1992 Rio Konferansı sonrasında yayımlanan Rio Deklarasyonu 17'inci maddesinde daha da net bir şekilde vurgulayacak ve ÇED'in uluslararasılaşması sağlanacaktı.

İkinci önemli gelişme yine 70'li yıllarda Doğu ve Batı Avrupa ülkeleri arasında yaşanan gerilimleri gidermek için çareler arandığı bir dönemde ortaya çıkmıştır. Soğuk savaşın yarattığı yüksek tansiyonu ortadan kaldırmak ve iki blok arasında diyalog geliştirmek için o dönemde Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE kısaca ECE olarak anılmaktadır) anahtar rol üstlenen bir örgüt olmuştur. Bu örgüt aynı zamanda Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada arasındaki ilişkilerin geliştirilmesine de yardımcı olmuştur.

Bu konunun çalışmamızı ilgilendiren tarafı, ECE'nin içerisinde çalışan danışmanlar grubunun, bir yandan uluslararası ilişkilerde yumuşama dönemine geçişi sağlarken, diğer yandan da "sınır-ötesi ÇED" yöntemini bulmuş olmalarıdır. 1975 yılında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Nihai Senedi imzalandıktan sonra ortaya çıkan yumuşama sürecinde⁹ ECE çevre ile ilgili iki konuda görevlendirildi. Bu konulardan ilki hava kirletici maddelerin uzun mesafelere taşınması (ki bu sorun daha sonra asit yağmurları meselesi olarak dünya kamuoyunca dile getirilecek ve uzun menzilli sınır-ötesi hava kirliliğinin önlenmesi hakkında sözleşmenin imzalanması ile sonuçlanacaktı), diğeri ise ÇED konusu idi.

1982 yılında ECE'nin Çevre Sorunları Kıdemli Danışmanları arasından çevresel etki değerlendirmesi konusu üzerinde çalışacak bir uzmanlar grubu oluşturuldu ve sınır-ötesi ÇED konusu da bu uzmanlar grubunun çalışma programına alındı.¹⁰ Uzmanlar grubu üzerine düşen görevi başarı ile yerine getirdi. Çevresel etki değerlendirmesi yöntemini sınır-ötesi bir çerçeveye yerleştirdi.

9 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı süreci hakkında bkz. Aslan Gündüz: *Milletlerarası Hukuk – Temel Belgeler – Örnek Kararlar*, 5. Basi, İstanbul 2003, s. 674 – 736.

10 Robert Conelly: *"The UN Convention on EIA in a Transboundary Context: A Historical Perspective"*, *Environmental Impact Assessment Review*, 1999, 19, s. 38

Daha sonra, Birleşmiş Milletlerin bir başka örgütü UNEP (Birleşmiş Milletler Çevre Programı)'in çevre hukuku uzmanlar grubunun gözetimi altında Ocak 1987 tarihinde ÇED konusunda ilk uluslararası çalışma başlatıldı. Bu çalışma çevresel etki değerlendirmesi yönteminin sınır-ötesi meselelere de uygulanmasını sağlayan prensipler geliştirilecek¹¹, bu prensipler daha sonra Espoo Sözleşmesi hükümlerinin oluşumunda esas alınacaktı¹².

Bir başka önemli gelişme 1987 yılının Nisan ayında Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu Raporunun, yani bilinen adıyla Brundtland Komisyonu Raporu'nun yayınlanmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu raporda Komisyon hükümlerine çevrenin korunmasında tavsiyelerde bulunulmuştur. Bu tavsiyeler arasında iki öneri çalışmamızı ilgilendirmektedir. Birincisi sınır-ötesi ekosistemlerin sürdürülebilir şekilde korunması ve kullanımı için bölgesel ya da alt bölgesel işbirliği anlaşmaları geliştirilmesi, ikincisi ortak sorunları çözümede ortak eylem programları oluşturulması tavsiyeleridir¹³.

II. Espoo Sözleşmesinin Hazırlık Çalışmaları

Yukarıdaki gelişmeler sonucu ECE'nin uzmanları 1987 yılının Eylül ayında Varşova'da ÇED konulu bir seminerin yapılmasına karar vermişlerdir. Çevre konusundaki uluslararası ilerlemelere rağmen; Avrupa Ekonomik Komisyonu'nda sınır-ötesi çevresel etki değerlendirmesi konusu daima ihtilafli kalmış, Varşova seminerine kadar geçen dönemde yapılan hazırlık toplantılarında konunun üç alt başlık altında incelenmesine karar verilmiştir.

Bu alt başlıklar şunlardır:

Çevre bakımından hassas alanlarda ÇED uygulaması,

İki ya da daha fazla ülke tarafından paylaşılan doğal kaynaklarla ilgili plan ve projelerde ÇED,

11 Çevresel Etki Değerlendirmesi Hedef ve İlkeleri için bkz.14/25 sayılı Birleşmiş Milletler Çevre Eylem Programı Yürütücü Konsey Kararı (UNEP/GC.14/L.37 -B). Ayrıca bkz. <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=100&ArticleID=1658>, 3.02.2006.

12 İbid. Ayrıca bkz. Birnie, Boyle, op.cit., s.132

13 Brundtland Komisyonu Raporu için bkz. Ortak Geleceğimiz, T.Ç.S.V.yay., Ankara, 1989

Komşu ülkelere çevresel etkisi olan faaliyetlerde ÇED.

Daha sonra çalışmalar özellikle yukarıdaki başlıklardan son ikisi üzerinde yoğunlaşmıştır. Çalışmalarda bildirim, önemli konuların saptanması (çevre etkilerinin önemini belirlemekte kullanılacak kriterler ya da faaliyet listelerinin belirlenmesi gibi), karşılıklı danışma, çevresel etkilerin azaltılması ve giderilmesi konularındaki tedbirler, uyumsuzlukların çözümü, bağımsız görüşlere müracaat edilmesi ve uluslararası bir örgüte idari açıdan duyulan ihtiyaç hakkında görüşler ileri sürülmüştür.¹⁴

Bu seminere katılanlar, Kıdemli Danışmanlara sınır-ötesi çevresel etki değerlendirilmesi hakkında bir çerçeve anlaşma geliştirilmesi için tavsiyede bulunulmasına karar vermişlerdir. Çerçeve anlaşma çevresel etki değerlendirmesi alanında uluslararası işbirliğini artırmak ve aynı zamanda –“doğal kaynaklar üzerindeki ulusal egemenlik haklarını da dikkate alarak”- iki ya da çok taraflı anlaşmalar yaparken, anlaşmaları değiştirirken veya uygularken üye devletlere UNEP’in 1987 yılında saptanan hedeflerini ve çevre prensiplerini de hesaba katmaları konusunda rehberlik etmek maksadını taşıyacaktı. Kıdemli Danışmanlar böyle bir anlaşma tasarısı hazırlamak maksadıyla toplantılar yaptılar ve 1988 ile 1990 yılları arasında altı toplantı düzenlediler.¹⁵

Ekim 1988’de yapılan ilk toplantıda Varşova Seminerinde ele alınan konular, uyumsuzlukların çözümü hariç olmak üzere ayrıntısı ile de görüşüldü. İkinci toplantıda çevresel etki değerlendirmelerinde özellikle önem verilmesi gereken projelerin bir listesi oluşturulmaya çalışıldı ve “projenin çevresel etkilerine maruz kalan ülke”nin (affected party) sorumluluklarının neler olması gerektiği tartışıldı. Bu kapsamda ÇED yapılan projenin yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde denetlenmesinin ne şekilde yapılabileceği konusu görüşüldü.

Hollanda’da yapılan üçüncü toplantıda, sözleşmenin iki ve çok taraflı uluslararası sözleşmelerin yapılmasında kullanılacak bir “çerçeve anlaşma” olmaktansa, tek başına bağlayıcılığı olan bir uluslararası sözleşme niteliğinde olması hususunda görüş birliği ortaya çıktı. Buna göre Sözleşme doğrudan doğruya uygulanma olanağı olacak şekilde kaleme alınacak, fakat bunun ya-

14 Conelly,op.cit.,s.39

15 Ibid., s. 40

nında sözleşme taraflarına mevcut metni geliştirerek ikili yahut çok taraflı anlaşmalar oluşturmak olanağı da açık bırakılacaktı. Aynı toplantıda Sözleşme-de değişiklik yapılmasının, sözleşme taraflarının oylarıyla olmasına ilişkin bir “değiştirme prosedürü” teklif edildi. Böyle bir değişiklik prosedürü ECE’nin o güne kadarki uygulama usüllerine yabancı olmasına rağmen çevre konusundaki anlaşmalar bakımından elverişli olabilecek özellikteydi.

Dördüncü toplantıda o güne kadar yapılan tartışmalar dikkate alınarak sınır-ötesi ÇED çalışmalarında uyumsuzlıklara yol açabilecek en önemli konunun ÇED’e konu projenin sınır-ötesi etkilerinin Anlaşmanın uygulanmasını gerektirecek kadar “önemli” olup olmadığının tespiti olduğu ortaya çıktı. Bu konuda ortaya çıkabilecek olan uluslararası uyumsuzlukların tahkim veya Uluslararası Adalet Divanı yoluyla çözümünün pratik olmayacağı dikkate alınarak özel bir “inceleme usulü” oluşturulması teklif edildi. Sözleşmenin ilk taslak metni bu toplantıda ortaya çıktı.

Beşinci toplantıda tartışılan önemli konuları Sözleşme taraflarının ÇED’e tabi tutulan proje ile ilgili yeni bilgileri birbirlerine vermeleri yükümlülüğü ve ÇED ile ilgili nihai kararın değiştirilmesi oluşturdu. 1990 Eylülünde Cenevre’de yapılan altıncı ve son toplantıda ÇED terimi içinde yer alan “etki” (impact) kavramının tanımı üzerinde bir uzlaşmaya varıldı ve bu uzlaşma geniş kapsamlı bir “etki” tanımına ulaşılmasını sağladı. Buna göre proje konusu faaliyetin doğal çevreye olan etkileri yanında insanlar tarafından yaratılan çevreye ve bu bağlamda kültür mirasına ve “çevrenin sosyo-ekonomik yapısına” olan etkilerinin de ÇED kapsamında dikkate alınacağı kabul edildi. Bunun yanında çevreye etkileri olan bir projeden “etkilenen ülke”nin, “projeyi gerçekleştiren ülke” önceden bildirim yükümlülüğünü yerine getirmese bile, kendi inisiyatifi ile ÇED’in sınır ötesi etkilerinin “önemi” ile ilgili müzakere sürecini başlatabilmesi ilkesi kabul edildi. Bu toplantıda kabul edilen diğer önemli bir gelişme ise Sözleşmeye taraf olacak devletlerin bazı sözleşme hükümlerine çekince koymalarına açıkça izin verilmesiydi.

III. Espoo Sözleşmesinin Başlıca Hükümleri

Sözleşme¹⁶ nihayet 25 Şubat-1 Mart 1991 tarihleri arasında Finlândi-

16 Orijinal metin için bkz. United Nations, Treaty Series, vol.1989, s.309, Şimdiki metin için bkz. <http://www.unece.org/env/eia/eia.html>, 28.01.2006

ya'nın Espoo şehrinde imzaya açıldı. Tam adı "Sınır-Ötesi Etkiler Yaratan Faaliyetlerde Çevresel Etki Değerlendirilmesi Yapılması Hakkında Konvansiyon" olan Espoo Sözleşmesinin başlangıcında, ana amaçlardan birinin 1972 tarihli Stockholm İnsan Çevresi hakkındaki Konferansın ve bu konferansta kabul edilen Deklarasyonunun gereğini yerine getirmek olarak belirtilmektedir.¹⁷ Sözleşme 16 ülke tarafından imzalandıktan sonra, 10 Eylül 1997'de yürürlüğe girmiştir.¹⁸

Espoo Sözleşmesi daha sonra biri 2001'de diğeri 2004'te olmak üzere iki kez değişikliğe uğratılmıştır. Espoo Sözleşmesinde 2001 yılında yapılan ilk değişiklik ile ÇED çalışmalarına sivil toplum örgütlerinin de katılabileceği hususu açıklığa kavuşturulmuş ve 55 ülkeden oluşan UN/ECE alanı dışındaki ülkelerin de sözleşmeye taraf olmalarına olanak getirilmiştir.¹⁹ 2004 yılındaki değişiklikte ise, Sözleşmeye uyulması ile ilgili gelişmelerin düzenli olarak raporlanması kabul edilmiş ve ÇED'e tabi olan faaliyetler listesi güncelleştirilmiştir.²⁰

Bugün Kanada, ABD ve AB üyesi ülkeler tarafından imzalanmış ve pek çoğu tarafından da onaylanma sürecinden geçmiştir. Sözleşmenin ilk hali ile değişikliklerden sonraki halini imzalayan ve kabul sürecinden geçen devletler toplu olarak şunlardır:²¹

Arnavutluk, Ermenistan, Avusturya, Azerbeycan, Beyaz Rusya, Belçika, Bulgaristan, Kanada, Hırvatistan, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Avrupa Topluluğu, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Kazakistan, Kırgızistan, Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç,

17 Bkz. Konvansiyonun başlangıç hükümleri Lakshman D.Guruswamy, Sir Geoffrey W.R.Palmer ve diğerleri: *International Environmental Law and World Order*, Second Ed., American Casebook Series, West Group, St.Paul, Minn., 1999, s. 157

18 Arne Tesli ve Stig Roar Husby: *"EIA in a Transboundary Context: Principles and Challenges for a Coordinated Nordic Application of the Espoo Convention"*, Environmental Impact Assessment Review 1999, 19, s.57

19 Değişikliğin metni için bkz. Depository notification C.N.44.2002.TREATIES-1 of 25 January 2002.

20 Değişikliğin metni için bkz.[http:// www.unece.org/env/eia/amendment2.html](http://www.unece.org/env/eia/amendment2.html). 28.01.2006

21 <http://www.unece.org/env/eia/convratif.html> 28.01.2006

Polonya, Portekiz, Moldova, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Makedonya, Ukrayna, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda, Amerika Birleşik Devletleri.

Sözleşmenin başlığını oluşturan konu devletlerin sınırlarını aşan çevre etkileridir. Sözleşme toplam 20 madde ile 7 Ek'ten oluşmakta ve 2'inci maddesi ile 8'inci maddeleri arasında bazı faaliyetlerin çevresel etkilerinin planlamanın en erken aşamasında değerlendirilebilmesi için tarafları yükümlülük altına sokacak bir dizi tedbir getirmektedir. Bunların başında, Sözleşmeye taraf devletlerin sınır ötesinde önemli çevresel etkiler doğurma ihtimali bulunan büyük projelerinin oluşturması safhasında diğerine bildirimde bulunma (**notification**: madde 2) ve ilgili proje hakkında birbirlerine danışılmasını (**consultation**: madde 5) sağlayacak genel bir sorumluluk mekanizmasının kurulması gelmektedir.

Yine takip eden maddelerde (madde 8 ve Sözleşmenin VI'ncı Ekinde) tarafların Bu Sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirebilmek için yeni iki veya çok taraflı anlaşmalar aktebilecekleri vurgulanmakta ve ayrıca böylesi anlaşmaların içereceği hususlar belirtilmektedir. Nitekim Hollanda tarafından iki komşusu Almanya ve Belçika arasında böylesi bir iki taraflı anlaşma taslağı hazırlanmıştır.²²

Sözleşme, taraf devletlerin sınır-ötesinde önemli çevresel etkiler yaratabilecek faaliyetlerini I'inci Ek'inde 22 başlık altında saymıştır²³. Bir devletin kendi ülkesi içerisinde gerçekleştireceği faaliyet, Sözleşmenin eklerinde belirtilen faaliyetler kapsamına giriyorsa Sözleşme, ÇED sürecini başlatacak ulusal makamlara faaliyetin sınır-ötesi etkilerinin göz önünde bulun-

22 Bu konuda bkz. Jan Jaap de Boer: "*Bilateral Agreements for the Application of the UN-ECE Convention on EIA in a Transboundary Context*", Environmental Impact Assessment Review, 1999, 19, s. 86

23 Buna göre petrol rafinerileri, termik elektrik santralleri, nükleer yakıtla çalışan işletmeler, demir çelik işleyen tesisler, asbest çıkaran işletmeler, entegre kimya tesisleri, petrol, kimyasal madde ve doğal gaz boru hatları büyük barajlar, büyük miktarda yeraltı suyu çeken faaliyetler, kağıt ve kağıt hamuru işleyen tesisler, madencilik faaliyetleri, petrolü , petrokimya ve kimyasal ürünleri depolama faaliyetleri, büyük sahalarda ağaç kesme işlemleri, büyük kentlerin atıksu işleme ve tehlikeli atıkları bertaraf tesisleri, büyük otopanların inşası, rüzgar enerjisi ile elektrik üretim tesisleri vs gibi çok kirlenici faaliyetler milli ÇED yanında sınır-ötesi ÇED de gerektirecektir.

durulmasını sağlayacak bir model oluşturmalarını hükme bağlamaktadır.

Bunun yanında Sözleşmenin en önemli yanı, ÇED süreci içerisinde ulusal devlet vatandaşlarına tanınan bilgi edinme ve kararlara katılım hakkını, bu faaliyetten etkilenme ihtimali bulunan sınır ötesi devletin ilgili bölgedeki vatandaşlarına da tanınmasını sağlayacak hükümler (madde 2.(2) ve madde 2.(6)) geliştirmiş olmasında yatmaktadır.

Espoo Sözleşmesinin başlıca hükümleri çevresel etkileri olan projeyi gerçekleştiren ülke ve etkilenen ülkenin tabi olduğu hükümler ayrı ayrı ele alınarak aşağıdaki gibi özetlenebilir:

A. Çevresel etki doğuran ülkenin tabi olduğu yükümlülükler:

1. Sözleşmenin ekindeki listede yer alan ve önemli sınır-ötesi çevresel etkileri olabilecek projeleri yürürlüğe koymadan veya özel sektör tarafından yapılacak bu türlü projelere izin vermeden önce ÇED yapmak.
2. Herhangi bir proje Sözleşmenin ekindeki listede yer almasa bile projeden etkilenen ülkenin talebi üzerine bu projenin önemli sınır-ötesi etkileri olup olmadığı konusunu açıklığa kavuşturmak için projeden etkilenen ülke ile müzakerelere girişmek.
3. Projeden etkilenen ülkenin halkına kendi halkına verilen haklarla eşit düzeyde olmak üzere ÇED sürecine katılma olanağını tanımak.
4. Projeden etkilenen ülkeyi mümkün olan en erken aşamada ve en geç kendi halkını bilgilendirdiği aşamada, çevresel etkileri olan proje hakkında bilgilendirmek ve bu ülkeye görüşlerini bildirmesi için makul bir süre ve olanak tanımak.
5. Projeden etkilenen ülkeye, değerlendirme süreci, proje ve olası önemli sınır-ötesi çevresel etkiler konusunda bilgi vermek.
6. Projeden etkilenen ülke ile işbirliği içinde projeden etkilenen ülkenin halkına proje ile ilgili görüşlerini ifade etmek olanağını tanımak.
7. Projenin sınır-ötesi olası etkileri ve bu etkilerin en aza indirilmesi konusunda etkilenen ülke ile görüşmelerde bulunmak.

8. ÇED sonucunda verilecek proje ile ilgili nihai karar oluşturulurken, etkilenen ülkenin görüşlerinin de dikkate alınmasını sağlamak.
9. Nihai karar verildikten sonraki dönemde projenin sınır-ötesi çevresel etkileri ile ilgili ortaya çıkabilecek her türlü yeni bilgiyi projeden etkilenen ülkeye vermek.
10. Projeden etkilenen ülkenin talebi üzerine proje sonrası bir değerlendirme çalışmasının gerekli olup olmadığı konusunu bu ülke ile müzakere etmek.
11. Projeden etkilenen ülkenin projenin sınır-ötesi etkilerinin “önemli” olduğu görüşünde olması halinde bu etkilerin ortadan kaldırılması ya da azaltılması için alınabilecek önlemlerin neler olduğunu bu ülke ile müzakere etmek.

B. Projeden Etkilenen ülkenin tabi olduğu yükümlülükler:

1. Projeyi gerçekleştirecek olan ülkeye, bu ülke tarafından kendisine yapılan bildirim üzerine verilen makul süre içinde bildirim aldığı beyan ederek ÇED prosedürüne katılıp katılmayacağını bildirmek.
2. Projeyi gerçekleştirecek ülkenin talebi üzerine projenin kendi ülkesinin sınırları içinde yaratabileceği olası etkileri makul ölçülerde kabul edilebilecek yeterli ayrıntılar içerecek şekilde toplayıp projeyi gerçekleştirecek ülkeye vermek.
3. Projeyi gerçekleştirecek ülke ile işbirliği içerisinde kendi halkını proje hakkında bilgilendirmek ve halkın proje ile ilgili görüşlerinin ifade edilmesine olanak sağlamak.
4. Projeyi gerçekleştirecek ülkeden kendisine iletilen belgeleri kendi ülkesindeki ilgili resmi makamlara ve kamu oyunun bilgisine ulaştırarak onlardan gelen görüşleri projeyi gerçekleştiren ülkeye ulaştırmak.
5. Projenin gerçekleştirilmesi konusundaki karar verildikten sonra, fakat proje yatırımının yapılmasına başlanmasından önceki dönemde, projeye izin verilmesi konusundaki kararı etkileyebilecek önemde yeni bilgiler ortaya çıkarsa bu bilgileri projeye gerçekleşt-

tirecek olan ülkeye iletmek ve kararın değiştirilmesi gerekip gerekmediği konusunda müzakereler talep etmek

6. Projenin önemli sınır-ötesi çevresel etkiler doğuracağı sonucuna vardığı hallerde projeyi gerçekleştirecek olan ülkeyi bundan haberdar etmek ve bu etkileri ortadan kaldırmak ya da azaltmak için alınabilecek tedbirler konusunu müzakere etmek.

IV. Espoo Sözleşmesinin Uygulanması ve Etkinliği

Espoo Sözleşmesinin uygulanması²⁴ sırasında karşılaşılan sorunlar konusunda yapılmış bir alan araştırması mevcuttur. Hilden ve Furman tarafından yapılan araştırma²⁵ ile Şubat 1999 tarihi itibariyle Espoo Sözleşmesi kapsamındaki mevcut sınır-ötesi ÇED çalışmalarının bir envanteri çıkartılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın başlangıcında Espoo sözleşmesine taraf ülkelerdeki²⁶ ilgili kurumlara anket formları gönderilmiştir. Gönderilen anket formlarından onbir tanesi, onbir farklı ülkeden olmak üzere geri dönmüştür. Bunlardan sadece iki tanesi tamamlanmış ÇED çalışmalarına ilişkin olmuştur.

Anket cevaplarının değerlendirilmesinden sınır-ötesi ÇED süreçlerinin çoğunlukla yatırımın gerçekleştirileceği ülke tarafından başlatıldığını göstermektedir. Fakat onbir vakadan iki tanesinde sınır-ötesi ÇED, çevresel etkilere maruz kalacak olan komşu ülkedeki sivil toplum örgütlerinin inisiyatifi ile başlatılmıştır.

Araştırma sonuçları, Sözleşmenin hazırlandığı sırada düşünüldüğünün aksine, çevresel etkilerin “önemli” olup olmadığı konusunun genellikle taraflar arasında ihtilafa yol açmadığını göstermektedir. Onbir vakadan sadece bir tanesinde böyle bir uyuşmazlık ile karşılaşmıştır.

24 Tuna Nehri üzerinde, Bulgaristan'ın Vidin Şehri ile Romanya'nın Kalafat Şehri arasında yapılacak bir köprüünün ve Hırvatistan ile İtalya arasındaki Adriyatik Denizi altından geçecek metan gazı boru hattının inşaatı konularındaki sınır-ötesi ÇED çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. www.unece.org.

25 Aşağıdaki ampirik araştırma sonuçları şu kaynaktan alınarak özetlenmiştir: Mikael Hilden, Eeava Furman: “*Assessment Across Borders Stumbling Blocks and Options in the Practical Implementation of the Espoo Convention*”, Environmental Impact Assessment Review, 2001, 21, ss.537-551

26 Bugün itibariyle 42 ülke.

Yine araştırmanın sonuçlarına göre, sınır-ötesi ÇED ulusal ÇED'den ayrı bir prosedür olarak işletilmemekte, ulusal ÇED prosedürünün içine sınır-ötesi ÇED ile ilgili çalışmaların da katılması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu noktada, çeşitli ülkelerdeki ÇED mevzuatının birbirinden farklı olması uygulamada güçlükler yol açmaktadır. Özellikle çeşitli ülkelerin ÇED uygulamalarında proje sahibi işletmenin ve resmi makamların rolleri birbirlerinden farklı olabilmektedir. Bazı ülkelerin uygulamasında proje sahibi işletme çevresel etki değerlendirilmesi işlemini bizzat üstlenmek suretiyle önemli bir rol oynayabilmekte, bazı ülkelerde ise proje sahibi işletmenin rolü gerekli bilgi ve belgeleri resmi makamlara iletmekten ibaret kalmaktadır. ÇED sürecinde yer alan resmi makamlar da bazı ülkelerde çevre koruma ile ilgilenen genel çevre otoriteleri, bazı ülkelerde ise yatırımın yapılacağı sektörle ilgili uzmanlaşmış devlet kurumları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Araştırmaya göre sınır-ötesi ÇED çalışmalarının çevresel etkilere maruz kalacak olan ülkeye bildirilmesi zamanlama olarak ulusal ÇED çalışmalarının başladığı tarihte olmaktadır.

Sınır-ötesi çevre etkilerinin değerlendirmesi yapılırken ÇED konusu projenin alternatifi olabilecek başka projelerin ve "yatırımın yapılmaması" alternatifinin (non-action alternative) dikkate alınmadığı görülmektedir.

Araştırmada elde edilen sonuçlara göre ÇED sürecine vatandaşların katılımı ülkeden ülkeye farklı anlaşılabilmektedir. Bazı ülkelerde sadece ilgili makamlar ve uzmanlaşmış gruplar sürece katılırken, diğer ülkelerde ise projeden etkilenmesi söz konusu olabilecek herhangi bir kişinin de süreçte yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle bazı sınır-ötesi ÇED çalışmalarında ÇED sürecine katılan taraflar sınırın iki yakasında farklı olabilmektedir. Öyle ki, çevre etkileri ile karşılaşacak olan komşu ülke vatandaşlarına daha geniş bir katılım imkanı verilebildiği de görülmektedir.

Burada komşu ülke vatandaşlarının bilgilendirilmesi konusunda önemli bir pratik güçlük kapsamlı belgelerin ilgili ülkenin diline çevrilmesinde ortaya çıkmaktadır.

Araştırmada toplanan anket formlarından yalnızca iki tanesi tamamlanmış ÇED çalışmalarına ait olmakla birlikte, bu iki vakada nihai karar aşamasında komşu ülke makamları arasında yapılan müzakerelerin verimli sonuç verdiği ve bu müzakerelerde ileri sürülen görüşlerin nihai kararın oluşmasında dikkate alındığı tespit edilebilmiştir.

Bu ampirik veriler, Espoo Sözleşmesinin uygulama sorunları ile karşılaşılsa bile, başarılı sonuçlar vermeye uygun bir araç olduğunu göstermektedir.

SONUÇ

Conelly'ye göre²⁷ Espoo Sözleşmesi yenilik getiricidir; “en düşük ortak payda” da uzlaşma eleştirisinin uzağında formüle edilmiştir ve tarihi süreç içinde tam zamanında oluşturulmuştur. Espoo Sözleşmesi pek çok ülkede çevresel etki değerlendirmesine ilişkin mevzuatın oluşturulmasına içeriği ve getirdiği yükümlülükler bakımından etki etmiştir. Yine Sözleşme, çevresel etki değerlendirmesi konusunda (Arctic Çevre Koruma Stratejisi ve Kuzey Amerika Çevresel Etki Değerlendirmesi Anlaşması gibi) bölgesel ve iki taraflı anlaşmaların geliştirilmesinde model olarak alınmış ve taraflar arasında araştırma ve bilgi değiş tokuşunun sürekliliğini temin ettiği gibi bunun çevrenin korunması için ne kadar önemli olduğunun da farkına varılmasına sebep olmuştur.

Ebbeson'a göre²⁸ Espoo Sözleşmesi uluslararası çevre hukuku alanında başlıca üç yenilik getirmektedir:

İlk olarak Espoo Sözleşmesi sınır-ötesi çevre etkilerinin komşu ülkelere bildirilmesi ve çevre etkilerini yaratan ülke ile çevre etkilerinin ortaya çıktığı komşu ülke arasında müzakereler yapılması konusunda önceden belirlenmiş kural ve usuller koymaktadır. Espoo Sözleşmesine taraf olan devletlerin Sofya'da yapmış oldukları 2001 tarihli toplantıda Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili ayrıntılı bir kılavuz kitap hazırlanmasına karar verilmiş ve bu kitap aynı taraf devletlerin 2003 yılında yaptıkları toplantıda ECE'nin hazırladığı bir milletlerarası belge olarak kabul edilmiştir.²⁹

İkinci olarak ilk defa bu milletlerarası anlaşmada ÇED'e uluslararası hukuk bakımından geçerli belirgin bir tanım verilmektedir.

27 Conelly, op.cit., s.44-46

28 Jonas Ebbeson: “*Innovative Elements and Expected Effectiveness of the 1991 EIA Convention*”, Environmental Impact Assessment Review, 1999, 19, s.49-50.

29 “Guidance on the Practical Application of the Espoo Convention” adlı kitapçığın metni için bkz. www.unece.org

Üçüncü en önemli olarak getirdiği yenilik, Espoo Sözleşmesinin, halkın ÇED'e katılımı konusunda "vatandaş" ile komşu ülke vatandaşı arasında ayırım yapmama ilkesi" ile yetinmemesidir. Bu ilkeye ilave olarak Sözleşmeye taraf olan devletler, gerek kendi vatandaşlarının ve gerekse komşu ülke vatandaşlarının ilgili ÇED sürecine etkili şekilde katılmalarını sağlamak yükümlülüğü altına girmektedirler. Başka bir deyişle Espoo Sözleşmesine taraf olan devletler çevre etkileriyle karşılaşacak olan vatandaşlara ÇED sürecine etkili olarak katılmak olanağını vermek konusunda aktif çaba harcamak bakımından "uluslararası hukuk yükümlülüğü" altına girmektedirler.

Espoo Sözleşmesi tarafından getirilen vatandaşların çevre alanındaki karar alma sürecine etkin katılımı konusundaki bu uluslararası hukuk yükümlülüğü, yine ECE kapsamında müzakere edilerek imzalanmış ve 1998 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, İdari Kararlara Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Hakkında Sözleşme "Aarhus Sözleşmesi" tarafından daha da geliştirilmiştir.³⁰

Birnie ve Boyle'ye göre³¹ ise Espoo Sözleşmesi diğer milletlerarası anlaşmalarda yer alan hükümlerin çoğunun aksine bir çevresel etki değerlendirmesinin içermesi gereken bilgilerin neler olması gerektiğini açıkça belirlemektedir. Sözleşmeye göre bu bilgiler, faaliyeti tanımlayacak ve o faaliyetin olası etkisini ortaya koyacak, faaliyetin olumsuz etkilerini azaltıcı tedbirleri ve uygulamadaki alternatiflerini içerecek, mevcut bilgi içerisindeki herhangi bir belirsizliği de bildirecek şekilde tasnif edilecektir.

Espoo Sözleşmesi ÇED konusu projeden etkilenecek olan devlete daha çok "usuli" denilebilecek, ÇED sürecine katılma ile ilgili haklar vermektedir. Buna göre projeden etkilenecek olan devlet, proje hakkında gerekli bilgileri talep edebilecek, görüşlerini açıklayabilecek, hatta, Sözleşmenin taraflara verdiği bir imkan kullanılacak olursa, değerlendirme ve uygulamanın denetimi sürecine katılabilecektir. Ne var ki, projeden etkilenen devle-

30 Aarhus Sözleşmesi hakkında bkz. Sevim Budak: "Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters and the Latest Developments in the European Union", 3 rd International Conference Ecological Protection on the Planet Earth 10-11 June 2005, İstanbul, s.45

31 Birnie, Boyle, op.cit., s.134-135

tin projenin gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi konusundaki nihai kararın alınması aşamasında bir rolü ve etkisi yoktur. Projeden etkilenen devletin hak ve yetkilerinin sınırı kendi çevresel etkilerin azaltılması yahut ortadan kaldırılması için yapacağı önerilerin dinlenmesi yani kendisine “danışılması” ile sınırlıdır. Başka bir deyişle projeyi gerçekleştirecek olan devlet, projeden etkilenecek komşu devletin görüşlerini dikkate almak mecburiyetinde olmasına rağmen, etkilenen devletin “veto yetkisi” mertebesinde bir hak veya yetkisi bulunmamaktadır. Hatta ÇED’in olumsuz bir sonuç vermesi halinde bile proje sahibi devletin projeyi yapmaktan kaçınmak yahut vazgeçmek gibi bir milletlerarası hukuk yükümlülüğü bulunmamaktadır³².

Espoo Sözleşmesinin yetersiz kaldığı önemli bir nokta da şudur: Sözleşmede öngörülen ÇED sanayie, enerjiye, taşımacılığa ve benzeri faaliyetlere ilişkin “projelerin” değerlendirilmesini kapsamına almaktadır. Buna karşılık devletlerin yatırımlarıyla ilgili makro ölçekteki plan ve politikaların benzer bir çevresel etki değerlendirmesine tabi tutulması halinde Sözleşmenin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, örneğin belirli bir otoyolun inşa edilmesi konusundaki ÇED Sözleşme kapsamına girerken, bir devletin genel ulaştırma politikası hakkında yapılacak bir değerlendirme Espoo Sözleşmesi kapsamı dışında kalacaktır. Gerçi Sözleşmenin 2’inci maddesinin 7’inci fıkrası Sözleşmeye taraf devletlerin ÇED’i “politikalar, planlar ve programlara” da uygulamaya çaba göstereceğini öngörmekte, fakat bunu bir yükümlülük haline getirmemektedir. Bugün itibarıyla, politikalar ve programlar seviyesinde yapılacak kapsamlı “Stratejik Çevresel Etki Değerlendirmesi” milletlerarası alanda yaygın bir uygulama da bulunmamaktadır³³. Bu da önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Espoo Sözleşmesi Türkiye tarafından henüz imzalanmamıştır. Burada Türkiye’nin Ulusal Programında³⁴ ortaya koyduğu gerekçe, ilgili Sözleşmenin Avrupa Birliği’ne tam üyelikle birlikte değerlendirmeye alınacağı şeklindedir. Bundan anlaşılmaktadır ki Türkiye ilgili Sözleşmeyi Avrupa Birliği’ne uyum sürecinin bir gereği olarak algılamaktadır. Oysa uluslararası

32 İbid.

33 İbid.

34 Bkz. Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, DPT yay., Ankara, 2001. Bu programın revize hali için bkz. <http://www.abgs.gov.tr/up2003/up-files/doc/IV-22doc>. 30.01.2006

çevre hukukunun çok sayıda ülke tarafından kabul gören temel kaynaklarından biri haline gelmiş olan bu Sözleşmeye katılıp katılmamak konusunda karar verilirken Sözleşmenin olumlu ve olumsuz yönlerinin Avrupa Birliği müzakere süreci perspektifinden ayrı tutularak, ulusal menfaatler çerçevesinde değerlendirilmesi de gerekir. Birnie ve Boyle'nin de vurguladığı gibi³⁵ ilgili Sözleşme, faaliyetten etkilenecek olan devlete ne önerilen faaliyeti "veto etme", ne de sınır-ötesi çevresel etkileri önemli olan bir faaliyeti durdurma yetkisi vermektedir. Buna karşılık en büyüğü *Çernobil Nükleer Reaktör Kazası* olmak üzere sınır-ötesi "önemli" çevresel etkilere zaman zaman maruz kalan Türkiye'nin, bu önleyici çevre politikası yöntemini kabul etmesi halinde, komşularından kaynaklanabilecek olası çevresel etkilerden en azından önceden haberdar olması, ÇED sürecine katılması, önlem aldirtmaya çalışması ve Türk vatandaşlarını da bu sürece katması mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

Ataklı, Şermin: "*Türkiye Uygulamasında Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED)*", Çevre Sorunlarına Çağdaş Yaklaşımlar, Ed. M.Marin.,U.Yıldırım, Beta yay., İstanbul 2004

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, DPT yay., Ankara, 2001

Barth, Hans Günter: "*Çevre Politikası ve Ekolojiye Yönelik Planlama Enstrümanı Olarak Çevresel Etki Değerlendirme*", Çevresel Etki Değerlendirmesi Uygulamadan Örnekler, Ed. Orhan Uslu, T.Ç.S.V. yayını, Ankara, 1991

Birnie, Patricia; Alan Boyle: *International Law and the Environment*, Oxford Uni.Press., New York, 2002

Budak, Sevim: "*Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters and the Latest Developments in the European Union*", 3 rd International Conference Ecological Protection on the Planet Earth 10-11 June 2005, İstanbul

Conelly, Robert: "*The UN Convention on EIA in a Transboundary Context:A Historical Perspective*", Environmental Impact Assessment Review, 1999, 19

de Boer, Jan Jaap: "*Bilateral Agreements for the Application of the UN-ECE Convention on EIA in a Transboundary Context*", Environmental Impact Assessment Review,1999

35 Birnie, Boyle, op.cit., s.135

Ebbeson, Jonas: *“Innovative Elements and Expected Effectiveness of the 1991 EIA Convention”*, Environmental Impact Assessment Review, 1999, 19

Guruswamy, Lakshman D., Sir Geoffrey W.R.Palmer, vd.: *International Environmental Law and World Order*, Second Ed., American Casebook Series, West Group, St.Paul, Minn., 1999

Gündüz, Aslan: *Milletlerarası Hukuk – Temel Belgeler – Örnek Kararlar*, 5. Bası, İstanbul 2003

Hilden, Mikael; Eeava Furman: *“Assessment Across Borders Stumbling Blocks and Options in the Practical Implementation of the Espoo Convention”*, Environmental Impact Assessment Review, 21,(2001)

Mengi , Ayşegül; Nesrin Algan: *Küreselleşme ve Yerelleşme Çağında Bölgesel Sürdürülebilir Gelişme, AB ve Türkiye Örneği*, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2003, ss.56-72;

Ortak Geleceğimiz, T.Ç.S.V.yay., Ankara, 1989

Sönmez, Necmi: *“Ortak Geleceğimiz Stockholm 1972-Rio 1992 ve Sonrası”* Yeni Türkiye Dergisi Çevre Özel Sayısı , 1 (5), ss.194-209

Şengül, Mihriban: *Türkiye’de ÇED ve Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği İçerik Çözümü*, Detay yay., Ankara, 2002

Tesli, Arne; Stig Roar Husby: *“EIA in a Transboundary Context: Principles and Challenges for a Coordinated Nordic Application of the Espoo Convention”*, Environmental Impact Assessment Review 1999, 19

Türkiye Açısından Johannesburg Zirvesi’nin Getirdikleri -Tartışma Toplantısı-, 18 Aralık 2003, Türkiye Çevre Vakfı Yay., Ankara, 2004

United Nations, *Treaty Series*, vol.1989

Uslu, Orhan: *“ÇED Kavramına Genel Bakış”*, ÇED Eğitimi, T.Ç.S.V.yayını, Ankara, 1994

Yaşamış, Firuz Demir: *Çevresel Etki Değerlendirmesi*, ÇEKÜL Yayınları, İstanbul, 2003

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.unece.org/env/eia/eia.html>, 28.01.2006

<http://www.abgs.gov.tr/up2003/up-files/doc/IV-22doc>. 30.01.2006

<http://www.unece.org/env/eia/convratif.html> 28.01.2006

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=100&ArticleID=1658>, 3.02.2006.

VERGİ ZİYAI CEZASININ İPTALİNİN SONUÇLARI

Doç. Dr. Hakan Üzeltürk

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İnsan zekâsı üç çeşittir: Kendiliğinden anlayanlar; kendilerine açıklanan şeyleri anlayanlar; nihayet ne kendiliklerinden, ne de başkalarının aracılığıyla anlayanlar.

Machiavelli, Hükümdar

Anayasa Mahkemesi, 20 Ekim 2005 tarihinde 25972 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6.1.2005 tarih, E.2001/3 ve K.2005/4 sayılı iptal kararı ile Vergi Usul Kanunu’nun 344. maddesinde yer alan vergi ziyai cezasının hesaplanmasını düzenleyen ikinci fıkrasını iptal ederek, hükümete yeni düzenleme için 20 Nisan 2006 tarihine kadar altı ay zaman tanımıştır.

Söz konusu kararlar ilgili temel noktalar şu şekildedir:

1. Davacının adına re’sen tarh edilen 2000 Nisan dönemi katma değer vergisi ile vergi ziyai cezasının kaldırılması talebiyle açtığı davada vergi ziyai cezası ile ilgili düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına varan Ordu Vergi Mahkemesi, iptal için Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

2. Davacı Hilmi Akgüre, adına re'sen tarhedilen 2000 Nisan dönemi katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması talebiyle Giresun Vergi Dairesi Müdürlüğü'ne karşı açılan davada, uygulanacak olan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Kanununun 11. maddesi ile değişen 344. maddesinin 2. fıkrasının "bu ceza ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112. maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur." hükmünün, Anayasa'nın 2., 7., 10., 11., 38. ve 73. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle Anayasanın 152. maddesi kapsamında Mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurusunu talep etmektedir.

3. Ordu Vergi Mahkemesi, yaptığı inceleme sonucunda dava konusu uyuşmazlığa uygulanacak olan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değişen 344. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "...bu ceza ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112. maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur" hükmünün, aşağıda belirtilen gerekçelerle 07.11.1982 tarih ve 2709 Kanun nolu Anayasa'nın "II. Cumhuriyetin nitelikleri" başlıklı ikinci maddesinin "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" hükmüne, "VII. Yasama yetkisi" başlıklı 7. maddesinin, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." hükmüne, "X. Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinin "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin Kanun önünde eşittir" hükmüne, "XI. Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11. maddesinin, "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" hükmüne, "C. Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin "... kimseye suçu işlediği zaman Kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."

hükmüne, “VI. Vergi ödevi” başlıklı 73. maddesinin vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.” hükmüne aykırı olduğu kanaatine varmıştır.

4. Mahkeme ilk gerekçesinde vergi ziyayına bağlı olarak kesilen kusur, ağır kusur ve kaçakçılık cezaları yerine getirilen vergi ziyayı cezasının miktarının hesabında dikkate alınan ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112. maddesinde düzenlenen gecikme faizi oranının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51. maddesi uyarınca yürütme organı olan Bakanlar Kurulu tarafından belirlendiğini belirtmektedir. Mahkeme, vergi ziyayı suçunu işleyenler için kesilen ve verginin bir unsuru olan vergi ziyayı cezası miktarının yasama organı yerine yürütme organı olan Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen gecikme faizi oranı esas alınarak belirlenmesi sebebiyle kuralı düzenleyen yasa maddesinin Anayasa'nın 7. ve 73. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme bu konuda aşağıdaki kararları da örnek olarak göstermektedir.

***Anayasa Mahkemesinin 29.11.1977 gün ve Esas No : 1977/109, Karar No : 1977/131 sayılı kararında; “Anayasa'nın 61. maddesinin (1961 Anayasası) son fıkrasına göre (f.2) vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler ancak kanunla konulur. Anayasa koyucunun her çeşit mali yükümlerin kanunla koyulmasını buyururken, keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması ereğini götüğünden kuşku yoktur. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek ya da tüzükle belli ettirerek bir mali yükümlerin ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla koyulmuş sayılabilmesi için yeter neden olamaz. Mali yükümlerin yükümlüleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yükümlerin bu yönleri dolayısıyla, kanunla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi olasıdır. Bu bakımdan yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek kesinlikle Kanunla düzenlenmelidir.” İfade edildiği üzere verginin yasallığı ilkesi vurgulanmıştır. (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi S. 15, s. 568-574)

***Verginin yasallığı ilkesi Anayasa Mahkemesinin 07.11.1989 gün ve E. No: 1989/6, K. No : 1989/42 sayılı bir başka kararında da; “ ... vergi kurumunun hukuksal temel koşulu olup oranının, salınma biçiminin, alınma zamanının yönetim ve yükümlüler bakımından belirlenliğine dayanır. Yükümlülere güven veren bu ilke, vergi yönetiminde de kararlılık sağlamakta, herkesi eşit biçimde kapsamına alan bir yurttaşlık görevinin göstergesini oluşturmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir. (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi S. 25 s. 405)

***Devletin vergilendirme yetkisini, halk tarafından seçilen yasama organı aracılığıyla kullanması ile, kişilerin hak ve özgürlükleri alanına yapılan müdahale, Anayasal hukuk düzeni içinde gerçekleşir ve keyfilik önlenir. İdare, kişilere bir vergi veya mali yükümlülük yüklemeye, kanunun izin verdiği durumlarda ve öngördüğü koşullar ve ölçü içinde yetkilidir. Vergilerin kanuniliği ilkesi, yasama organının yürütme organına karşı üstünlüğünü sağlayan etken bir araçtır. (Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul, 1982, S. 100).

5. Mahkeme, ikinci gerekçe olarak aynı vergilendirme döneminde vergi ziyai suçu işleyen mükelleflerin ödeyeceği vergi ziyai cezasının miktarlarının farklı olabileceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, yıllardan beri enflasyonist ortamda ekonomik faaliyetlerin yürütüldüğü Türkiye’de ekonomik hareketlenmelerle birlikte değişen kredi mevduat reeskont faizi v.b. oranları ile birlikte ekonomik dengelerin sağlanması ve kamu gelirlerinde enflasyon nedeni ile meydana gelen azalmaları önlemek amacıyla Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen gecikme faizi oranları da ekonomik konjonktür gereği vergilendirme dönemleri ve tahsil dönemleri itibariyle değişebilmektedir. Bu durumda, aynı vergilendirme döneminde vergi ziyai suçu işleyen mükelleflerin idarenin farklı zamanlarda yapacağı vergi incelemeleri sonucu bulunan matrah farkları üzerinden yapılan ikmalen ve re’sen tarhiyatlara Bakanlar Kurulu tarafından enflasyon oranlarına göre değiştirilen gecikme faizleri uygulanarak bulunan vergi ziyai cezası miktarlarından, gecikme faizinin yüksek olduğu dönemde adına vergi-ceza ihbarnamesi düzenlenen kişinin ödeyeceği vergi ziyai cezası miktarı diğer mükelleflere nazaran gecikme faizi oranlarına göre daha yüksek miktarlarda olabilecektir.

Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin 07.06.1999 gün ve E:1999/10, K:1999/22 sayılı kararına atıf yapmaktadır. Bu kararda, “Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz” şeklinde “Yasa önünde eşitlik ilkesi” tanımlanmıştır. (12.10.2000 gün ve 24198 sayılı Resmi Gazete).

Bu karar çerçevesinde, Mahkeme, aynı hukuksal durumda olan kişilerin, aynı tarihte vergi ziyayına sebebiyet vermeleri durumunda, vergi inceleme dönemlerinin farklı olması nedeniyle değişik gecikme faizi oranları uygulanarak bulunan farklı vergi ziyay cezalarını ödemek zorunda bırakılmalarını, Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen “Kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırı bulmuştur.

6. Mahkemeye göre, vergi ziyay suçunun işlendiği tarihe göre ödeme tarihinde daha fazla vergi ziyay cezası ödenmesi gerekmektedir. “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı Anayasa’nın 38. maddesinin 1. fıkrasında, “.., kimseye suçu işlediği zaman Kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” hükmü yer almaktadır. Vergi ziyay cezasının enflasyona karşı vergi ziyay suçunu işleyen kişilerde caydırıcılığını koruyabilmesi için vergi ziyay cezasının belirlenmesinde esas alınan gecikme faizi 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre geçen süreler için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununa göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizinin uygulanacağı yasa gereğidir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 51. maddesinin son fıkrasında da; “Bakanlar Kurulu, gecikme zammı nispetlerini aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı % 10’una kadar indirmeye, bir katına kadar attırmaya ve gecikme zammı asgari miktarını üç katına kadar attırmaya yetkilidir.” hükmü yer almaktadır.

Mahkeme aşağıda yer alan kararları da örnek olarak vermektedir:

***Anayasa Mahkemesinin 15.08.1995 gün ve Esas No:1995/21, Karar No:1995/36 sayılı kararına karşı kullanılan karşı oy yazısında, "... Cezanın amacı, suçları önlemektir. Cezanın önleyici etkisini sağlayabilmesi, kişilerin suç işlerse ne gibi ceza yaptırımını ile karşılanabileceğini önceden bilmeleri ile olanaklıdır. Bu ise, suç ve cezanın yasada açıkça belirlenmesini zorunlu kılar. Suç ve cezanın yasallığı ilkesi, kişi özgürlüklerinin güvencesidir. Özgürlükler ancak zorunlu durumlarda sınırlandırılabilir. Bu zorunlu durumlar ile özgürlüklerin sınırlandırma süresini ve biçimini takdir yetkisi ise yalnızca yasa koyucuya aittir. Suç sayılan eylemlere uygulanacak yaptırımlar türleri ve ölçüleri yasa koyucu tarafından kurala bağlanmalıdır. Öngörülen ceza, yasa tarafından belirlenmelidir. ..." şeklinde karşıoy gerekçesi açıklanmıştır. (18.08.1996 tarih ve 22731 sayılı Resmi Gazete) Karşı oy yazısı; Ahmet N. Sezer (Üye).

***Anayasa Mahkemesinin 15.08.1995 gün ve Esas No:1995/21, Karar No:1995/36 sayılı kararına karşı kullanılan karşı oy yazısında da; "... incelenen fıkra, para cezası tutarının hesabına ilişkin bir kural olduğundan, daha açık bir anlatımla, para cezasından söz ettiğinden, sorun doğrudan bir cezanın belirlenmesidir. Böyle bir yaptırım ancak yasa ile konulabilir. Bir yasanın, herhangi bir yöntemi getirmesi, önermesi, bir başka yöneme yollama yapması cezanın-yaptırımın doğrudan yasa ile getirilmesi zorunluluğuna uyulduğunu göstermez. Anayasa'nın yasa ile düzenlenmesini öngördüğü konuların, yasa adı altında gerçekleştirilmesi bir biçim değil, öz sorundur. Yasa, konuyu kendisi düzenleyip çözmeli, kendisi öngörüp çözmelidir ..." şeklinde karşıoy gerekçesi açıklanmıştır. 18.08.1996 tarih ve 22731 sayılı Resmi Gazete) karşıoy yazısı Yekta Güngör Özden (Başkan), Yalçın Acargün (Üye) ve Ali Hüner (Üye)

Bu durumda Mahkemeye göre Bakanlar Kurulu'nca belirlenen gecikme faizi oranına göre hesaplanan vergi ziyai cezası miktarının yürütme organınca saptanması Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezanın yasallığı ilkesine aykırıdır.

Mahkeme bir başka örnek olarak Anayasa Mahkemesinin 06.07.1995 gün ve Esas No:1994/80, Karar No:1995/27 sayılı kararını vermiştir. Bu ka-

rarda hukuk devleti; “... tüm işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde Yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilincinden ayrılmayan devlet ...” olarak tanımlanmıştır. (02.02.1996 tarih ve 22542 sayılı Resmi Gazete).

Mahkemece, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan ve Yüksek Mahkemenin başka bir kararında da “her türlü eylem ve işlemlerinde Anayasa, yasa ve hukukun temel ilkeleri ile kendini bağlı sayan Devlettir.” şeklinde tanımlanan, “hukuk devleti” ilkesine de aykırı olan yasa düzenlemesinin Anayasa’nın 2., 7., 10., 38., 73. maddelerine aykırı olduğu kanaati hasıl olduğundan, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı kuralının düzenlendiği, Anayasa’nın 11. maddesine de aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Mahkeme, bütün bu açıklanan nedenlerle, Anayasa’nın 152. ve bir dava bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Kanunun 11. maddesiyle değişen 344. maddesinin 2. fıkrasının, “bu ceza ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen, normal vade, tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin, düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112. maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur.” hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve dosyadaki belgeler örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 12.12.2000 tarihinde karar vermiştir.

7. Anayasa Mahkemesi, 15.1.2001 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar vermiştir. Bu karardan sonra yaptığı incelemede, Anayasa’nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her

alandaki adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlet olduğunu, bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucunun, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğunu tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez", üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" dendiğinden ve itiraz konusu kuralda düzenlenen vergi ziyai cezası, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük karakteri taşımayan, ancak vergi ziyai suçu işleyenlere öngörülen bir yaptırım olduğundan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan oranların yasayla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Bu durumda, kuralda ziyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması, Anayasa'nın, 38. maddesinde sözü edilen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağına ve 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekeceği fakat iptal edilen kuralın Anayasa'nın 7., 10., 11. ve 73. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

8. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denmesi, 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinde bu kura-

lin tekrarlanmış olması ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtildiğinden, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Yasa ile değiştirilen 344. maddesinin ikinci fıkrasının "... bu ceza ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112 nci maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur" bölümünün, iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk Anayasa Mahkemesi tarafından kamu yararını ihlâl edici nitelikte görülmüş ve gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunarak, 6.1.2005 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

Yukarıda temel hükümleri belirtilen kararla, 22.7.1998 tarih ve 4369 sayılı Kanunla 1.1.1999 tarihi itibariyle kaçakçılık, ağır kusur ve kusur suç ve cezalarının kaldırılarak yerine vergi ziyai suç ve cezasının ihdas edilmesi sonucunda vergi kanunlarımızda yer alan vergi ziyainın hesaplanma şeklinin Anayasa'ya aykırı olduğu oldukça gecikmiş bir şekilde Anayasa Mahkemesi tarafından da tespit edilmiştir. Vergi ziyai suçunun cezasının hesaplanma şeklinin Anayasa'ya aykırı olduğu 4369 sayılı Kanun'un çıkarılması öncesinde ve sonrasında çeşitli vesilelerle açıklanmasına rağmen maalesef madde bu haliyle yıllardır yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

Bu konuda 4369 sayılı Kanun henüz yürürlüğe girmeden hemen önce 1998 senesinde İstanbul'da dönemin Gelirler Genel Müdürü başkanlığında yapılan bir değerlendirme toplantısında da ifade edilen Anayasa'ya aykırılık yönündeki eleştiriler vergi ziyai cezasında daha sonra yaşanacak sıkıntıların da bir işareti olmasına rağmen sözkonusu hüküm günümüze kadar varlığını devam ettirmiş olup, bir değişiklik yapılmazsa 20.4.2006 tarihine kadar da varlığını sürdürecektir. 2006 senesinin içinde olduğumuz şu an itibarıyla henüz bir düzenleme yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi kararında 2. ve 38. maddelere aykırılığı inceledikten sonra 10. ve 73. maddeler yönünden ayrıca bir inceleme yapmamıştır. Mahkeme Anayasaya aykırılığın tesbiti sebebiyle bunu gereksiz bulma-

sına rağmen bir hukuk devletinde bu tür bir incelemenin yapılması vergi hukuku teorisi bakımından çok daha faydalı olabilirdi. Zira özellikle İdare'nin ihbarnameleri düzenleyip gönderme tarihindeki keyfiliklerden doğan farklılıklar önemli bir Anayasa'ya aykırılık teşkil etmekteydi. Burada, 7.12.1999 tarih ve 23899 sayılı Resmi Gazete'de 280 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği düzenlemesiyle takdir komisyonu kararının veya inceleme raporunun vergi dairesi kayıtlarına giriş tarihinin esas alınacağı şeklinde bir açıklama yoluna gidilmesi de bu konudaki Anayasa'ya aykırılığı giderememiştir. Bu durumda, sıkıntının farkında olan İdare'nin hiç değilse bu düzenlemenin değiştirilmesi yönünde bir çaba sarfetmesi beklenirdi. Fakat maalesef bu da yapılmamıştır.

Burada üzerinde durulması gereken bir nokta da Anayasa Mahkemesi'nin kendisine yapılan Anayasa'ya aykırılık itirazını yaklaşık dört yıl sonra karara bağlamasıdır. Bu yavaş işleme sebebiyle Anayasa'ya aykırılığı bariz olarak görülen bir madde dört yıl uygulamada kalmaya devam etmiştir. Karar tarihinden sonra Resmi Gazete'de yayınlanma süresi ve Anayasa Mahkemesi'nce verilen altı aylık süre toplanırsa dört yıllık karar süresine on beş ay daha eklenmektedir. Bu tür bir durumu bir hukuk devletinde kabûl etmek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararlarda gecikmesi adaletin de geç gerçekleşmesine sebep olmaktadır. Daha önce Motorlu Taşıtlar Vergisi bakımından benzer sorun yaşanmış, geciken karar mükelleflerin adalet duygularında ciddi izler bırakmıştır. Bu durum mükellefin gözünde Anayasa Mahkemesi'ni Anayasa'ya aykırı olan bir hükmü değiştirme çabasında bulunmadan uygulamaya devam eden İdare ile aynı konuma getirmektedir.

Bu ve benzeri sonuçların gerçekleşmemesi için sadece İdare'nin değil Anayasa Mahkemesi'nin de yeni bir yapılanma ile günümüz ihtiyaçlarına cevap verebilecek konuma getirilmesi gerekmektedir. Bu noktada özellikle verilen kararlar arasında önemli bir yer tutan vergi sorunları dikkate alındığında vergi hukuku uzmanı veya uzmanlarının da Anayasa Mahkemesi'nde üye olarak yer alması zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkanı tanınmalı, Mahkeme bu yapıya cevap verebilecek altyapıya kavuşturulmalıdır. Bugün itiraz yolu ile bazı konuların Anayasa Mahkemesi önüne gelebilmesinde ciddi sıkıntılar bulunmaktadır. Halen vergi ile ilgili bir çok açık Anayasa'ya aykırılık teşkil eden ifade iti-

raz yolunun kullanılmasındaki problemler sebebiyle maalesef gündeme gelememektedir.

Vergi ziyayı ile ilgili karara baktığımızda, Anayasa Mahkemesi, 20 Ekim 2005 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan iptal kararı ile hükümete yeni düzenleme için 20 Nisan 2006 tarihine kadar altı ay süre tanımıştır. Bu durumda 20 Nisan 2006 tarihinden sonra vergi ziyayı cezasının miktarını belirleyen madde hükmü artık yürürlükte olmayacağından o tarihten sonra hakkında inceleme yapılan ve 2000-2005 yılları arasında vergi kaçırdığı tespit edilenlere vergi ziyayı cezası kesilemeyecektir. Aynı zamanda kaçakçılık suçunda verilen üç katı para cezası da kesilemeyecektir. Burada özellikle 2005 senesi bakımından sıkıntı sözkonusudur. 2005 senesine ait vergiler bakımından beyan zamanı gelmediği için vergi kaçırma konusunda İdare ciddi problemler yaşayabilir. Özellikle ülkemizdeki vergi yaklaşımı ve vergi kaçakçılığının boyutları düşünülürse Anayasa Mahkemesi’nin kararının zamanlamasındaki problem daha iyi anlaşılabilir.

Anayasa Mahkemesi’nin yeni kanuni düzenleme için altı aylık bir süre vermesi bu sürede iptal edilen madde hükmünün uygulamada devam etmesine sebep olmuştur. Bu durumda İdare’nin uygulamada 20.4.2006 tarihine kadar vergi ziyayı cezasını kesmeye devam edeceği, hem Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı’nca 10.11.2005 tarihinde yayınlanan 22 numaralı Vergi Usul Kanunu Sirküleri ile, hem de 21.Ekim.2005 ve sonrası tarihli vergi ziyayı cezalarıyla ilgili vergi/ceza ihbarnamelerinin mükelleflere ulaşması sebebiyle açık bir şekilde belli olmuştur. Bu durum Gelir İdaresi’nin hukuka aykırı olan ve hukuka aykırılığı bir Yüksek Mahkeme kararıyla da ortaya konmuş olan bir madde hükmüne dayanarak işlem yapması demektir. Her ne kadar halen mevcut bir madde hükmünün varlığı ve kendilerinin buna uymak zorunda oldukları şeklinde bir savunma ileri sürülebilirse de bu durum bir hukuk devletinde kabul edilemez. Özellikle topluma sürekli hukuka ve mükellef haklarına saygılı bir Gelir İdaresi mesajı verildiği bir dönemde yapılan bu tür bir uygulama mükellef odaklı bir gelecekle bağdaştırılmaz.

Gelir İdaresi’nin bu uygulamaya devam edeceğini açıklaması karşısında yargı organlarının da iptal edilmiş bir hükmü uygulamamaları ve buna dayanarak karar vermemeleri gerekir. Zaten Danıştay’ın bu konuda daha önce verdiği çeşitli kararlarda bu durum açık bir şekilde ortaya konmuştur.

Bu konudaki iki adet Danıştay kararı durumu açıkça ifade etmektedir. Bunlardan birincisine göre¹, yürürlük tarihinin ileriye dönük olarak belirlenmesi yasama organına yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve hukuki boşluk yaratmamak olduğundan yargı organları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulamamalıdır. Danıştay bir diğer kararında da², idarelerin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği bilinen bir kanun hükmüne dayanarak iptal kararı verdiği tarihten itibaren işlem tesis etmeye devam etmelerini hukuk devleti ilkesine ve kamu yararına uygun davranma zorunluluğu kuralına aykırı bulmuştur.

Bu açıklamalara rağmen, İdare'nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanun hükmüne dayanarak mükellefleri takip etmesi hem bu tür takiplerin sonuca ulaşması için gereken süreler bakımından, hem de yapılacak masraflar bakımından isabetli değildir. Yargı organlarının bu konudaki kararlarındaki ifadeleri de izlenecek yol konusunda sağduyunun sesini yansıtmaktadır. Dolayısıyla sözkonusu kararlar çerçevesinde yargı organları altı aylık süreyi esas alarak iptal edilen vergi ziyai cezası maddesine dayanarak karar vermemelidirler.

Bu konuda ortaya çıkacak olan ve asıl değerlendirilmesi gereken mesele yapılacak yeni düzenleme sonrasındaki durumla ilgilidir. Yapılacak düzenleme sonrasında, vergi ziyai cezası ile ilgili yeni bir kanun hükmü olacak ve tahminen sadece ziyaa uğratılan verginin katı şeklinde belirlenecek ve faize yer verilmeyecektir. Böyle bir düzenleme sonucunda ortaya çıkacak ihtimallerden bir tanesi mükellef lehine olmayan ve eskisinden daha ağır bir düzenleme getirilerek yeni hukukî ihtilaflara yol açılmasıdır. Böyle bir yolun tercih edilmesinin ortaya çıkaracağı sorunlar sebebiyle ikinci bir ihtimal vergi ziyai cezasının ziyaa uğratılan verginin bir katı olarak hesaplanması ve böylece mükellefin lehine olan bir düzenleme yapılmasıdır. Bu durumda İdare tarafından lehe hükmün uygulanmaya çalışılması suretiyle ceza hükümlerinin geçmişe yürütülmesinin sağlanmasının denenmesi daha makûl görünmektedir. Ancak, bu tür bir düzenleme yapılması halinde dahi hukuka aykırılık giderilememekte, yeni düzenlemenin geçmişe yürütülmesi

1 Danıştay 5. Daire, T. 23.12.1992, E.1992/1219, K.1992/3872, Danıştay Dergisi, Sayı.87(1993), s.272.

2 Danıştay 6. Daire, T. 6.11.1991, E.1991/749, K.1991/2306, Danıştay Dergisi, Sayı.84-85(1992), s.416.

mümkün görünmemektedir³.

Anayasamızın 38. maddesi “...Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez...” ifadesini kullanmıştır. Ayrıca “...Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur...” denmektedir. Anayasa Mahkemesi ise kararında, “...cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan oranların yasayla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur...” demek suretiyle iptal edilen vergi ziyai cezası ile ilgili düzenlemenin yasa ile yapılmış bir düzenleme olarak görülmediğini ifade etmiştir. Burada şekli olarak iptal edilen düzenleme bir kanun maddesi olarak gözükmekte ise de Anayasa Mahkemesi sözkonusu düzenlemedeki kanunilik ilkesindeki eksikliği açık bir şekilde tespit etmiştir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hüküm bir kanun maddesinde yer almasına rağmen hukuka uygun olarak oluşturulmuş gerçek bir kanun hükmü olarak kabul edilmemekte kanunilik unsuruna uygun olmayan bir düzenleme olarak nitelendirilmektedir. Her ne kadar şu anda Anayasa Mahkeme tarafından yeni bir düzenleme yapılabilmesi amacıyla süre verilmiş olması sebebiyle vergi ziyai cezasının iptal edilen kısmı yürürlükte olan bir hüküm olarak yer almaktaysa da hukuka ve kanunilik ilkesine aykırılığı açık olarak tespit edilmiş bir düzenleme sözkonusudur.

Bu durumda yeni düzenlemede vergi ziyai cezası ziyaa uğratılan verginin bir katı olarak kabul edilip lehe olan hüküm yolundan gidilmeye çalışılsa bile eski madde hükmünün kanunilik ilkesine aykırı olması sebebiyle gerçek anlamda bir kanun hükmü olarak kabul edilemeyeceğinden ve bu durumda Anayasa'nın 38. maddesindeki “...kanunda o suç için konulmuş bir ceza...” ifadesi de mevcut olmayacağından, yeni getirilecek düzenleme de “lehe düzenleme” olarak kabul edilemeyecek ve geriye yürürlü olarak uygulanamayacaktır.

Bütün bu açıklamaların sonucunda yapılacak yeni düzenlemenin yeni yıldan önce yürürlüğe girmemesi sebebiyle 2006 yılı için de bu yeni düzenlemenin uygulanma imkanı olmayacaktır. Eğer İdare yeni bir düzenleme ya-

3 Hakan Üzeltürk, “Vergi Ziyai Cezasının İptali: Birkaç Not”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Aralık-2005, s.3292.

pıp bunu hem geçmişe hem de 2006 yılına ait suçlara uygularsa yeni bir anayasaya aykırılık oluşacaktır. Bu yeni düzenlemeyi sonucu ne olursa olsun biz yaparız, iptal edilene kadar da uyguluyoruz şeklinde bir yaklaşımın tercih edilmesi vahim bir hata olacaktır. Bu durumda bir an önce yeni bir düzenleme yapılması ve bundan sonraki adımların hukuk devleti ilkelerine uygun olarak belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla yeni yapılacak düzenleme 2006 senesi içinde olmamız sebebiyle 2007 sene başından itibaren geçerli olacaktır. Hukukî güvenlik ilkesi bunu gerektirir.

Ashında üzücü olan bir hukuk devletinde kanunların Anayasa'ya aykırılığından ziyade bu aykırılığın bilinmesine ve yapılan uyarılara rağmen uygulanmaya devam edilmesi, eleştirilerin göz ardı edilmesidir. Unutulmalıdır ki kaybedilen mükellef güveninin tekrar kazanılmasının maliyeti çok daha fazla olacaktır.

SANIĞIN LEHİNE OLAN KANUNUN UYGULANMASINDA YÜRÜRLÜĞE GİRME ANI SORUNU

Araş. Gör. Onur ÖZCAN

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza Hukuku Araştırma Görevlisi

I. Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesinin Yürürlüğünün Ertelenmesi

Yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu'nun ve Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunu'nun ortaya çıkardığı uygulama sorunlarından biri icra-iflas suçları alanında ortaya çıkmıştır. 1 Haziran 2005'ten önce işlenen bu nitelikteki suçlara disiplin hapsi mi, yoksa para cezası mı uygulanacağı yönünde mahkemelerden çelişkili kararlar verilmiştir. Bu bağlamda incelenecek olan Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı, ceza kanunların yürürlüğe girmesi ve "lehe kanunun" uygulanması bakımından güzel bir örnek olduğu kadar, kanun koyucunun yapmış olduğu hataların, zaman içinde kendisini bağlaması ve bazen kanun koyucunun iradesi dışında sonuçların da hukuk dünyasında ortaya çıkabileceğini göstermesi bakımından önemli bir karardır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi "bu kanundaki genel hükümlerin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını" belirtmektedir. Gerekçeye bakıldığında böyle bir düzenleme yapılmasındaki amacın ceza kanununda belirtilen temel ilkelerle çeliş-

meyen düzenlemeler yapmak suretiyle, hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak olduğu görülmektedir¹. Hukuk devleti ve eşitlik ilkesi gibi² temel hukuki değerler gözönünde bulundurularak yapılan bu düzenlemenin, kendine özgü bir ceza sistemi olan askeri ceza hukuku, basın ceza hukuku, icra-iflas ceza hukuku ve daha birçok özel ceza hukuku alanı bakımından, bu alanlardaki mevcut bazı hukuki yaptırımları etkisizleştireceği anlaşılınca, Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük tarihi, özel ceza kanunlarındaki değişiklik çalışmaları sebep gösterilerek, iki aylık bir ertelemeyle 1 Haziran 2005 olarak değiştirilmiştir. Bir müddet sonra kanun koyucu yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin yol açtığı tepkiler dolayısıyla, 5349 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 1. maddesiyle, ilgili tüm sorunları 31 Aralık 2006'ya kadar ertelemiş ve şu hükmü getirmiştir:

“Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılınca ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır.”

II. “Hafif Hapis Cezası” veya “Hafif Para Cezası” Olarak Öngörülen Yaptırımların Tümünün “İdari Para Cezası”na Çevrilmesi

5349 sayılı Kanun'la bir taraftan yukarıdaki hüküm getirilirken, diğer taraftan aynı kanunun 3. maddesiyle 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 7. maddesinde değişiklikler yapılarak, daha önce özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda öngörülen “hafif hapis cezaları”nı, “hapis cezasına”; “hafif para cezaları”nı, “adli para cezası”na dönüştüren hükmün kaldırılması ve bu kanunlardaki “hafif hapis cezası” veya “hafif para cezası” olarak öngörülen yaptırımların tümünün “idari para cezası” olarak değiştirileceği öngörülmüştür.

Ne var ki, kanun koyucu bir taraftan özel ceza kanunlarındaki yeni Türk Ceza Kanunu'yla uyuşmayan düzenlemeleri belirli bir tarihe kadar korumak isteyip, mevcut sorunları erteleme ve hukuk kamuoyundan gelen tep-

1 Erdener Yurtcan, Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005, sf 35.

2 İbid.

kileri önleme yolunu seçerken, diğer taraftan yeni getirmiş olduğu “hafif hapis” ve “hafif para cezası”nı, “idari para cezası”na dönüştüren sistemle yine bir takım hukuksal sorunlara yol açmıştır. Bu yeni hukuksal sorunlardan en önemlisi icra-iflas ceza hukukunda ortaya çıkmış bulunmaktadır. Çünkü, yapılan değişiklikle İcra İflas Kanunu’ndaki birçok “hafif hapis cezası” yaptırımını içeren düzenlemeler, yeni değişiklikle “idari para cezası” yaptırımına dönüştürülmüştür. Böylece alacaklılar açısından borçlularını ödeme yapmaya zorlamak için kullanılan yaptırımlar artık etkisini yitirmiştir. Oysa değişiklikler yapılmadan önceki dönemde, İcra ve İflas Kanunu’nun 352/a maddesinde şöyle bir düzenleme mevcuttu:

“Bu kanun uyarınca hükmolunan cezalar tecil edilemez, hürriyeti bağlayıcı cezalar 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 4 üncü maddesinde yazılı para cezasına ve tedbirlere çevrilemez, failleri hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 119 uncu maddesi hükmü uygulanmaz.”

Eski kanunla korunmakta olan bu yaptırım sistemi 5349 sayılı Kanun değişikliği ile ortadan kaldırılırken, böyle bir değişikliğin icra-iflas cezalarının caydırıcılığını olumsuz yönde etkileyeceği ve derdest icra-iflas takipleri bakımından alacaklıları zor durumda bırakacağı da farkedilmiştir. Bu sakıncaları bertaraf etmek üzere de, kanun koyucu, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanunu’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’u 31 Mayıs 2005 akşamı kabul edip bu kanunun 1 Haziran 2005’te Resmi Gazete’nin mükerrer sayısında yürürlüğe girmesini sağlamıştır. Böylece kanun koyucu binlerce icra iflas cezası uyuşmazlıklarına “kısmi af”³ getirilmesi tehlikesini önlemeye çalışmıştır.⁴

Bilindiği üzere, kural olarak kanunlar ve diğer işlemler ancak gelecekte gerçekleşecek olaylara uygulanırlar. Ceza mevzuatı da esasta, sadece ileride meydana gelecek olaylar hakkında yürürlükte olur; fakat ceza hukukun-

3 Yurdagül Şimşek’in haber yazısı, Radikal Gazetesi, 2 Haziran 2005.

4 CHP Milletvekili Orhan Eraslan’ın 5358 sayılı Kanun’un zamanında yürürlüğe girememesi tehlikesi karşısında Radikal Gazetesi’nde verdiği demeç şöyledir: “...Orhan Eraslan, yeni TCK’nın uygulanmasına ilişkin yasayla TCK’nın genel hükümleriyle çatışan özel yasaların 31 Aralık 2006’ya kadar geçerli olacağına ilişkin düzenleme yapıldığını anımsatarak, bu nedenle ceza içeren yasalardaki hükümler bu tarihe kadar uygulanır, dosyalara (icra-iflas dosyaları) bir şey olmaz dedi.” Yurdagül Şimşek’in haber yazısı, Radikal Gazetesi, 2 Haziran 2005.

da, istisna olarak failin lehine olan kanun geçmişe etkili olur⁵. Bunun nedeni ise, bir eylem suç olmaktan çıkarılmış veya suçun cezası hafifletilmişse, artık toplumun bu eylemi cezalandırmada veya ağır bir ceza ile cezalandırmada yararı kalmamış olmasındandır⁶. Bu durumda suç failinin lehinde olan kanun hem geçmiş ve hem gelecek bakımından yürürlüğe girerken, suç failinin aleyhinde olan kanun sadece gelecek bakımından yürürlüğe girer.⁷ Cezayı kaldıran veya hafifleten kanun, henüz yargılanmamış suçlar için olduğu kadar, kesin hükme bağlanmış mahkumiyetler, yargılanmış ve hatta cezası çekilmekte olan suçlar hakkında da uygulanır⁸.

III. Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanuna Göre Lehe Olan Kanunun Bulunması

Lehe olan kanunun bulunması konusunda farklı düşünceler mevcut olsa da, hakim görüşüne göre mesele her somut olayda ayrı ayrı ele alınarak çözümlenmelidir.⁹ Bu görüşüne göre her iki ceza kanunu somut olaya ayrı ayrı uygulanacak, bu uygulama sonucunda elde edilen nihai cezalardan hangisi failin daha lehine ise faile o ceza kanunu tatbik edilecektir.¹⁰ Lehe olan kanunun bulunması konusundaki bu görüşün, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'da da aynı şekilde kabul edildiği sözkonusu kanunun 9. maddesinin 3. fıkrasındaki şu ifadelerden anlaşılmaktadır:

“Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.”

5 Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler 1, 3. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, sf 215.

6 Hüseyin Hatemi, İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, sf 11

7 Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 14. bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, sf 164.

8 Hakan Hakeri, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 2 bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, sf 38.

9 Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sf 168.

10 İbid.

İncelemeye konu olan olayda İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesindeki on günden bir aya kadar verilebilecek olan "hafif hapis cezası", "idari para cezası"na dönüştüğünden bu durumun fail açısından lehe bir durum teşkil edeceği açıktır. Yine aynı zamanda eski 337. maddedeki kurtuluş beyyinesinin¹¹ 5358 sayılı kanunla değişen İcra ve İflas Kanunu'nda bulunmaması da 5349 sayılı Kanun ile değişen İcra ve İflas Kanunu'nun lehe olmasını sağlayıcı niteliktedir.

IV. Ümraniye İcra Ceza Mahkemesi'nin 28.06.2005 tarih ve 138/1214 sayılı Kararı

Ümraniye İcra Ceza Mahkemesi'nin 28.06.2005 tarih ve 2005/138 esas, 2005/1214 nolu kararı ile sanığın İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesi gereğince 10 gün disiplin hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Ümraniye C. Başsavcılığı'nın bu karar hakkındaki 02.09.2005 günlü itiraz dilekçesi üzerine Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesi sözkonusu uyuşmazlığı incelemeye başlamıştır.

Ümraniye C. Başsavcılığı, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 7. maddesinde 5349 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değişiklik yapıldığını ve 5349 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin 18.05.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiğini, oysa 5358 sayılı İcra ve İflas Kanunu'ndaki bir çok suçta değişiklik yapan yasanın 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girdiğini ve 5252 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin sanık lehine olduğu ileri sürerek, 1.6.2005 tarihinden önceki eylemden dolayı 10 günlük disiplin hapsi yerine 5252 sayılı yasanın 7. maddesine uygun olarak idari para cezasına hükmedilmesinin gerektiği üzerine ilk derece mahkemesi kararına itiraz etmiştir.

Söz konusu 5349 sayılı kanunun farklı hükümlerinin farklı yürürlük tarihleri vardır. Yasanın şekli anlamda yürürlük tarihi 18.05.2005 tarihidir ve yasanın birçok maddesi bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Fakat yasanın birkaç maddesi de, değişiklik yaptığı 5252 sayılı yasanın 1.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden dolayı o tarihte yürürlüğe girmiştir. Örneğin yasanın " ... diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabında

11 Borçlunun haczi kabil malların alacaklının bildiği veya bilmesi lazım geldiği ispat olunursa borçluya ceza verilmez.

yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır” diyen hükmü yasanın Resmi Gazete’de yayımlandığı gün yürürlüğe girmiş iken; yine aynı yasanın “*Kanunlarda, “hafif hapis” veya “hafif para cezası” olarak öngörülen yaptırımlar, “idari para cezası”na dönüştürülmüştür. İdari para cezası’nın hesaplanmasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 52. maddesi hükümleri uygulanır”* diyen 7. maddesinin birinci cümlesi, Türk Ceza Kanunu’nun 52. maddesine atıfta bulunduğu ve söz konusu tarihte böyle bir kanun yürürlükte olmadığından 5237 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinde ancak yürürlüğe girmiş olacaktır.

Konumuzla ilgili olarak kanun koyucunun 5252 sayılı Kanunun 7. maddesini 5349 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değiştirdiğinde ortaya çıkabilecek bazı sorunları önceden öngörmediği açıktır. İşte kanun koyucu, değiştirdiği 5252 sayılı Yasa’nın 7. maddesi ile icra-iflas suçlarının büyük kısmının “idari para cezası”na dönüşeceğini ve böylece alacaklının alacağını tahsil etmesini sağlamak için getirilmiş olan hükümlerin etkisini kaybedeceğini sonradan görerek, 5358 sayılı Kanunu bir an önce çıkarmak için 31 Mayıs akşamı yoğun bir çalışma içine girmiştir.

Ne var ki, kanun koyucunun çıkardığı bu yasa ancak Resmi Gazete’nin mükerrer sayısında yayımlanabilmiştir. Bu koşullar altında, 5252 sayılı Kanun’un 5349 sayılı Kanun ile değişik 7. maddesi, İcra ve İflas Kanunu’nda değişiklik yapan 5358 sayılı Kanun Resmi Gazete’nin mükerrer sayısında yayımlanincaya kadar yürürlükte kalarak, 1.6.2005 tarihinden önce işlenen suçlar açısından sanık lehine bir durum yaratmıştır.

5358 sayılı Kanun 1 Haziran günü Resmi Gazete’nin mükerrer sayısında yayımlanmamış olup; normal baskısında yayımlanması halinde durumun değişip değişmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Kanaatimce durum, yine değişmezdi; çünkü 5252 sayılı Yasa ve onun bazı maddelerini değiştiren 5349 sayılı Yasa’nın bir kısım maddeleri, daha önce Resmi Gazete’de yayımlanıp 1 Haziran 2006 itibariyle yürürlüğe girecek olan maddelerdir. O gün Resmi Gazete daha kamunun bilgisine sunulup yayımlanmadan önce bu kanunlar yürürlüğe girmişlerdir. Resmi Gazete yayımlanıp kamunun bilgisine sunulunca, yürürlük tarihi olarak da aynı gün seçildiğinden, 5358 sayılı Kanuna muhalif olan diğer maddeler zımnen ilga edilmiştir. Ama aradaki en ufak bir zaman aralığı bile diğer kanunların 5358 sayılı Kanunla çeli-

şen hükümlerinin uygulanması ve daha da önemlisi lehe kanunun uygulanması açısından yeterlidir.

V. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 19.03.1980 tarih ve 1839/2136 karar sayılı Kararı

Kararda Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 19.03.1980 tarih, 1980/1839 esas 1980/2136 karar sayılı ilamına da bir atıfta bulunulmuştur¹². Bu atıf yukarıdaki iddiayı kuvvetlendirmek bakımından önemlidir. Yargıtay, bu kararında Resmi Gazete'nin basılı bir eser olduğunu ve Resmi Gazete'nin basılı eserlerin tabii olduğu rejime tabii olacağını ve basılı eserlerde "yayım tarihinin" herhangi bir şekilde "kamuya sunulması" olduğunu belirtmiştir.

Basılmış eserin yayımlanmış sayılabilmesi için, muhataplara, düşünsel içeriklerinin onlar tarafından öğrenilmesine olanak veren bir "fiziki yakınlık"ta sunulması gerekmektedir.¹³ Bu anlayış içerisinde Resmi Gazete'nin Ankara'da yayımlanmış olması onun ülkenin diğer yerlerinde de yayımlanmış olmasını gerektirmez. Yine içeriğin muhataplar tarafından fiilen

12 Resmi Gazete'nin "Mevkute" niteliği karşısında "yayın ve ilan" açısından aynı koşullara bağlı bulunduğu kuşku yoktur. Gün değişiminin 00:00 saatten başlaması, Resmi Gazete'nin yayımı tarihinin de aynı saatten geçerli sayılması anlamına gelmez. Bu durumda oluş ve 21 Haziran 22 Haziranı bağlayan gece 03:00-04:00 saatlerindeki bir suç nedeniyle 22 Haziran 1979 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 2749 sayılı Yasa bu saatte yürürlüğe girmiş gibi ceza verilemez. (8. CD, 19.03.1980, 1839/2136: YKD VI/8 Ağustos 1980, 1178-1179)

13 İÇEL/Donay'a göre ise, "Yasanın Resmi Gazete'de yayım ve ilanı ile, Türkiye'nin her tarafında yürürlüğe girmesi beraber gerçekleşir. Resmi Gazete'yi olağan basın araçları ile bir tutmamak gerekir. Esasen Resmi Gazete, diğer yayın araçları gibi sokakta satılan ve dağıtılan matbuadan değildir. Resmi Gazete'nin 1990 sonlarından itibaren çok sınırlı olarak kamuya satılmaya başlamış olması, bunun olağan yayın aracı sayılmasına neden olmamaktadır. Resmi Gazete'de yayımlanan kaynakların kamuoyu tarafından bileneceği konusunda bir faraziye vardır. Dolayısıyla, Resmi Gazete'yi okumayanların dahi, orada yayımlanmış yasaları bilmiş oldukları varsayılır. Kaldı ki, Resmi Gazete Resmi basılır basılmaz, derhal tevzi olunur. Bu dahi Resmi Gazete'nin normal yayın organı gibi tüm bayilere verilip onlar aracılığı ile dağıtılmadığını göstermektedir. Elbette ki, bunun için Resmi Gazete'nin matbuadan çıkıp dağıtıma hazır hale gelmesi gerekir." Kayhan İÇEL/ Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, sf 120. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sf 163.

öğrenilmesi yayımın gerçekleşmesi bakımından zorunlu değildir¹⁴.

Esasında bir kanunun Resmi Gazete’de yayımlanması, onun varlığı için gerekli bir şart olmayıp vatandaşlara duyurulması için gereklidir. TBMM tarafından kabul edilmiş bir kanun, hukuken var olmakla birlikte, Resmi Gazete’de yayımlanmadıkça vatandaşlar için bağlayıcı olamaz.¹⁵ Resmi Gazete’nin yayımlandığı gün belirlenirken kamuya sunulma, bir diğer anlamda belirsiz çok sayıda kişiye dağıtılma veya satışa arz gözönünde bulundurulacağından, gün değişimin 00:00 saatten başlaması Resmi Gazete’nin yayım tarihinin de aynı saatten geçerli sayılması anlamına gelmeyecektir. Ama yukarıda da izah ettiğimiz gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un hükümleri saat 00:00’dan itibaren geçerlik kazanmıştır ve Resmi Gazete’nin kamuya sunulma anına kadar da bu kanunların 5358 sayılı Kanun’la çelişen hükümleri yürürlüktedir. Demek ki lehe olan hükümlerin uygulanması ve bu bağlamda Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin kararı hukuka uygundur.

VI. Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Mer’iyet Tarihi Hakkında Kanun ve Yeni Türk Ceza Kanununun 4. Maddesi

1322 sayılı ve 28 Mayıs 1928 tarihli Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Mer’iyet Tarihi Hakkında Kanun’un 12. maddesi hükmü uyarınca yapılması gereken özel ilan şekline uyulmadan 5358 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi yerinde olmamıştır. 1322 sayılı ve 28 Mayıs 1928 tarihli Kanun’un 12. maddesine göre:

“Kanunların ve nizamnamelerin meriyet müddeti kırk beş günden az ve hükümlerinin acele ilanı zaruri bulunduğu takdirde Başvekalet tarafından valilere telgrafla tebliğ edilir. Valiler matbuaların vusulünü beklemeksizin bu kanun ve nizamnameleri teksir ettirerek 8, 9 ve 11 inci maddeler mucibince tevzi ve ilan ederler.”

14 Kayıhan İçel, Kitle Haberleşme Hukuku, Yenilenmiş 5. bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2001, sf 116.

15 Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 5. bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2001, sf 44.

Bu gibi durumlarda da Resmi Gazete’de yayım ve ilan şarttır. Ancak Resmi Gazete’nin o yerlere varmasından önce kanunun yürürlüğe girebilmesi için, 12. madde gereğince ve usulü dairesinde ilan da bunun yerine geçen bir şart olarak kabul edilmiştir¹⁶. Demek ki kural olarak Resmi Gazete’nin yayımlanmış sayılabilmesi için, muhataplara, düşünsel içeriklerinin onlar tarafından öğrenilmesine olanak veren bir “fiziki yakınlık”ta sunulması gerekirken bu imkânın mevcut olmadığı ve aciliyet gerektiren hallerde bir başka usulün tatbik edilmesi bu koşulun yerini alır

Yine bu özel yürürlük kuralı tatbik edilmediği için de Resmi Gazete’nin ulaşamadığı yerlerde 5358 sayılı Yasa yürürlükte olamayacaktır ve kanaatimizce yeni Türk Ceza Kanunu’nun 4. maddesi¹⁷ de bu gibi durumlarda tatbik edilebilecektir. Burada internet ve diğer iletişim araçlarının yaygın ve yoğun olarak kullanıldığı bir dönemde, özellikle de Resmi Gazete’nin internetten de takip edilebildiği bir dönemde, Resmi Gazete’nin aleniyet fonksiyonunun bir önemi kalmadığı savunması yapılabilir. Fakat şunu unutmamak gerekir ki Resmi Gazete’nin okunduğu yolunda bir faraziye anayasal bir hükümle kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olup bu faraziye sonucunda vatandaşlara Resmi Gazeteyi takip etme ödevi yüklenmiştir. Diğer yayım ve yayım araçları için ise böyle bir ödev söz konusu değildir.

VII. Sonuç

Ceza yasaları özellik arz eden yasalar olduğundan ceza hükümlerini taşıyan mevzuatın, yayımlanma ve ilanları ile yürürlüğe giriş tarihleri arasında oldukça geniş bir süre bırakılması uygun olacaktır. Suç yaratan kanunlar, çok kere, kişileri belirli yükümlülükle bağladıkları veya o zamana kadar yürüttükleri bazı faaliyetleri terketmelerini gerektirdikleri için, bunların uygulanmasında bir geçiş dönemi tanımak uygun sayılabilir; aynı suretle idari mercilerin de kanunu uygulama için gerekli hazırlıkları yapabilmek üzere böyle bir zamana ihtiyaçları olur.¹⁸ Suç ve ceza içeren normların fiilin iş-

16 Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sf 161.

17 Yani kişi bu durumda sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilememiş olacak ve meşru sanarak bir suç işleyebilecektir.

18 Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, cilt 1, bası 14, Beta, sf 159

lenmesinden önce bilinmesini temin etmek, böylece kişilere özgür hareket ortamı sağlamak amacını taşıyan suçta ve cezada kanunilik prensibi de bunu gerektirir.

Bu kararı bize ulaşmasını sağlayan Ümraniye 1. Sulh Ceza Hakimi Sayın İbrahim Çalışkan'a teşekkür ederim.

KAYNAKLAR

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenedünya, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler 1, 3. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Dönmezer Sulhi- Erman Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 14. bası, Beta, İstanbul.

Hakeri Hakan: Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 2 bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Hatemi Hüseyin, İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

İçel, Kayıhan/ Donay, Süheyl: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

İçel, Kayıhan: Kitle Haberleşme Hukuku, Yenilenmiş 5. bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2001.

Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 5. bası, 2001.

Yurtcan, Erdener: Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005.

TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA İSTİNAF

Av. Orçun GÜNDÜZ*

İstanbul Barosu

GİRİŞ

İstinaf, kaldırıldığı gündən beri Türkiye'nin gündemini işgal etmekte olan ve çok tartışılan bir konudur. Bu tartışmalar yeni CMK ile tekrardan alevlenmiştir. İstinaf, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK ile hukuk sistemimize dahil edilmiştir.

Eski devirlerden beri var olan istinaf, tarihin ilerleme sürecinde gelişime uğramıştır. Bu gelişim sonucunda, rağbet gören bir kanunyolu olma vasfı kazanmıştır. Halen birçok ülkede uygulanmaktadır. Fakat istinaf çoğu devlette sorun teşkil etmekte, kimi ülkeler mevzuatları üzerinde oynamalar yaparken, bir kısmı da alternatif arayışlar içine girmişlerdir. İstinafın sözkonusu memleketlerde kökleşmiş bir müessese oluşu, tüm bu çabaları daha da zorlaştırmaktadır.

Biz de istinaf ile ilgili genel bilgiler ışığında, 5271 sayılı CMK'nın istinaf ile ilgili hükümlerini incelemeye çalıştık.

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi.

Birinci bölümde, istinaf hakkında genel bilgiler verilerek, istinaf kavramı, konusu, niteliği, türleri ve tarihçesi üzerinde durduk. Bunun yanı sıra, istinaf mahkemesinin kaldırılmasının nedenleri, 1412 sayılı CMUK döneminde istinaf mahiyetindeki uygulamalar ve istinafın leh ve aleyhindeki görüşler gene bu bölümde incelenmiştir.

İkinci ve son bölümde, 5271 sayılı CMK'ya göre istinaf hükümleri teker teker değerlendirilmiştir. Yeri geldiğinde, 2002 tarihli CMUKT ile farklılıklarına ve adil yargılanma hakkına ilişkin değerlendirmeler de yapılmaya çalışılmıştır.

Nihayet, bütün bu açıklamalardan sonra, sonuç bölümünde genel kanaatimizi beyan ederek çalışmamızı sonlandırdık.

I – İstinaf Hakkında Genel Bilgiler

A- İstinaf Kavramı

Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu, 'burun, ön, uç' manalarına gelen 'enf' kökünden türetilen ve bir işe başlamak anlamına gelen 'istinaf' terimini benimsemiştir¹. İstinaf kelimesi, Arapça bir kökten geldiği için, istinafa ve istinaf mahkemelerine öztürkçe bir isim bulunması yolunda çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Örneğin, 1932 Tasarısı 'istinaf' terimini benimsemiş iken, 1952², 1963³, 1977, 1978 ve 1993 tasarıları 'üst mahkeme' terimini kullanmışlardır. Kanaatimizce, temyiz yargılaması yapan Yargıtay'ın da bir üst mahkeme olduğu göz önüne alınırsa, üst mahkeme

1 Necip Bilge, 'Üst Mahkemeler', Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara, 1964, s.63; Ferit Devellioğlu, Osmanlıca – Türk Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1982, s.552.

2 '1952 tasarısı, istinafın Arapça'da bir işe yeniden başlamak anlamına gelmesinden hareketle, üst mahkemelerde işe her zaman yeniden başlamak icap etmeyeceğini belirtmiş ve üst mahkemelerin bir kısım davalarda da çelişilemez kararlar vereceklerini de göz önünde tutarak, 'istinaf' yerine 'üst' terimini benimsemiştir.' (1952 gerekçesi; Nakleden: Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İÜHFY, İstanbul, 1979, s.8.)

3 '1963 tasarısı, üst mahkemeye intikal eden her davanın usulü manada yenilenmesi, muhakemenin tekrarı bahis konusu olmadığından, istinaf yerine üst deyimini kabul etmiştir.' (1963 gerekçesi, Nakleden: Yenisey, İstinaf, s.8.)

tabiri, istinaf yargılaması yapan mahkemeyi değil, herhangi bir üst yetkili mahkemeyi ifade edebileceğinden 'istinaf' teriminin korunmasından yayanız⁴.

5271 sayılı CMK ise 'istinaf' kavramını kullanmayı uygun görmüştür. İstinaf muhakemesinin yapılacağı mahkeme 'istinaf mahkemeleri' kavramı ile değil, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun çerçevesinde oluşturulan 'Bölge Adliye Mahkemeleri' olarak izah olunmuştur.

Esas mahkemesi maddi mesele ve hukuki meseleyi içeren bir hüküm verir. Maddi mesele, fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği sorundur. Hukuki mesele ise sanık tarafından gerçekleştirilmiş olan eyleme hangi cezanın verilmesi gerektiği, fiilin suç teşkil etmediği sorunu ve nasıl muhakeme yapılacağı sorundur. İşte bu iki meselenin kanunyolu mahkemesi tarafından incelenmesi kabul edilmiş ise, bu kanun yoluna '*İstinaf*' denir⁵. İstinaf, ayrıca kanunyolu muhakemesini yapan mahkemeye verilen isim olarak da kullanılmaktadır⁶.

16.12.1996 tarihli Birleşmiş Milletler New York Sözleşmesinde de, istinaf yolunun evrensel tanımı yapılmıştır. Buna göre istinaf, olayın doğru olup olmadığının ikinci kez duruşmalı olarak incelenmesidir⁷.

İstinafta, yeni bir olay yargılaması yapılır ve hata tespit edilirse, ilk derece mahkemesinin kararı ıslah edilir. İstinaf yargılaması yapan mahke-

4 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yenisey, İstinaf, s.9. Karşı yönde görüş için bkz. Bilge, s.63.

5 Kunter, Nurullah – Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü, İkinci Kitap (Öğrenme Kitabı), 12.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.1069. 'İstinaf, ilk mahkemede sona eren ve bir son karara bağlanan davanın, hak sahibinin başvurusu üzerine bütün hukuki ve maddi-fiili yönleri ile yeniden soruşturma ve inceleme konusu yapılmasını sağlayan bir kanun yoludur.' (Turhan Tufan Yüce, Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları (İtiraz – İstinaf – Temyiz), Ötüken Yayınları, Ankara, 1967, s.73.)

6 Köksal Bayraktar, 'İstinaf İle İlgili Tartışmalara Kısa Bir Bakış', in: Nurullah Kunter'e Armağan, 1998, s.34.

7 Sami Selçuk, Üst (İstinaf) Mahkemeleri Tezelden Kurulmalı, in: Ankara Barosu Dergisi, C.:49, S.:1, 1992, s.20.

me, hatayı tespit ettikten sonra esas hakkındaki kararı da verir⁸.

B- İstinafın Konusu ve Niteliği

İstinaf, olağan⁹ ve ikinci derece¹⁰ bir kanunyoludur¹¹. Kesin hükümden önce başvuru olan bir kanunyolu olması sebebiyle olağandır. Kararın hem maddi hem de hukuki bakımdan incelenmesi istinafın ikinci derece olduğu-

- 8 Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanun Yolları, 2.Baskı, İstanbul, 1990, s.179; Kunter – Yenisey, s.1069.
- 9 ‘Olağan kanun yolları, kural olarak işlemde zarar gören, işlemin kendi aleyhine sonuç doğurduğuna inanan tüm tarafların başvurabilecekleri kanun yoludur.’ (Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.417.) ‘Olağan kanunyolu, uyuşmazlığın maddi ve hukuki kısımlarının birlikte nazara alınıp alınmaması bakımından, ‘asıl derece kanunyolu’ ve ‘hukuki derece kanunyolu’ diye ikiye ayrılır. Hukuki derece kanunyoluna kısaca, temyiz yolu da denilir. Temyiz yolu, sadece hukuki meseleye ilişkin aykırılık uyuşmazlıklarını halletmek üzere kabul edilmiştir. Buna karşılık asıl derece kanun yolları muhakemesi ise, hem maddi hem hukuki meseleye ilişkin aykırılık uyuşmazlıklarını çözecektir.’ (Kunter – Yenisey, s.1031.)
- 10 ‘İkinci derece denilegelen asıl derece kanun yolları da, hatalı olduğu iddia edilen kararın ara kararı veya son karar olmasına göre itiraz ve istinaf olmak üzere iki çeşittir.’ (Kunter – Yenisey, s.1031.)
- 11 ‘Kanun yolları, yargılama makamları tarafından verilen ve hukuka aykırı veya yanlış olduğu ileri sürülen kararların, kural olarak, başka bir makam tarafından tekrar incelenmesini sağlayan yasayollarıdır. Kanun yolları, aleyhine kanun yoluna başvuru olan kararların denetlenmelerine ve gerekiyorsa düzeltilip değiştirilmelerine olanak tanır.’ (Nur Centel – Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.577.) Yurtcan, yasal çare ve yasayollarını farklı kavramlar olarak kabul etmiştir. Müelife göre, ‘Yasal çare kavramı, bir karara karşı bunun denetlenmesi ve bunun değiştirilmesi ve düzeltilmesi istemidir. Bu alanda yasal çare kavramı bir üst kavramdır. Yasayollarında da aynı amaç vardır, fakat yasayolları kavramı, yasal çare kavramının içindedir.’ Yazar, eski duruma getirmeyi, yasal çarelerin çeşidi olarak değerlendirmektedir. (Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 11.Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.449.) Keskin, yasayollarını, itiraz, istinaf ve temyiz olarak kabul etmekte, bunun dışında kalan yargılamanın yenilenmesi, Başsavcının itirazı, yazılı emir, karar düzeltme, eski hale getirme, ceza kararnamesine karşı koyma, AİHS’ne göre bireysel başvuruları yasal çare olarak kabul etmektedir. (Serap Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul, 1997, s.9) Belirtmekte fayda vardır ki, kanun yolları, olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılır.

nu ve gösterir. İstinafla itiraz arasında bu bakımdan bir yakınlık olmasına rağmen, istinaf son kararlara karşı kabul edilmiş olması sebebiyle itirazdan ayrılır¹². 1412 sayılı CMUK, olağan kanunyolları arasında itirazı yani ara kararlar bakımından istinafı kabul etmiş, istinafı yani son karara itirazı kabul etmemiştir¹³. Yargılamanın birinci derecesi, mahkemelerin son kararıyla tamamlandıktan sonra istinaf yolu açılabilir. Bu son kararlar deliller ve yasal kurallar bakımından denetlenir. Sonkararlara karşı başvurulmuş bir yol olması nedeniyle, istinafın temyiz ile de benzerliği sözkonusudur. Fakat temyizde yalnız hukuki inceleme yapılırken, istinafta hem maddi hem hukuki inceleme yapılması nedeniyle daha geniş bir denetim sözkonusudur¹⁴. İstinafta kural 'ıslah' iken, temyizde kural 'bozma' dır. Çünkü, temyizde delil ile temas edilerek öğrenme muhakemesi yapılmamasına karşılık, istinafta gerektiğinde delil de incelenerek esas hakkında yeni bir karar verilir¹⁵. Genişletilmiş temyizde¹⁶ ise, olanak olduğu nispette maddi mesele de incelenebilir¹⁷.

C- İstinafın Türleri

İstinafın her türünde maddi mesele aynı oranda tekrar ele alınmaz. Tarihte ilk ortaya çıkan kanunyolu olan istinaf, o zamanlar maddi mesele – hu-

12 'İtiraz adlı asıl derece kanunyolu tanımayan memleketlerde, mesela İtalya'da ve Fransa'da, sonkararda önceki kararlara karşı başvurulmuş asıl derece kanunyoluna da istinaf denilmektedir. Bu da istinafın, itiraz ile aynı nitelikte olduğunu göstermektedir.' (Kunter –Yenisey, s.1070.)

13 Kunter –Yenisey, s.1070.

14 Yurtcan, s.459.

15 Kunter – Yenisey, s.1069.

16 5271 sayılı CMK'ya göre, temyiz nedeni, 'kanuna muhalefettir' (CMK m.288). Kanunun bu düzenlemesine göre, temyizde sadece hukuki inceleme yapılabilir. Maddi mesele kural olarak incelenemez. Hukuktaki bazı gelişmeler neticesinde, 'genişletilmiş temyiz' adı altında temyizcinin bazı hallerde maddi meseleye girebilmesi kabul edilmektedir. (bkz. Feridun Yenisey, 'Temyizin Genişletilmesi Sorunu', İÜHFİM, C.:524, 1986 – 1987, s.117.)

17 Feridun Yenisey, Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler, Atatürk Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983, s.41 vd.

kuki mesele ayrımı yapılmış olmadığından – mesela Roma Hukukunda - davanın tekrar tümüyle ele alınmasını ifade ediyordu. Buna ‘klasik istinaf’ adı verilir¹⁸.

18.yy’dan itibaren maddi ve hukuki mesele ayrımı yapıp, bu gün uyguladığımız ilkelerden olan ‘delillerin doğrudan doğruyalığı¹⁹, ilkesi kabul edilince, klasik istinafin yani ilk muhakemede yapılmış olan her şeyi, tekrar ele alan denetim muhakemesinin uygun olmadığı ileri sürüldü. Delillerin doğrudan doğruyalığı prensibi uygulanmak istendiğinde ilk muhakemede yapılan tespitlerin hiçbirisini geçerli saymamak durumu ortaya çıkıyordu. Bu nedenle, işler bir mekanizma sağlanması için, bütün tespitleri tekrar yapmayan fakat gerekli gördüğü yerde öğrenme muhakemesi yapabilen bir sistem kabul edildi. Buna da ‘*Dar Manada İstinaf*’ adı verilir²⁰.

D-İstinafin Tarihçesi

1- Genel Olarak

Bugün anladığımız anlamda istinaf, mahkemeler hiyerarşisi meydana geldikten sonra ortaya çıkmıştır²¹.

İstinafin nasıl bir gelişim ve seyir gösterdiğini anlayabilmek için, istinafin ortaya çıkışında etkisi olan Eski Yunan ve Roma hukukunu incelemek gerektiğine inanıyoruz. Bunun yanı sıra, istinafin başka ülkelerdeki seyri ve Türkiye’deki gelişimi de bu bölümde incelenecektir.

2- Eski Yunan ve Roma Hukukunda İstinaf

Eski Yunan’da ‘Arhorit’ denilen hakimlerin vermiş oldukları kararlara karşı, ‘Heliastlar Mahkemesi’ denen halk mahkemesine başvurma hakkı

18 Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanunoyolları, 2.Baskı, İstanbul, 1990, s.180.

19 ‘Esas hakkında hüküm verecek olan mahkemenin; yargılayacağı olay, olayın tanıkları, sanık ve tüm deliller ile doğrudan doğruya temasa geçmesi gerekir. Vasıtasızlık ilkesi, mahkemenin olay ile mümkün olduğu oranda doğrudan doğruya bağlantı kurmasını ifade eden, ceza muhakemesinin çok önemli prensiplerinden biridir.’ (Künter – Yenisey, s.31.)

20 Yenisey, Duruşma ve Kanunoyolları, s.180.

21 Yenisey, İstinaf, s.13.

tanınmıştır²². Daha sonraları, 'Heliastlar Mahkemesi' istinaf fonksiyonunu yitirmiş ve sadece ilkmahkeme olarak yargılama yapmıştır. Psistratus zamanında ise Atina şehirleri için gezici bölge hakimleri ihdas olunmuş ve bunların kararlarına karşı istinaf yolu kabul edilmiştir²³.

Roma'da ise, krallık devrinde, kral, ceza verme yetkisine sahipti. Mahkumiyet kararlarına karşı 'Halka başvurma' yolu vardı²⁴. Cumhuriyet devrinde, devlet başkanı 'Magistra' nın verdiği cezalara karşı tanınmış olan 'halka başvurma yolu' bugün anladığımız anlamda bir kanunyolu değildi. İlk karar müzakere olunmaz, halk meclisi kararı ya tasdik veya reddederdi²⁵.

Cumhuriyet döneminin son zamanlarında, 'Lex Culpurnia' kanunu ile ilk defa daimi ceza mahkemesi kurulması sonucu, bu mahkemeler kararlarını halk adına verdiklerinden, bunlara karşı 'halka başvurma' yolu kabul edilmemişti²⁶.

İlk imparatorluk devrinde ise, en yüksek hakim imparatordu. Uyuşmazlığını halletmek isteyen kimse, doğrudan doğruya imparatora başvurabileceği gibi, bir hakimin vermiş olduğu kararı ortadan kaldırtmak için de, istinaf sureti ile gene imparatora başvurabilirdi²⁷.

3- Bazı Ülkelerde İstinafın Tarihçesi ve Günümüzdeki Durumu

a- İngiltere

Eski devrelerde, cürümden dolayı suçlu bulunduktan sonra yeni muhakeme yapılamamasına karşın, kabahatlerden verilen hatalı kararlardan sonra yeni muhakeme mümkündü. Bu gibi hallerde dosyadan anlaşılabilen hukuki hatalarda 'writ of error'²⁸, alma imkanı vardı²⁹.

22 Sabri Maksudi Arsal, Umumi Hukuki Tarihi, 3.Baskı, İstanbul, 1948, s.113.

23 Encyclopaedia of the Social Sciences, Twelfth Printing, New York, 1957, s.132.

24 Ziya Umur, Roma Hukuku, Tarihi Giriş, İstanbul, 1965, s.26.

25 Arsal, s.22.

26 Arsal, s.281.

27 Arsal, s.381.

28 'Writ of error' yolu ile mahalli mahkemelerin kararlarının kral mahkemesi tarafından incelenebilmesi sağlanıyordu. İnceleme sadece dosya üzerinden yapılıyor, dosyada ise deliller ve jürinin kararı bulunmuyor, sadece iddianame, jürinin kuruluşu ve mahkemenin son kararı bulunuyordu.' (Yenisey, İstinaf, s.19)

29 Kunter - Yenisey, s.1073; Yenisey, İstinaf, s.20.

1848'den sonra bir yol daha kabul edildi. Eğer hakim, jürinin sanığı suçlu bulan kararından sonra, halli zor bir hukuki mesele ile karşılaşır, davanın halledilmesini ' Court of crown cases reserved' adlı mahkemeden isteyebilirdi³⁰. Mahkemenin izleyebileceği bir diğer yol da, son kararı bozarak ortadan kaldırmak ve aynı zamanda ya sonkararın ertelenmesini veya dosyaya sanığın mahkum edilmemesi gerektiğinin yazılmasını emretmektir. Bu durumda ise sanık için bir af çıkartılırdı³¹.

1907 yılında kabul edilen 'Criminal Appeal Act' ile, cezada istinaf kabul edilmiş ve Court of Criminal Appeal adlı istinaf mahkemesi kurulmuştur. Court of Criminal Appeal, maddi ve hukuki inceleme yapabilir ve yeni delil göz önünde tutabilir.

İngiltere'deki istinaf mahkemeleri kendine özgü bir yapı taşımaktadır. Bu mahkemeler diğer Avrupa ülkelerindeki hukuki müesseseler ve adli teşkilatlardan en ufak şekilde etkilenmemiştir. Dolayısıyla, farklı bir yapı göstermektedirler. Bunda İngiltere'nin muhafazakar ve gelenekçi bir toplum oluşunun etkisi büyüktür³².

İngiltere'de ilk derece mahkemelerinden sonra derece mahkemesi olarak istinaf mahkemesi gelmektedir. Ayrıca prensip mahkemesi olarak da yüksek mahkeme denilen Yargıtay vardır³³.

İngiltere'deki istinaf mahkemeleri, ilk derece mahkemesi tarafından karara bağlanan dava dosyasının maddi hata bakımından denetimini sağlamakla yükümlüdürler. Davacı, davalı, müşteki ve sanık istinaf yoluna müracaat edebilir. Ancak istinaf mahkemesi kararlarına karşı tarafla-

30 Kunter – Yenisey, s.1073; Yenisey, İstinaf, s.20. 'İlkmahkeme karar vermişse, mahkeme onun verdiği kararı tasdik eder, eğer karar vermemişse, ilkmahkemeye kararını vermesini emrederdi.' (Kunter – Yenisey, s.1073, Yenisey, İstinaf, s.20)

31 Kunter – Yenisey, s.1073; Yenisey, İstinaf, s.20. '1875'de yürürlüğe giren 1873 tarihli Judicature Act, mahkemeleri yeniden organize ederek 'writ of error' uygulamasını kaldırdı ve işe yeniden bakan bir istinaf mahkemesi (Court of Appeal) kurdu. Bu kanunun kurduğu en yüksek mahkeme olan Supreme Court of Judicature' nin iki dairelerinden biri olan Court Of Appeal, 1848'de kurulan Court Of Crown Cases Reserved mahkemesinin yerini aldı. (Kunter – Yenisey, s.1023; Yenisey, İstinaf, s.20 vd.)

32 Abdullah Pulat Gözübüyük, 'Batı Avrupa İstinaf Mahkemeleri ve Türkiyemiz', in: Adalet Dergisi, S.:5, 1955, s.437.

33 Gözübüyük, s.437.

rın Yargıtay'a itiraz hakları yoktur. Sadece istinaf mahkemesi, davanın Yargıtayca incelenmesine karar vererek dava dosyasını Yargıtay'a gönderebilir. Bu durumda Yargıtay, istinaf mahkemesi kararını bozar veya onar³⁴.

İstinaf mahkemesi kararlarına karşı münhasıran Başsavcı, Yargıtay'a başvurma hakkına sahiptir. Yalnız Yargıtay'a başvurabilme sebepleri tahdid olarak gösterilmiştir. Başsavcı ancak bu sebeplere binaen Yargıtay'a başvurabilir³⁵.

Günümüzde İngiltere'de, ceza muhakemesi alanında hiçbir sınırlamaya tabi olmayan ve jürinin verdiği suçluluk kararının tekrar gözden geçirilmesini sağlayan bir istinaf sistemi mevcuttur³⁶.

b- Fransa

İstinaf mahkemelerinin ortaya çıktığı yer olan Fransa'da, istinaf adaletin güvencesi olarak görülmüş ve uzun yıllar boyu Fransız adalet yargı sisteminin değişmez bir parçası olarak hüküm sürmüştür³⁷.

En eski devirlerde, Fransız kralları saraylarında yargılama yaptıkları gibi, gittikleri yerlerde de divan kurarlar ve diğer hakimlerin kararlarını istinafen incelerlerdi. Kral divanından sonraki devirde, 'prevot' denilen hakimlerin işi artınca üzerlerine 'Bailly' adı verilen istinaf hakimleri tayin edildi ve verdikleri kararlara karşı Kral divanına başvurulabileceği kabul edildi³⁸.

34 Gözübüyük, s.437.

35 Gözübüyük, s.437.

36 Kunter – Yenisey, s.1073; Yenisey, İstinaf, s.21; Yenisey, bu sistemi 'en geniş manası ile istinaf olarak değerlendirmektedir. (Kunter – Yenisey, s.1023; Yenisey, İstinaf, s.21) Reaburn ise, hiçbir sınırlamaya tabi olmayan istinaf sisteminin aleyhinde görüş bildirmiş hatta daha ileri de giderek, jürinin ilgasını desteklemiştir. Bkz. W. Norman Reaburn, 'İstinaf Hakkının Tahdidi', Çev.: Şinasi Zihni, in: Adalet Dergisi, S.:2, 1935, s.94-95.

37 Gözübüyük, s.432.

38 Yusuf Ziya, Adalet Teşkilatının Tarihi Tekamülü, Adliye Ceridesi, 1936, s.1402.

13.yy'dan itibaren, krallığın kuvvetlenmesi ile parlamento diğer mahkemelerin üstüne çıkınca, 'Senyör Mahkemelerinin'³⁹, verdikleri kararlar, Parlementoda istinaf yoluyla incelenmeye başlandı.

Çağdaş ceza muhakemesinin 1789 Fransız İhtilali ile temelini atılmasının ardından, 1790 tarihli kanun ile istinaf mahkemeleri kurulmuştur. 1808'de yürürlüğe giren ve 'Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu Muvakkatı'nın mehası olan 'Code d'Instrucyon Criminelle', yargılamanın sözlülüğü, halka açıklığı ve vicdani delil prensiplerini kabul etti. 1808 Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, 1958'de köklü değişiklikler yapıldı. İsmi 'Code de Procedure Penale' oldu. Bu değişikliklerle birlikte, istinafta birlik ilkesi sağlanarak⁴⁰, istinaf mahkemesi (Cour d'Appel) hem 'tribunal correctionnel', hem de 'tribunal de simple police' mahkemelerinin kararlarını incelemeye başladı⁴¹.

Fransa, Napolyon zamanından beri iki dereceli yargılama sistemine sahiptir. Fransa'da istinaf olağan bir kanun yolu olmakla birlikte özel şartlara tabi değildir. Hukuki bir filtre görevi görmez. İstinaf yoluna başvurmak için beyan yeterlidir⁴².

Fransa'da, para olarak değeri az olan ihtilaflarda İstinaf Mahkemesine başvurulamaz. Ancak temyize gitmek mümkündür. Ayrıca, 15 Haziran 2000 tarihinde yapılan kanuna kadar önemli ağır cezalı suçlar hakkında istinaf yolu kabul edilmezken⁴³, bu tarihten sonra birinci derece mahkemelerinin kararlarına karşı da istinaf yolu açılmıştır⁴⁴.

39 'Mahkemeler, krallık, feodalite, şehir ve kilise mahkemeleri şeklinde dağılmış vaziyette bulunuyordu. Kralın Fransa üzerinde hakimiyeti bulunmasına rağmen, feodalite mahkemeleri bağımsızdı. Zamanla feodalite mahkemeleri, kral mahkemeleri ile birleşti ve senyör mahkemeleri adını aldı.' (Yenisey, İstinaf, s.22)

40 Sami Selçuk, 'Konumu Açısından Yargıtay ve Üst 'İstinaf' Mahkemeler Sorunu', in: Yargıtay Dergisi, C.:2, S.:4, Ekim 1976, s.33 vd.

41 Yenisey, İstinaf, s.24.

42 Valery Turcey, 'İstinaf Mahkemeleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme', İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri konulu toplantıya sunulan bildiri, in: <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/duygunyarsuvat.doc>, 8 Mart 2003, s.8.

43 15 Haziran 2000 tarihine kadar önemli ağır cezalı suçlar için temyize gidilebiliyordu. (Turcey, s.8)

44 Turcey, s.8.

Fransız Hukuk Sisteminde hakimler mesleğe birince derece mahkemelerde başlamakta ve ilk on sene içinde de istinaf mahkemesinde görev alabilmektedirler⁴⁵.

İstinaf yoluna başvurmak hakkı, birince derece mahkemesi tarafından mahkum edilen, cumhuriyet savcısı veya mağdura tanınmıştır. İstinaf yoluna başvuran ayrıntılı olarak kararı hangi açıdan yanlış bulunduğunu, gerekçelerini göstermek suretiyle açıklamak zorundadır. Bu gerekçeler ileri sürülen noktalar İstinaf Mahkemesince incelenmektedir. İstinaf mahkemesi, birinci derece mahkemesinde yargılanan olayı, yeniden yargılama yetkisine sahiptir⁴⁶.

İstatistiklere göre, Fransa'da hukuk işlerinde %10, ceza işlerinde ise %12-13 oranında istinaf yoluna başvurulduğu tespit edilmektedir. Fransa'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek olarak yapılan 7 numaralı Protokolü imzalamasından sonra, mevzuatında da değişiklik yapmak zorunda kalmıştır. Buna göre, birinci derece mahkemesi olan Ağır Ceza Mahkemesi 'la cour d'assises' üzerinde Ağır Ceza İstinaf Mahkemesi 'cours d'assises d'appel' kurulmuştur. Nazari alanda bu yeni mahkeme işleme zorunluluğu çekmemekte ve sistem içinde yerini almış bulunmaktadır. İstinafa başvurma yüzdesi %12'den %25'e çıkmıştır. Turcey'e göre, 15 Haziran 2000 tarihli Kanun, Fransa'nın taraf olduğu 7 numaralı protokole uygunluk sağlamış ve 2 yıldan beri yapılan uygulama olumlu sonuçlar vermiştir⁴⁷.

Günümüzde Fransa'da 30 adet İstinaf Mahkemesi (Cour d'appel) bulunmaktadır. Bu mahkemelerin faaliyeti sonucunda Yargıtay'ın yükünün azalmıştır. Yargıtay'ın yükünün azalmasının bir başka nedeni ise, Fransa'da yargının toplumsallaştırılması sonucu, tarafların birçok ihtilafta Hakeme başvurmayı tercih etmeleri, İş Hukuku, Ticaret Hukuku alanlarında ortaya çıkan ihtilafların yoğun bir şekilde Tahkim yolu ile çözülmesinin tercih edilmesinde olmasıdır⁴⁸.

45 Turcey, s.8.

46 Turcey, s.9.

47 Turcey, s.9.

48 Bernard Vatiën, 'İstinaf Mahkemeleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme', İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri konulu toplantıda Patrik Vovan tarafından sunulan bildiri, in: <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/duygunyarsuvat.doc>, 8 Mart 2003, s.2.

Fransa'da İstinaf Mahkemeleri birinci derece mahkeme görevi görür. İddia ve müdafaa değiştirilemeyeceği gibi, yeni hukuki yollara başvurma imkanı tanınabilir. Fransa'da bir hukuk davasının, Aix Ew Proviuce İstinaf Mahkemesi'nde ortalama olarak 27.6 ayda, Paris İstinaf Mahkemesi'nde 14.4 ayda tamamlanabilmekte olduğu söylenmiştir⁴⁹.

c- Almanya

En eski devirlerde, Franklar zamanında, kralın gönderdiği hakimlerin kararlarına karşı kral mahkemesine istinaf suretiyle başvurulabiliyordu. 15.yy'da Roma Hukukunun istinafı Almanya'da uygulanmaya başladı. 1495 tarihli 'İlk Yüksek Mahkeme Kanunu', istinafı kabul eden ilk kanun olmasına rağmen, cezada istinaftan bahsetmemektedir. 1532 tarihinde yürürlüğe giren Constitutio Criminalis Carolina, istinafa yervermemiştir⁵⁰.

Ceza Muhakemesi Kanunu, Mahkemelerin Kuruluş Kanunu ile birlikte, 1 Ekim 1879 tarihinde yürürlüğe girdi. Bu kanun, istinafı sadece hafif suçlar için kabul etmişti. İstinaf yargılamasını ise, meslekten seçilen hakimlerden kurulu mahkeme yapıyor, halktan hakimlerin yargılamaya katılmasına imkan tanınmıyordu⁵¹.

Alman Hukukunda, tartışma ve görüş ayrılıkları her zaman istinaf yargılamasının gerekliliği konusunda değil; istinaf yargılamasının nasıl işlemesi gerektiği yolunda olmuştur⁵². 2001 yılında yapılan değişiklikler ise bunun bir kanıtıdır.

2001 yılında yapılan bir değişiklikle İstinaf Mahkemeleri Kanunu değiştirilmiş ve birinci derece mahkemelerinin etkinliğinin artırılması amaçlanmıştır. Bu yeni kanun ile İstinaf Mahkemelerinin fonksiyonu değiştirilmiş ve İstinaf mahkemelerine kontrol fonksiyonu verilmiştir. Yeni Alman Kanunu, istinafı geri plana çekmiş, birinci derece mahkemelerini kuvvetlendirmiş ve birinci derece mahkemesi hakimine tarafları yönlendir-

49 Vatiens, s.3.

50 Kunter – Yenisey, s.1074.

51 Yenisey, İstinaf, s.31.

52 İbrahim Ercan, 'Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi', in: Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, C.1, 2001, s.732.

dirme yetkisi vermiştir⁵³.

Alman Hukuk Sistemi'nde birinci derece mahkemeler Asliye ve Ağır Ceza Mahkemeleri, bunun üzerinde de Eyalet Mahkemeleri vardır. Ağır cezalı davalarda bir tek kanun yolu tanınmıştır, bu da temyiz yoludur. Basit suçlarda ise istinaf ve İstinaf Mahkemesi kararlarına karşı da temyiz yolu açıktır. Kanaatimizce, bu sistem, şüpheye ve duraksamalara neden olmaktadır. Eğer İstinaf, ceza adaletinin tecelli etmesinde önemli bir müessese ise, bunun öncelikle, toplum düzenini temelden sarsan ağır cürümlerde uygulanması gerekirdi⁵⁴. Oysaki, Alman sisteminde ağır cezalı suçlardan ötürü istinaf yolu kapalıdır.

2001'deki değişiklikten sonra, Alman Hukuku'nda birinci derece mahkemelerinin görevleri değiştirilmiş, basit suçlar için verilen kararların istinafda ele alınması, İstinaf Mahkemelerinin kabulüne bırakılmıştır. Alman Hukukunda, istinaf taleplerinin gerekçeli olarak yapılması gereklidir⁵⁵.

Günümüzde Almanya'da istinafa gidip gitmemek bir dereceye kadar savcının elindedir. Savcı, Mahkemelerin Kuruluş Kanununun verdiği yetkiye dayanarak, önemli gördüğü davaları Eyalet Mahkemesinin ceza dairesi önünde açabilmektedir; bu mahkemenin vereceği kararlara karşı ise istinaf yolu açıktır⁵⁶.

4- Türkiye'de İstinafın Tarihçesi ve İstinaf Mahkemelerini Yeniden Kurma Çalışmaları

1839 Tanzimat Fermanı'ndan önce, bir mahkeme kararının yeniden

53 Ekkehard Mecker – EBERHARD, 'İstinaf Mahkemesi Üzerine Genel Bir Değerlendirme', İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri konulu toplantıya sunulan bildiri, in: <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/duygunyarsuvat.doc>, 8 Mart 2003, s.3-4.

54 Erdener Yurtcan, 'Ceza Yargılamasında İstinaf – Adalet Bakanlığı Tasarılarının Değerlendirilmesi', <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/erdeneryurtcan.doc>, s.2.

55 Diethelm Kleszczewski, 'İstinaf Mahkemesi Üzerine Genel Bir Değerlendirme', İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri konulu toplantıya sunulan bildiri, in: <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/duygunyarsuvat.doc>, 8 Mart 2003, s.9-10. Kleszczewski, istinafın aslında bir kanun yolu olmadığı, kararın usul hükümlerine uygun olup olmadığını incelemekle görevli olduğu görüşündedir. (Kleszczewski, s.10)

56 Kunter – Yenisey, s.1075.

incelenmesini istemek yetkisinin hak sahiplerine tanındığı, fakat bunun için özel mahkemeler kurulmadığı belirtilmiştir⁵⁷. Yine aynı devrede, istinaf mahiyetinde olmamakla birlikte 'Divan-ı Hümayun' bazı hallerde bir yüksek mahkeme olarak görev yapabiliyordu⁵⁸.

1839 Tanzimat Fermanı'nın okunmasından sonra Nizamiye Mahkemeleri kurulmuştur. 1871 tarihli 'Mehakimi Nizamiye hakkındaki Nizamname' ile Nizamiye Mahkemeleri iki dereceli olmuştur. 1879 tarihinde 'Mehakimi Nizamiye Teşkilatı Kanun'u Muvakkatı' kabul edilmesi ile, Türkiye'de mahkemelerin esasını teşkil eden kanun olmuştur⁵⁹. Bu kanun ile 'istinaf' adı altında kurulan ikinci derece mahkemeler, 1924 yılında çıkarılan 469 sayılı 'Mehakimi Şer'iyyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun' ile kaldırılmıştır. Sözü edilen 'Muvakkat Kanun', ayrı bir istinaf mahkemesi kurmak yerine bu görevi ağır ceza ve asliye mahkemelerine vermişti. Ancak, bu mahkemelerin asıl görevlerinin yoğunluğu ve ağırlığı karşısında 'istinaf' görevlerine yeterli zamanı ayıramamaları sonucunda biriken iş ve davalar, içinden çıkılmaz derecede çoğalmış olduğundan umulan yararlar elde edilememiştir⁶⁰.

1924'te kaldırılan İstinaf Mahkemelerinin yeniden kurulması konusu, Türk yargı sistemimizin gündeminde kısa sürede yerini tekrar fikir düzeyinde almakla kalmamış, kanunlaşması yolunda da üzerinde çalışmalar yapılmıştır⁶¹.

Bu konudaki ilk girişim 1929 yılında yapılmıştır. 1879 Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, tercüme ile hukuk sistemimize dahil edilmesine rağmen

57 Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Muhakemenin Yürüyüşü, C.:II, 2.Baskı, İÜHFY, İstanbul, 1976, s.171.

58 Ahmet Mumcu, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ankara, 1976, s.195.

59 Tahir Taner, Ceza Davalarının Uzaması Sebepleri, Alınması Gereken Tedbirler, İstanbul, 1947, s.18.

60 Kemal Gür, 'Üst Mahkemeler Üzerine', in: Yargıtay Dergisi, C.:3, S.:2, Nisan 1979, s.5 vd. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Genel Gereğe, p.7, c.4.

61 Mehmet Handan Surlu, 'Türk Hukuk Uygulamasının Tarihsel Perspektifi Açısından İstinaf (Üst) Mahkemeleri veya Türk Yargı Sisteminin Dinmeyen Özlemi', in: TBBD, C.:12, S.:2, 2000, s.459.

men, bütünlük bozulma pahasına da olsa istinaf kurumu alınmamıştır.

1932'de, bir komisyonca hazırlanan, 98 maddesi ve uzun bir gerekçesi bulunan 'Ceza İstinafı Hakkında Ceza Muhakemeleri Kanun Tasarısı' yasalamaamıştır. Tasarının birinci maddesinde, birinci derece mahkemelerin kesin olmayan kararlarının istinaf olunabileceği ve istinaf olunabilen bir hükmün temyiz edilemeyeceği belirtilmişti. Bunun yanı sıra tasarıda, istinaf yargılaması, savcılığın işlemleri, sunulabilecek deliller ve duruşma yapılmaması, dosya üzerinden karar verilmesi gibi konulara detaylı biçimde değinilmişti⁶². Bu tasarı ile kurulmak istenen istinaf mahkemeleri derece mahkemesi olarak değil, ufak tefek işler hakkında temyize bakan kanun mahkemesi olarak düzenlenmek istenmiştir⁶³. Yenisey, bu tasarıda istinaf denilmesine rağmen, kanun yolunun niteliğinin genişletilmiş temyiz olduğunu vurgulamaktadır⁶⁴.

1948'deki Genel Mahkemelerin Kuruluşu Kanunu Tasarısı, 1932 tasarısı üzerinde yapılan ve değişiklikleri de içeren bir çalışmanın ürünüdür. 1948'de TBMM'ne sunulmuş, 11 maddesi Adalet Komisyonunca görüşülmüşken, daha sonra Bakanlıkça geri çekilmiştir⁶⁵.

İstinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin bir başka tasarı olan 'Genel Mahkemeler Kuruluşu Hakkında Kanun Tasarısı' 1952 senesinde hazırlanmasına rağmen kadük bulunup kanunlaşmamıştır⁶⁶. Bu tasarıda ise, gerekli görülecek yerlerde istinaf mahkemelerinin kurulacağı, bir başkan ve iki üyeden oluşacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, sulh ceza mahkemesinin kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabileceği, fakat istinaf mahkemesinin kararının kesin olduğu; ağır cezalı işlerde ise istinaf mahkemesinin kararlarına karşı temyiz yolunun açık olduğu kabul edilmişti⁶⁷.

62 Bayraktar, s.35.

63 İmran Öktem, 'Üst Mahkeme - İstinaf', in: Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara, 1964, s.91-103.

64 Feridun Yenisey, Cezada Kanunyolu Reformu, in: Yargıtay Dergisi, S.:1-4, 1989, s.105.

65 Surlu, s.473.

66 1952 tasarısı, 48 madde iken görüşmelerde 55 maddelik bir tasarı halini almıştır. (Surlu, s.473)

67 Yenisey, 'Cezada Kanunyolu Reformu', s.106.

Gene 1963 yılında Adalet Bakanlığınca hazırlanan 'Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun Tasarısı', adli kuruluş hükümlerini birleştirme amacını gütmekte ve üst mahkemelerin kurulmasını öngörmekteyse de bu tasarı da kanunlaşmamıştır⁶⁸. Söz konusu tasarının 20.maddesinde, 1932 ve 1952 tasarılarında olmayan istinaf mahkemeleri yargılama usulü hakkında hüküm ihdas edilmiştir⁶⁹. Bu tasarıda da gereken yerlerde üst mahkemelerin kurulacağı, bu mahkemelerde bir başkan ve iki üyenin bulunacağı ve sulh ceza mahkemesinin kararının istinaf edilmesi halinde verilecek kararın kesin olduğu tekrarlanmıştır. Farklı nitelikteki hüküm ise, asliye ceza mahkemelerinin hapis cezası veya para cezalarına ilişkin hükümlerinin üst mahkemede incelenmesi sonucu verilen kararlara karşı temyize başvurulabileceği vurgulanmıştır⁷⁰.

Yargıtay, Adalet Bakanlığı'nın isteği üzerine⁷¹, 1975 yılında bir rapor sunmuştur. Bu rapora göre 1975 tasarısında, Ağır Ceza Mahkemelerinin son kararları dışındaki Asliye ve Sulh Ceza Mahkemelerinin son kararlarına karşı kanun yolu muhakemesi olarak İstinaf Mahkemeleri öngörülmüştü. Bu mahkemelerde, diğer tasarılar da belirtildiği üzere, bir başkan ve iki üyeden oluşuyordu⁷².

Bunu 1977 yılında Yüksek Hakimler Kurulunun hazırladığı tasarı izlemiştir. Tasarıda, üst mahkemeler, hukuk ve ceza dairelerine ayrılmış, lüzumlu durumlarda ticaret ve tapulama gibi ihtisas dairelerinin de kurulabileceği belirlenmişti⁷³.

68 **Bilge**, s.62. '61 maddelik olan tasarının dikkate değer noktalarından birisi de gerekçenin daha evvelkilere nazaran gittikçe kısalarak 15 sayfaya düşmesidir. Bunda siyaset adamlarımızın, ivedi olarak tasarı hazırlamak hususunda teknik elemanları tazyik etmesinin etkisi büyüktür.' (**Bilge**, s.62, dn.2)

69 **Bilge**, s.63. Doktrinde de büyük tartışmalar yaratan bu yargılama usulü hakkındaki hükmün, mahkemeler kuruluş kanununa konulması kanaatimizce de doğru olmamıştır. Bunun yanı sıra, tasarının 20.maddesinin son fıkrası da usul kanunundaki hükümleri saklı tutarak bir tek 20.madde ile bütün istinaf usulünü düzenlemenin mümkün olmadığını kabul etmiştir.

70 **Kemalettin Alikasıfoğlu**, 'İkinci Bir Üst Mahkemenin Kuruluşuna Dair İnceleme', in: Adalet Dergisi, 1976, s.258 - 259.

71 **Alikasıfoğlu**, s.238.

72 **Yenisey**, 'Cezada Kanun yolu Reformu', s.113 - 114.

73 **Yenisey**, 'Cezada Kanun yolu Reformu', s.114.

Aynı sene içinde, Bakanlıkça bir tasarı hazırlanmış ve ağır ceza mahkemelerine bir nevi istinaf fonksiyonu verilmek istenmiştir.

1978 yılında, Adalet Bakanlığı, Yüksek Hakimler Kurulu tarafından 1977'de hazırlanmış tasarısı üzerinde çalışmak suretiyle yeni bir tasarı hazırlamasına rağmen, bu tasarının kaderi de diğerlerinden farklı olmamıştır⁷⁴. Bu tasarıda, üst mahkeme ceza dairelerinin, ağır ceza mahkemeleri ile ilk derece mahkemelerinin vereceği hükümleri inceleyecekleri ve lüzum görülürse yeniden muhakeme yaparak karar verecekleri belirtilmiştir⁷⁵.

1985 yılında Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve 73 esas, 4 geçici maddeden oluşan 'Üst Mahkemeler Kanun Tasarısı' bir diğer çalışmadır. Bu tasarıda, üst mahkemelerin ikinci derece mahkemeler oldukları, birinci başkanlık ve dairelerden oluşacağı ve bunların bir yandan üst mahkeme görevi görürken bir yandan da ilk derece mahkemesi olarak görev yapabileceği açıklanmıştır⁷⁶.

1993 yılında 53 esas ve 8 geçici maddeden oluşan Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan bir diğer tasarı olan 'Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı', Adalet ve Bütçe Plan Komisyonunda görüşülüp bazı değişiklikler yapıldıktan sonra kabul edilmişti⁷⁷. Ancak bu tasarıda seçimler nedeniyle kadük olmuştur⁷⁸.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile istinaf, hukuk sistemimize dahil edilmiştir. İstinaf, 5271 sayılı CMK'nın altıncı kitap, ikinci kısım, ikinci bölümünde 272 ila 285.maddeleri arasında yer almaktadır. 23.03.2005 tarihinde kabul edilen 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 18.maddesinin 1.fıkrasına göre 1 Nisan 2005 tarihi itibarıyla 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu bütün ek ve değişiklikleriyle yürürlükten kalkmıştır denilmiştir. Oysa, 01/04/2005 tarihinde yürürlüğe girmesi planlanan CMK, ani bir son gün kararıyla 01.06.2005 tarihine kadar ertelenmiştir. Bu bağ-

74 Kunter – Yenisey, s.1078.

75 Yenisey, 'Cezada Kanun yolu Reformu', s.115.

76 Bayraktar, s.36.

77 Kunter – Yenisey, s.1078.

78 Surlu, s.474.

lamda, 31.03.2005 tarihinde kabul edilen 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. Maddesine göre, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 'Yürürlük' başlıklı 55.maddesinde geçen '1 Nisan 2005' ; 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 'Yürürlük' başlıklı 334.maddesinin 1.fıkrasında geçen '1 Nisan 2005' ; 23.03.2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 'Yürürlük' başlıklı 19.maddesinin 1.fıkrasının (b) bendinde geçen '1 Nisan 2005' ibareleri '1 Haziran 2005 olarak değiştirilmiştir'⁷⁹.

5235 sayılı kanunun 54.maddesi suretiyle, hukukumuzda bölge adliye mahkemelerinin kurulmasına engel olan 08.04.1924 tarihli ve 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilatına Ait Ahkamı Muadil Kanun, 11 Nisan 1329 tarihli Sulh Hakimleri Hakkında Kanunu Muvakkat, 26.04.1926 tarihli ve 825 sayılı Ceza Kanununun Mevki-i Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanunun 25, 26, 27, 28 ve 29. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanununda yürürlük tarihi de 5328 sayılı yasa doğrultusunda 01.06.2005 tarihidir.

Nihayet, 01/06/2005 tarihinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile istinaf ve istinaf mahkemeleri olarak anılacak olan 'Bölge Adliye Mahkemeleri' hukumzdaki yerlerini uzun tartışmalar sonucunda almışlardır. 5235 sayılı kanunun Geçici 2.maddesine göre Adalet Bakanlığı kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 01/06/2005 tarihinden itibaren en geç 2 sene içinde aynı kanunun 25.maddesindeki bölge adliye mahkemelerini kuracaktır. Söz konusu mahkemelerin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttaki göreve başlayacakları tarih, Resmi Gazetede ilan edilecektir. Bu tarihe kadar, 5271 sayılı yeni CMK'nın istinafa ilişkin hükümleri ile istinaf yargılamasının üzerine kurulmuş olan temyiz yargılamasına ilişkin hükümleri uygulanamayacaktır. İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı, 1412 sayılı CMUK'ta olduğu üzere Yargıtay'da temyiz kanun

79 Bu değişikliğe gerekçe olarak, 5237 sayılı yeni TCK'da yapılması gereken değişiklikler ileri sürülmüştür.

yoluna başvurulmaya devam edilecektir⁸⁰.

E- İstinaf Mahkemelerinin Kaldırılmasının Nedenleri

1924 tarihli kanun ile, laik temeller üzerine kurulması gereken hukuk sistemimizin içinde yeri olmadığı için Şeriye Mahkemeleri ilga edilirken, istinaf mahkemeleri de kaldırılmış olmasına rağmen⁸¹ istinaf yargılaması ağır ceza ve asliye ceza mahkemeleri tarafından 1929'daki hukuk devrimine kadar devam etmiştir.

İstinafın kaldırılması nedenleri arasında birçok sebep sayılmıştır:

Şeriat fikrinden hareket edenlerin çokluğu ve İslam Hukukunda mahkemelerin tek dereceli olması⁸².

Laik sisteme geçerken, sistemin gerektirdiği mahkemelerin kurulmamış olması⁸³.

İstinaf davalarının, ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerinin iş yükü sebebiyle ihmal edilmiş olması⁸⁴.

İstinafa ehil hakim azlığı⁸⁵.

İstinafta ilkmuhakeme tekrarlandığı için işlerin birikmesi⁸⁶.

80 Centel – Zafer, s.578 vd.

81 Kunter – Yenisey, s.1076.

82 Yusuf Ziya, s.1409. 'Muhakemenin tek dereceli ve tek hakimli olmasını emreden bir kural İslam hukukunda mevcut değildir, aksine Kur'an da müşaveriye emreden hükümler vardır.' (Başak Şahin, 'Medeni Hukuk Alanında İstinaf Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemeleri Teşkilatları', in: <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=418>, 28.11.2005.

83 Yusuf Ziya, s.1407.

84 Bilge, s.92.

85 1963 gerekçesi, p.6, Ayrıca bkz. Özlem Çakmut, 'İstinaf Mahkemesi Olarak Bölge Adliye Mahkemeleri – Kuruluş ve İşleyişi', Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.:1, 2005, s.343-362.

86 1932 gerekçesi, p.7.

F- 1412 Sayılı CMUK Döneminde İstinaf Mahiyetindeki Uygulamalar

1412 sayılı CMUK, geniş anlamda istinafa (=itiraz) olarak tanımıştır. Özel ceza muhakemesi alanında yürürlükte olan, fakat uygulaması Bakanlar Kurulunun kararına bırakılmış olan 10 Temmuz 1940 tarihli ve 3894 sayılı 'Denizde Zabt ve Müsadere Kanunu', Yüksek Deniz Müsadere Mahkemelerini İstinaf Mahkemeleri olarak kurmuş ve muhakemeyi etraflıca düzenlemiştir. Deniz Müsadere Mahkemeleri, denizde zapt ve müsadere kanununun uygulanmasına ilişkin işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlerler. Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesi, deniz müsadere mahkemeleri sonkarlarına karşı açılan istinaf davaları ve aynı mahkemelerin kararlarına karşı başvurulabilen itirazlar hakkında karar verir. Yürürlüğe girdiği 1940'dan beri bu kanun uygulamaya konmamıştır⁸⁷.

1615 sayılı Gümrük Kanunu uyarınca, Gümrük Genel Müdürlüğüne 'itiraz' diye adlandırılan ilk dava yolu ile başvurulabilinir. Genel Müdürlüğe, iddia ve müdafaa bulunduğundan, yapılan yargılamadır ve ilk dava üzerinden yapıldığından istinaf mahiyetindedir⁸⁸.

Vergiler Temyiz Komisyonunun yaptığı da temyiz değil, istinaf yargılamasıdır. Zira, hem hukuki hem maddi açıdan incelemektedir⁸⁹. İdari yargıda istinaf mahkemesi olarak görev yapan bu komisyon da, 6 Ocak 1982 tarihli ve 2576 sayılı kanunla kaldırılmış bulunmaktadır⁹⁰.

Ülkemizde bugün idari yargı, ilk derece mahkemesi olarak idare ve vergi mahkemeleri, 2000 yılında yapılan değişiklikten sonra belli bir ölçüde istinaf kademesi olarak bölge idare mahkemeleri, temyiz mercii olarak da Danıştay şeklinde bir yapılanma içindedir. İdari yargıda ilk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen bazı kararlar, istinaf mercii olarak bölge idare mahkemelerinde yeniden esastan incelenebilmektedir. Bugün idari yargıda istinaf, bu çerçevede sınırlı bir şekilde gerçekleşmiştir⁹¹.

87 Kunter – Yenisey, s.1079.; Yenisey, İstinaf, s.45.

88 Kunter – Yenisey, s.1079; Yenisey, İstinaf, s.44 vd.

89 Kunter – Yenisey, s.1071.

90 AnaBritannica, 15.Baskı, C.:12, 1988, s.93.

91 Hikmet Sami Türk, Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün 26 Mart 2002 günü Yeni Danıştay Üyelerinin Mazbata Töreninde Yaptığı Konuşma, <http://www.basin.adalet.gov.tr/b108.htm>.

G- İstinafın Leh ve Aleyhindeki Görüşler

1- Genel Olarak

İstinaf, doktrinde çok incelenmiş ve tartışılmış bir meseledir. İstinafın lehinde ileri sürülen çeşitli düşüncelere karşın, istinafın faydasızlığını ve lüzumsuzluğunu ispata çalışan fikirler ortaya atılmıştır. 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra dahi tartışmalar devam etmektedir. Burada istinafi savunan ve reddeden görüşleri ana çizgileri ile göstererek ve bir araya getirerek bu konuda toplu bir fikir vermeye çalışacağız⁹².

2- Tarihçi Görüş

İstinaf yolunu savunanların ileri sürdükleri delillerden biri, istinaf mahkemelerinin eski devirlerden beri var olduğu yolundadır. Bu görüşü savunanlar tarihin her çağında istinaf mahkemelerinin olduğunu ve bunun istinafın gerekliliğini ve faydasını gösterdiğini savunurlar. Gerçektende, istinafın tarihçesi bölümünde değindiğimiz gibi, Eski Yunan'da, Roma'da, Fransa'da, Almanya'da istinaf bugünkü şeklinden farklı olmakla birlikte vardı. Bu düşünceyi savunanlar, iddialarını sağlam temellere dayandırmaktadırlar⁹³.

Bu görüşe karşı çıkanlar ise, eski çağlardan beri pek çok memlekette istinaf mahkemeleri olduğunu kabul etmelerine rağmen, tarihte istinaf mahkemelerinin hukuki olmaktan ziyade siyasi amaçlarla kurulduğunu⁹⁴, istinafın tarihinin de bunu gösterdiğini savunurlar. İstinaf, Fransa'da Krallık nüfusunun kuvvetlenmesine ve genişlemesine yarıyordu⁹⁵. Rocco, istinafa or-

92 İstinaf hakkında genel bilgiler verdiğimiz için, 5235 sayılı yasa kapsamındaki 'Bölge Adliye Mahkemeleri' kavramı yerine 'İstinaf Mahkemeleri' demeyi uygun bulduk. 5271 sayılı CMK'daki istinafa ilişkin hükümler incelenirken 'Bölge Adliye Mahkemeleri' kavramına yer verilecektir.

93 **Sulhi Dönmezer**, 'İstinaf Davası', in: Yeni Sabah Gazetesi, No.:4769, 26/06/1952.

94 **Mustafa Bumin**, yargılamanın uzun sürmesinin siyasal iktidarın işine geldiğini belirtmiştir. (**Mustafa Bumin**, Anayasa Mahkemesi'nin 43.yıldönümü törenindeki konuşması, Sky Turk, 25 Nisan 2005.)

95 **Erem**, İstinaf Mahkemelerinin Fransa'daki kuruluşunu şu şekilde açıklamaktadır: '... Krallık, feodalite adaletini zayıflatmak için Paris Parlement'inde neticelenen bir istinaf yolu kabul etmişti... Bu Parlement mahalli mahkemelerin üstünde ve istinaf derecesinde idi... Vilayet Parlemlerleri de yetkilerini artık senyörlerden değil Kral'dan alıyorlardı. Yargıçlar, Kral'ın yargıçları idiler. XV.asırdan XVIII. asra kadar vilayet

taçağ adalet anlayışının bir kalıntısı gözü ile bakar⁹⁶. Kanaatimizce tarihi bir kurumun değersizliği anlaşılabilir sökülüp atılması kolay değildir. Ayrıca siyasal iktidarın, yargılama üzerindeki etkisi ve bazı durumlarda yargılamayı geciktirici düzenlemelere başvurması da yadsınamaz bir gerçektir. İstinafın bugün de birçok devlette uygulanıyor olmasının sebebi budur. Buna göre, istinafın ne eski çağlardan beri varoluşu ne de bir çok memlekette bulunuşu onun gerekliliğini ve değerini kanıtlayamaz⁹⁷.

3- İstinafın Her Medeni Memlekette Bulunduğu Meselesi

Tasarıların çoğunda, istinafın hemen her medeni memlekette yaygın bir müessese olduğu, o halde bunun faydalı ve lüzumlu bir müessese olduğuna inanılabileceği görüşü yer almaktadır⁹⁸.

İstinafın lehindeki bu görüşü çürütmek amacıyla, istinafın bugün yaygın olmasından, onun iyi bir müessese olduğu sonucuna varılamayacağı, çünkü onun diğer memleketlerdeki tarihi zaruretlerden doğduğu ve iyi bir müessese sanılarak korunduğu düşüncesi ileri sürülmekte ve bu düşüncüyü teyit etmek gayesiyle, aynı memleketler istinafın kaldırılması veya mahiyetinin değiştirilmesi yönünde kuvvetli cereyanların olduğuna işaret olunmaktadır⁹⁹.

Kanaatimizce, istinafın çoğu gelişmiş ve medeni batı ülkesinde mevcut olması, ülkemiz hukuk sistemi için de uygun olacağına karine teşkil eden düşünceye iştirak etmemekteyiz. Çoğu Avrupa devletinde mevcut olan istinaf müessesesi bu devletlerin de başını ağrıtmaktadır. Bu ülkelerde kökleşmiş bir kurum olan istinafı sökülüp atmak kolay olmayacağından, bu memleketler istinafı hukuk sistemlerine uygun hale getirmeye çalışmakta, bu müessese üzerinde sürekli olarak oynamalar yapmaktadırlar. Bu memleket-

parlamentelerinin ihdası işi tamamlandı. Bu suretle istinaf monarşinin sağlam müesseselerinden biri haline geldi...' (Faruk Erem, 'İstinaf Mahkemeleri', in: AÜHFD, S.:1-2, 1950, s.10.)

96 Erem, 'İstinaf Mahkemeleri', s.10 vd.

97 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yüce, s.76 ; Farklı yönde görüş için bkz. Kunter – Yenisey, s.1079, Bilge, s.69.

98 Baki Kuru, 'İstinaf Mahkemeleri Kurulurken', in: Adalet Dergisi, S.:5-8, 1963, s.552.

99 Faruk Erem, Ceza Usul Hukuku, Ankara, 1978, s.459.

ler, hukuki yargılama temellerini istinaf üzerine inşa ettiklerinden, temelini yıkılmaması için bu çareye başvurmuşlardır. Türkiye ise uzun bir zamandır istinafi hukuk sistemine yerleştirmeye çalışmaktadır. Nasılki, istinafi Avrupa memleketleri hukuk sistemlerinden çıkartamıyorlarsa ve hala yapılan değişikliklerden sonra bile sarsıntılar devam ediyorsa, Türkiye için de bu kurumu hukuk sistemine dahil etmek kolay olmayacak ve tahminimizce de gerekli altyapı oluşturulmadan getirildiği için de bir zaman sonra istinaf kurumu çeşitli sıkıntılar yaratacaktır.

4- Hakimler Üzerinde Yerel Mahkemenin Etkisi Meselesi

İstinaf mahkemesinin lüzumunu savunanlar, istinaf mahkemeleri büyük merkezlerde kurulacağı için hakimlerin çevrenin tesirine kapılmadan karar verebileceklerini ileri sürmüşlerdir¹⁰⁰.

Bu görüşe karşı ise şöyle denmiştir: Hakimlerin, etki altında kalmaları kuraldır. Aynı zamanda da, yerel mahkemedeki durumu ve şartları bilmek ceza davasında faydalı ve hatta bazen lüzumludur¹⁰¹.

Kanaatimizce de, yerel mahkemedeki durum ve şartları ileri sürerek istinafi savunmak doğru değildir¹⁰². İstinaf, ilkmahkeme hakiminin mesuliyet duygusunu azaltacaktır. Hatayı düzeltecek bir makamın varlığının, ilkmahkeme hakimini daha az dikkatli yapabileceği bir gerçektir.

5- İstinaf Sayesinde Davanın Belli Noktalara Teksifi Meselesi

İstinaf taraftarları, istinaf mahkemesinin davanın olgunlaşmasını sağlayacağını ve böylece davanın belli noktalara toplanarak daha iyi bir karar verilebileceğini ileri sürmüşlerdir¹⁰³. Yerel mahkemede ortaya atılmış olan delil ve olayların gereksiz olanları ayıklanmış olacağından, istinaf mahkemesinin bunlarla uğraşmasına lüzum kalmayacak, sadece aydınlanmamış ve tartışmalı meselelere ağırlık verilebilecektir¹⁰⁴.

Kanaatimizce, maddi meseleler yerel mahkemede iyi bir şekilde tes-

100 Fevzi Bozer, '1951/52 Adli Yılına Açış Nutku', in: Adalet Dergisi, S.:10, 1951, s.1554.

101 Erem, s.12.

102 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yüce, s.76.

103 Yüce, s.76.

104 Kunter – Yenisey, s.1084.

pit edilememişse, istinaf mahkemesinde bunları daha iyi bir şekilde tespit etmek imkansızdır. İstinafa gelinceye değin geçen zamanda tanıkların dava konusu olay ile ilgili hafızaları zayıflayacak, farklı ifadeler gündeme gelebilecek, delillerin ve olayların istinafa saklanması mümkün olabilecek, keşif imkanları azalacak, delillerin karartılması imkan dahilinde olabilecektir. Ayrıca Türkiye'nin her yerinde coğrafi durum, iklim ve ulaştırma imkanları aynı değildir. Elverişsiz şartlar içinde dava konusu olan olayın maddi yönlerini istinaf mahkemesinin bulunduğu merkezde tespit etmek zorlaşacaktır¹⁰⁵. Bu zorluklar sebebiyle, istinaf mahkemesinin çoğu zaman evrak üzerinden inceleme yapmak zorunda kalabileceğini tahmin ediyoruz¹⁰⁶.

6- İstinaf Mahkemesinin Temyiz İşlerini Azaltacağı İddiası

İstinaf mahkemelerinin temyiz mahkemesinin işlerini azaltacağı ve böylece dosyaların daha iyi incelenmesine imkan vereceği iddia edilmiştir¹⁰⁷. Bu görüşü savunanlar, istinaf mahkemelerinin kurulması ile, temyiz işlerinin azalmasının davaların çabuk bitmesini sağlayacağı görüşündedirler¹⁰⁸. Bazı işleri istinafta bitirmek ve istinaf gören bu işler için temyiz yolunu kapamak yahut istinaftan sonra temyiz edebilmek için ağır şartlar koymakla hem adaletin daha iyi tecellisine imkan verilmiş ve hem de tem-

105 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yüce, s.77. Bu konu ile ilgili olarak Raucan şöyle demektedir: 'Davasını istinaf edenlerin, karşı tarafların, şahitlerin ve delillerin istinaf merkezine gelmesi gitmesi neyi mütevakkıftır? Ağır ceza davaları için bile bir vilayetin mülhakatındaki tarafları ve şahitlerini vilayet merkezine getiremezken bir esas mahkemesini geniş bir muntaka ortasında kurmakla ne azim bir hata işlemiş olacağız.' (Asım Raucan, Temyizi kuvvetlendirmek mi? İstinaf Teşkilatı mı?, Hukuk Dergisi, S.:1, 1944, s.8 vd.)

106 Bir Fransız müelifin bu konudaki benzetmesi ise dikkat çekicidir: Müelif, istinaf mahkemelerini, 'Hastayı, kendi muayene etmeden, bir meslektaşının raporuna göre hastalığa teşhis koyan doktora' benzetmektedir. Garapin, Etudecritique sur l'institution de l'appel en matiere repressive, Paris, 1941; Nakleden: Faruk Erem, 'Üst Mahkemeler Kanun Tasarısı', in: Yargıtay Dergisi, S.:3, 1977, s.14.)

107 Özyörük'ün bu konudaki düşüncesi ise şöyledir: 'İlk mahkemelerle Yargıtay arasında bir kademe bulunacak olursa, Yargıtay istikametinde taşan sel kademe mahkemesi önünde müessir bir set ile karşılaşacak ve Yargıtay sahasına kadar kopup gelen işler, büyük prensiplerin tesis ve tenkidini mümkün kılacaktır.' (Halil Özyörük, '1949/50 Adli Yılımı Açış Nutku', in: Adalet Dergisi, S.:10, 1949, s.1372.)

108 Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3.Bası, İÜHFY, İstanbul, 1955, s.34; Naci Şensoy, 'İstinaf', in: İÜHFM, C.:XII, S.:4, 1947, s.1067.

yiz işleri azaltılmış olur¹⁰⁹.

Bu görüşlere karşılık olarak şu iddia öne sürülmüştür: İstinaf mahkemelerinin kuruluşu nedeni, temyiz işlerini azaltmak değildir. Temyiz işlerini azaltmak için alınacak tedbirler başkadır. Soğuk kış şartları dolayısıyla yolları kapanan Türkiye'nin ücra köşelerinde, istinaf mahkemelerinin adalet için bir teminat olacağı şüphelidir¹¹⁰.

Kanaatimizce, temyiz işlerinin çoğalmasının sebebi, sanıldığı gibi istinaf mahkemelerinin kaldırılması değildir¹¹¹. İstinaf mahkemelerinin kaldırılması temyiz işlerini çoğaltan tek sebep olmadığı gibi kurulması da temyiz sebeplerini azaltacak tek çare değildir. Bazı işleri istinafta bitirmek ve bu işler için temyiz yolunu kapamak Yargıtay işlerini azaltabilir. Fakat Erem'in belirttiği üzere muhtelif istinaf mahkemeleri arasında ve bunlarla Yargıtay arasında içtihat ayrılıklarına yol açacaktır¹¹². İchtihat ayrılıkları ise bir ülkede hukuk birliğini ve güvenliğini sarsar¹¹³.

7- İstinaf Hakimlerinin Daha Bilgili ve Tecrübeli Oldukları İddiası

İstinaf hakimlerinin, ilk mahkeme hakimlerinden daha bilgili ve tecrübeli oldukları, bu sebepten davanın bir kere de istinaf mahkemesinde görülmesinin hata ihtimallerini azaltacağı da istinaf lehine öne sürülen bir düşüncedir¹¹⁴.

Bunun aksi görüşte olanlar, madem ki adaletin tecellisi için bilgili ve tecrübeli hakimler daha iyidir, öyleyse ilk mahkeme hakimlerinin bilgili ve tecrübeli olması neden sağlanmıyor?¹¹⁵ tezini ileri sürmüşlerdir. Bu görüş taraftarları, bu sayede davalar daha baştanberi yanlış görülmekten, sürünce-

109 Dönmezer, İstinaf Davası.

110 Baha Kantar, 'Açış Dersi', in: AÜHFD, S.:1-4, 1953, s.7.

111 'Bu çoğalma istinaf mahkemelerinin kaldırılmasından kısa bir süre önceki ve sonraki yıllarda adliye teşkilatında değişiklik (şeriye mahkemelerinin kaldırılması), Türk inkılabının gerektirdiği yeni kanunların alınması ve birçok hukuki münasebetlerin yeni kanunların tanzim alanı içine sokulması gibi sebeplerden ileri gelmiştir.' (Ali Yiğit, Temyiz Teşkilatının Takviyesi, Hukuk Dergisi, S.:2, 1944, s.18.)

112 Erem, s.16 vd.

113 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yüce, s.78 vd.

114 Şensoy, s.1067.

115 Erem, s.13.

mede kalmaktan kurtulur demektedirler. Kanaatimizce de, bilgili ve tecrübeli hakimlerin istinaf mahkemesinde toplanması, ilkmahkemelerin kalitesini düşüreceğinden, mevcut düzenleme içerisinde bilgili ve tecrübeli hakimlerin de ilkmahkemeye tayini yolunun açılması gerektiğini düşünüyoruz.

8- İstinaf Yolu Sayesinde Davanın İki Defa Görülmesinin Sağlayacağı Fayda Meselesi

İstinaf mahkemelerinin lüzumunu ve faydasını ispat yolunda ileri sürülen başka bir görüşe göre, bir davanın bir defa ilk mahkemede bir kere de istinaf mahkemesinde incelenmesi verilecek hükmün doğru ve isabetli olmasını sağlar.

Bu görüşe karşı şöyle denilmiştir: İstinaf mahkemesinde yapılacak ikinci incelemenin ilk mahkemede yapılmış olan birinci incelemeden daha iyi olacağı iddia edilemez.

Kanaatimizce, ilk mahkemede görülüp hükme bağlanmış olan bir davanın istinaf mahkemesinde bir daha tekrarlanması, ilk mahkemenin yaptığı işleri bir formalite durumuna düşürür ve itibarını azaltır¹¹⁶. Ayrıca yerel mahkeme hakimlerinin, nasıl olsa istinafta tekrar yargılama yapılacak olması düşüncesiyle ihmali hareket etmeleri sonucu, davalardan hatalı kararlar çıkma ihtimali de belirmektedir. Kuşkusuz, ikinci muhakemede delillerin karartılması da sözkonusu olabilecektir.

Davanın ikinci defa görülmesinin bir başka mahzuru da adaletin bir an önce ortaya çıkmasını geciktirmesindedir. 'Yeni bir muhakeme ve bunun sebep olduğu zaman kaybı, tanık ifadelerinin emniyetine ve hükmün doğruluğuna zarar vermektedir ve özellikle sürati imkansız kılmaktadır.'¹¹⁷

9- Yargılamada Oluşacak Durum ve Ekonomik Sorunlar

İstinafın mahkemesinin kurulması yönündeki lehe eleştirilerden biri, yargıtayın üzerindeki yükün azalacağı düşüncesidir. Oysa ki, kanaatimizce, Yargıtay'daki yük, istinaf mahkemelerinin üzerine binecektir. Böylece iki kademeli sistem de istinaf mahkemeleri ile birlikte üçe çıkacaktır. Yargılamanın hızlanması amacıyla kurulan istinaf mahkemeleri, kanaatimizce yargılamanın daha da yavaşlamasına neden olacaktır.

116 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Erem, s.14.

117 Erem, s.14.

İstinaf mahkemelerinin bu olumsuzlukları ile beraber paralel olarak, bir de maddi olarak zorluklar yaratacağı aşikardır. İstinaf mahkemelerinin kuruluşu belli bir personeli gerektireceğinden, kafi sayıda hakim bulmak da şarttır. Bu hakimlerin bir üst kademedede görev yapacaklarını düşünecek olursak, yerel mahkemedeki hakimlerden daha bilgili ve tecrübeli olmaları gerekir. Bu hakimlerinde şuan ki olağan durum içinde düşünürsek, Yargıtay hakimlerinden seçilmesi kadar doğal birşey olamaz. Fakat Yargıtay hakimlerinin istinaf mahkemelerinde hakimlik yapmağa sıcak bakmayacakları düşünülmektedir. Bunun birçok sebebi vardır. Daha üst bir mercide görev yapmakta olan Yargıtay hakimi, alt kademedeki bir görevi kabul etmeyecektir. Ayrıca Bölge Adliye Mahkemelerinin de, 5235 sayılı kanunun 25.maddesi de dikkate alınacak olursa, belli başlı iş yoğunluğu fazla olan birimlerde oluşturulacağı düşünülürse, birçok Yargıtay hakiminin tayini Türkiye'nin ücra köşelerine çıkabilecektir. Bu suretle, Yargıtay hakimlerinin Bölge Adliye Mahkemesi'nde hakimlik yapmak yerine emekliye ayrılmayı tercih etmesi doğal karşılanmalıdır.

İstinaf mahkemelerinin kurulacak olması, devleti maddi açıdan da sıkıntıya sokacaktır. Halen Türkiye'nin birçok yerinde hakim açığı vardır. Kadro sıkıntısı yaşanmaktadır. Daha tüm bu sorunlar halledilmeden, istinaf mahkemeleri kurulmak istenmektedir. Bunun yanı sıra, alınacak yüzlerce personelin ihtiyaçlarının da devlet tarafından karşılanacak olması, devleti maddi sıkıntıya düşürecektir.

II – 5271 Sayılı CMK'ya Göre İstinaf

A- Genel Olarak

İstinaf, uzun yıllardan beri tartışılan bir kurum olma özelliğine sahiptir¹¹⁸. İstinaf, bütün Avrupa ülkelerinde kabul edilmiştir¹¹⁹. 5271 sayılı CMK ile de hukuk sistemimize yerleştirilmek istenmekte ve adalet hizme-

118 Naci Ünver, Ceza Yargılamasında Yasa Yolları ve Bireysel Başvuru Hakkı, Tüze Yayıncılık, Ankara, 1998, s.17.

119 İstinaf bir kanun yolu olarak, Kıbrıs'ta da kabul edilmiştir. (Feridun Yenisey, 'Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun İstinaf Konusundaki Düzenlemeleri', Bir Kanunyolu Olarak İstinaf Konferansı Tebliği, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 19 Mart 2005, s.1.)

tinin sorunlarına bir çözüm getireceği düşünülmektedir.

Bu bölümde, 5271 sayılı kanundaki istinafa ilişkin hükümler inceleme konusu yapılacaktır.

B- 5271 sayılı Kanunun İstinaf ile İlgili Hükümlerine İlişkin Genel Bilgiler

1- İstinaf Edilebilen Hükümler (CMK m. 272/1)

Genel olarak bakmak gerekirse, esas mahkemelerinin verdikleri ilk sonkararlara karşı istinafı kabul eden sistemlerin çoğunluğu, bütün sonkararlara karşı istinaf yolunu açmamışlar, ancak bir kısmının istinaf edilebileceğini kabul etmişlerdir. Bütün sonkararlara karşı, hiçbir kayda bağlı olmaksızın istinafı kabul eden sistem hemen hemen yoktur¹²⁰.

İstinaf edilebilen sonkararların tayininde kullanılan ölçüler şunlardır¹²¹:

- Suç çeşidi ölçüsü¹²²
- Davaya ilk defa bakan mahkeme ölçüsü¹²³
- Kararın mahiyeti ölçüsü¹²⁴
- Cezanın ağırlığı ölçüsü¹²⁵

120 Yenisey, İstinaf, s.122.

121 'Bir kanunyolu sistemi içinde bu ölçülerden sadece birinin kullanılması maksada daha uygundur' (Yenisey, İstinaf, s.123) Yenisey'in bu görüşünü doğru bulmaktayız.

122 İlk derece mahkemelerinin sonkararlarının, suçların ayırımı veya bazı suç çeşitlerinin belirlenmesi suretiyle esas alınarak istinafa tabi olup olmama da saptanan ölçüdür. Mesela UMCK'ya cünhalar, bir sınırlandırmaya tabi tutulmaksızın istinaf edilebiliyordu. Roma Hukukunda ise, isyana tahrik, zina, ihtilal gurubu teşkil etmek gibi suçlar dışındakiler istinafa tabiydi. (Bkz. Yenisey, İstinaf, s.123)

123 Hafif, önemli ve ağır suçlara bakan mahkeme ayırımı yapılarak bu mahkemelerin sonkararlarına karşı istinafa başvurulup başvurulmaması yolunda kullanılan ölçüdür. (Bkz. Yenisey, İstinaf, s.123-127.)

124 Kararın mahkumiyet veya beraat kararı olmasına göre istinafa tabi olup olmama da saptanan ölçüdür. (Bkz. Yenisey, İstinaf, s.127)

125 Bazı suçlarda hükmedilen cezanın ağırlığı veya hafifliği göz önünde tutularak istinafa tabi olup olmama yönünde baz alınan ölçüdür.

- İstinaf veya temyizden birinin seçilmesi ölçüsü¹²⁶
- Bir hakimin, istinafı lüzumlu bulan kararı ölçüsü^{127?} 128

Kanaatimizce, bu ölçülerden sadece birinin kullanılması ulaşılmak istenen amaç bakımından daha elverişli olacaktır¹²⁹. 5271 sayılı CMK ise, cezanın ağırlığı ölçüsünü esas almıştır.

5271 sayılı CMK, basit niteliktekiler hariç olmak üzere¹³⁰, ilk derece mahkemelerinden verilen bütün hükümlere karşı istinaf yolunu açmıştır. Kanunkoyucu, bazı ilk derece mahkemelerinin hükümlerine karşı istinaf kanun yolu atlanarak doğrudan temyiz yoluna gidilmesini de mümkün kılmıştır. Şu anda hukukumuzda yalnızca şüpheli/sanık veya hükümlülerin iadesi konusunda (TCK m.18) verilen kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir¹³¹. Bu düzenleme Alman Mevaz Kanunu'ndan farklı bir düzenlemedir¹³².

İstinaf kabul etmemek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı değildir. AİHS'ne eklenen ve 22.01.1984'de imzaya açılıp, Türkiye tarafından 14.03.1985'de imzalanan fakat henüz onaylanmayan, 7 numaralı Protokol (m. 2/1) de, suçluluk ve mahkumiyet kararlarına karşı üst mahkemeye başvurmayı, kaide olarak, İnsan Haklarından saymış, bu yolun temyiz veya istinaftan biri olabileceğini kabul etmekle de sadece hukuki

126 İlk derece mahkemelerinin sonkararlarına karşı, süjelere sadece bir kanun yoluna başvurma hakkı tanınması yönünde kullanılan ölçüdür. Bu kanun yolları, temyiz veya istinaftır. Almanya'da Nazi rejimi zamanında bu ölçü esas alınmıştır. (Bkz. Yenisey, İstinaf, s.129.)

127 Maddi meselenin, ilk derece mahkemesi kararını verdikten sonra bir hakim tarafından incelenerek istinafin lüzumuna karar vermesi yolunda kullanılan ölçüdür. Bir nevi istinafin izne tabi olmasıdır. (Bkz. Yenisey, İstinaf, s.130.)

128 Sınıflandırma için Bkz. Yenisey, İstinaf, s.122-131.

129 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yenisey, İstinaf, s.123.

130 Feridun Yenisey, 'İstinaf', İstinaf konulu konferansa sunulan tebliğ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ekim 2005, s.4 ; Nurullah Kunter – Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Özet Kitap, İstanbul, 2005, s.545.

131 Centel – Zafer, s.613.

132 Alman Mevaz Kanunu basit ve orta ağırlıktaki suçlarda istinafı kabul etmiş, ağır suçlarda ise bu yolu kapatıp, sadece temyiz yolunu açmıştır.

bakımdan kanunyolu ile yetinilmesini İnsan Haklarına aykırı bir davranış olarak görmemiştir¹³³.

İstinaf davası talep üzerine açılmaktadır. Fakat onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, Bölge Adliye Mahkemelerince re'sen incelenecektir. Bu düzenleme ile otomatik istinaf sistemi getirilmiş, böylece talep dışı istinafta kabul edilmiştir¹³⁴. Kanaatimizce onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümlerin, re'sen istinaf edilmesi, bu hükmün temyizden nakledilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. 'Otomatik temyiz' de kalkmış olmaktadır.

CMK m.272/f.1/c.2'nin gerekçesinde dikkatimizi çeken bir nokta mevcuttur. Madde metninde ölüm cezalarına ilişkin hükümlerin re'sen istinaf edileceğine ilişkin herhangi bir ibare mevcut değilken, maddenin gerekçe kısmında ölüm cezalarına ait hükümlerin de otomatik istinafa tabi olması kanaatimizce doğru olmamakla birlikte karışıklığa sebebiyet verebilecektir. Madde metninin, gerekçesi ile bir uyum içinde olması gereklidir. Mad-

133 'Öğretide bazı yazarlar, 1412 sayılı CMUK çerçevesinde ülkemiz hukuk sisteminde istinafin düzenlenmeyişinin AİHM'in verdiği hak ihlali kararlarında bir olumsuz değer yargısı olarak kullandığını belirtmekte ve buna Incal v. Türkiye kararını örnek göstermektedirler. Bkz. Kunter – Yenisey, dn.: 2b, s.1070. Ancak hemen belirtilmelidir ki söz konusu kararda (Mah. K., Incal v. Türkiye, 09.06.1998) mahkeme tarafından böyle bir söylemde bulunulmamıştır. Kararın 72. paragrafının son kısmında başvuru-
cunun ilk derece mahkemesinde askeri yargıç bulunmasından dolayı olumsuz etkile-
nebileceğini, Yargıtay'ın ise yalnızca hukuki denetim yapması, uyuşmazlığın maddi
kısmına ilişkin yargılama yapamaması yani yetkisinin sınırlı olması sebebiyle başvuru-
cunun kaygılarını gideremeyeceğini belirtmektedir. Ancak mahkeme burada hukuk
düzeninde istinafin bulunmayışını değil, maddi inceleme yapan ilk derece mahkemesinde (eski DGM) asker yargıç bulunmasını olumsuz bir değer yargısı olarak belirtmektedir.' (Murat Volkan Dülger, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması', Yayınlanmamış Doktora Seminer Ödevi, İstanbul, 2005, s.31, dn.109.) Mahkemenin kararında yer alan söz konusu 72. paragrafın son kısmı aynen şöyledir: 'Buradan çıkan sonuca göre başvuru-
cunun, üyelerinden birinin askeri yargıç olması nedeniyle İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, davanın niteliği ile hiçbir ilgisi olmayan düşünceler tarafından gereksiz yere etkilenebileceğinden haklı olarak kaygı duyabilir. Yargıtay, bu konuyla ilgili tam yetkiye sahip olmadığı için bu kaygıları giderememiştir.' (Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Osman Doğru, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C.:2, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1998, s.395 – 418)

134 Yenisey, Bir Kanunyolu Olarak İstinaf, s.2.

de metnindeki gösterilen ceza nevelerinin, gerekçedekinden farklı olması kabul edilemez¹³⁵. Kanaatimizce bu karışıklığın bir an önce düzeltilmesi gereklidir.

2- Hükme Esas Teşkil Eden Mahkeme Kararları (CMK m. 272/2)

Hükümden önce verilip, hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir. Bu başvuru, talep üzerine açılmaktadır.

3- İstinaf Edilemeyen Hükümler (CMK m. 272/3)

Sonuç olarak belirlenen ikibin lira dahil adli para cezasına ‘mahkumiyet hükümlerine’, üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan ‘beraat hükümlerine’ ve ‘kesin hükümlere’ karşı istinaf yoluna gidilemez.

2002 tarihli CMUKT’nın 303.maddesinde, istinaf yoluna başvurulamayan hükümler tekerrüre esas teşkil etmez denmektedir. Oysa CMK m. 272’de böyle bir hükme yer vermemiştir. Kanaatimizce de, bu hükme CMK’da yer verilmemesi doğru olmuştur. Esas mahkemesi mahkumiyet

135 ‘Savaş zamanında ya da yakın savaş tehdidi durumunda işlenen bazı suçlar dışında (m.2) ölüm cezasının kaldırılmasını öngören 6 numaralı ek protokol Avrupa’daki tüm devletler tarafından imzalanmıştır. Ülkemizde 1982 Anayasası’nın 38.maddesinde 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla eklenen 7.fıkranın; savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları dışında ölüm cezası verilemeyeceğini hükme bağlamasından sonra, 4771 sayılı ‘Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’ ile savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülenler hariç olmak üzere 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 07.01.1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununda yer alan ölüm cezaları kaldırılarak müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür. Türkiye iç hukukunda yaptığı bu düzenlemeleri takiben 15.01.2003 tarihinde 6 numaralı protokole de imza koymuştur.’ (Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku), 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.61.) 14.07.2004 tarihli 5218 sayılı Ölüm Cezalarının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile de ölüm cezalarının kaldırılması yolundaki reform niteliğindeki hareketler devam etmiştir. Nihayet, 06.10.2005 tarihli 5409 sayılı İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No.lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanunun 1.maddesi ile ölüm cezası herkoşulda kaldırılmıştır.

hükümünü verdikten sonra istinaf yolunun kapalı olması, suçun sabit olmadığını göstermez. Dolayısıyla bu tür hükümler için de tekerrür hükümlerinin uygulanacak olması isabetlidir.

2002 tarihli CMUKT ile, 5271 sayılı CMK'nın bu başlık altında ayrıldığı bir nokta daha vardır. CMK ile istinaf yoluna başvurulamayacak hükümlere ait cezaların miktar ve nevilerinde değişiklik yapılarak CMUKT'ndan ayrılmıştır.

4- İstinaf Davasının Açılması ve Kabul Edilmesi (CMK m.273)

İstinaf davası açılması için, hükmün açıklanmasından itibaren yedi günlük bir süre kabul edilmiştir. Medeni usul hukukunda ise süre farklı düzenlenmiştir. 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 426/E maddesinde, istinaf yoluna başvurma süresi onbeş gün, 08.01.1943 tarihli ve 4354 sayılı Kanuna tabi kamu kurumları hakkında otuz gündür. Kanaatimizce, medeni yargılama ve ceza yargılamasının birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmaması gerektiğini düşünüyoruz. Her iki yargı çeşidinin konuları farklı olsa da, bazı durumlarda, aslında medeni yargıya tabi olan bir davanın, özel bir kanun hükmü ile ceza yargısında (ceza mahkemelerinde) görülebileceği hükme bağlanmıştır. Mesela, ceza mahkemelerinde son tahkikat esnasında suçtan zarar görenlerle sanıkların yaşlarında ceza hükümleri bakımından gerekli görülecek düzeltmelerin Nüfus Kanunu'ndaki usule göre yapılması ceza mahkemesine aittir. Başka bir örnek ise, bir senedin sahteliğinin tespiti için hukuk mahkemesinde ayrı bir dava açılabilmesi gibi, görülmekte olan bir hukuk davasında da sahtelik iddiası ileri sürülebilir. Nihayet son bir örnek olarak ise, bir fiilin suç sayılıp sayılmaması özel hukuka ilişkin bir meselenin haline bağlı ise, ceza mahkemesi, bu meseleyi ceza usulü kurallarına göre kendisi halledebilir¹³⁶. Tüm bu örnekler, ceza muhakemesi ile hukuk muhakemesinin kesin çizgilerle birbirlerinden ayrılmaması gerektiğinin en güzel kanıtlarıdır. Bu suretle, ceza muhakemesinde başvuru süresini 7 gün, hukuk muhakemesinde ise 15 gün ve 30 gün olarak belirlemek hukuk mantığı ve izahıyla çelişeceği gibi, eşitlik ilkesine de aykırı olur düşüncesindeyiz.

Başvuru, hükmü veren mahkemeye dilekçe verilmesi veya zabıt kati-bine beyanda bulunulması şeklinde olur. Beyan tutanağa geçirilecek ve ha-

136 Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, 12.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.66 vd.

kime onaylatılacaktır. Kanaatimizce, uygulamada hiç yeri olmayan ve CMK'nın muhtelif hükümlerinde de yer bulan, istinafta da düzenlenen zabıt katibine beyanla işlem yapmak yolu terkedilmelidir¹³⁷.

Yoklukta açıklanan hükme karşı süre tebliğ tarihinden itibaren başlar. (CMK m.273/f.2)

Üst savcılarının, yargı çevresinde bulunan mahkemelerden verilen hükmelere karşı, hükmün o yer cumhuriyet başsavcılığına geliş tarihinden itibaren yedi gün içinde istinaf davası açma yetkisi vardır¹³⁸. Kanaatimizce 'CMK 273/f.3'teki, asliye ceza mahkemesi / ağır ceza mahkemesi savcılar terimleri, hukuk tekniği açısından doğru değildir. Bu isimle belirtilen savcılar yoktur. Bu hizmeti gören savcılar vardır. Ancak savcılık ceza yargılamasında 'makam' olarak süjelik temelinde dayanır. Bu nedenle hizmette bir ayırım, isim olarak olmamak gerekir.¹³⁹

Maddenin dördüncü fıkrasına göre sanık, katılan, katılan isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenler istinaf yoluna başvuru dilekçelerinde veya beyanlarında başvuru nedenlerini gösterebilecekleri gibi, göstermemiş olmaları inceleme yapılmasına engel değildir. Hükmün, istinaf yoluna başvurulabilir olması ve başvuranın buna hakkının bulunması madde metnine göre yeterlidir. CMK 273/f.4'te istinafa başvurabilecek olarak sayılmış olanların gerekçe göstermesine gerek olmamasına karşılık, temyizde gerekçe göstermeleri gerekliliği, kanaatimizce temyiz başvurusu ile istinaf başvurusu arasında bir fark yaratılmak istenmesinden kaynaklanmaktadır. Temyiz davası açılırken, savcı ve sanık hükmün neden dolayı bozulmasını istediklerini göstermek durumundadırlar¹⁴⁰.

Kanaatimizce, müdahale istemi reddedilmiş, katılma isteği karara bağlanmamış ve müdahil sıfatını alabilecek kadar suçtan zarar görmüş olanların istinaf dilekçelerinin kabulünün öngörülmüş olması, hukuka uygun değildir. Ceza muhakemesinde temel ilke, önce yargılama da taraf sıfatını kazanmak, sonra hakları kullanmaktır. Bu nedenle, müdahil sıfatının kazanıl-

137 Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Yurtcan**, s.465.

138 **Yenisey**, Bir Kanunyolu Olarak İstinaf, s.3.

139 **Yurtcan**, s.465 vd.

140 Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Yenisey**, Bir Kanunyolu Olarak İstinaf, s.4.

ması ancak mahkeme kararı ile mümkündür. Bu konuda red kararı vermiş olan bir mahkemeyi hiçe sayarak, bir kişinin istinaf istemini kabul etmek, hukuka aykırıdır¹⁴¹.

Cumhuriyet savcıları, maddenin beşinci fıkrasına göre, istinaf yoluna başvurma nedenlerini yazılı istemlerinde gerekçeleriyle birlikte ve açıkça göstermeleri zorunludur. Kanaatimizce, istinaf davasının gerekçesi olarak ileri sürülebilen ‘sebe’i istinaf muhakemesinde yargılanacak uyuşmazlığı sınırlamayan bir kurum olarak anlamaktayız¹⁴². Dolayısıyla, istinaf mahkemelerinin, cumhuriyet savcılarının gösterdikleri gerekçelerle bağı olmalarının, tarafların ileri sürecekleri hususların da yargılamada değerlendirilmesinin yanı sıra yargılamanın kolektif olduğu gözönünde tutularak, madde hakikatin ortaya çıkarılması zımında mahkemenin de süjeler tarafından ileri sürülmeyen fakat tartışılmasını gerekli gördüğü hususları da re’sen gözönüne alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Cumhuriyet savcısının istemi, ilgililere tebliğ edilir. İlgililer, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde bu husustaki cevaplarını bildirebilirler.

Savcının istinafının taraflara bildirilmesi, kanaatimizce yargılamada ‘Silahların Eşitliği¹⁴³, ilkesine uygun bir normdur¹⁴⁴.

CMK’nın istinaf ile ilgili muhtelif maddelerinde, 2002 tarihli CMUKT’ndaki ‘taraflar’ ibaresinden farklı olarak, ‘ilgililer’ tabiri kullanılır.

141 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yurtcan, s.466.

142 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yenisey, İstinaf, s.73 vd.

143 ‘Modern anlayışa göre, silahların eşitliği ilkesi, bir süjenin/tarafın olayı diğer süjelere/taraflara karşı kendini olumsuz bir pozisyona sokmayacak koşullar altında açıklanabilmesi zorunluluğunu gerektirmektedir.’ (Kai Ambos, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6’, Çev.: Yener Ünver, in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah Kunter’e Armağan, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.23 vd.) ‘Silahların eşitliği ilkesine göre, tüm katılanlar, yargılama sürecinde eşit şekilde hareket edecekler ve özellikle eşit çerçevede bilgi edinecekler, olabildiğince aynı şartlar altında bulunacaklar, söylemek istediklerini anlatacaklar ve iddialarını ispatlayacaklardır.’ (Hans – Meyer Ladewig, ‘Adil Yargılanma Hakkı – I’, Çev.: Özlem Yenerer – Çakmut, in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah Kunter’e Armağan, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.260.)

144 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yurtcan, s.466.

mıdır. Kanaatimizce, CMK 260/f.1 ve CMK m.273/f.4'te kanun yollarına ve dolayısıyla istinafa başvurabilecek olanlar sayılmıştır. Bu kapsama sadece taraflar değil, CMK m.273/f.4 kapsamında sayılan katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar da dahildir. Sistem içindeki uyum bakımından isabetli bir düzenleme olmuştur.

5- Eski Hale Getirme Süresi İçinde İstinaf Süresinin İşlemesi (CMK m.274)

Maddeye göre sanık, yokluğunda verilen ve aleyhine olan hükümlerle ilgili olarak eski hale getirme isteğinde bulunabilir. Bu istem, eski hale getirmenin şartlarının oluşmasına bağlıdır. Eski hale getirme müessesesi, 5271 sayılı CMK'da 40, 41 ve 42. maddelerde düzenlenmiştir. Kişi, kusuru olmaksızın bir süreyi geçirirse ancak eski hale getirme isteminde bulunabilir. Demekki, sanığın eski hale getirmeden yararlanabilmesi kusursuz olmasına bağlıdır.

Eski hale getirme süresi içinde, istinaf süresi de işler. Bu nedenle istinaf yoluna başvurma hakkının korunabilmesi için eski hale getirme isteminde bulunulduğunda ayrıca istinaf başvurusunun da yapılması gerekir. Bu halde istinaf işlemi ile ilişkili işler, eski hale getirme istemi hakkında karar verilinceye kadar ertelenir.

6- İstinaf Başvurusunun Etkisi (CMK m.275)

Süresi içinde yapılan istinaf başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller. Hükmün gerekçesi, istinaf yoluna başvurulduğunun mahkemece öğrenilmesinden itibaren, yedi gün içinde tebliğ edilir.

Maddenin ikinci fıkrasında öngörülen yedi günlük sürenin, CMK 232 gereğince hükmün gerekçesinin yazılıp dosyaya konulmasından itibaren başlayacağında şüphe yoktur.

CMK 275/f.1 ile 2002 tarihli CMUKT'ndan farklı ve doğru bir düzenleme getirilmiştir. Süresi içinde yapılan 'istinaf başvurusu' demek daha doğrudur. Çünkü, istinaf başvurusu, CMK m.273/f.1'e göre hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt katibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılacağından, 2002 tarihli CMUKT m.306/f.1'deki süresi içinde verilen 'istinaf dilekçesi' tabiri doğru olmamıştır.

C- İstinaf Davasının Kabul Edilmesi

1- İstinaf İsteminin Hükümü Veren Mahkemece Reddi (CMK m.276)

Hükümü veren ilk derece mahkemesi istinaf istemini; 'süre', 'bu hükümün üst mahkeme kanunyoluna başvurulabilecek bir hüküm olup olmadığı' ve 'başvuranın buna hakkı olup olmadığı' noktalarını inceler.

İlk hükümü veren mahkeme 'istinaf yoluna başvuru istemi reddedilmezse', dosya üst mahkeme cumhuriyet başsavcılığına gönderilecek ve tebliğname ile birlikte üst mahkeme ceza dairesine verilecektir.

Ret kararına karşı Cumhuriyet savcısı ve ilgililer, tebliğden itibaren 7 gün içinde bölge adliye mahkemesinin bu hususta bir karar vermesini isteyebilirler. Ancak bu nedenle hükmün infazı ertelenemez. Bölge adliye mahkemesinin bu konuda vereceği karar kesin olup, bu karara karşı temyiz yoluna gidilemez.

2- İstinaf Davasının Kabul Edilmesi (CMK m.277)

Kabul edilen istinaf davası karşı tarafa tebliğ edilir ve 7 gün içinde yazılı cevap istenir. Sanık sözlü beyanla da cevabını verebilir. Bu beyan tutanağa geçirilir. Sanığın kanuni temsilcisi ve eşi CMK m.262'den, tutuklu sanık CMK m.263'den yararlanabilirler. Cevap verildikten sonra veya cevap süresi içinde gelmediği durumda, dava dosyası Bölge Adliye Mahkemesine sunulmak üzere, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

Bu maddede, diğer istinaf istemlerinin karşı tarafa bildirilmesi, beyanda bulunma olanağının kabul edilmesi, silahların eşitliği prensibine uygundur¹⁴⁵.

3- Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısının Tebliğnamesi (CMK m.278)

Madde, istinaf yoluna başvuru olan dava dosyalarının bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi üzerine yapılacak işlemleri düzenlemektedir.

Bölge Adliye Mahkemesi cumhuriyet başsavcısı, tebligat eksiklikleri-

145 Yurtcan, s.466.

ni tamamlayarak, tebliğname ile birlikte Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesine verir.

Tebliğname, ilgililere tebliğ olunur. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları gözönüne alınarak temyiz ve istinafla ilgili hükümlere eklenmiştir.

Kanaatimizce, cumhuriyet başsavcısının tebliğnamesinin, ilgililere tebliğ edilmesine ilişkin sürenin kanunda öngörülmemesi bir eksikliktir.

4- İstinaf Mahkemesinin Dosya Üzerinden Yaptığı Ön İnceleme (CMK m.279)

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi dosya üzerinden ön inceleme yapacak ve öncelikle kendisinin yetkili olup olmadığını araştıracaktır. Yetkisiz olduğunu gördüğünde, yetkili Bölge Adliye Mahkemesine gönderecektir.

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi ön incelemesinde, süre, görev ve sıfat bakımından da denetim yapacak ve buna hakkı olmadığı kanaatine varacak olursa istinaf başvurusunun reddine karar verecektir¹⁴⁶. Kanaatimizce CMK m.276/f.1'e göre ilk derece mahkemesinin yaptığı bu incelemenin tekrardan Bölge Adliye Mahkemesi tarafından CMK m.279/f.1/b uyarınca yapılmasını yargılamanın gereksiz olarak uzamasına sebebiyet vereceğinden madde metninden çıkarılmasını öneriyoruz.

D- İstinaf Davasının Görülmesi

1- İstinaf Mahkemesi Tarafından Esasın İncelenmesi (CMK m.280)

Bölge Adliye Mahkemesi, davanın esasını incelerken, hem maddi hem de hukuki denetim de bulunacaktır.

Maddi meselenin incelenmesi, esas mahkemesinin hüküm verilirken kullandığı delillerle tekrardan temasa geçmesi demektir. CMK, ilk hükmü yok sayıp her şeyi sil baştan yapan 'klasik istinaf' yerine, çağdaş muhakeme sistemlerinin kabul ettiği, sadece tartışmalı olan delillerin yeniden incelenmesi yöntemini kabul etmiştir¹⁴⁷. Böylece Bölge Adliye Mahkemesi ön-

146 Yenisey, Bir Kanun yolu Olarak İstinaf, s.5.

147 Kunter – Yenisey, Özet Kitap, s.548.

ce dosyayı inceleyerek, cumhuriyet savcısının tebliğnamesini ve dosya ile birlikte sunulmuş olan delilleri gözden geçirerek, üç türlü karar verebilecektir:

a- İstinaf Başvurusunun Esastan Reddi Kararı (CMK m.280/f.1/a)

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi, dosya üzerinden yaptığı incelemenin sonunda, ilk derece mahkemesinin kararını usul ve esastan uygun bulduğunu, delillerde ve işlemlerde herhangi bir eksiklik bulunmadığını ve sübut bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu gördüğü takdirde 'istinaf başvurusunun esastan reddine' karar verecektir.

b- İstinaf Mahkemesinin Bozma Kararı (CMK m.280/f.1/b)

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi, yerel mahkeme tarafından verilen kararda mutlak temyiz sebebi teşkil eden, yeni CMK 289'da yer almış bulunan hallerden birini tespit ederse, adeta bir Yargıtay gibi hareket ederek¹⁴⁸, hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükümlenmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verecektir.

Ancak Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin vereceği bu bozma kararına karşı, esas mahkemesinin direnme (ısrar) hakkı yoktur. (CMK 284/f.1)

c- İlk Derece Mahkemesinin Hükmünün İptali ve İslah (CMK m.280/f.1/c)

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi, açılan istinaf davasının yerinde olduğunu tespit ederse, esas mahkemesinin kararını 'bozacak' ve duruşmanın yeniden görülmesi için gerekli hazırlıklara başlayacaktır¹⁴⁹.

2- Duruşma Hazırlığı (CMK m.281)

Bu aşamalar sona erdikten sonra, duruşma hazırlığına başlanır. Bölge Adliye Mahkemesinde duruşma hazırlığı başkan veya görevlendireceği üye tarafından yapılır. CMK m.175 hükümlerine uygun olarak duruşma günü saptanır, gerekli çağrılar yapılır. Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi, bu

148 Kunter – Yenisey, Özet Kitap, s.549.

149 Kunter - Yenisey, Özet Kitap, s.549.

aşamada dosyayı dikkatle incelemiş olduğu için, eksikleri de tespit etmiş olacaktır¹⁵⁰.

Sanık tarafından açılan istinaf davasında, sanığın duruşmaya gelmesi davanın esastan reddi sebebi yapılmıştır. (CMK 281/f.1/c.2) Kanaatimizce bunun sebebi, sanığın duruşmaya gelmemesinin, davayı uzatan nedenlerden biri olarak görülmesidir¹⁵¹.

Kanaatimizce, sözlü duruşmaya katılma da, adil yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edilebileceği için, maddenin bu şekilde düzenlenmesi AİHM'nin düzenlemeleri ile de paralellik teşkil etmektedir. Ladewig makalesinde, düşüncemizi onaylar şekilde bu konuyu şöyle açıklamıştır: 'Ceza yargılaması katılan aleyhine bazı etkiler yapabileceği için, AİHS'nin 6.maddesi katılana sözlü duruşmaya katılma hakkını garanti etmektedir. Mahkeme, adil ve hukuka uygun ceza yargılaması kavramını tanımladığı kararlarında, hakkında bir suç isnadı mevcut olan kişinin asıl duruşmalarda bulunması gereğini tekrar tekrar vurgulamıştır. Bu durum işitme hakkı nedeniyle, katılanların yaptıklarının doğruluğunu, gerekliliğini sınamak ve ayrıca birbirlerine karşı tanık ifadelerini ortaya koymak biçiminde gerçekleşecektir. Bu nedenlerle yasa koyucunun haklı gerekçelere dayanmayan hazır bulunmama kararı verilmesine karşı olması gerekmektedir.'¹⁵²

CMK m.281/f.1/c.2'de 'tutuksuz sanık' tabiri kullanılarak, CMUKT m.312/f.1/c.2'deki 'sanık' ibaresinden ayrılmıştır. Kanaatimizce, 'Tutuksuz sanık' tabiri ile – doğru olarak – anlam belirginleştirilmiştir.

5271 sayılı CMK, mahkemeye, duruşma öncesinde gerekli gördüğü tanıkları, bilirkişileri dinlemek ve keşif yapmak yetkisi vermiştir. (CMK 281/f.2) Buradaki amaç kanaatimizce, istinaf yargılamasını çabuklaştırmaktan ibarettir¹⁵³.

3- İstinaf Duruşması (CMK m.282)

İstinaf davasındaki duruşma genel hükümlere göre yapılır. Bunun yanı sıra, istinaf davasına ilişkin bazı özellikler de vardır:

150 Kunter - Yenisey, Özet Kitap, s.549.

151 Aynı doğrultuda görüş için Kunter - Yenisey, Özet Kitap, s.549.

152 Ladewig, 'Adil Yargılanma Hakkı - I', s.260 vd.

153 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Kunter - Yenisey, Özet Kitap, s.550.

a) Duruşma genel hükümlere göre açıldıktan sonra , görevlendirilen üyenin inceleme raporu okunacaktır. (CMK m.282/f.1/a)

b) Bu aşamada ilk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü de okunacaktır. (CMK m.282/f.1/b)

c) İlk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları, bilirkişi raporu, bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar okunacaktır. (CMK m.282/f.1/c)

d) İstinaf yargılamasında, delil ikamesi ve yeni tanık dinlenmesi mümkün fakat istisnadır¹⁵⁴. Bölge adliye mahkemesi duruşmasında dinlenilmeleri ‘gerekli’ görülen tanık ve bilirkişiler de çağrılacaktır. (CMK m.282/f.1/d)

4- Hüküm (CMK m.283)

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi, duruşma sonunda yeni bir hüküm tesis edecektir. Bu hükmü verirken, ‘sanık lehine başvurulmuş olduğu hallerde’ yeni verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamayacaktır. 5271 sayılı CMK’nın bu düzenlemesi kanaatimizce hatalıdır. Bu düzenleme ile, sanık tarafından istinaf edilen bütün durumlarda cezanın sanık aleyhine ağırlaştırılması yasağı doğmuş bulunmaktadır. Kanımızca, ‘yalnız (sadece) sanık lehine başvurulmuş olduğu hallerde’ denmesi gerekmektedir¹⁵⁵.

Her ne kadar istinaf kurumuna karşı olsak da, bu kurum hukukumuza dahil edildiği için doğru şekilde bir düzenlemenin yapılması gerektiğine inanıyor ve bu yönde yapıcı eleştiriler getirmek de istiyoruz. Mevcut düzenleme hakkındaki fikirlerimiz bu olmakla birlikte, istinafta ‘aleyhe değiştirme yasağına (reformatio in peius)’ karşı olduğumuzu da belirtmek isteriz. İstinafta, mesele maddi ve hukuki olarak yeniden incelenmektedir. Bunun sonucu olarak da, mahkeme esas mahkemesinden bağımsız, kendi kararını verebilmelidir. Kanaatimizce, istinaf mahkemesi ne kısmi kesinleşme ile, ne de aleyhe değiştirme yasağı ile sınırlandırılmalıdır. İstinafa başvuran, olayın

154 Yenisey, Bir Kanun yolu Olarak İstinaf’, s.8.

155 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Kunter - Yenisey, Özet Kitap, s.551.

maddi ve hukuki yönleri ile incelenmesini istediğinden, aleyhe sonuca da katlanmalıdır. Böylece gelişigüzel açılmış davaların önü kesilmiş, istinaf mahkemelerinin yükü azaltılmış olacağı gibi maddi hakikatin ortaya çıkarılması anlamında da dev bir adım atılmış olacağına inanıyoruz. Düzenlemenin bu şekilde değiştirilmesini öneriyoruz¹⁵⁶.

5 – Direnme Yasağı (CMK m.284)

Bölge adliye mahkemesince yalnızca CMK'nın 289.maddesinde sayılan hukuka kesin aykırılık hallerinde bozma kararı verilebileceğinden, bu bozma kararlarına karşı ilk derece mahkemelerine direnme hakkı tanınmamış, bunlara karşı herhangi bir kanun yolu da öngörülmemiştir. İtiraz ve temyize ilişkin hükümler saklı tutulmuştur¹⁵⁷.

6- Özel Kanunların Temyize İlişkin Hükümleri (CMK m.285)

Esas mahkemelerinin hükümlerine karşı yalnızca istinaf yolu benimsenmiş bulunduğundan, diğer kanunlarda 'temyiz edilebileceği' veya 'Yargıtaya başvurulacağı' belirtilen hükümler hakkında, kural olarak 'istinaf' yolu uygulanacaktır. Ancak, istinaf yoluna gidebilmek için, dava veya işin, konusu itibariyle bölge adliye mahkemesinin görev alanına girmesi önkoşuldur.

Bu kuralın istisnası; sanık veya suçluların geri verilmesi kararına (5237 sayılı TCK m.18/4) karşı doğrudan temyiz yolu açılmıştır.

CMK m.285, 5237 sayılı yeni TCK m.18/f.4 istisnasını getirerek, 2002 tarihli CMUKT'ndan ayrılmıştır.

SONUÇ

Ülkemizde uzun yıllardan beri tartışılan bir konu olan istinaf, 5271 sayılı kanun ile hukuk sistemimize dahil edilmiştir. İstinaf müessesesinin, hukuk sistemimize getirilme amaçları çeşitlidir. Bu amaçlara ilişkin birçok tez, antitez ortaya konulmuş olmasına rağmen halen orta bir nokta bulunabilmiş değildir.

İstinaf müessesesinin hukukumuzda getirilmek istenmesinin en baş ne-

156 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Yenisey, İstinaf, s.86.

157 CMK m.284 Gerekçesi.

denlerinden biri, yargılamanın hızlandırılmak istenmesidir. Oysa istinaftan sonra bir de temyiz kabul edilerek, iki olan yargılama kademesi üçe çıkarılmaktadır. Yargılamanın kısaltılması amaç olmalıyken, daha da uzatılmaya çalışılmaktadır. Bu durum, adil yargılanma hakkı dolayısıyla AİHS m.6'nın da ihlali anlamına gelmektedir. Madde 6, aynı zamanda makul süre içinde yargılanma hakkını güvence altına almaktadır. Bu konu ile ilgili olarak, AİHM'nin çeşitli kararlarında, devletin, hızlı bir yargılamayı sağlamak için aldığı önlemlerin yetersizliğini, bir mazeret olarak ileri süremeyeceği ilkeleşmiştir¹⁵⁸. Türkiye bu tür düzenlemeleri tesis ederken, kanaatimizce daha dikkatli davranmalıdır.

İstinaf Mahkemeleri, 1924 tarihli 469 sayılı kanun ile kaldırılmıştır. 469 sayılı kanunun gerekçesinde, istinaf mahkemelerinin ülkemizdeki uygulamasının başarılı olmadığına ve işleri uzattığına yer verilmiştir. Ancak, istinaf mahkemeleri 469 sayılı yasa ile kaldırılmalarına rağmen, Türkiye'nin gündeminden hiç düşmemişlerdir. İstinafın gerekliliği konusunda görüş birliği olmadığı gibi, mahkemenin adı üzerinde bile görüş birliği sağlanamamıştır ve bugün ağırlıklı görüş istinaftan yana değildir.

İstinafa ilişkin eleştirilerimizi ilgili yerlerde belirttiğimiz için tekrarlamak istemiyoruz. Ama istinaf müessesesine karşı olduğumuzu bir kez daha yinelemekte fayda görüyoruz. Doktrinde, birçok yazar da bizim gibi düşünmektedir. Daha evvelden düşünmeyen müelliflerde, fikirlerini istinafın aleyhine olarak değiştirmişlerdir. Bunlardan biri olan, Öztürk/Erdem/Özbek'de, ilk başta istinafa sıcak bakmalarına rağmen, kitaplarının en son basısında fikirlerini değiştirmişlerdir. Müellifler aynen şöyle demektedirler: 'Biz, kitabımızın bundan önceki basılarında bu öneriyi olumlu bakıyorduk. Ancak, daha sonra yaptığımız çalışmalar ülkemizde istinafın yararlı olamayacağını ortaya koymuştur. Bize göre bunun yerine, daha önce de belirttiğimiz gibi, Alman modeli örnek alınarak, Yüksek Bölge Mahkemeleri kurulmalı, bunun için DGM'lerden yararlanılmalıdır. Bu mahkemelerin bir veya iki dairesi DGM olarak diğer daireleri de ilgili bölgedeki sulh ve asliye mahkemelerinde verilen hükümler için temyiz merci olarak çalışmalıdır. Bu suretle Yargıtay'ın yükü önemli ölçüde azalmış; muhakemenin hızlandırıl-

158 Leonard H. Leigh, Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması, in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Çev.: Selman Dursun, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.341.

ması ve temyiz incelemesinin kalitesinin artırılması yönünde önemli bir adım atılmış olacaktır. Böyle bir düzenleme DGM'lere yönelik eleştirilerin önemli bir kısmını da ortadan kaldıracaktır¹⁵⁹. Müelliflerin, istinaf kurumuna sıcak bakmamaları bizim düşüncemizle aynı paralellikde olsa da, getirdikleri çözüm önerilerine iştirak etmemekteyiz.

Bir meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği geçmişten bu yana sadece İstinaf mahkemelerinin kurulmasının, yargı sorunlarının çözümünde ve iyileştirilmesinde büyük bir değişiklik yapmayacağını, kısa bir süre iyileşme olsa dahi, zamanla aynı sorunların daha ağır bir biçimde yaşanacağı fikrini savunmuştur. Bu tespitleri ve kaygıları paylaşan Baki Kuru bir yazısında, 'Prensip olarak istinaf mahkemelerinin yeniden kurulması yararlı olur. Ancak istinaf mahkemelerinin yeniden kurulması için vakit henüz erkendir. Çünkü istinaf mahkemelerinin kurulması için gerekli ortam; ancak mahkemelerimizi gerek nicelik, gerekse nitelik bakımından yeteri kadar hakim, savcı, başkatip ve zabıt katibi ile donatmak, mahkeme kalem teşkilatını ıslah etmek davaların çabuk, basit ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılabilmesi için gerekli tedbirler almak suretiyle sağlanabilir. Ancak bundan sonra kurulacak istinaf mahkemeleri faydalı olabilir. Gerekli ortam hazırlanmadan istinaf mahkemeleri kurmak yararlı değil, bilakis zararlı olur¹⁶⁰, demektedir. Ülkemizin hukuk usulü alanında en yetkin isimlerinden birisi olan sayın hocamızın istinaf mahkemeleri için öne sürdüğü koşulların hangisi gerçekleşmiştir? Yeterli yargıç, savcı ve adli personel var mıdır? Mahkemelerin bina, araç, gereç ve donanımları yeterli midir? Belki de tüm bunların hepsine cevap olacak Adalet Bakanlığı bütçesi önemine ve konumuna uygun olarak, gene bütçeden yeterli pay almakta mıdır? Bu soruların hiçbirisine olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Bu sorulara olumlu yanıt veremediğimiz sürece istinaf mahkemelerine olumlu bakmak ya da onu yargının bilinen birçok sorununa çare olarak kabul etmek mümkün değildir¹⁶¹.

İstinaf mahkemelerinin önde gelen savunucularından olan Yenişey'de, yargı sisteminin bir bütün olarak ele alınıp yeniden düzenlenmeme-

159 Bahri Öztürk- Veli Özer Özbek - Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.846.

160 Baki Kuru, HUMK Tasarısı Üzerine Düşünceler, S.:3, ABD, 1959, s.125.

161 Özdemir Özok, İstinaf, Bölge Adliye Mahkemeleri, Üst Mahkemeleri, <http://www.barobirlik.org.tr/calisma/duyuru/106.aspx>.

si durumunda, sadece mevcut sistemin içine İstinaf Mahkemelerinin kurulmasıyla olumsuz sonuçların ortaya çıkacağını belirtmiştir¹⁶².

İstinaf mahkemeleri, gerekli koşullar oluşmadan, alt yapısı hazırlanmadan kurulursa, işler Yargıtay yerine kısa sürede istinafa birikecek, vatan-
daşın davasının görülmesinde sürat sağlanmış olmayacak, sadece merci de-
ğiştirilmiş olacaktır. Bu mahkemelerin içinde yer alacağı fiziksel şartların
hazırlanması, nitelikli personel ihtiyacının sağlanması da önemli sorunlar-
dır. Gerekli ortam hazırlanmadan, ilk derece mahkemelerinin bile sorunları
çözülmeden İstinaf Mahkemelerinin kurulması yararlı olmayacaktır.

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMUKT	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı
Çev	: Çeviren
dn.	: Dipnot
f.	: Fıkra
in	: İçinde
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
no.	: Numara
p.	: Paragraf
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
UMCK	: Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu
vd.	: Ve devamı
yy.	: Yüzyıl

162 Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, TBMM Adalet Komisyo Raporu, Karşı Oy Yazısı

KAYNAKÇA

ALİKAŞİFOĞLU, Kemalettin, 'İkinci Bir Üst Mahkemenin Kuruluşuna Dair İnceleme', in: Adalet Dergisi, 1976.

AMBOS, Kai, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6', Çev.: Yener Ünver, in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah Kunter'e Armağan, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

AnaBritannica, 15.Baskı, C.:12, 1988.

ARSAL, Sabri Maksudi, Umumi Hukuki Tarihi, 3.Baskı, İstanbul, 1948.

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükmeler II (Yaptırım Hukuku), 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

BAYRAKTAR, Köksal, 'İstinaf ile İlgili Tartışmalara Kısa Bir Bakış', in: Nurullah Kunter'e Armağan, 1998.

BİLGE, Necip, 'Üst Mahkemeler', Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara, 1964.

BOZER, Fevzi, '1951/52 Adli Yılına Açış Nutku', in: Adalet Dergisi, S.:10, 1951.

BUMİN, Mustafa, Anayasa Mahkemesi'nin 43. Yıldönümü Törenindeki Konuşması, Sky Türk Haber Bülteni, 25 Nisan 2005.

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

ÇAKMUT, Özlem, 'İstinaf Mahkemesi Olarak Bölge Adliye Mahkemeleri – Kuruluş ve İşleyişi', Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.:1, 2005.

DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca – Türk Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1982.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C.:2, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1998.

DÖNMEZER, Sulhi, İstinaf Davası, in: Yeni Sabah Gazetesi, No.:4769, 26 Haziran 1952.

DÜLGER, Murat Volkan, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mechanizması', Yayınlanmamış Doktora Seminer Ödevi, İstanbul, 2005.

EBERHARD, Ekkehard Mecker, 'İstinaf Mahkemesi Üzerine Genel Bir Değerlendirme', İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri Konulu Toplantıya Sunulan Bildiri, <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/duygunyarsuvat.doc>, 8 Mart 2003.

Encyclopaedia of the Social Sciences, Twelfth Printing, New York, 1957.

ERCAN, İbrahim, 'Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi', in: Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.:1, 2001.

EREM, Faruk, Ceza Usul Hukuku, Ankara, 1978.

EREM, Faruk, 'İstinaf Mahkemeleri', in:AÜHFD, S.:1-2, 1950.

EREM, Faruk, 'Üst Mahkemeler Kanun Tasarısı', in: Yargıtay Dergisi, S.:3, in: Yargıtay Dergisi, 1994.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, 'Batı Avrupa İstinaf Mahkemeleri ve Türkiyemiz', in: Adalet Dergisi, S.:5, 1955.

GÜR, Kemal, 'Üst Mahkemeler Üzerine', in: Yargıtay Dergisi, C.:3, S.:2, Nisan 1979.

KANTAR, Baha, 'Açış Dersi', in: AÜHFD, S.:1-4, 1953.

KESKİN, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul, 1997.

KLESCZEWSKI, DIETHELM, 'İstinaf Mahkemesi Üzerine Genel Bir Değerlendirme', İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri Konulu Toplantıya Sunulan Bildiri, <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/duygunyarsuvat.doc>, 8 Mart 2003.

KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü, İkinci Kitap (Öğrenme Kitabı), 12.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Özet Kitap, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005.

KURU, Baki, 'HUMK Tasarısı Üzerine Düşünceler', S.:3, ABD, 1959.

KURU, Baki, 'İstinaf Mahkemeleri Kurulurken', in: Adalet Dergisi, S.:5-8, 1963.

KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku, 12.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

LADEWIG, Hans – Meyer, 'Adil Yargılanma Hakkı – I', Çev.: Özlem Yenerer – Çakmut, in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Nurullah Kunter'e Armağan, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

LEIGH, Leonard H., 'Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması', in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Çev. : Selman Dursun, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

MUMCU, Ahmet, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ankara, 1976.

ÖZOK, Özdemir, İstinaf, Bölge Adliye Mahkemeleri, Üst Mahkemeleri, <http://www.barobirlik.org.tr/calisma/duyuru/106.aspx>.

ÖKTEM, İmran, 'Üst Mahkeme – İstinaf', in: Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara, 1964.

ÖZTÜRK, Bahri – ÖZBEK, Veli Özer – ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

ÖZYÖRÜK, Halil, '1949/50 Adli Yılı Açış Nutku', in: Adalet Dergisi, S.:10, 1949.

PRADEL, Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Çev.: Sulhi Dönmezer, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

RAUCAN, Asım, Temyizi kuvvetlendirmek mi? İstinaf Teşkilatı mı?, Hukuk Dergisi, S.:1, 1944.

REABURN, W. Norman, 'İstinaf Hakkının Tahdidi', Çev.: Şinasi Zihni, in: Adalet Dergisi, S.:2, 1935.

RIESS, Peter, 'Ceza Muhakemesinde Kanunyollarının Yeniden Düzenlenmesi', Çev.: Feridun Yenişey, İÜHFİM, C.:XLII, S.:1-4, İstanbul, 1977.

SELÇUK, Sami, 'Konumu Açısından Yargıtay ve Üst 'İstinaf' Mahkemeler Sorunu', in: Yargıtay Dergisi, C.:2, S.:4, Ekim 1976.

SELÇUK, Sami, 'Üst (İstinaf) Mahkemeleri Tezelden Kurulmalı, in: Ankara Barosu Dergisi, C.:49, S.:1, 1992.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

SURLU, Mehmet Handan, ' Türk Hukuk Uygulamasının Tarihsel Perspektifi Açısından İstinaf (Üst) Mahkemeleri veya Türk Yargı Sisteminin Dinmeyen Özlemi', in: TBBD, C.:12, S.:2, 2000.

ŞAHİN, Başak, ' Medeni Hukuk Alanında İstinaf Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemeleri Teşkilatları', <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=418>, 28.11.2005.

ŞENSOY, Naci, 'İstinaf', in: İÜHFİM, C.:XII, S.:4, 1947.

TANER, Tahir, Ceza Davalarının Uzaması Sebepleri, Alınması Gereken Tedbirler, İstanbul, 1947.

TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3.Bası, İÜHFY, İstanbul, 1955.

TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Muhakemenin Yürüyüşü, C.: II, 2.Bası, İÜHFY, İstanbul, 1976.

TURCEY, Valery, 'İstinaf Mahkemeleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme', İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri konulu toplantıya sunulan bildiri, <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/duygunyarsuvat.doc>, 8 Mart 2003.

TÜRK, Hikmet Sami, Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün 26 Mart 2002 günü Yeni Danıştay Üyelerinin Mazbata Töreninde Yaptığı Konuşma, <http://www.basin.adalet.gov.tr/b108.htm>.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku, Tarihi Giriş, İstanbul, 1965.

ÜNVER, Naci, Ceza Yargılamasında Yasa Yolları ve Bireysel Başvuru Hakkı, Tüze Yayıncılık, Ankara, 1998.

VATIEN, Bernard, 'İstinaf Mahkemeleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme', İstinaf ve Bölge Adliye Mahkemeleri konulu toplantıya sunulan bildiri, <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/duygunyarsuvat.doc>, 8 Mart 2003.

YENİŞEY, Feridun, 'Cezada Kanunyolu Reformu', in: Yargıtay Dergisi, S.:1-4, 1989.

YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İÜHFY, İstanbul, 1979.

YENİSEY, Feridun, 'Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun İstinaf Konusundaki Düzenlemeleri', Bir Kanun yolu Olarak İstinaf Konferansı Tebliği, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 19 Mart 2005.

YENİSEY, Feridun, Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler, Atatürk Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983.

YENİSEY, Feridun, 'İstinaf', İstinaf konulu konferansa sunulan tebliğ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ekim 2005.

YENİSEY, Feridun, 'Temyizin Genişletilmesi Sorunu', İÜHFM, C.:524, 1986 – 1987.

YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanun yolları, 2.Baskı, İstanbul, 1990.

YİĞİT, Ali, Temyiz Teşkilatının Takviyesi, Hukuk Dergisi, S.:2, 1944.

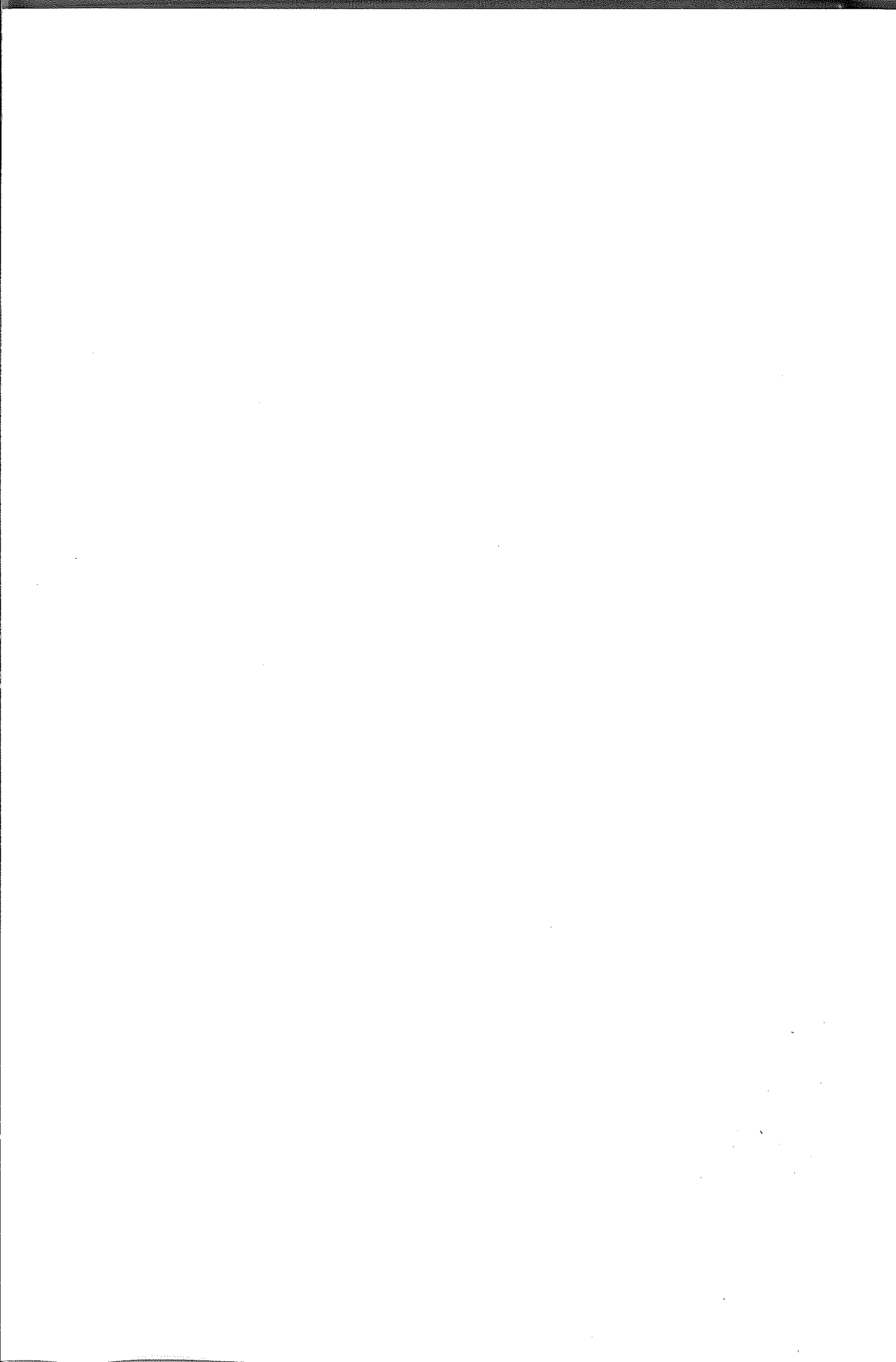
YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11.Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2005.

YURTCAN, Erdener, 'Ceza Yargılamasında İstinaf – Adalet Bakanlığı Tasarılarının Değerlendirilmesi', <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/erdeneryurtcan.doc>

YUSUF ZİYA, Adalet Teşkilatının Tarihi Tekamülü, Adliye Ceridesi, 1936.

YÜCE, Turhan Tufan, Türk – Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları (İtiraz – İstinaf – Temyiz), Ötüken Yayınları, Ankara, 1967.

ÖZEL HUKUK



**DENİZ TİCARETİ HUKUKUNDA
DONATANIN SINIRLI SORUMLULUĞU
(TTK TASARISINDAKİ HÜKÜMLERİN
DEĞERLENDİRİLMESİ İLE)**

Prof. Dr. Rayegan KENDER

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Deniz Ticareti Hukuku Ana Bilim Dalı

GENEL OLARAK

Hukukumuzda “sorumluluk” ifadesi çok defa iki ayrı anlamda kullanılmıştır. Bunlardan birincisi, “borç altına girmek”dir ki, bunun temel hükümleri Borçlar Kanunu’nda, bazı özel halleri de konu ile ilgili kanunlarda düzenlenmiştir. İkincisi ise, bir borcun zamanında ödenmemesi halinde alacaklının devlet (icra) marifetiyle borçlunun mallarına el koyarak onlardan alacağını tahsil etmesi yani borçlunun malvarlığının bu takibe açık olmasıdır. Bu ayırım Deniz Ticareti Hukuku’nda büyük önem kazanmaktadır, zira bu hukuk dalının en önemli özelliği bu ikinci anlamdaki sorumluluğun birçok alacaklar için sınırlı olmasıdır.

“Sorumluluk” teriminin iki anlamını birbirinden ayırmak için, dilimizde kullanılan eklere uygun olarak, borç anlamındaki “-den sorumlu-

luk”, diğeri ise “-ile sorumluluk” denmektedir.¹

Alacaklı, alacağının tamamı için borçlunun (haczi mümkün) bütün malvarlığına gidebilecek (icra marifetiyle) ise -ile sorumluluk sınırsızdır. Böyle olmayıp da, bir kanun hükmü (veya bir sözleşme) alacaklının borçlu malvarlığına başvurarak alacağını zorla alma yetkisini bir surette sınırlamışsa, borçlunun -ile sorumluluğu sınırlıdır.

Sorumluluğun sınırlanmasında iki sistem vardır. Birincisinde, alacağın tahsili için borçlunun ancak belirli mallarına (aktiflerine) el uzatabilir ki buna “sınırlı aynı sorumluluk” denmektedir. İkincisinde ise, alacaklı borçlunun haczi mümkün bütün malvarlığına belirli bir meblağ ile sınırlı olarak gidebilir ki, buna da “sınırlı şahsi sorumluluk” denir. Burada asla “borcun sınırlı olması” sözkonusu değildir.²

DENİZ TİCARETİ HUKUKU'NDA

Deniz Ticareti Hukukunda -ile sorumluluğun sınırlandırılması büyük önem taşır. Zira, bu alanda sorumluluğun sınırsız olması, donatanı ekonomik çöküntüye götürebilir. Donatan gemisini sefere göndermekle büyük bir kapital riski altına girmektedir. Bu nedenle Deniz Ticareti Hukukunda “sınırlı sorumluluk” veya donatanın gemisini deniz ticaretinde kullanmasından doğan borçları için sorumluluğun sınırlandırılması yoluna gidilmiştir.³

Donatanın borçları için sorumluluğun Deniz Ticareti Mevzuatında sınırlandırılması konusunda oldukça eski bir tarihten beri Uluslararası Andlaşmalar yapılmıştır. Denizcilikte ileri ülkeler bu Andlaşmalara katılmışlar ve hükümlerini de iç hukuklarına almışlardır.

1 Bu ifadelerin ilk kullanılması: Schwarz, A.B.; Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948, s.75

Deniz Ticareti Hukuku'nda: Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku I, 13. Baskı, 2004 İstanbul (bu, kitabın ilk baskısından itibaren yazılmıştır).

2 Bak. Çağa/Kender, a.g.e., s.138 dn.2

3 Fazla bilgi için: Çağa/Kender, a.g.e., s.148 v.d., Sotiropulos, Die Beschränkung der Reederhaftung, Hamburg 1962

1- Uluslararası Andlaşmalar

1) Donatanın –ile sorumluluğunun sınırlanması konusunda yapılan ilk Uluslararası Andlaşma “Deniz Gemilerinin Maliklerinin Mesuliyetlerinin Sınırlanmasına Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.08.1924 Tarihli Brüksel Andlaşması”dır.⁴Bu Andlaşmada sorumluluğun sınırlanmasında, hem gemi ve navlunun değeri ile hem de geminin beher tonilatosu başına belirli bir miktarla sınırlama sistemi kabul edilmiştir. Geminin yolculuk sonundaki değeri esas alındığından, burada “sınırlı ayıni sorumluluk”a yaklaşmıştır.

Bu andlaşma katılan ülkelerin azlığı ve özellikle Amerika ve İngiltere’nin katılmaması nedeniyle Uluslararası Deniz Hukukunda istenilen birliği sağlayamamıştır.⁵

2) Deniz Gemileri Maliklerinin Sorumluluğunun Sınırlanmasına Dair 10.10.1957 Tarihli Brüksel Andlaşması (bu andlaşma 10 Devletin tasdiki ile bu devletler arasında 31.05.1968’de yürürlüğe girmiştir).⁶

Bu andlaşma hükümleri İngiliz Hukukuna uygun bulunmaktadır. Almanya, Fransa ve diğer birçok ülkede 1957 tarihli Andlaşma hükümleri iç hukuka alınmıştır.⁷

4 Türkiye Andlaşmayı 14.02.1955 tarih ve 6469 sayılı Kanunla (Düster 36,247) tasdik etmiştir. Andlaşma 04.01.1956’da Türkiye hakkında yürürlüğe girmiştir.

5 Bu andlaşma 2 Haziran 1931’de yürürlüğe girmiştir ve 12 Devlet (imzalayan) onaylamış, 3 Devlet (Türkiye Cumhuriyeti, Dominik Cumhuriyeti ve Finlandiya) katılmıştır. (Yearbook 2000 CMI, s. 316)

6 Daha sonra pek çok Devlet katılmıştır. 1977 yılında Monako’nun katılımı ile Andlaşmanın üye sayısı 40’ı geçmiştir. Andlaşmanın metni için: İngilizce, Fransızca metni ve Almanca tercümesi: Schaps-Abraham Das Seerecht 4. Auflage Seehandelsrecht Erster Teil, 1978 Berlin, s.204 v.d.

7 Alman Ticaret Kanunu’nun Deniz Ticaretine ayrılan kısımdaki hükümlerinde 21.06.1972 tarihli Kanun ile donatanın sınırlı sorumluluğuna ait olan §486 ve 487 değiştirilmiş ve §§ 487a, 487b, 487c ve 487d ile Andlaşma hükümleri iç hukuka alınmıştır (Schaps-Abraham, a.g.e., s. 191 v.d.).

Fransa’da, 3 Ocak 1967 tarihli Kanun’un (portant statu des navires et autres bätiments de mer) 58-69. maddeleri ile (1957) Andlaşma hükümleri iç hukuka alınmıştır. (Rodière, R-Pontavice, E; Droit Maritime 12e éd. 1997 Paris, s.127).

Diğer ülkeler için: FREISE, Die summenmässige Beschränkung der Reederhaftung nach commendem Recht, Biefeld 1971, s.161

Andlaşmada, sorumluluğun sınırlanmasında, geminin tonilatosu başına belirli bir meblağ ile sorumluluk sistemi (sınırlı şahsi sorumluluk) şeklinde olan İngiliz sistemi kabul edilmiştir.

1957 tarihli andlaşma yürürlüğe girdiği tarihten kısa bir süre sonra ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiş ve yeni bir Andlaşma yapılması çalışmalarına başlamıştır. Bu durumun başlıca sebepleri şunlardır⁸:

Birincisi, dünya çapındaki enflasyon olayları ve milletlerarası para sisteminde altın esasının terk edilmesi sorumluluk sınırlarının arttırılmasını ve (1957'deki) altın (poincaré frankı) yerine milletlerarası para sistemindeki gelişmeye uygun bir ölçünün kabulünü gerektirmiştir. (Özel Çekme Hakkı kabul edilmiştir.)

İkincisi, gemi hacimlerinin çok büyümesi karşısında sorumluluğu sınırlamada esnek bir baremin kabulü zorunlu hale gelmiştir. Bütün gemilerde ton başına aynı meblağın ölçü olarak kabulü, büyük tonajlı gemilerde sorumluluk sınırını çok fazla arttırmakta ve bunun ekonomik sonuçları sıkıntı yaratabilmekte idi.

Üçüncü olarak, 1957 Andlaşmasından sonra muhtelif alanlarda yapılan milletlerarası sözleşmelerin bu Andlaşma ile uyumlu hale getirilmesi gerekmiştir. Bu sebeplerle, yapılan çalışmalar sonucunda 1924 ve 1957 Andlaşmalarının yerine geçmek üzere 1976 tarihli Londra Andlaşması kabul edilmiştir.

3) 1976 tarihli "Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Londra Andlaşması"⁹.

1976 Londra Andlaşmasının getirdiği yenilikler ana hatları ile şöyledir¹⁰:

- Sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip olan şahıslar arttırılmış, kurtarma ile doğrudan bağlantılı hizmetler gören kişiler ile sınırlamaya tabi alacaklar için sorumluluk sigortası yapan sigortacılar bunlara eklenmiştir(m. 1 par.1 ve 3, par.6).

- Andlaşmanın 3. maddesinde, 1957'den sonra kabul edilmiş bulunan

8 Çağa/Kender, a.g.e., s.163

9 Andlaşma metninin Türkçe tercümesi: Çağa, T; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt XLII, Sayı 1-4, 1977.

10 Çağa/Kender, a.g.e., s.164 v.d.

iki Uluslararası Andlaşmada yer alan alacaklar istisna edilmiştir.

Bunlar:

- “Hidrokarbonlar ile Kirlenmeden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluğa Ait 29.11.1969 Tarihli Milletlerarası Sözleşme ile yürürlükte olan tadil ve ekleri anlamında olmak üzere Hidrokarbonlarla Kirlenmeden İleri Gelen Zararlardan Doğan Alacaklar” (m.3b);

- “Nükleer zararlardan doğan sorumluluğun sınırlanmasını düzenleyen veya yasak eden bütün milletlerarası sözleşmeler veya milli kanunlara tabi olan alacaklar ile nükleer gemi malikine karşı nükleer zararlardan doğan alacaklar” (m.3b/c)dır ¹¹.

- Andlaşmanın “sınırlama hakkını kaldıran hareketler” başlığını taşıyan 4. maddesinde şu hüküm yer almıştır:

“Şahsi fiil veya ihmalden ileri gelen zarara kasden veya cüretkârane bir davranışla ve muhtemelen böyle bir zarar meydana geleceği bilinci ile sebebiyet vermiş olduğu isbat olunan sorumlu kişi sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip değildir”.

Burada “kasıt” yanında bulunan kusur şekli, ağır kusur kavramını tanımayan İngiliz Hukukunun özelliği nazara alınarak ifade edilmiştir. Bu kusur şekli, İngiliz-Amerikan Hukukundaki “wilful misconduct” kavramının karşılığıdır. Kara Avrupası hukuklarında böyle bir kusur şekli yoktur¹². Kara Avrupası hukuk sistemlerindeki kusurun dereceleri ile izahı pek mümkün olmayan bu kusurun, “kasta yakın ağır kusur” veya “mevsuf nitelikte ağır kusur” veya “çok ağır kusur” olarak anlaşılması kabul edilmiştir¹³.

11 Hidrokarbonlarla Kirlenmeden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluk Hakkındaki Andlaşma ile Nükleer Zararlardan Doğan Sorumluluk Hakkındaki Uluslararası Andlaşmalar konusunda temel bilgi için: Çağa/Kender, a.g.e., s.165-166

12 Bu kusur şekli Deniz Hukukuna ilk defa 1976 Londra Konvansiyonu ile girmiştir ve Hava hukukuna ait konvansiyonlardan gelmiştir. Kara Avrupası hukuk kavramları ile anlaşılması güç ve hatta imkansızdır. Bu konuda fazla bilgi için: Çağa, T.; “Enternasyonal Deniz Hususi Hukukunda Yeni Bazı Gelişmeler”, BATİDER, cd. IXX, S2, s. 289 v.d.

13 Bu konuda fazla bilgi için: Çağa, T., “Hava Taşıyıcısının Sınırlı ve Sınırsız Mesuliyetine Dair”, V. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1989, s. 173 v.d.

- Andlaşmanın 6. ve 7. maddelerinde sorumluluk sınırları tesbit edilmiştir. 1957 sözleşmesinden farklı iki ayrı sınırlama kabul edilmiştir. Şöyle ki:

Birincisi, gemideki yolcuların (aynı olaydan) ölüm ve yaralanmasından doğan alacaklar için geminin resmi belgesinde taşımaya izin verilen yolcu sayısının 46.666 hesap birimi ile çarpılmasından elde edilen meblağ ile sorumluluğun sınırlı olmasıdır (m.7).

İkincisi, yukarıdaki alacaklar dışında kalan ve aynı olaydan doğan alacaklar için sorumluluk sınırı 6. maddede şöyle tesbit edilmiştir:

“ 1.a) Ölüm veya yaralanmadan ileri gelen alacaklar için

500 tonu geçmeyen bir gemi için 333.000 hesap birimi

tonajı yukarıdaki rakamı aşan bir gemi için, (i) bendinde yazılı meblağa ilave olarak ayrıca;

- 501den 3000 tona kadar beher ton için 500 hesap birimi;

- 3001den 30.000 tona kadar beher ton için 333 hesap birimi;

- 30.001den 70.000 tona kadar beher ton için 250 hesap birimi ve

- 70.000den yukarı beher ton için 167 hesap birimi;

b) Diğer bütün alacaklar hakkında:

i) 500 tonu geçmeyen bir gemi için 167.000 hesap birimi

ii) Tonajı yukarıdaki rakamı aşan bir gemi için ise, (i) bendinde yazılı meblağa ilave olarak ayrıca;

- 501den 3000 tona kadar beher ton için 167 hesap birimi;

- 30.001den 70.000 tona kadar beher ton için 125 hesap birimi ve

- 70.000den yukarı beher ton için 83 hesap birimi.

2. Birinci paragrafın (a) bendi uyarınca hesaplanan meblağ, bu bentte yazılı alacakları tam olarak karşılamaya yetmediği takdirde, birinci paragrafın (b) bendi gereğince hesaplanan meblağ aynı paragrafın (a) bendinde yazılı alacakların ödenmeyen bakiyesini karşılamak için kullanılabilir ve işbu ödenmemiş bakiye birinci paragrafın (b) bendinde yazılı alacaklarla birlikte garameye katılır”.

Sorumluluğun sınırını tesbit eden hükümlerde görüldüğü üzere 1957 Konvansiyonuna göre çok önemli bir yenilik getirilmiştir: geminin tonajına

göre sabit bir hesap birimi yerine esnek bir ölçü kabul edilmiş, tonaj büyükçe hesap birimi sayısı azaltılmıştır. Böylece çok büyük tonajlı gemilerde, sorumluluk sınırının makul hadler içinde kalması sağlanmıştır.

- Andlaşmada bulunan önemli yeniliklerden biri de sorumluluk sınırını taşıyan hesap birimini değiştirmiş olmasıdır. Burada hesap birimi, Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund = IMF) tarafından kabul edilen “Özel Çekme Hakkı”dır¹⁴. “Hesap Birimi” başlığını taşıyan 8. maddeye göre;

“6 ve 7nci maddelerde yazılı hesap birimi, Milletlerarası Para Fonu tarafından belirlenen Özel Çekme Hakkıdır. 6 ve 7nci maddelerde zikrolunan miktarlar, sınırlı sorumluluğun ileri sürüldüğü devletin milli parasına çevrilir; çevirme işi sorumluluk fonunun tesis olduğu, ödemenin yapıldığı veya bu devlet kanunları uyarınca eş değerde bir teminatın gösterildiği tarihteki milli para değerine göre yapılır.”

2- Türk Deniz Ticareti Hukuku

A. 1929 Tarihli Deniz Ticareti Kanunu

13.05.1929 tarih ve 1440 No.lu Deniz Ticareti Kanunu, Ticaret Kanununun İkinci Kitabını teşkil etmiştir (21.11.1929’da yürürlüğe girmiştir). Deniz Ticareti Kanununun 1015-1446. maddeleri Alman Ticaret Kanununun deniz ticaretine ait olan 4. kitabının (§474-905) bir tercümesidir. Gemi rehnine ait olan 1447 ile 1458. maddeleri Alman Medeni Kanununun 1259-1269. paragraflarından alınmıştır. Gemi Sicili ve bayrak hakkına dair olan 1459-1482. maddeleri, Ticaret Gemilerinin Bayrak Hakkına Dair 22.06.1899 tarihli Alman Kanunundan alınmıştır.

Bu kanunda donatanın sınırlı sorumluluğu konusunda Alman Ticaret Kanunundaki “sınırlı aynı sorumluluk sistemi” kabul edilmiştir¹⁵.

14 İngilizce: Special Dawing Right-SDR; Fransızca: Le Droit de Tirage Special-DTS; Almanca: Sonderziehungsrecht-SZR

15 Alman Ticaret Kanunu, §§ 486, 753, 756, 771, 773, 774, 775’den tercüme edilerek alınmıştır. Kanunda 1027, 1267, 1294. maddelerde sınırlı sorumluluğa tabi alacaklar gösterilmiştir. Sınırlı sorumluluğun kapsamı ise (tamamen aynı olduğundan) gemi alacaklısı hakkı (kanundan doğan rehin hakkı)nun kapsamına ait maddeler:1296, 1297, 1304, 1305, 1312, 1314, 1315’de düzenlenmiştir.

B. Türk Ticaret Kanunu

Türk Ticaret Kanununda donatanın sınırlı sorumluluğu konusunda önceki kanundaki sistem ve hükümler yer almıştır. Ancak hükümlerin tercümesi daha düzgün bir ifade ile yapılmıştır. Kanunda önce sınırlı sorumluluğa tabi alacaklar, sonra sınırlı sorumluluğun kapsamı düzenlenmiştir.

1- Sınırlı sorumluluğa tabi olan alacaklar:

a) Kanununun 948. maddesine göre sınırlı sorumluluğa tabi alacaklar şunlardır:

“1. alacak, kaptanın hususi bir vekaletle değil, sırf kaptan sıfatıyla haz olduğu kanuni salahiyyete istinaden yaptığı hukuki muamelelerden doğmuş ise;

2. alacak, donatan tarafından akdedilmiş olup da ifası kaptana düşen bir mukavelenin yerine getirilmemesinden yahut noksan veya fena ifasından doğmuş ise;

3. alacak, gemi adamlarından birinin kusurundan doğmuş ise”

1. bent hükmünün açıklanması için kaptanın kanundan doğan donatayı temsil yetkisinin kapsamını incelemek gerekmektedir. Kaptanın donatayı temsilen yapabileceği hukuki muameleler, geminin bağlama limanında bulunduğu veya bağlama limanı dışında olmasına göre değişmektedir.

Gemi bağlama limanında bulunduğu sırada, kaptanın kanuni temsil yetkisine dayanarak yapabileceği hukuki muameleler şunlardır¹⁶:

• Gemi adamı tutmak: m.986/2’de “tayfa tutmak” ifadesi var ise de, maddenin mehası olan Alman Hukukunda, “tayfa” sözünün bütün gemi adamları manasına geldiği kabul edilmektedir.

• Gemi alacaklısı hakkı sahiplerinin donatana karşı açacakları davada onu temsil etmek,

Gemi bağlama limanı dışında iken kaptanın temsil yetkisi çok geniştir. Şöyle ki;

• TTK m. 987 hükmüne göre: kaptan, bu sıfatla geminin donatılmasına, yakıt ve kumanyasına, gemi adamlarına, geminin iyi halde muhafaza

16 Çağa/Kender, a.g.e., s.151 v.d.

edilmesine ve genel olarak yolculuğun selametle icrasına müteallik her türlü muamele ve tasarrufları üçüncü şahıslarla donatan adına yapmaya yetkilidir. Kaptan, taşıma (navlun) sözleşmeleri yapmak ve kendi görevlerine giren hususlarda dava açmaya da yetkilidir.

• TTK m. 988'de kaptanın kredi muameleleri yapması konusundaki temsil yetkisi düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, "kaptan, ödünç para veya veresiye mal almağa ve bu gibi kredi muamelelerine girişmeye ancak muhafaza etmek veya yolculuğu yapmak için zaruret halinde ve bu zaruretle ölçülü derecede yetkilidir. Muamelenin geçerli sayılması paranın hakikaten sarfedilmiş olup olmamasına veya kaptanın seçtiği kredi şeklinde isabet bulunup bulunmamasına yahut kaptanın emrinde para mevcut olup olmasına bağlı değildir; meğer ki üçüncü şahıs kötüniyet sahibi olsun."

Madde metninden anlaşıldığına göre, gemi bağlama limanı dışına çıkınca kaptanın temsil yetkisi çok genişlemektedir. Yolculuk boyunca geminin denize ve yola elverişli kalması için özen gösterecek, bunun için gerekli muameleleri yapacak, taşıma sözleşmeleri de yapacak ve ilgili konularda dava da açabilecektir.

2. bent hükmünde donatan tarafından akdedilmiş olup da ifası kaptana düşen bir sözleşmenin yerine getirilmemesinden yahut noksan veya fena ifasından doğan alacaklar sözkonusudur. Bunun en önemli hali, donatan tarafından yapılan navlun sözleşmesinin ifasıdır. Zira navlun sözleşmesinin ifası (icrası) kaptanın görevine giren bir husustur, çünkü yükü fiilen gemi ile varma limanına salimen götüreceği olan kaptan (gemi adamları ile beraber)dir. Geminin tahsis edildiği amacın sınırları içinde kalan bütün sözleşmelerin icrası (ifası) kaptanın görevine girer.

2. bentte yazılı ve yukarıda açıklanan halde sözleşmenin ifa edilmesinin yahut noksan veya fena ifa edilmesinin gemi adamlarından birinin kusurundan doğup doğmadığına bakılmaz (m. 948/2).

3. bent hükmü: gemi adamlarının birinin kusurundan doğan alacaklar.

Bu hükümde kastedilen alacaklar, m. 947 hükmüne göre, gemi adamlarından birinin vazifesini yaparken işlediği kusur neticesinde üçüncü şahıslara verdiği zararlardan dolayı donatanın sorumlu (borçlu) olduğu alacaklardır.

b) Kanunun 1234/1. maddesine göre,

Alacak kurtarma veya yardımdan doğmuş ise, donatanın sorumluluğu sınırlıdır. Madde metnine göre, “Kurtarma veya yardım keyfiyeti kendiliğinden kurtarma ve yardım masraflarını ödemek için şahsi bir borç doğurmaz”. Burada, “şahsi bir borç” ifadesinin anlamı sınırsız sorumluluktur, sözkonusu alacak için sınırlı sorumluluk sözkonusu olacaktır.

Sınırlı sorumluluğun kapsamı

Donatanın sınırlı sorumluluğunun genel kapsamı, m. 948/1’de “... ancak gemi ve navlun ile sorumludur” ifadesi ile gösterilmiştir. Bu kapsamın içinde bulunan değerlerin ayrıntılı olarak tesbiti, Kanunda “gemi alacaklısı hakkı” adını taşıyan kanuni rehin hakkının kapsamına ait hükümlerde yapılmıştır. Donatanın sınırlı ayni sorumluluğu ile gemi alacaklısı hakkı(kanuni rehin hakkı)nın kapsamı aynıdır. Sınırlı ayni sorumluluğa tabi bütün alacaklar, gemi alacaklısı hakkına (m. 1235) sahiptirler.

Kanunda gemi alacaklısının kapsamı aşağıdaki hükümlerde gösterilmiştir. Şöyle ki¹⁷ :

- Gemi: m. 1236/1 ‘e göre gemi ve teferruatı; burada kastedilen kullanılması alacağın doğumuna sebep olan gemidir. Geminin teferruatı da, gemi malikine ait olup olmadığına bakılmaksızın kapsama dahildir. Gemi, takip sırasındaki hali ile gemi alacaklısı hakkı (donatanın sınırlı sorumluluğu)na karşılık teşkil eder.

- Navlun: m. 1237’e göre; alacağa sebep olan yolculuğun gayrisafi navlunudur.

- Surrogatlar: gemi ve/veya navlunun bazı sebeplerle kısmen veya tamamen ortadan kalkması halinde, onların yerine geçen ikame değerleri, sınırlı sorumluluğun kapsamına dahil olur. Bunlar;

- Kaptanın kat’i zarurete binaen TK m. 990 uyarınca gemiyi satmış ise satış bedeli (m. 1245/1);

- Gemi Türkiye’de cebri icra yolu ile satılmış ise ihale bedeli (1245/1);

- Gemi veya navlunun feda edilmesi karşılığı olan müşterek avarya garame alacakları (m. 1256/1);

17 Fazla bilgi için bak. Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku III Gemi ve Yük Alacaklısı Hakları, Zamanlaşımı, Deniz Hukukunda Cebri İcra, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 8 v.d.

- Geminin zıyaı veya hasara uğraması yahut yükün zıya ve hasarı sonucunda navlunun eksilmesi hallerinde hukuka aykırı davranışları ile bu zararlara sebep olan sorumlu kimseler tarafından donatana ödenecek tazminat (m. 1256/2).

Sürrogat adı verilen ve yukarıda gösterilen hak ve alacaklar donatan tarafından tahsil edilinceye kadar bu niteliğe sahiptirler. Donatan tarafından tahsil edildiğinde, bunlar artık donatanın kara servetine karışır ve donatanın sınırlı ayni sorumluluğu, sınırlı şahsi sorumluluğa dönüşür. Şöyle ki:

- Donatan, deniz servetini teşkil eden navlun veya sürrogatları tahsil ederse, alacaklılara karşı tahsil ettiği miktarla sınırlı olarak bütün malvarlığı ile sorumlu olur (m. 1252, 1254, 1256).

- Donatan, alacaklıları deniz servetindeki “navlun” unsurundan mahrum etmişse, yani gemiye kendi hesabına mal yüklemişse, bu mallar için yükleme yer ve zamanında ödenmesi mutad navlun miktarı ile sınırlı olarak şahsen –bütün malvarlığı ile- sorumlu olur.

- Donatan, deniz servetindeki “gemi” unsurunu riske etmişse: Donatan, yalnız deniz serveti ile sorumlu olduğu bir alacağın varlığını bildiği halde gemiyi alacaklıların menfaati icabı olmaksızın yeni bir yolculuğa (m. 1238) çıkarırsa, bu alacak için geminin yeni yolculuğun başındaki değeri ile sınırlı olarak şahsen (bütün malvarlığı ile) de sorumlu olur (m. 1255/1).

Kanun hükümlerinde görüldüğü üzere, “deniz servetinin” eksilmesi veya tehlikeye düşme ihtimali karşısında, alacaklıların teminatlarının (sınırlı sorumluluk- kanuni rehin hakkı) kapsamının aynen korunması için gerekli düzenlemeler yapılmıştır.

Türk Ticaret Kanunundaki sınırlı ayni sorumluluk sistemi çok eskimiştir ve modern deniz ticaretinin ihtiyaçlarına cevap verememektedir. Sınırlı ayni sorumluluk sisteminde çok yetersiz kalan ve uygulamada sorun çıkaran hususlar “deniz serveti”nin kapsamındaki gemiye el koymanın zorluğu, el konduğu zaman teminat yatırılarak geminin hareketinin sağlanması ve navlun ve surrogatların tesbitidir.

Uluslararası Deniz Hukukunda donatanın sınırlı sorumluluğu konusunda, yukarıda açıklandığı üzere 1957 tarihli Brüksel Konvansiyonunda İngiliz Hukukundaki “sınırlı şahsi sorumluluk” sistemi kabul edilmiş ve bu sistem denizci devletlerin iç hukuklarına da geçmiştir. TTK’nın meha-zı olan Alman Ticaret Kanunu da bu sistemi 1972 tarihinde Ticaret Kanu-

nuna almıştır. Türk Hukukunda da bu konudaki değişiklik ihtiyacı uzun yıllardır görülmüş, ancak gerekli yasal düzenleme bugüne kadar yapılmamıştır. Nihayet, TTK'nın Deniz Ticaretine ilişkin hükümlerinin değiştirilmesi çalışmalarına girilmiş, TTK'nın bütünü için yeni bir Kanun tasarısı hazırlanmıştır.

III. TTK Tasarısı'nın "Deniz Ticareti" Başlıklı 5. Kitabında Donatanın Sınırlı Sorumluluğuna İlişkin Hükümler

"Türk Ticaret Kanunu Tasarısı" beş yılı aşkın bir süre içinde hazırlanarak 28.02.2005 tarihinde kamuoyunun değerlendirmesine sunulmuştur. Daha sonra, 2 ay süre verildiği için sadece temel noktalarda değerlendirmeler yapılmıştır. Tasarıda (Deniz Ticareti'ne ve ayrılan hükümler) çok cüz'î ve bazan da gereksiz değişiklikler yapılarak Meclise sunulmuştur. Şu anda Meclisde, Adalet Komisyonunda incelenmekte olduğu bilinmektedir.

Bu çalışmada önce, tasarının ilk metninde donatanın sınırlı sorumluluğu hakkında yer alan hüküm, bunu takiben sonradan Tasarının (Deniz Ticaretine ayrılan kısım) sonuna eklenen konuya dair hükümler değerlendirilecektir.

1- Tasarının ilk metninde 1062(2) maddede aynen şöyle bir hüküm yer almıştır:

"Donatan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin milletlerarası sözleşmelerden doğan sorumluluğunu sınırlandırma hakkı saklıdır." Bu hüküm yanlıştır. Şöyle ki; burada "Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması Hakkındaki 1976 Londra Andlaşması" ile "Ham Petrol ile Kirlenme Zararlarından Sorumluluk Hakkındaki 1969 Brüksel Andlaşması'nın 1992 Londra Protokolü ile değişik şekli" kastedilmektedir. (Türkiye'nin taraf olduğu Andlaşmalar bunlardır.) inceleme konumuz, genel olarak donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması olduğu için, maddede kirlenme zararları konusundaki vahim hata üzerinde durmayacağız¹⁸.

18 Hata şudur: Kirlenme zararları hakkındaki Andlaşmada hem hukuki sorumluluk hem de -ile sorumluluğun sınırlandırılması düzenlenmiştir. Buradaki atıf sadece -ile sorumluluğun sınırlandırılmasına dair olduğuna göre, hukuki sorumluluk hakkında hiçbir hüküm konmamıştır.

Tasarının ilk şeklindeki bu hüküm, 1976 tarihli Londra Andlaşmasının TTK hükmü olarak uygulanmasını (sadece yapılan atıfla) sağlayamaz. Andlaşma hükümlerinin iç hukuka intibakı için bazı hükümler konması gerekir. Andlaşmadaki düzenleme tarzı aynen bir kanuna geçemez, tamamlayıcı ve uyum sağlayıcı hükümler konması gerekir. Örneğin; Andlaşmada, sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip kişiler arttırılmıştır, sadece donatan değildir, halbuki bu hüküm sadece donatan için konmuştur. Bu durumda Andlaşma hükümleri sadece donatan için uygulanacaktır ki bu Andlaşmanın sistemine tamamen aykırıdır. Bu maddenin, konuya hiç düşünülmeden yazıldığı anlaşılmaktadır.

Tasarıda yapılan bu hata sonradan –yapılan eleştiriler üzerine- düzeltilmek istenmiş, ancak bu sefer de başka önemli hatalar yapılmıştır. Yapılan şudur; tasarının sonuna –bir yama gibi- m. 1328-1349. maddeler eklenmiştir. Bu maddelerin başlığı şöyledir:

“YEDİNCİ KISIM

Sorumluluğun Sınırlanması ve Petrol Kirliliği Zararının Tazmini”

Bu başlık altında “deniz alacakları için sorumluluğun sınırlanması? ile Petrol Kirliliği Hakkında özel hükümler yer almıştır. Bu incelemede, sadece “deniz alacakları için sorumluluğun sınırlanması”na dair hükümler değerlendirilmiş , konunun dışında olan petrol kirliliği hakkındaki hükümler incelenmemiştir.

Yukarıda başlığı verilen Yedinci Kısım’da ilk başlık “A) Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması”dır. Bu başlık altında yer alan hükümler (m.1328-1335) aynen şöyledir:

Sorumluluğun Sınırlanması ve Petrol Kirliliği Zararının Tazmini

A) Deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması

I- Kural

Madde 1328 - (1) Deniz alacaklarından doğan sorumluluk, 19/11/1976 tarihli “Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme” ile bu Sözleşmeyi değiştiren 2/5/1996

tarhli Protokol veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen uluslararası sözleşmelere göre sınırlanabilir.

(2) 1976 tarihli Sözleşmenin 20 ve 21 inci maddeleri ile 1996 tarihli Protokolün 8 inci maddesi uyarınca yapılacak gözden geçirmelerin ve değişikliklerin, Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdikleri tarihten başlayarak, bu madde, anılan gözden geçirmeyi ve değişiklikleri de içine alacak şekilde uygulanır.

II- Yabancılık unsuru taşımayan hâller

Madde 1329 - (1) 1328 inci madde, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrası anlamında yabancılık unsuru taşımayan hâllerde de uygulanır.

III- Uygulama alanının genişletilmesi

Madde 1330 - (1) 1328 inci madde, aşağıdaki hâllerde de uygulanır:

a) 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin birinci paragrafının ikinci cümlesinde sayılan kişiler, bir Türk mahkemesinde sorumluluklarını sınırlamak istediklerinde;

b) 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin ikinci paragrafının (a) bendinde sayılan gemiler hakkında;

c) 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin ikinci paragrafının (b) bendinde sayılan gemiler hakkında, 1332 nci maddede öngörülen sınırlar dahilinde;

d) 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin dördüncü paragrafında sayılan gemiler hakkında, 1333 üncü maddede öngörülen şuurlar dâhilinde.

2) Alacaklı, birinci fıkranın (a) bendinde söz konusu olan kişinin ülkesinde sorumluluğun sınırlanmasının caiz olmadığını ispat ederse, sorumluluk Türkiye’de sınırlanamaz. Alacaklı o kişinin ülkesinde 1976 tarihli Sözleşmeye göre daha yüksek bir sorumluluk sınırının uygulandığını ispat ederse, 1976 tarihli Sözleşme, o yüksek sınır esas alınarak uygulanır.

IV- Sözleşmenin uygulanmayacağı alacaklar

Madde 1331 - (1) 1976 tarihli Sözleşmenin 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri ile 3 üncü maddesinde sayılan alacaklara karşı

sorumluluk sınırlandırılmaz.

V- 300 tonilâtodan küçük gemiler

Madde 1332 - (1) 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin İkinci paragrafının (b) bendinde sayılan gemiler için, aynı Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci paragrafının (b) bendi uyarınca hesaplanacak sorumluluk sınırı 83.500 Özel Çekme Hakkıdır. Diğer hâllerde, 1976 tarihli Sözleşmenin öngördüğü sorumluluk sınırları geçerlidir.

VI- Sondaj işlemi gemileri

Madde 1333 - (1) Sınırlamaya esas olan alacağın, geminin sondaj işlemi için kullanılmak üzere sondaj yerinde bulunduğu sırada doğmuş olması şartıyla, 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin dördüncü paragrafında sayılan gemiler hakkında aşağıdaki sorumluluk sınırları uygulanır;

a) 1976 tarihli Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci paragrafının (a) bendinde sayılan alacaklar için 32.000.000 Özel Çekme Hakkı,

b) 1976 tarihli Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci paragrafının (b) bendinde sayılan alacaklar için 20.000.000 Özel Çekme Hakkı.

VII- Öncelik

Madde 1334 - (1) Ölüm ve yaralanmadan doğan alacakların, 1976 tarihli Sözleşmenin 6 ncı maddesinin ikinci paragrafı uyarınca haiz oldukları haklara hâlel gelmemek kaydıyla, aynı maddenin üçüncü paragrafında sayılan alacaklar, birinci paragrafının (b) bendinde yazılı diğer alacaklara oranla önceliklidir.

(2) Bu öncelik, paylaştırmada aşağıdaki sıra izlenerek gerçekleştirilir:

a) 1976 tarihli Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci paragrafın (b) bendinesayılan alacaklarla, ikinci paragrafında yazılı alacakların arasındaki paylaştırma oranıbelirlenir,

b) Bu oranlara göre, ikinci paragrafta yazılı alacaklara düşen paylar belirlenir,

c) Fondan, bu paylar ve üçüncü paragrafta sayılan öncelikli alacaklar ödenir,

d) Bakiyeden, birinci paragrafın (b) bendinde yazılı diğer alacaklar

ödenir,

e) Fon, ikinci paragrafta yazılı alacaklara düşen payları ve üçüncü paragraftayazılı öncelikli alacakları karşılama yetmezse, fonun tamamı bu alacaklıların arasındagarameten paylaşılır.

VIII - Fon kurmadan sorumluluğun sınırlanması

Madde 1335 - (1) 1976 tarihli Sözleşmenin 10 uncu maddesi uyarınca, fon kurulmadan da sorumluluğu sınırlama hakkı ileri sürülebilir.”

Değerlendirme:

Madde metinlerinden anlaşılan, genel olarak, atıf yapılan andlaşma hükümlerinin bir iç kanun haline getirilmesi için gerekli hükümlerin konması değil, Andlaşmanın uygulanma kanunu niteliğini taşımasıdır.

Bu hükümlerde, deniz alacakları için sorumluluğun sınırlanmasında 1976 tarihli Londra Andlaşmasına atıf yapılmıştır. Ancak bu şekildeki düzenleme isabetli olmamıştır. Türk Hukukunun bugün en yaygın uygulama alanı olan 1976 Andlaşması hükümlerine uygun hale getirilmesi zarureti vardır. Ancak bu yapılırken takip edilecek yol çok önemlidir. 1957 yılından beri uygulanan kanunumuzda bu kadar köklü değişikliğin Andlaşmaya atıf suretiyle yapılması doğru olamamıştır. Bir andlaşmaya atıf yapıldığı zaman buna iç hukuk niteliği kazandırılması için bazı ek hükümler konması gerekir. İşte bu hususta tasarı hükümlerinde hatalar vardır. Yani, tasarinın bu hükümlerinin uygulamada çok büyük sorunlar çıkaracağı ve mahkemelerin çok zor durumda kalacaklarını düşünüyorum.

Atıf şekli ve ek hükümlerin hatalı olanlarına örnekler:

1. m.1328(1) ifadesi doğru değildir, zira atıf yapılan Andlaşma hükümlerine göre de, sorumluluk sınırlanabilir (mad1-1). Burada doğru ifade şöyle olmalı idi: Deniz alacakları için sorumluluğun sınırlanması hakkında 1976 tarihli Londra Andlaşması uygulanır.

2. m. 1329 (1) hükmünün hiçbir hukuki değeri yoktur. Ticaret Kanununda, Andlaşma hükmüne atıf yapıldığına ve bu da bir iç kanun olduğuna göre bunun yabancılık unsuru taşımayan hallerde uygulanacağı aşikardır. Andlaşma hükümleri yapılan atıfla Ticaret Kanununa alınmıştır.

3. m.1330: Burada, 1328 (atıf maddesi ile 1976 tarihli And.) “aşağıdaki hallerde de uygulanır” ifadesinden, Andlaşmada olmayan hallerine

gösterileceği anlamı çıkar. Ancak böyle değildir.

(1) b) de atıf yapılan Andlaşmanın 15. maddesinin 2. paragrafının (a) bendinde sayılan gemiler, “kendi mevzuatı gereğince iç sularda seyre tahsis edilen gemiler”dir. Bu bentteki “kendi mevzuatı”, TTK olduğuna ve tasarıda gemi kavramı içsu gemilerini kapsayacak şekilde tanımlandığına göre bu hükmün hiçbir hukuki değeri olamaz.

(1) c) de atıf yapılan Andlaşmanın 15. maddesinin 2. paragrafının b) bendi, 300 tonilatodan küçük gemilere uygulanacağını tarafların kabul edebileceğini öngörmüştür. Şu halde, sözkonusu c) bendi ile tasarıda bu kabul edilmiş, ancak bu gemiler için sorumluluk sınırı başka bir maddede (m. 1332) yazılmıştır. Bunların aynı maddede yer alması, bu kanun hükmü niteliğine daha uygundur (Alman Ticaret Kanunu §487a.’da böyledir).

Tasarının 1330. maddesinde -bazı örneklerini yukarıda gösterdiğimiz- isabetsiz atıflarla, hüküm son derece karışık hale getirilmiştir. Kanun yapma usulü bakımından, Londra Andlaşmasının tamamına atıf yapıldıktan sonra, uygulama alanını genişleten hükümlerin atıfsız olarak ifade edilmesi gerekir.

4. m. 1331(1): Burada atıf yapılan, Andlaşmanın 3. maddesinde sayılan alacaklar zaten uygulanma dışında bırakılmıştır. Bu nedenle sadece Andlaşmanın 2. maddesini (d) ve (e) bentlerinin zikredilmesi gerekir idi.

Andlaşmanın 2. maddesinin (d) ve (e) bentlerinin neden uygulama dışında bırakıldığı da anlaşılammaktadır¹⁹.

SONUÇ

Tasarının, sınırlı sorumluluk hakkındaki hükümleri, yapılan atıflar ve Andlaşma hükümlerinin iç hukuka yerleştirilmesi yukarıda örnekleri açıklandığı üzere hiç isabetli olmamıştır. Böyle kanunlaşırca, uygulamada fev-

19 Andlaşmada bu bentlerde yer alan alacaklar için sınırlı sorumluluk kabul edilmiştir. Metinler şöyledir:

“d) Batmış, enkaz haline gelmiş, oturmuş veya terkedilmiş bir geminin, içinde bulunan veya bulunmuş olan şeyler de dahil olmak üzere yüzdürülmesi, kaldırılması, imha edilmesi veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar;

e) Gemi yükünün imhası veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar”.

kalade zor sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, 1957 yılından beri uygulanan TTK'da bu kadar köklü değişikliklerin getirilmesinde, atıf usulü terkedilerek, Andlaşma hükümlerinin gerekli bir şekilde kanun hükümleri içine yerleştirilmeleri çok isabetli ve doğru olacaktır²⁰.

Bu şekilde bir düzenleme Deniz Hukuku Derneği'nin hazırlatmış olduğu taslakta yer almıştır. Burada, donatanın sınırlı sorumluluğu, olması gereken yerde, yani donatanın gemi adamlarının kusurundan doğan zararlar için sorumluluğunu takip eden maddede, bu hükme göre doğan borçlar için sorumluluğun (icra takibi bakımından) sınırlanması, 1976 Londra Andlaşması hükümleri yerleştirilerek düzenlenmiştir. Tasarıda ise, son kısma yama gibi eklenmiştir.

Deniz Hukuku Derneğinin hazırlattığı taslakta, 1976 Andlaşması hükümlerinin kanun hükümleri içine yerleştirilerek düzenlenmiş olan metnin bu çalışmanın sonuna aynen alınması faydalı bulunmuştur.

127) 948. madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir ve 948 a-i eklenmiştir.

I- Sorumluluğun Sınırlanması Sistemi

Deniz alacakları için, 948a-i maddelerinde gösterilen kurallar uyarınca sorumluluk sınırlandırılır.

m. 948a.

1. Sorumluluğu sınırlandırma hakkına sahip olan kişiler

1- Donatan, Çarterer,

2- Kurtarma faaliyetleri ile doğrudan bağlantılı hizmetleri gören kişiler,

3- Sınırlamaya tabi alacaklardan biri, donatan, çarterer veya kurtarma faaliyetinde bulunanın fiil, ihmal ve kusurlarından sorumlu bulunduğu herhangi bir kişiye karşı ileri sürüldüğü takdirde bu kişi,

20 Alman Ticaret Kanununda da, 1972'deki ilk değişiklikte, 1957 tarihli Brüksel Sözleşmesi hükümleri Kanuna yerleştirilmiş, 1986'daki ikinci değişiklikte atıf usulüne gidilmiş, ancak Andlaşma 1976 hükümlerinin iç hukuka alınmasında uygun tamamlayıcı hükümler konmuştur.

4- Sınırlamaya tabi alacaklar bakımından sorumluluğu sigorta etmiş bulunan sigortacıdır.

m. 948b.

2. Sınırlamaya tabi alacaklar

1- m. 948c. ve d. hükümleri saklı kalmak üzere aşağıdaki alacaklar, sorumluluğun temeli ne olursa olsun sınırlı sorumluluğa tabidirler.

a) Gemide veya geminin işletilmesi yahut kurtarma faaliyetleri ile doğrudan ilgili olarak meydana gelen ölüm, yaralanma, liman tesisleri, havuzları, seyrüsefere elverişli su yolları ve seyir yardımcı tesislerinin uğradıkları zararlar dahil olmak üzere her türlü eşya zıya ve hasarı ve sair bütün zararlardan doğan alacaklar;

b) Deniz yolu ile yapılan yük, yolcu ve bagajlarının taşınmasındaki gecikmeden ileri gelen bütün zararlardan doğan alacaklar;

c) Akitten doğmuş olmayan herhangi bir hakkın ihlalden meydana gelen ve geminin işletilmesi yahut kurtarma faaliyetleri ile doğrudan ilgili olarak ortaya çıkan diğer bütün zararlardan doğan alacaklar;

d) Batmış, enkaz haline gelmiş, oturmuş veya terkedilmiş bir geminin, içinde bulunan veya bulunmuş olan şeyler de dahil olmak üzere, yüzdürülmesi, kaldırılması, imha edilmesi veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar;

e) Gemi yükünün imhası veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar;

f) Sorumlu kişinin bu hükümler uyarınca, sorumluluğunu sınırlayabileceği bir zararı önlemek veya azaltmak için alınan tedbirler ve bu tedbirlerin başkaca sebep oldukları zararlar yüzünden sorumlu kişiden başka bir kimse tarafından ileri sürülen alacaklardır.

2- Fıkra: 1- de yazılı alacaklar, rücu hakkına veya bir garantiye dayanan, akdi veya akit dışı bir davaya konu olsalar da, sorumluluk sınırlamasına tabidirler. Şu kadar ki; 1. fıkranın d), e) ve f) bentleri kapsamına giren alacaklar, sorumlu kişi ile akdedilmiş bir sözleşmeden doğan ücrete ilişkin oldukları oranda sorumluluk sınırlamasına tabi değildirler.

m. 948c.

3. Sınırlamadan hariç bırakılan alacaklar

1- Kurtarma alacakları ile müşterek avarya paylaşırma alacakları;

2- Nükleer zararlardan doğan alacaklar;

3- Donatan ve kurtarmada bulunan ile bunların çalıştırdıkları kişiler arasındaki hizmet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerine göre, çalışanların alacakları ile bunların mirasçılarının, haleflerinin veya bu gibi alacakları ileri sürmeye hakkı bulunan diğer kişilerin alacakları, söz konusu kanun hükümlerine göre bu alacaklara karşı sorumluluğu sınırlama hakkına sahip olunmaması veya m. 948 e. de öngörülenden daha yüksek bir meblağla sınırlanabileceği mümkün ise;

m. 948d.

4.Sınırlama hakkını kaldıran hareketler

Zarara kasten veya ağır kusuru ile sebebiyet vermiş olduğu kanıtlanan kişi sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip değildir.

m. 948e.

5.Sorumluluğun genel sınırları

1- Aynı olaydan doğan ve 948 f. Hükmünde yazılı olanlar dışında kalan alacaklar hakkında sorumluluk sınırı aşağıdaki şekilde belirlenir.

a) Ölüm veya yaralanmadan ileri gelen alacaklar hakkında;

i) 500 tonu geçmeyen bir gemi için 333 000 hesap birimi;

ii) Tonajı yukardaki rakamı aşan bir gemi için ise, i) bendindeki meblağa ek olarak;

- 501 den 3000 Tona kadar beher ton için 500 hesap birimi;

- 3001 den 30 000 tona kadar beher ton için 333 hesap birimi;

- 30001 den 70 000 tona kadar beher ton için 250 hesap birimi;

- 70000den yukarı beher ton için 167 hesap birimi;

b)Diğer bütün alacaklar hakkında;

i) 500 tonu geçmeyen bir gemi için 167 000 hesap birimi;

ii) Tonajı yukardaki rakamı aşan bir gemi için ise, i) bendindeki meb-

lağa ek olarak;

- 501 den 3000 tona kadar beher ton için 167 hesap birimi;
- 3001 den 70 000 tona kadar beher ton için 125 hesap birimi;
- 70 000 tondan yukarı beher ton için 83 hesap birimi;

2- Fıkra: 1 in a) bendi uyarınca hesaplanan meblağ, bu bentte yazılı alacakları tam olarak karşılamaya yetmediği takdirde birinci fıkranın b) bendi gereğince hesaplanan meblağ, aynı fıkranın a) bendinde yazılı alacakların ödenmeyen kısmını karşılamak için kullanılabilir. İşbu ödenmeyen kısım, birinci fıkranın b) bendinde yazılı alacaklarla birlikte paylaşmaya katılır.

3- Bir gemiden faaliyet göstermeksizin yahut sadece kurtarma hizmetlerine konu olan gemide veya bu gemi ile ilgili olarak faaliyet göstermek suretiyle yardımda bulunan her kişinin sorumluluk sınırı 1500 tonilato esasına göre belirlenir.

4- Bu hüküm bakımından gemi tonajı, Gemilerin Ölçülmesine dair Uluslararası Sözleşme hükümlerine göre gemi tonajının ölçülmesi hakkında öngörülen kurallar uyarınca belirlenir.

m. 948f.

6. Yolcuların alacaklarına uygulanacak sınırlar

1- Bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından meydana gelen ve aynı olaydan doğan alacaklarda, gemi malikinin sorumluluğu, 46.666 hesap biriminin geminin resmi belgesinde taşınmasına izin verilen yolcu sayısı ile çarpılmasından elde olunan miktarla sınırlıdır, ancak bu miktar 25 milyon hesap birimini aşamaz.

2- Bu madde açısından “bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından doğan alacaklar” sözleri:

a) Bir yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak veya

b) Bir navlun sözleşmesine konu olan bir taşıt veya canlı hayvanlara, taşıyanın izni ile refakat etmek sureti ile, söz konusu gemide taşınan herhangi bir kişi tarafından veya onun hesabına ileri sürülen alacakları ifade eder.

m. 948g.

7. Küçük gemiler için sınırlı sorumluluk tutarı

250 tona kadar olan bir geminin m. 948 e. 1b bendinde öngörülen sınırlı sorumluluk tutarı, 500 tonluk bir gemi için belirlenen sınırlı sorumluluk tutarının yarısı kadardır.

m. 948h.

8. Alacaklılar arasında paylaşırma

1- 948 e. hükmü gereğince belirlenen sorumluluk sınırları aynı olaydan doğan ve aşağıdaki kişilere karşı ileri sürülen bütün alacaklara uygulanır.

a) 948 a. hükmünün 2. fıkrasında yazılı kişi veya kişiler ve bunların fiil, ihmal ve kusurlarından sorumlu buldukları bütün kişiler; veya

b) Gemisinden kurtarma hizmetleri ifa eden donatan ile aynı gemiden faaliyet göstermek suretiyle yardımda bulunan veya bulunanlar ve fiil, ihmal ve kusurlarından bu kişi veya kişilerin sorumlu buldukları bütün kişiler;

c) Bir gemiden faaliyet göstermeksizin yahut sadece kurtarma hizmetine konu olan gemide veya bu gemi ile ilgili olarak faaliyet göstermek suretiyle yardımda bulunan veya bulunanlar ile bu veya bunların fiil, ihmal ve kusurlarından sorumlu buldukları bütün kişiler.

2- 948 f. hükmü gereğince belirlenen sorumluluk sınırları, 948 a. hükmünün 2.fıkrasında yazılı kişi veya kişilerle bu veya bunların fiil, ihmal ve kusurlarından sorumlu buldukları bütün kişilere karşı 948 e. hükmünde belirtilen gemi ile ilgili olarak ve aynı olaydan doğabilecek alacakların tümüne uygulanır.

128) 949. madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir ve 949. a-e eklenmiştir.

II- Sınırlama fonu

1. Sınırlama fonunun tesisi

1) Sorumluluğun sınırlanması bir "Sınırlama fonu" tesis etmek suretiyle de gerçekleştirilebilir.

Sorumluluğu ileri sürülebilecek olan her kişi, sınırlamaya tabi alacaklar için yetkili mahkeme nezdinde bir fon tesis edebilir. Fon, m. 948 e. ve 948 f. hükümlerinde söz konusu kişinin sorumlu tutulabileceği alacaklara uygulanabilecek kurallar uyarınca hesaplanan tutarla sorumluluğun doğumuna yol açan olay gününden fonun tesisi tarihine kadar işlemiş olan faizlerin toplamından meydana gelir.

Bu suretle tesis olunan fon ancak haklarında sınırlı sorumluluk ileri sürülebilecek olan alacakların ödenmesinde kullanılabilir.

2) Fon, saptanan tutarın yatırılması veya mahkemece yeterli sayılacak bir teminatın gösterilmesi ile tesis olunabilir.

3) m. 948 h.nın 1. fıkra hükmünün a), b) veya c) bentleri ile 2. fıkra hükmünde yazılı kişilerden biri veya sigortacısı tarafından tesis olunan fon, buna paralel olarak 1. fıkranın a), b) ve c) bentlerinde veya 2. fıkrada yazılı bütün kişiler tarafından tesis edilmiş sayılır.

m. 949a.

2. Sınırlama fonunun paylaşılması

1- m. 948 e.nin 1, 2 ve 3.üncü fıkraları ile 948 f. hükümleri saklı kalmak üzere fon, alacaklılar arasında fona karşı kabul edilmiş olan alacak miktarları ile orantılı olarak paylaşılır.

2- Bir fon alacağını, fon paylaşılmadan önce ödeyen sorumlu kişi veya sigortacısı, lehine ödeme yapılan kişinin ilgili hüküm gereğince sahip olacağı haklara ödediği tutar oranında halef olur.

m. 949b.

3. Başkaca takip yapılamaması

949 uncu madde uyarınca bir sınırlama fonu tesis olduğu takdirde, fon alacaklılarından hiç biri bu alacağa ilişkin olarak sahip bulunduğu hakları, adına fon tesis edilmiş olan kişinin diğer malları üzerinde kullanamaz²¹.

21 Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender tarafından hazırlanan taslak, Deniz Hukuku Dergisinin Nisan 2002 Özel Sayı'da yayımlanmıştır. Konuya ait hükümler: s. 60-65

Deniz Ticareti Hukukunun çok önemli konusu olan donatan ve (Andlaşmada gösterilen) diğer şahısların sorumluluklarının sınırlanması, Andlaşmaya yapılan atıf ile değil, mutlaka hükümlerin TTK.na yerleştirilmesi şeklinde olmalıdır. Aksi halde, uygulamada çok önemli sorunlar ve zorluklar çıkacaktır. Andlaşma hükümleri Kanun metnine alınmalı ve ayrıca bir “Fon Tesisi ve Paylaştırma Usulü Kanunu” çıkarılmalıdır²².

22 Bu konuda Alman (Schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung-Svert O)dan faydalanılabilir: Rabe, D.; Seehandelsrecht, München 2000, s. 160 v.d.

**“İSTİHKAK DAVASI” VEYA
“ELATMANIN ÖNLENMESİ DAVASI” SONUCUNDA
TAŞINMAZI TAHLİYEYE (BOŞALTMAYA)
MAHKUM OLAN HAKSIZ ZİLYEDİN İADE
YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE
MASRAFLARA İLİŞKİN TALEP HAKKI**

Yrd. Doç. Dr. C. Salih Şahin
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1. Taşınmazlar bakımından “elatmanın önlenmesi” ve “istihkak” davası ve bu davaların uygulama alanı

MK.md.618/II’ye göre, “Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir”.

MK.md.618/II’de, mülkiyet hakkının korunmasına yönelik iki dava tipi öngörülmüştür: 1) İstihkak davası, 2) Elatmanın önlenmesi, eski adıyla müdahalenin men’i davası. Her iki dava da, doğrudan doğruya mülkiyet hakkına dayanan birer aynı dava niteliğindedir.

Hiç şüphesiz malik, yolsuz bir tescil ile tapuda malik görünen kimseye karşı, “tapu kaydının düzeltilmesi (tashihi) davası”ndan (MK.md.1025), taşınmaz zilyed bulunduğu ve fakat zilyedliğinin gasbedildiği veya saldırıya uğra-

dığı hallerde, "zilyedliğin korunmasına yönelik davalar"dan (MK.md.982-984)¹, arasında sözleşme ilişkisi bulunan kimseye karşı bu ilişkiden doğan davalardan (BK.md.96, md.101 vd. vs.), taşınmazına verilen zarar için haksız fiil hükümlerine dayanan "tazminat davası"ndan (BK.md.41), saldırının bir idari fiilden doğduğu hallerde "tam yargı davası"ndan, saldırının suç teşkil ettiği hallerde Ceza Hukukunda tanınan korunmadan da yararlanır.

Biz burada, mülkiyet hakkına dayanan "istihkak" ve "elatmanın önlenmesi" davasının özellikleri ve taşınmazlar alanındaki uygulama alanı üzerinde duracağız.

İstihkak davası ve elatmanın önlenmesi davasına ilişkin olarak, doktrinde, aşağıda tanımlamalar yapılmaktadır:

"İstihkak davası", malın dolaysız (vasıtasız) zilyedliğine sahip olmayan malikin, malik olmayan haksız zilyede karşı, doğrudan doğruya mülkiyet hakkına dayanarak açtığı ve haksız olarak ele geçirilen malın geri verilmesine (iadesine) yönelik bir eda davasıdır. Dava ile amaçlanan, haksız olarak ele geçirilen malın malike geri verilmesinin (iadesinin) sağlanmasıdır².

"Elatmanın önlenmesi davası", malikin mülkiyet hakkına yöneltilen haksız bir müdahaleyi önlemek veya buna son vermek amacıyla açtığı davadır. Burada, istihkak davasının aksine, dava konusu şeyin zilyedliği davalı tarafından ele geçirilmiş değildir. Mal, malikin hakimiyet alanında bulunmakla birlikte, onu gereği gibi kullanması, ondan faydalanması kısıtlanmakta veya zorlaştırılmaktadır. Elatmanın önlenmesi davası, maliki fiili hakimiyetten yoksun bırakma dışındaki her türlü haksız elatmaya (müdahaleye) karşı açılır³.

1 MK.md.982-984'te, zilyedliği gasbedilmiş veya saldırıya (tecavüze) uğramış zilyede, dava yolu ile zilyedliğini koruma imkanı tanınmıştır. Söz konusu koruma, zilyedliğin gasbı halinde, "zilyedliğin geri verilmesi (iadesi)" ve "tazminat" davaları (MK.md.982), zilyedliğin saldırıya (tecavüze) uğraması halinde ise "saldırının sona erdirilmesi", "sebebinin önlenmesi" ve "tazminat" davaları (MK.md.983) ile sağlanır (OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, 9.Bası, İstanbul 2002, s.79).

2 Bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s.379; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, 5.Bası, İstanbul 1989, s.480.

3 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.489; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.389.

Tapuya kayıtlı taşınmazlarda "istihkak davası"nın uygulanma alanı konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Şöyle ki:

1) Bir görüşe göre, tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından istihkak davasının uygulanma alanı yoktur. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda istihkak davasının fonksiyonunu "tapu sicilinin düzeltilmesi davası" gerçekleştirir. Zira, MK.md.992, sicilde gözüken malikin dolaysız (vasıtasız) zilyed yetkilerini kullanmasını öngörerek, tapuda kayıtlı bulunan malike dolaysız zilyedlik durumunu sağlamıştır. Malik, tapuda hak sahibi olarak gözüktüğü sürece dolaysız zilyedliğini kaybetmiş olmaz. Bu nedenle de, zilyedliği ancak saldırıya uğrayabilir. Diğer bir ifadeyle, taşınmaz tamamen işgal edilmiş olsa dahi, malikin zilyedliği gaspedilmiş olmayıp, saldırıya uğramış olur. Bu nedendir ki, uygulamada, füzuli şağilleri çıkarmak için istihkak davası değil elatmanın önlenmesi davası açılmaktadır. Buna karşılık, tapudaki yanlış kayıt yüzünden sicilde malik olarak gözükmeyen gerçek malik, MK.md.992'nin sağladığı dolaysız zilyedlik durumundan faydalanamayacağından, dolaysız zilyedliği kendisine sağlayacak olan tapu kaydının düzeltilmesi davası istihkak davasının fonksiyonunu gerçekleştirir⁴.

2) Diğer bir görüşe göre ise, istihkak davasının, tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından da uygulanma alanı vardır⁵. Tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ise, bağımsız bir dava olup, bir istihkak davası değildir. Zira, hakim görüşe göre, istihkak davası, bir "eda davası", tapu kütüğünün davası ise, bir "tesbit davası"dır. Bu dava ile, sadece gerçek (maddi) hak durumu ile tapu kütüğündeki şekli durum arasındaki uygunluk sağlanır, mevcut çelişki ortadan kaldırılır, yolsuz tescil düzeltilir. Ancak, çekişmeli taşınmazın geri verilmesi (iadesi) sağlanamaz. İşte malın geri verilmesini, zilyedliğin iadesini sağlamak için, tapu kütüğünün düzeltilmesi davasıyla birlikte istihkak davasını da açmak gereklidir. Böylece, tapu kaydının düzeltilmesi davasıyla, sicilde malik gözükmeyen gerçek malik, yolsuz tescil sonucu malik olarak kaydedilen zilye-

4 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.222.

5 GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.385; ÖZKAYA E., Açıklamalı İçtihatlı Elatmanın Önlenmesi Davaları, Cilt.I, Ankara 2002, s.32 vd. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP'a göre s.480 vd.

de karşı tapu kütüğünü düzeltilmesini sağlarken, istihkak davasıyla da taşınmazın iadesini sağlamış olur⁶.

6 GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.380 vd.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP'a göre (s.480) gayrimenkuller bakımından –bir eda davası niteliğinde olduğunu kabul ettikleri- tapu kaydının düzeltilmesi davası, ayrıca MK.md.683 uyarınca istihkak davası açılmasını çok defa lüzumsuz kılar. Hakim görüş uyarınca düzeltme davasının tespit davası niteliğinde olduğu kabul edilse bile, onunla birlikte veya sonradan açılması gerekebilecek olan istihkak davası sadece tamamlayıcı bir rol oynar. Diğer yandan, tapu sicilinde malik olarak kayıtlı kimseye tanınan zilyedlik davası (MK.md.992/II), onun yine çok defa 683'üncü maddeye dayanarak istihkak davası açmasına gerek bırakmayacaktır. Taşınmazlar bakımından 683'üncü maddeye dayanan istihkak davası, taşınmazı haksız olarak işgal eden kimseye karşı, özellikle zilyedlik davasının süresi geçtiği takdirde önem taşıyacaktır. Diğer bir deyişle, bir taşınmazın maliki, zilyedliğini gasbenden kişiye karşı zilyedlik hükümlerine dayanarak açması mümkün olan iade davasını, MK.md.984'te yazılı süreler içinde açmış değilse, artık sadece istihkak davası açabilir.

GÜRSOY/EREN/CANSEL'e göre de (s.380 vd.), İstihkak davası, uygulamada kendisine nadir rastlanan, uygulama alanı son derece sınırlı bir davadır. Bunun bir sebebi, gayrimenkul hukukunda taşınmaz bir malın gasbedilmesi (zorla alınması) ve alıkonulmasının zor ve hatta imkansız olmasıdır. Taşınmaz mallarda daha ziyade elatma (müdahale – saldırı) söz konusu olur. Taşınmaz bir mal, mesela bir arazi tamamen işgal edilse bile, bu fiil sadece bir elatmadır. Diğer bir sebebi de, ihlalin çeşidine göre, bazı hallerde aynı sonuca diğer davalarla da daha kolay ulaşılabilmektedir. Mesela, taşınmaz mallarda istihkak davası yerine geçmek veya onu tamamlamak üzere her zaman olmasa bile, çoğu zaman tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açılmaktadır. Ancak tapu kütüğünün düzeltilmesi davası bağımsız bir dava olup, hiçbir zaman bir istihkak davası değildir. Zira, hakim görüşüne göre istihkak davası, bir edim; tapu kütüğünün davası ise; bir tesbit davasıdır. Bu dava ile sadece gerçek (maddi) hak durumu ile tapu kütüğündeki şekli durum arasındaki uygunluk sağlanır, mevcut çelişki ortadan kaldırılır, yolsuz tescil düzeltilir; ancak, çekişmeli taşınmazın mülkiyetinin, yani malın geri verilmesi (iadesi) sağlanamaz. İşte malın geri verilmesini, zilyedliğin iadesini sağlamak için, tapu kütüğünün düzeltilmesi davasıyla birlikte istihkak davasını da açmak şart ve gereklidir. Böylece, tapu kütüğünün düzeltilmesi davasıyla sicilde malik gözükmeyen gerçek malik, yolsuz tescil sonucu malik olarak kaydedilen zilyede karşı bir taraftan tapu kütüğünü düzeltirken, istihkak davasıyla da diğer taraftan, taşınmazın iadesini sağlamış olur. Malik, istihkak davası dışında ayrıca, zilyetliği koruyan davaları da (MK.md.982) açabilir. MK.md.992/II bu hususta açık hüküm taşımaktadır. Ancak, zilyedlik davalarının açılması kısa sürelerle bağlanmış olduğundan (MK.md.984), bu süreler geçtiği takdirde, malik yalnız istihkak davası açabilecektir.

ÖZKAYA'ya göre⁷, "taşınmaz malikin elinden tamamen çıkmış, malik zilyetliğini tamamen yitirmiş ise, açılacak dava istihkak davasıdır. Taşınmazın zilyedliği malikin elinden tamamen çıkmamış, zilyetliğe haksız bir elatma veya sataşma varsa, zilyetliğin kullanılması haksız olarak zorlaştırılıyorsa, açılacak dava elatmanın önlenmesi davasıdır".

Bizce de, istihkak davasının, tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından uygulama alanı vardır. Malın tamamı veya bir kısmı üzerinde dolaysız (vasıtasız) zilyedliğin haksız olarak ele geçirildiği, yani taşınmazın tamamının veya bir kısmının işgal edildiği (örneğin, tel örgü ile çevrildiği ya da üzerine bir yapı inşaa edildiği) hallerde, açılacak dava "istihkak davası" olmalıdır. Ne var ki, uygulamada, bu tip hallerde açılan dava, elatmanın önlenmesi davası olmaktadır.

Gerek istihkak davası gerekse elatmanın önlenmesi davası, "eda davası" niteliğindedir. İstihkak davasının sonucunda, davalı haksız zilyet, taşınmazı tahliyeye (boşaltmaya) mahkum edilir⁸. Müdahalenin meni davasında ise, davalının, belli bir şeyi yapmaya ya da yapmaktan kaçınmaya (haksız müdahaleyi ortadan kaldırmaya) mahkum edileceği kabul edilmektedir⁹. Ne var ki, uygulamada, taşınmaza haksız şekilde el atan haksız zilyede karşı, "istihkak davası" yerine "elatmanın önlenmesi" davası açılmakta ve bu davanın sonucunda, davalı haksız zilyet, taşınmazı tahliyeye (boşaltmaya) mahkum edilmektedir.

Yine, her iki dava da bir aynı hakka dayandığı için tipik bir "aynı dava"dır ve bu nedenle zamanaşımına uğramaz.

Bu konuya ilişkin olarak özellikle şu hususu belirtmek isteriz ki; taşınmaza haksız surette elatmış olan zilyede (haksız zilyede) karşı açılacak davanın bir "istihkak davası" değil de "elatmanın önlenmesi" davası olduğu kabul edilecek olsa bile, taşınmaza haksız surette elatmış olan haksız zilyedin "iade yükümlülüğünün kapsamı" ve "taşınmaza yapmış olduğu masrafları isteyip isteyemeyeceği" konularında, MK.md.993-995 hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

7 ÖZKAYA, s.32 vd.

8 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.483; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.383.

9 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.496.

2. “İstihkak davası” sonucunda iadeye mahkum edilen haksız zilyedin durumu

Açılan bir “istihkak davası” sonucunda malı malikine geri vermek zorunda kalan haksız zilyedin “geri verme (iade) borcunun kapsamı” ve “geri vereceği mala yapmış olduğu masrafları isteyip isteyemeyeceği” meselelerinin, MK.md.993-995 hükümlerine tabi olacağı doktrinde kabul edilmektedir¹⁰.

Aşağıda açıklanacağı üzere, kanaatimizce, açılan bir “elatmanın önlenmesi davası” sonucunda taşınmazı tahliye etmek (boşaltmak) zorunda kalan haksız zilyedin “tahliye (boşaltma) borcunun kapsamı” ve “tahliye edeceği (boşaltacağı) taşınmaza yapmış olduğu masrafları isteyip isteyemeyeceği” meseleleri de, MK.md.993-995 hükümlerine tabi olmalıdır.

Söz konusu meseleler, iade ile yükümlü haksız zilyedin iyiniyetli ya da kötünüyetli olmasına göre ayrı hükümlere tabi olmak üzere, MK.md.993-995’de “Sorumluluk” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hükümler, gerek taşınırda gerekse taşınmazlarda zilyedliğin iadesinde uygulanır. Bu hükümler ile getirilmiş olan esaslar aşağıda açıklanacaktır.

a. İade ile yükümlü “iyiniyetli” haksız zilyedin sorumluluğu ve yapmış olduğu giderlere (masraflara) ilişkin talep hakkı

Zilyedin iyiniyetli olması, zilyedliğinin haksız olduğunu bilmemesi ve bilecek durumda olmamasıdır¹¹.

İyiniyetli haksız zilyed, mal ne durumda ise bunu o halde geri verme yükümlülüğü altındadır. İyiniyetli zilyed, iddia ettiği zilyedlik sıfatına uygun şekilde maldan sağladığı yararlanma bakımından da, iade ile yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden hiçbir tazminat ödemek zorunda değildir (MK.md.993/I). Şu halde, iyiniyetli zilyed, kendisinin malın maliki olduğu inancında ise, yani malik sıfatı ile iyiniyetli zilyed ise, maldan her türlü yararlanma hakkına sahiptir. Bu yararlanma, malın özüne müdahale tarzında ya da malın kullanılması şeklinde olabileceği gibi, malın “doğal ürünlerinden (tabii semerelerinden) yararlanma” ya da malı kiraya vererek kira bed-

10 Bu konuda bkz.ÖZEN, B.: Haksız Zilyedlikte İade, İstanbul 2003, s.78 vd.

11 Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, s.104. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, s.99 vd.

li tahsili gibi "hukuki ürünlerinden (semerelerinden)" yararlanma şeklinde de olabilir¹².

İyiniyetli zilyedin zilyedliği süresince mala yapmış olduğu giderleri (masrafları) talep hakkı, kanunda, "zorunlu" ve "yararlı" giderler ile "lüks" gider olarak adlandırılan diğer giderler bakımından ayrı hükümlere tabi kılınmıştır¹³. "Zorunlu" giderler, malın korunması ve iktisadi fonksiyonunu devam ettirmesi için yapılmış olan giderlerdir. Yararlı giderler, malın değerini ve randımanını arttıran giderlerdir. "Lüks" giderler ise, zorunlu ve yararlı gider sayılmayan giderlerdir. Örneğin, bir arabanın parçalanmış lastiği yerine yenisinin alınması zorunlu gider, eskiyen motorunun değiştirilmesi yararlı gider, renginin değiştirilmesi lüks gider sayılır¹⁴.

Malı iade ile yükümlü iyiniyetli haksız zilyed, kendisinden iade talep edilince, mala yapmış olduğu "yararlı" ve "zorunlu" giderlerin karşılığını talep edebilir. Fakat bu hakkı, ancak kendisinden geri vermeyi talep edene karşı kullanabilir. Geri verme talebinde bulunmamış olan bir kimseden gider talep edemez. Geri verme talep eden kimseden ise, zilyed, yaptığı zorunlu ve yararlı giderleri talep edebilir ve bu giderlerin karşılığı kendisine ödeninceye kadar malı geri vermekten kaçınabilir. Burada bir geri vermekten kaçınma yetkisi söz konusudur¹⁵

"Lüks" giderlere gelince, bunları talep hakkı yoktur. Bununla beraber, bu tür gider ile yapılan şeylerin asıl mala zarar vermeksizin ayrılması mümkünse, zilyed bunları ayırıp götürebilir. Fakat eğer iadeye talep eden (malik), lüks masraf ile yapıp da asıl şeye zarar vermeksizin ayrılması mümkün olan şeylerin ayrılıp götürülmesini istemez ise, bunların karşılığını (bedelini) vermek, zilyed de bunların karşılığını kabul etmek zorundadır (MK.md.994/ I,II).

Öte yandan, iyiniyetli zilyed, eğer malın ürünlerinden yararlanmış ise, bu yararlanması oranında, giderler sebebiyle sahip olduğu alacaktan indirim

12 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.105 vd.

13 Bu konuda detaylı bilgi için bkz.ÖZEN, s.281 vd.; FEYZİOĞLU, F.N.: Zilyedlikte İadenin Şümülü, İstanbul 1961, s.197 vd.

14 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.106.

15 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.106 vd.

yapılır (MK.md.994/son). Tazmini kabul edilen lüks giderler için de aynı esas uygulanmalıdır¹⁶.

b. İade ile yükümlü "kötüniyetli" haksız zilyedin sorumluluğu ve yapmış olduğu giderlere (masraflara) ilişkin talep hakkı

aa. Kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğu

Zilyedliğinin haksız olduğunu bilen veya gerekli özeni göstermiş olsa bunu öğrenebilecek olan zilyed "kötüniyetli zilyed"dir¹⁷.

Kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin esaslar MK.md.995'de belirlenmiştir. Bu hükme göre, "İyiniyetli olmayan zilyed geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır".

Bu hükümden anlaşıldığı üzere, kötüniyetli zilyed, malı iade ettikten başka, malikin uğradığı zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır. Şöyle ki:

1) Malın haksız olarak alıkonulmasından kaynaklanan bütün zararları tazmin etmek zorundadır:

MK.md.995/T'e göre, "İyiniyetli olmayan zilyed, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoyması yüzünden hak sahibine verdiği zararlarkarşılığında tazminat ödemek zorundadır".

Kötüniyetli zilyedin sorumlu olabilmesi için, zararların doğmasında kusurlu olması aranmaz. Kötüniyetli zilyedin sorumlu tutulabilmesi için, malikin uğradığı zarar ile malın kötüniyetli zilyed tarafından alıkonulması olgusu arasında illiyet bağı olması yeterlidir¹⁸. Bu hüküm uyarınca, kötüniyetli zilyed sorumlu olduğu zararlar şunlardır:

16 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.107 vd.

17 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.108. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, s.99 vd.

18 ÖZEN'nin (s.194 vd.) ifade ettiği üzere, MK.md.995'de öngörülen sorumluluk açısından haksız zilyedin sorumlu tutulabilmesi için ayırıcı ölçüt "kusur" değil, "iyiniyet-kötüniyet" ayırımıdır. Kötüniyet, bir mala zilyed olan bir kimsenin, zilyedliğinin

a) *Malın cevherinin maruz kaldığı zararlar*: Malın cevherinin uğradığı zararlar arasında, malın telef olması, tahrip olması, eskimesi, değerinin düşmesi veya tüketilmesi yüzünden uğranılan zararlar sayılabilir¹⁹.

b) *Malın devredilmesi veya sınırlı ayni haklarla yüklenmesi neticesinde uğranılan zararlar*: Kötüniyetli haksız zilyedin, malı elden çıkarması ve başkalarına devretmesi neticesinde, malik zarara uğramış ise, zilyed bu zarardan (malın değerinden) sorumlu olacaktır. Yine, malın sınırlı ayni haklarla kayıtlanması veya diğer bir şekilde başkasına ait haklarla yükümlendirilmesi sonucunda, malik bir zarara uğramış ise, zilyed bu zarardan da sorumlu olur²⁰.

bir hakka dayanmadığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi anlamına gelir. Halbuki kusur kavramı, zilyedliğe göre değil, meydana gelen zarara göre tanımlanır. Haksız zilyedin, meydana gelen zararı öngörüp öngörmediğine veya öngörmesinin mümkün olup olamayacağına göre, kusurun varlığı veya yokluğu tayin edilir. Haksız zilyedin sorumlu olabilmesi için, kötüniyetli olarak nitelendirilmesi yeterlidir. Diğer bir deyişle, zilyedliğinde bulunan mal üzerinde bir hakkı olmadığını bilmesi veya bilmesinin gerekmesi yeterlidir. Artık meydana gelen zarar bakımından ayrıca kusurlu olup olmadığı araştırılmaz. Diğer bir deyişle, bu zararı öngörmesinin mümkün olup olmadığına bakılmaz. Asla öngöremeyeceği, kaza sonucu meydana gelen zararlardan bile -MK.md.995/III'deki istisna bir yana bırakılırsa- sorumlu olur.

19 ÖZEN, s.202 vd.

20 Detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, s.205 vd. Taşınmazlar bakımından, kötüniyetli zilyed, malın zilyedliğini üçüncü kişilere devretmese bile, üçüncü kişiler lehine tapu kütüğünde bir ayni hakkı yolsuz olarak tescil ettirmekle, malike karşı sorumlu olacaktır. Zira, bu ihtimalde, malik, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açmak suretiyle, yolsuz tescilin ortadan kaldırılmasını dava etmek zorunda kalacaktır. Bu dava dolayısıyla yaptığı giderleri, kötüniyetli zilyeden talep edebilecektir (ÖZEN, s.205 vd.).

Tapuda yolsuz bir tescil ile malik olarak gözüken "kötüniyetli haksız zilyed" tarafından taşınmazın üçüncü kişilere devredilmesi veya üçüncü kişiler lehine taşınmaz üzerinde sınırlı ayni haklar tanınması, üçüncü kişiler iyiniyetli iseler ayni hak iktisap etmeleri sonucunu doğurur (MK.md.1023). Bu durumda, ayni hakkını kaybeden veya

Bundan başka, malı üçüncü kişilere devreden kötünietli zilyed, bu devir karşılığında bir bedel almış, bir kazanç elde etmiş ise, malikin, bu kar-

ayni hakkı kayıtlanan malik, kötünietli zilyedin sorumluluğuna gidebilir. İyiniyetli üçüncü kişi taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanmışsa, malik, kötünietli zilyetten taşınmazın değerini talep edebilecektir. İyiniyetli üçüncü kişi, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak iktisap etmişse, malik, kötünietli zilyeden, sınırlı ayni hakla kayıtlanan taşınmazın değer kaybının karşılanmasını talep edebilecektir.

Kötünietli zilyedin, taşınmazı üçüncü kişilere devretmesi veya üçüncü kişiler lehine sınırlı ayni hak tanınması (tasarruf yetkisi bulunmadığı için) hukuki sonuç doğurmaz ise - ki bu durum tapuda yolsuz bir tescil ile malik olarak gözüken kötünietli zilyeden bir üçüncü kişinin kötünietle hak iktisap etmesi halinde gerçekleşecektir-, malikin ayni hakkına hanel gelmez. Böylelikle, malik, ayni hakkına dayanarak, taşınmazı, "tapuda yolsuz bir tescil ile malik olarak gözüken kötünietli zilyed"den devralan üçüncü kişiden, taşınmazın kendisine iadesini talep edebilir. Bu durumda, iadeyi sağlamak için yapacağı masraflar, bu arada dava masrafları, malikin zarara uğramasına sebep olacaktır. İşte malik, bu şekilde ortaya çıkan zararlarının tazminini, taşınmazı üçüncü kişiye devreden, "tapuda malik olarak gözüken kötünietli zilyed"den talep edebilecektir.

Bir görüşe göre, yukarıdaki durumda, malik, kötünietli üçüncü kişiden taşınmazın iadesini istemek yerine, tapuda malik olarak gözüken kötünietli zilyedin sorumluluğuna gidebilir. Bu görüşe göre, malik, taşınmazın şimdiki kötünietli zilyedine karşı iade talebini ileri sürmeden, taşınmazı devreden önceki zilyedi (bu kişi kötünietli olduğu takdirde) sorumlu tutabilecek ve taşınmazın değerini ondan talep edebilecektir. Kötünietli önceki zilyed, şimdiki kötünietli zilyeden taşınmazın iadesinin talep edilmesinin mümkün olduğunu ileri süremez. Yani, zararın bulunmadığını ileri sürerek, taşınmazın değerini tazmin etmekten kurtulamaz. Malik, öncelikle taşınmazı devralan şimdiki kötünietli zilyede karşı iade talebini ve ancak burada başarılı olamadığı takdirde taşınmazı devreden kötünietli zilyede başvurmak zorunda değildir. Veya, Usul Hukukundaki müddeabihin temlikli yoluna başvurarak, davayı, taşınmazı devralan şimdiki zilyede yönlendirmek zorunda değildir. O bütün bu yollara başvurmak zorunda olmaksızın, taşınmazı devreden önceki zilyede başvurabilme ve taşınmazın değerinin tazminini ondan talep edebilme imkanına sahip sayılmalıdır (Yukarıdaki açıklamalar için bkz. ÖZEN, s.206 vd.)

şılığın kendisine verilmesini de, sebepsiz zenginleşme ya da gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükümlerine başvurmak suretiyle talep edebileceği, doktrinde kabul edilmektedir²¹.

c) Dar anlamıyla, malın haksız olarak alıkonulması yüzünden uğranılan zararlar: Bu zararlar, malın kötüniyetli zilyedin elinde bulunması dolaşısıyla, malikin bazı menfaatleri kaybetmesi, kaçırması şeklinde ortaya çıkarlar. Örneğin, mal kötüniyetli zilyedin elinde bulunduğu için, malik, malı elverişli bir fiyatla satma ve bu sayede kar etme imkanını kaçırmıştır. Yine, malikin, malı bizzat kendisinin kullanamaması sebebiyle yaptığı masraflar da buraya girer. Örneğin, malik, bizzat kullanamadığı mal yerine bir başkasını kiralamış ve bu yüzden kira bedeli ödemek zorunda kalmıştır²².

MK.md.995’de öngörülen tazminat, haksız fiil esaslarına dayanan bir tazminattır; fakat kusur aranmaz. Yukarıda da belirtildiği üzere, zilyedin, kötüniyetli zilyed olması, tazminat yükümlülüğü için yeterlidir. Ancak, zarar ile kötüniyetli zilyedlik adasında illiyet bağı bulunması şarttır²³. Burada, kusur gereğinden arındırılmış bir haksız fiil sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) söz konusudur.

Öte yandan, kanun kusursuz sorumluluk esasına şu istisnayı getirmektedir: Kötüniyetli zilyed, “şeyi kime iade edeceğini bilmediği sürece ancak kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olur” (MK.md.995/son). Fakat malın malikini öğrenmek için gerekeni yapmış olmalıdır²⁴.

2) Elde ettiği ürünler (semereleler) karşılığında tazminat ödemek zorundadır:

MK.md.995/1’e göre, “İyiniyetli olmayan zilyet, ... elde ettiği ... ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır”.

Kötüniyetli haksız zilyed, elde ettiği doğal ürünler (örneğin, topladığı

21 Bkz. ÖZEN, s.213 vd.

22 ÖZEN, s.217.

23 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.109. Ayrıca bkz. ÖZEN, s.194 vd.

24 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.109.

mahsuller) ve hukuki ürünler (örneğin, tahsil ettiği kira bedeli) karşılığında tazminat ödemek ile yükümlüdür. Doğal ürünler aynen mevcutsa, aynen iade edilmeleri gerekir. Zira kötüniyetli zilyed ürünleri toplamakla bunlara malik olmaz. Ürünlerin maliki, malda hak sahibi olan kişidir. Bu nedenle, ürünler aynen mevcutsa, gerçek hak sahibinin (malın malikinin) bunlara ilişkin talebi aynı niteliktedir²⁵.

Eğer ürünler artık mevcut değilse, bunların aynen iadesi söz konusu olmaz; bu durumda bunların parasal karşılığı verilmelidir. Aynen iade edilemeyen veya derhal iade edilemeyen ürünlerin, malik tarafından elverişli bir fiyat karşılığında elden çıkarılması olanağının kaçırılması dolayısıyla ortaya çıkan zarar (kazanç kaybı) da, kötüniyetli zilyet tarafından tazmin edilmelidir. Öte yandan, kötüniyetli zilyed, elde ettiği ürünleri başkasına devretmiş ve bu devir nedeniyle bir karşılık elde etmiş ise, bu karşılığı iade etmek zorundadır²⁶.

Kötüniyetli zilyedin maldan elde ettiği ürünler, yalnız kötüniyetli zilyedin, sahip olduğu şahsi imkanlar ve araçlar yardımıyla elde edebileceği, mala malik olan kişinin ise, sahip olduğu şahsi olanaklar ve araçlar yardımıyla elde edemeyecek olduğu ürünler de olabilir. Kötüniyetli zilyed, bu nitelikteki ürünleri dahi, halen mevcut iseler, aynen iade etmek, mevcut değilse değerlerini tazmin etmek zorundadır. Böylelikle, kötüniyetli zilyedin, elde etmiş olduğu ürünleri, bunları malikin nasıl olsa elde edemeyeceğini ileri sürerek, iadeden veya değerlerini tazmin etmekten kaçınması mümkün değildir²⁷.

25 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.110, dn.307; ÖZEN, s.246: “Yasada kötüniyetli zilyed için, sadece, tazmin yükümlülüğünden söz edilmektedir. Fakat kötüniyetli zilyedin elde ettiği doğal ürünler halen mevcutsa, bunları aynen iade etmek yükümlülüğü altındadır.....Gerçek hak sahibinin halen mevcut ürünlerin kendisine verilmesine ilişkin talebi aynı bir taleptir. Zira. kötüniyetli zilyedlikte, doğal ürünler, nesneden ayrıldıkları anda, gerçek hak sahibinin mülkiyetine geçecektir, kötüniyetli zilyedin bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkı kazanması mümkün değildir”. Ayrıca bkz.ÖZEN, s.246 vd., dn.501 ve 504’de anılan yazarlar.

26 ÖZEN, s.247 vd. Kötüniyetli zilyedin, maldan elde ettiği ürünleri devretmesi nedeniyle aldığı karşılığı malike iade etme yükümlülüğü, bu karşılık halen mevcut olduğu sürece vardır (ÖZEN, s.248).

27 ÖZEN, s.248.

Yine, kötünietli zilyedin elde ettiği ürünler, malikin elde etmek niyetinde olmadığı, hatta elde etmeyi hiç düşünmediği ürünler olabilir. Bu durumda, kötünietli zilyedin maldan ürün elde etmesi, maliki, malın zilyedliğinden yoksun kalması dolayısıyla zarara uğratmış değildir. Buna rağmen, kötünietli zilyed, elde ettiği ürünleri, malike iade etmek, mevcut değillerse değerlerini tazmin etmek zorunda olacaktır²⁸.

Şu halde, kötünietli zilyedin, elde ettiği ürünlerden dolayı sorumlu tutulabilmesi, malikin bu ürünleri elde etmeye muktedir olmasına veya elde etmeyi düşünmesine bağlı değildir. Bu, kötünietli haksız zilyedin, elde ettiği ürünlerden dolayı sorumluluğunun, malın haksız olarak alıkonulmasından kaynaklanan zararlardan sorumluluğunun yanında, kanunda ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş olmasının bir sonucudur. Kanun, gerçek (caiz) olmayan vekaletsiz iş görmenin sonuçlarına (BK.md.414) paralel bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme ile, kötünietli zilyedin, yetkili olmadığı halde, başkasının hukuk alanına müdahale ederek, başkasının malına kullanarak elde ettiği yararları alıkoyamayacağını belirtmek istemiştir²⁹.

Bu konuda değinilmesi gereken bir husus da şudur: Acaba, haksız zilyedlik konusu taşınmazla bağlantılı olan (örneğin haksız zilyedlik konusu arazinin üzerinde bulunan) bir işletmeden elde edilen kazanç "ürün" olarak nitelendirilerek, kötünietli zilyedin bu kazancı da iade etmesi gerektiği sonucuna varılabilir mi? Bu konu tartışmalıdır³⁰: ÖZEN'e göre³¹, "Kötünietli zilyet, malı iade etmesi gerektiğini kesin olarak biliyorsa, (müsbet vukuf), işletmeden elde ettiği bütün kazancı gerçek hak sahibine aktarmalıdır. Başkasının hukuk alanına, hukuka aykırılık bilinciyle karışıp, kazanç devşiren kimsenin bu kazancı alıkoymasına göz yumulamaz. Buna karşılık kötünietli zilyet, sadece nesnenin bir başkasına ait olduğunu "bilmesi gerektiği" için kötünietli sayılmışsa, işletmeden elde ettiği kazanç, gerçek hak sahibi tarafından kendisinden istenemez. Zira bu kazancın "haksız olarak zilyet olunan nesne" dolayısıyla değil, kendi kişisel beceri ve çabasıyla elde edildiği kabul edilir. Böyle olasılıklarda, haksız zilyet, üzerinde işletme bulunan

28 ÖZEN, s.248 vd.

29 ÖZEN, s.249.

30 Bu konudaki görüşler için bkz. ÖZEN, s.250 vd.

31 ÖZEN, s.255.

taşınmazın geçerli bir hasılat kirası sözleşmesine konu olması durumunda, olağan şartlarda (rayice göre) ödemesi gerekecek olan "hasılat kirası bedelini" gerçek hak sahibine ödemelidir. Bu bedel haksız zilyedin nesneyi bizzat kullanma çıkarı olarak değerlendirilir".

Kötüniyetli zilyedin elde ettiği ürünlerden dolayı sorumluluğu da haksız fiil esasına dayanan bir kusursuz sorumluluktur. Öte yandan, zilyedin, elde ettiği ürünleri tazmin yükümlülüğü, malikin zarara uğraması şartına bağlı değildir³².

3) Elde etmeyi ihmal ettiği ürünler (semereleler) karşılığında tazminat ödemek zorundadır:

MK.md.995/I'e göre, "İyiniyetli olmayan zilyet, elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır".

MK.md.995 hükmünde, ne tür ürünlerin elde edilmesi ihmal edilmiş ürün olarak kabul edilmesi gerektiği açık değildir. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Şöyle ki:

a) *Sübjektif ölçüte dayanan görüşler:* Elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin kapsamını tayin için "sübjektif ölçüt" benimseyen bir görüşe göre, bunlar, malikin kendi sahip olduğu olanak ve araçlarla, olağan bir işletme faaliyeti sonucunda elde edebileceği ürünlerdir. Bu görüşe göre, önemli olan, malikin bu ürünleri elde etmeyi tasarlayıp tasarlamaması değil, malikin kendi sahip olduğu olanak ve araçlarla bu ürünleri elde etmeye muktedir olup olmamasıdır. Eğer malik, kendi sahip olduğu kişisel olanak ve araçlarla, bazı ürünleri elde etmeye muktedir ise, bunları elde etmeyi hiç tasarlamamış olsa dahi, bu ürünlerin elde edilmesinin ihmal edilmesinden dolayı kötüniyetli zilyedi sorumlu tutabilir³³.

Bu konuda "sübjektif ölçüt" benimseyen, fakat bu sübjektif ölçütü ilişkinin diğer tarafı, yani kötüniyetli zilyed açısından ele alan bir başka görüşe göre ise, kötüniyetli zilyed, malikin kendi çaba ve olanaklarıyla asla elde edemeyeceği, yalnız kendi çaba ve olanaklarıyla elde edebileceği ürünleri elde et-

32 OĞUZMAN/SELİÇİ. s.109 ve s.110, dn.308; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.213 vd.

33 Bu görüş için bkz. ÖZEN, s.258 ve orada dn.534'de anılan yazarlar.

meyi ihmal etmiş ise, yine de sorumlu olacaktır. Bu, MK.md.995 hükmünün, elde edilmesi ihmal edilmiş ürünlerden sorumluluğu bağımsız olarak düzenlemiş olmasının kaçınılmaz bir sonucudur. Malikin kendi çaba ve olanaklarıyla elde edebileceği ürünlerin elde edilmesinin ihmal edilmesi halinde, malikin, "yoksun kalınan kar" biçiminde ortaya çıkacak ve kötüniyetli zilyedin malı haksız olarak alıkoymuş olmasından kaynaklanan bir zararı sözkonusu olur. Bu zarar, malın kötüniyetli zilyed tarafından haksız olarak alıkonulmuş olmasından kaynaklanan bir zarar olarak zaten kötüniyetli zilyedin sorumluluğunun kapsamına dahildir. Kanun, elde edilmesi ihmal edilen ürünleri ayrıca belirttiğine göre, bununla kastedilen, malikin kendi çaba ve olanaklarıyla elde edilemeyecek, sadece kötüniyetli zilyedin çaba ve olanaklarıyla elde edilebilecek ürünlerin elde edilmesinin ihmal edilmesi olabilir³⁴.

b) Objektif ölçüte dayanan görüş: Bu konuda "objektif ölçüt" benimseyen bir görüşe göre, kötüniyetli zilyed, özenle yürütülecek bir idare faaliyeti neticesinde elde edebileceği ürünleri elde etmeyi ihmal etmiş ise, sorumlu olacaktır. Zira, MK.md.995 hükmü, kötüniyetli zilyede, özenli bir idareci gibi davranma yükümlülüğü yüklemiştir. Kötüniyetli zilyed bu yükümlülüğü ihlal ederse sorumlu olur³⁵. Bu görüşe göre, kanun, kötüniyetli zilyede özenli bir idareci-vekil rolü tanımıştır. Kötüniyetli zilyed, özenli bir idareci-vekil olarak ürünlendirilebilir bir malı ürünlendirmek zorundadır. Bunu yaparken ve ürünlendirme olanaklarını araştırırken objektif bir idarenin gerekli kıldığı davranış tarzını göstermelidir. Bunu yapmayıp, objektif bir idarenin gereklerine aykırı davranırsa ve ürün elde etmeyi ihmal ederse, malike karşı sorumlu olacaktır³⁶.

Kötüniyetli zilyedin elde etmeyi ihmal ettiği ürünleri, malik bizzat kendisi elde etmeyecek olsa, bunları elde etmeyi hiç düşünmese dahi, kötüniyetli zilyed bunların değerini karşılamalıdır. Yine, malikin, kötüniyetli zilyedin elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerden sadece bir kısmını elde edecek olması veya elde etmeyi tasarlaması sonucu değiştirmez. Kötüniyetli zilyed, malikin ne kadarını elde edeceğine bakılmaksızın, elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin tamamından sorumlu olacaktır. Yeter ki, elde edilmesi ihmal edilmiş bu ürünlerin elde edilme-

34 Bu görüş için bkz. ÖZEN, s.259 ve orada dn.535'de anılan yazarlar.

35 Bu görüşte: ÖZEN, s.260 vd. ve orada dn.537, 538'de anılan yazarlar.

36 ÖZEN, s.261.

si objektif bir idarenin gereği olsun. O halde, elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin değerinin tazmin edilmesi zorunluluğu, malikin zarara uğramış olması şartına bağlı değildir. Kanun, kötünietli zilyedin, elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerden dolayı sorumluluğunu ayrıca ve özel olarak düzenlemiş ve malikin zarara uğramış olması şartına bağlı kılmamıştır. Elde edilmesi ihmal edilen ürünlerden sorumluluk, malikin zarara uğramış olması şartına bağlı olsaydı, MK.md.995 hükmünde ayrıca belirtilmesine gerek kalmazdı. Böyle olsaydı, kötünietli zilyedin ürünlerden sorumluluğu, malın haksız olarak alıkonulmasından doğan zararlar kapsamında değerlendirilirdi³⁷.

Şu halde, kötünietli haksız zilyed, maldan elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin karşılığını tazmin etmesi için kendisine yöneltilen bir talebe karşı, "zararın var olmadığı" ya da "malikin bu tür ürünleri zaten elde etmeyecek olduğu" yönünde bir savunmada bulunamayacaktır. Fakat, "elde edilmesinin ihmal edildiği ileri sürülen ürünlerin, olağan bir idare faaliyeti ile elde edilemeyecek olduğu" yönünde bir savunma yapabilir. Zira, bu görüşe göre, kötünietli zilyed, elde etmeyi ihmal ettiği, akla gelebilecek her türlü üründen değil, sadece olağan bir idare faaliyeti neticesi elde edebileceği ürünlerden sorumludur. Bu savunmaya karşılık, kötünietli zilyed de, "elde etmediği ürünlerin, olağan bir idare faaliyeti ile değil, ancak olağanüstü bir idare faaliyeti ile elde edilebileceği"ni ileri sürebilir. Kötünietli zilyed, ürün elde etmek için, masraf yaparak mala ilaveler yapmak veya malı iyileştirmek zorunda değildir. Mala ilaveler yapmak veya malı iyileştirmek suretiyle elde edebileceği ürünleri elde etmediği için sorumlu tutulamaz. Zira, bu tür ürünlerin elde edilmesi olağan bir idarenin çerçevesini aşar. Ayrıca, kiraya verilmesi olağan olmayan bir malı kiraya vermediği için de sorumlu kılınamaz. Bu malı bizzat kendisi kullanmış ise, olsa olsa kullanma çıkarından (ecrimisilden) dolayı sorumlu tutulabilir. Fakat, söz konusu ne kendisi kullanmış ne de kiraya vermiş ise, hiçbir sorumluluğu olmaz. Örneğin, bir binek otomobilini kötünietle ve haksız olarak elinde tutan kişi (kötünietli haksız zilyed), binek otomobilini kiraya verip kira geliri elde etmediği için sorumlu kılınamaz. Çünkü, binek otomobilinin kiraya verilmesi olağan değildir. Bu binek otomobilini, kendisi de kullanmamışsa, kullanma çıkarından (ecrimisilden) sorumluluğu da söz konusu olmaz. Kötünietli zilyedlik konusu mal bir konut (örneğin daire) ise, durum değişir. Kötünietli zilyed bu konutu bizzat kendisi kullanmıyor ise, bu-

37 ÖZEN, s.261.

nu kiraya vermesi, ondan, olağan bir idare faaliyeti kapsamında beklenir. Böyle yapmayarak, kira geliri elde etmeyi ihmal etmiş ise, malike karşı sorumludur. Malik bu konutu kiraya vermeyi düşünmese, bu nedenle bir zarar olmasa bile, kötüniyetli zilyed sorumludur³⁸.

Kötüniyetli zilyed, elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin "objektif piyasa değeri"nden sorumludur³⁹. Ayrıca, kötüniyetli zilyedin, elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin elde edilme imkanının doğduğu anda, bu ürünlerin piyasa değerini ödeme borcu (tazminat borcu) altına girdiği ve bu andan itibaren de temerrüde düştüğü kabul edilerek, bu andan itibaren, bu değer tutarına temerrüt faizi işleyecektir⁴⁰.

38 ÖZEN, s.262 vd.

39 Ürün elde edilmesinin ihmal edilmesi, aynı zamanda malın cevherine zarar vermiş ise, kötüniyetli zilyed bundan ayrıca sorumludur. Çünkü o zaten, malın cevherinin hasara maruz kalmasından –bu hasar bir kaza neticesi meydana gelse dahi- sorumludur. Yine, kötüniyetli zilyedin ürün elde etmeyi ihmal etmesi, maliki, elde edilmesi ihmal edilen bu ürünlerin objektif piyasa değerinin üzerinde bir zarara uğratmış olabilir. Bu tür zararlar da, malın dar anlamda alıkonulmasından kaynaklanan zararlar kapsamında görülerek, kötüniyetli zilyedin sorumluluğunu doğuracaktır (ÖZEN, s.263).

40 Kötüniyetli zilyedin sorumluluğu, temerrüt halindeki borçlunun sorumluluğuna paralel şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle, temerrüt halindeki borçlunun sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, kötüniyetli zilyedin sorumluluğunda da uygulama alanı bulması, uygun olacaktır. Kötüniyetli zilyedin, elde etmeyi ihmal ettiği ürünleri karşılamak zorunda olması, bir para borcu doğurur. Dolayısıyla da, para borçlarında temerrüdün sonuçlarını düzenleyen BK.md.103 hükmü, burada da uygulama alanı bulmalıdır. Buna göre, elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin objektif piyasa değerini karşılama borcu, derhal yerine getirilmezse, temerrüt faizi işlemelidir. Temerrüt faizinin işlemeye başladığı tarih ise, elde edilmesi ihmal edilen ürünün elde edilebileceği tarihtir (ÖZEN, s.264). Kötüniyetli zilyedin, elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin piyasa değerini tazmin etme borcu (tazminat borcu) bu anda doğacağından, kötüniyetli zilyedin bu andan itibaren temerrüde de düştüğü kabul edilmelidir. Bu, kötüniyetli zilyedin sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu niteliğinde kabul edilmesinin doğal bir sonucudur. Zira, haksız fiil faili her an "temerrüt" halindedir.

Kötüniyetli zilyed tarafından, olağan bir idare faaliyeti neticesi elde edilebilecek ürünlerin elde edilmesi için, olağan bir idarenin gerektirdiği giderlerin yapılması da gerekli olabilir. O halde, bu tip giderlerin yapılmasının gerekli olduğu hallerde, ihmal edilmiş ürünlerin objektif piyasa değeri tutarından, bu giderlerin "farazi değeri"nin düşülmesi gerekir. Kalan miktar, kötüniyetli zilyedin ihmal edilen ürünlerden dolayı sorumluluğunun parasal karşılığını oluşturacaktır. İhmal edilmiş ürünlerin elde edilmesi, olağan bir idare faaliyetinin ötesinde olağanüstü giderler yapılmasını gerekli kılıyorsa, bu ürünlerin elde edilmemiş olmasından ötürü kötüniyetli zilyedin sorumluluğu zaten söz konusu değildir⁴¹

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken bir husus da şudur: Kötüniyetli zilyedin elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerden dolayı sorumluluğu da, haksız fiil esasına dayanan bir kusursuz sorumluluktur⁴².

Melikin ürünler dolayısıyla haiz olduğu tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımına gelince: Doktrinde genel olarak kabul gören görüşe göre, söz konusu talepler, haksız fiil zamanaşımına (BK.md.60) tabi olmalıdır⁴³.

4) Kullanma çıkarları karşılığında tazminat (ecrimisil) ödemek zorundadır:

Kötüniyetli zilyed, haksız olarak zilyed bulunduğu malı bizzat kullanma suretiyle maldan elde ettiği yararlanmaların, diğer bir deyişle "kullanma çıkarları"nın parasal karşılığını ödemek zorundadır.

Kötüniyetli zilyedin, kullanma çıkarlarından sorumluluğu, MK.md.995 hükmünde açıkça belirtilmiş değildir. MK.md.995 hükmü sadece ürünlerden bahseder. Ürün tabirinin kapsamına, doğal (tabii) ürünler ve hukuki (medeni) ürünler sokulabilir. Fakat, maldan elde edilen kullanma çıkarlarını bu tabirin kapsamına sokmak mümkün değildir. Zira, kullanma çıkarları, maldan elde edilen bir "ürün" değil, bir "yarar"dır. Böyle olmakla birlikte, kötüniyetli haksız zilyedin kullanma çıkarlarından sorumluluğu,

41 ÖZEN, s.265.

42 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.110.

43 Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.112 ve orada dn.330'da anılan yazarlar.

doktrinde ve uygulamada kabul edilmekte ve "ecrimisil sorumluluğu" olarak adlandırılmaktadır. Ne var ki, kanunda açıkça yer verilmediği söylenen bir sorumluluk olarak, dayanağı, doktrin ve uygulamada tartışmalıdır⁴⁴. Biz burada bu tartışmalara girmeyeceğiz.

Bize de uygun görünen bir görüşe göre, MK.md.993 hükmünün mefhumu muhalifinden, kötüniyetli zilyedin, kullanma çıkarlarından, yani maldan elde ettiği yararlardan sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır. Zira, MK.md.993 hükmü, iyiniyetli zilyedin, maldan elde ettiği yararlardan sorumlu olmayacağını belirtmekle, bu sorumsuzluğun iyiniyetli zilyed açısından geçerli olduğunu, kötüniyetli zilyedin ise bu sorumsuzluk ayrıcalığına tabi olmadığını belirtmiştir. Şu halde, MK.md.993 hükmünün mefhumu muhalifi gereği, kötüniyetli zilyed, malı bizzat kullanma yoluyla elde ettiği yararlarından sorumlu olacaktır⁴⁵.

Kötüniyetli zilyedin bizzat kullanarak sağladığı yararın tazmininin gerekip gerekmediğinin tayini için, malın kiraya verilebilecek bir mal olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer, haksız zilyedlik konusu mal, kiraya verilebilecek bir mal niteliğinde ise, kötüniyetli zilyed, kullanma çıkarlarından sorumlu olacak; buna karşılık, kiraya verilebilecek bir mal niteliğinde değilse, sorumlu olmayacak ve kötüniyetli zilyedden herhangi bir tazminat talep edilemeyecektir. Yargıtayın yerleşik içtihatlarındaki temel yaklaşım da bu yöndedir⁴⁶.

Kötüniyetli haksız zilyedin tazmin etmekle yükümlü olduğu "kullanma çıkarlarının" parasal karşılığının nasıl hesaplanacağı konusu da tartışmalıdır. Bu konudaki hakim görüşe göre, kötüniyetli zilyed, malı bizzat kullanmasının objektif değerini ödemelidir. Kötüniyetli zilyedin malı bizzat kullanmasının objektif değerinin hesaplanması için, kötüniyetli zilyedin elinde bulunan mal ile aynı türdeki malların kullanılmasını konu alan sözleşmelerde, bu kullanmanın karşılığı olarak, piyasada, ortalama ne kadar bir bedelin ödenmesinin kabul edildiği tayin edilecektir. Diğer bir deyişle, kötüniyetli zilyedin, bizzat kullandığı bu mal için, bu kullanmayı konu alan bir

44 ÖZEN, s.267. Bu konudaki tartışmalar için bakınız orada s.268 vd.

45 ÖZEN, s.267 vd, s.271.

46 Bakınız, ÖZEN, s.268, dn.556'daki Yargıtay kararları.

sözleşme yapsaydı, piyasa şartlarına göre ne kadar bir bedel ödeyeceği hesaplanacaktır. Buna göre, kötüniyetli zilyedin elinde bulunan malın, ekonomik bakımdan tahsis amacına uygun olara, adi kira veya hasılat kirası sözleşmelerine konu yapılsaydı, piyasa şartlarına göre, ortalama olarak ne kadar bir kira bedeli ödeneceği saptanacak ve nesneyi bizzat kötüniyetli zilyeden, bu kira bedelini ödemesi talep edilecektir. Ödenecek bedelin saptanması için, adi kira veya hasılat kirası sözleşmelerinden hangisinin esas alınacağı, haksız zilyedlik konusu malın tahsis edildiği amaca göre saptanacaktır. Örneğin, haksız zilyedlik konusu olan mal, ikametgah olarak kullanılan müstakil bir ev veya daire ise, bu müstakil ev veya dairenin kullanılmasını konu alan bir adi kira sözleşmesinde ödenecek olan kira bedeli esas alınacaktır. Haksız zilyedlik konusu mal bir tarla ise, bu tarlanın kullanılmasını ve ürün elde edilmesini konu alan bir kira sözleşmesinde ödenecek kira bedeli esas alınacaktır⁴⁷.

Kötüniyetli zilyedin kullanma çıkarlarından sorumluluğu, kanaatimizce, MK.md.993'de ifade bulan, "kusur" ve "zarar" şartlarından arındırılmış, "kendine özgü" bir sorumluluktur.

Zarar aranmamasına rağmen, kullanma çıkarlarının tazmini (ecrimisil) taleplerinin de, MK.md.995'e dayanan diğer talepler gibi, haksız fiil tazminatına ait zamanaşımına (BK.md.60) tabi olacağı, doktrinde –genel olarak- kabul edilmektedir⁴⁸. Ne var ki, Yargıtayın yerleşik içtihatlarında, ecrimisil talebi, kira bedeli talebine benzetilmekte ve BK.md.126 gereğince, kira bedeli talebine ilişkin 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Bizce de, "kullanma çıkarlarının tazminine yönelik talepler'in (diğer adıyla "ecrimisil talepleri"nin) BK.md.126'daki 5 yıllık zamanaşımına tabi olması, bu talebin bünyesine ve hizmet ettiği amaca uygundur.

Kötüniyetli zilyedin, malı bizzat kullanma çıkarlarından sorumluluğu da, sonuç itibariyle bir para borcuna sebebiyet verir. O halde, bu borca, ifasındaki gecikme süresince temerrüt faizi de işleyecektir. Kötüniyetli zilyedin, maldan bizzat kullanma çıkarı sağladığı anda doğan bu kullanma çıkara-

47 Bu görüşte ÖZEN, s.271 vd., s.275 vd.

48 Aynı yönde bakınız: OĞUZMAN/SELİÇİ, s.112 ve orada dn.330'da anılan yazarlar.

49 Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, s.111 ve orada dn.323.

rını ödeme borcuna, yine bu andan itibaren, temerrüt faizi de işleyecektir. Kullanma çıkarlarının parasal karşılığının hesaplanması bakımından doktrinde genel olarak benimsenen görüşe uygun olarak, bizzat kullanma çıkarlarının parasal karşılığı, kural olarak dönemsel bir biçimde ortaya çıkacaktır. Yani, haksız zilyedlik konusu malın kullanılmasını konu alan bir sözleşmeye (duruma göre adi kira veya hasılat kirası sözleşmesine) konu yapılması halinde olağan olarak ödenmesi gereken bedel bulunacaktır ve bu bedeli ödeme borcu, haksız zilyedlik süresi içerisinde dönemsel olarak (belirli dönemlerde) doğacaktır. Her bir dönemde doğan karşılık ödeme borcuna da, doğum anından itibaren temerrüt faizi işletilmesi gerekecektir⁵⁰. Yargıtayın yerleşik içtihatlarında benimsenen görüş de bu yöndedir⁵¹.

Dönemsel olarak doğan bu borca temerrüt faizi yürütülmesi için malikin ihtar çekmesine de gerek olmadığı, zira dürüstlük kuralı gereği ihtar olmaksızın temerrüdün gerçekleştiği hallerden birinin var olduğu kabul edilmektedir⁵².

bb. Kötüniyetli zilyedin giderlere (masraflara) ilişkin talep hakkı

İyiniyetli olmayan haksız zilyed, sadece, "malik için de yapılması zorunlu olan giderlerin" karşılığını talep edebilir (MK.md.995/II); ne yararlı

50 ÖZEN, s.277 vd.

51 Yarg., 3.HD., 25.5.1993 gün, E.1993/5312, K.1993/9893: "Kabul şekline göre de, ecrimisil davalarında faize, her yıl ve dönemin tahakkuk tarihinden başlayarak, kademe- li biçimde hükmedilmesi gerekirken (ki, dava dilekçesinde dahi o şekilde faiz isten- meştir) bu ilke gözetilmeden, ecrimisil isteminin toplam tutarına haksız işgalin baş- langıcından itibaren faiz yürütülmesi (o tarihte henüz gerçekleşmeyen sonraki yılların ecrimisillerini de kapsamış olacağından) yersiz ve mesnetsizdir (YKD., Cilt: 19, Sayı: 12, Yıl: 1993, s.1802 vd.). Yarg., 3.HD., 7.3.1991 gün, E.1990/6187, K.1990/2347: "Ayrıca, ecrimisil davalarında faize, tahakkuk dönemi sonu itibariyle hükmedilmesi gerekirken, beş yıllık ecrimisilin tamamına 1984 yılından (haksız işgalin başlangıç ta- rihi) geçerli olmak üzere faiz yürütülmesi de usul ve yasaya aykırıdır" (YKD., Cilt: 17, Sayı: 7, Yıl: 1991, s.1003 vd.).

52 Bkz. Yarg., HGK., 15.11.1985 gün, E.1984/3-154, K.1985/913 (YKD., Cilt: 13, Sa- yı: 4; Yıl:1987). s.505).

ne de lüks giderlerin karşılığını talep edemez. Talep edebileceği giderlerin karşılığı için de, giderin karşılığı ödeninceye kadar malı geri vermekten kaçınma hakkı yoktur⁵³.

Görüldüğü üzere, kanun, "malda hak sahibi için de yapılması zorunlu olan giderlerin" tazminini öngörmüştür. Giderin hak sahibi için de zorunlu olup olmadığının hangi esaslara göre tayin edileceği tartışmalıdır⁵⁴. Bu konuda şu kadarını belirtelim ki, giderin hak sahibi için de zorunlu olup olmadığının objektif esaslara göre tayin edilmesi gerektiği, doktrinde genel olarak savunulmaktadır⁵⁵.

3. Elatmanın önlenmesi davası sonucunda taşınmaz tahliye (boşaltmaya) mahkum edilen haksız zilyedin durumu

Yukarıda açıklandığı üzere, açılan bir İstihkak davası sonucunda malı malikine geri vermek zorunda kalan haksız zilyedin "geri verme (iade) borcunun kapsamı" ve "geri vereceği mala yapmış olduğu masrafları isteyip isteyemeyeceği" meselelerinin, MK.md.993-995 hükümlerine tabi olacağı, doktrinde kabul edilmektedir⁵⁶. Söz konusu meseleler, iade ile yükümlü haksız zilyedin iyiniyetli ya da kötüniyetli olmasına göre ayrı hükümlere tabi olmak üzere, MK.md.993-995'de "Sorumluluk" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hükümler, gerek taşınırdaki gerekse taşınmazlarda zilyedliğin iadesinde uygulanır. Bu hükümlerde düzenlenen esaslar yukarıda açıklandı.

Ne var ki, açılan bir "elatmanın davası" sonucunda taşınmaz tahliye etmek (boşaltmak) zorunda kalan haksız zilyedin, "tahliye borcunun kapsamı" ve "tahliye edeceği taşınmaza yapmış olduğu masrafları isteyip isteyemeyeceği" meselelerinin de, MK.md.993-995 hükümlerine tabi olup olmayacağı konusunda, doktrinde herhangi bir şey söylenmemiştir. Biz, doktrin bu tavrından, söz konusu hükümlerin, sadece, "açılan bir istihkak davası sonunda malı geri vermeye (iadeye) mahkum edilen haksız zilyed" açı-

53 OĞUZMAN/SELİÇİ, s.113.

54 Bu tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, s.339 vd.

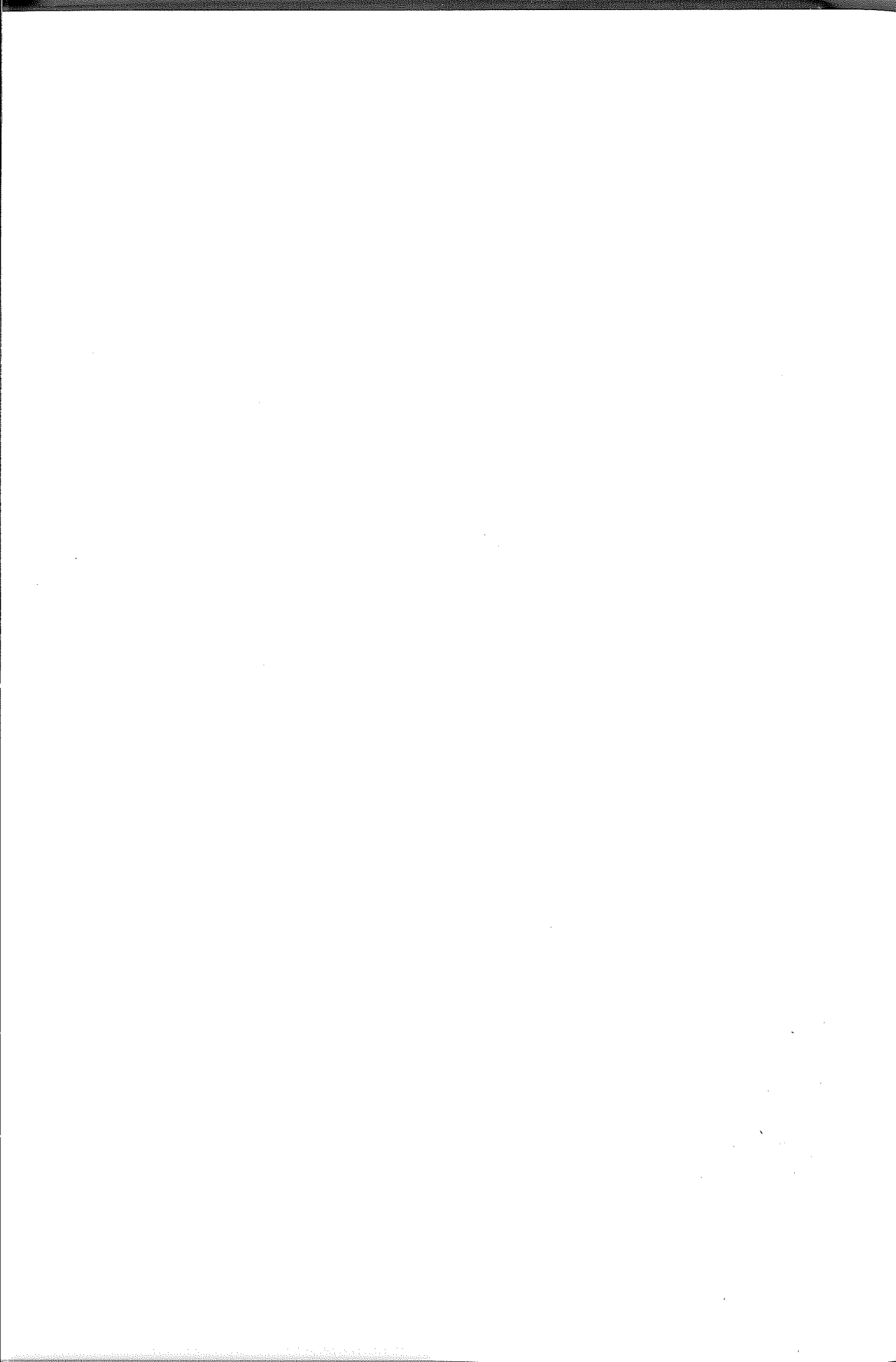
55 Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, s.113.

56 Bu konuda bkz. ÖZEN, s.78 vd.

sından uygulama alanına sahip olduğunun kabul edildiği kanaatine varmış bulunmaktayız.

Kanaatimizce, MK.md.993-995 hükümlerinin, açılan bir "elatmanın önlenmesi davası" sonucunda taşınmazı tahliyeye mahkum edilen haksız zilyed için de uygulama alanı bulması gerekir. Bu sonuç, kanunun ruhundan çıkmaktadır.

Sonuç itibariyle, yukarıda açıklanan MK.md.933-995 hükümleri ile getirilen düzenleme, elatmanın önlenmesi davası sonucunda taşınmazı tahliyeye (boşaltmaya) mahkum edilen haksız zilyedin "tahliye borcunun kapsamı" ve "tahliye edeceği taşınmaza yapmış olduğu masrafları ilişkin talep hakkı" bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Böylelikle, tahliyeye mahkum edilen haksız zilyed de, "iyiniyetli" veya "kötüniyetli" olmasına göre, farklı hükümlere tabi olacaktır.



2499 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNUNUN ELEŞTİRİSİ

Av. Doğan Kütükçü
İstanbul Barosu

Bu makalede, sermaye piyasası kanununda yatırımcıların esas olarak aydınlatma yoluyla korunmasının ve sermaye piyasası faaliyetlerinin düzenlenişi; anayasa hukuku, medeni hukuk, borçlar hukuku ve ticaret hukuku bakış açılarıyla ele alınarak ve Türk sermaye piyasasının özellikleri dikkate alınmak suretiyle ana hatlarıyla eleştirilmiştir.

Sermaye Piyasası Hukuku'nun Amaçları

Sermaye piyasası hukukunun amaçları evrensel olarak yatırımcıların aslı olarak aydınlatma yoluyla korunması, yani yapacakları yatırım hakkında tam bilgi sahibi olmalarının sağlanması ve piyasada meslekî faaliyette bulunacakların faaliyetlerinin ve ilişkilerinin düzenlenmesidir.

Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK)¹ ile yeni aydınlatma yükümlülükleri getirilmek istenmesinin nedeni, önceki hukukun, yatırım kararı verirken

1 R. Gazete No: 17416, R:G Tarihi:30.07.1981.

yatırımcılara yeteri kadar bilgi sağlamamasıdır. Bu en berrak şekilde borçlar hukukuna hakim olan *culpa in contrahendo*, yani sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur ilkesinin yerini sermaye piyasası hukukunda tam aydınlatma ilkesinin alması ile somutlaşmıştır.

Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK m.2, f. 1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre, görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması gerekir. Bu yükümlülükler kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlâl etmeleri halinde, görüşmeciler bundan doğan zararlardan sorumlu olurlar.² Ayrıca yanlış bilgidен doğan bu tür zararlarda yanlış bilgi verme, her zaman zararın tek sebebi de olmayabilir. Bilgi alanın da bu bilginin doğruluk ve güvenilirliğini, mümkün ise araştırması gerekir.³ Örneğin, kullanılmış bir araba gibi fiziki bir mal satın alırken alıcı, test sürüşü yapabilir ve bir tamirciye muayene ettirebilir. Bilgi alanın verilen bilginin doğruluk ve sağlık derecesini başka kaynaklardan araştırma imkânı varken bunu yapmaması ortak kusur oluşturabilir.

Culpa in contrahendo sorumluluğu sermaye piyasası hukukunda uygulanmaz. Sermaye piyasası hukukuna hakim olan ilke “tam aydınlatma (full disclosure)”dır. ABD Yüksek Mahkemesi’ne göre sermaye piyasası kanunu ve ona eşlik eden diğer yasal düzenlemelerin amacı *culpa in contrahendo* sorumluluğu yerine tam aydınlatma felsefesini geçirmek ve sermaye piyasası endüstrisinde yüksek bir iş etiği standardı yakalamaktır.⁴

2 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. III, 4. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1994, s. 306 – 307.

3 *Ibid.*, C. III, s. 314 – 315.

4 *Affiliated Ute Citizens v. United States*, 406. U.S. 128 (1972), <http://laws.findlaw.com/us/430/462.html>, 15.07.2003. ABD Hukukunda *culpa in contrahendo* sorumluluğunu ifade etmek için İngilizce’de *Let The Buyer Be Aware!* anlamına gelen, Türkçe’ye “Alıcı dikkatli olsun! Bütün sorumluluk alıcıya aittir” olarak çevirebileceğimiz, dikkatli olması konusunda alıcıyı uyarma niteliği taşıyan ve yine Latince bir terim olan *caveat emptor* terimi kullanılmaktadır. Erhan Adal, *Fundamentals of Turkish Private Law*, 5. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998, s. 190, dn. 440, 486.

Fiziki malların aksine bir sermaye piyasası aracı fiziki olmayan bir varlıktır ve değeri, onu ihraç etmiş olan şirketin performansına ve şirketin geleceği konusunda piyasanın değerlendirme ve beklentilerine dayanır. Yatırımcılar genellikle ne şirketin bütün fabrikalarını, ekipmanlarını, sözleşmelerini, defter ve kayıtlarını doğrudan inceleyebilirler ne de şirket yönetimi ve kilit konumda bulunan personeli ile görüşme imkanı bulabilirler. Yatırımcıların sermaye piyasası aracının değeri ve yatırımın riskleri ile ilgili konularda bilgi edinebilmeleri için her bir müstakbel alıcıya sermaye piyasası hukuku, şirket hakkındaki bütün önemli bilgilerin açıklanmasını zorunlu tutmuştur. Bu nedenle, sermaye piyasası hukukunda eksiksiz ve doğru açıklama yükümlülüğü konuşmacıya aittir.⁵

Sermaye piyasasında meslekî faaliyette bulunacakların faaliyetlerinin ve ilişkilerinin düzenlenmesi ise ilerde ele alınacaktır.

Sermaye Piyasası Aracının Tanımı

1. Genel Olarak

Sermaye piyasası aracının [İngilizce: “Security,” Almanca “Effekten” / “Wertpapier,” Fransızca: “Papier-Valeur” / “Valeurs Mobilieres,” İtalyanca: “Titolo di Credito (cartavalore)” / “Valori Mobiliari”] tanımı, sermaye piyasası hukukunun giriş kapısını teşkil eder. Bir finansal araca bu statü atfedildiği zaman sermaye piyasası hukukunun bütün ağırlığı – hem kayıt ve izahname zorunluluğu hem de hile hükümleri – onun pazarlanması ve satışını sağlayan işlemlere uygulanır. Sermaye piyasası aracının tanımı üzerinde Türk hukukunda geniş bir tartışma bulunmamakla ve konuya değinen eserler yasal tanımla konuyu geçiştirmekle birlikte konunun uygulama açısından büyük bir önemi vardır. Temel kavram olan sermaye piyasası aracının kesin olarak tespiti, sistemin iyi işlemesi bakımından üzerinde en önemle durulacak konudur. Bir işlemin sermaye piyasası aracı içermesi sadece düzenleyici güçleri hareket geçirmekle kalmaz, bir ticari girişimin getirisi ile hayal kırıklığına uğrayan yatırımcıyı, yatırdığı sermayeyi geri almak arayışı içerisinde güçlü bir silâhla donatır.⁶

5 Doğan Kütükçü, *Sermaye Piyasası Hukuku C. I*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004, s. 23 vd.

6 Kütükçü, C. I, s. 383 vd..

Hem mevcut düzenlemedeki hem de SPK'nin hazırladığı taslaktaki sermaye piyasası aracı ya da finansal araç tanımına bakacak olursak, birincisi tercih edilen düzenleme yöntemine ikincisi ise anayasa hukukuna ait iki hata görürüz.

Düzenlemenin yöntemine ait hata, sermaye piyasası araçlarının yasa-da tek tek sayılmış olmasıdır. Sözleşme özgürlüğünün hakim olduğu bir hukuk düzeninde ve finansal araçların devamlı olarak gelişip çeşitlendiği bir ortamda tek tek sayma yöntemi düzenlemenin doğru yöntemi değildir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu (TTK) halka müracaat edildiklerinde sadece temel ortaklık senedi olan hisse senedi (TTK m. 281 vd.) ve temel borçlanma senedi olan tahvil (TTK m. 425 vd.) için izahname düzenlenmesini zorunlu tutmuşken günümüzde pek çok çeşit sermaye piyasası aracı geliştirilmiştir. Bu sebeple, TTK'deki tanımlama yatırımcıları korumakta yeterli olmadığından SerPK çıkarılmıştır. Tek tek sayma yöntemi ile sermaye piyasası aracı olabilecek finansal araçları tüketmek mümkün olmadığı için hatalı olan bu yöntem yerine seçilmesi gereken yol, sermaye piyasası araçlarının ortak noktalarını kanunda tanımlamak olmalıdır. Böylece ileride geliştirilebilecek bütün sermaye piyasası araçları otomatik olarak kanun kapsamında yer alacaktır. Sürekli kanun değiştirmek gerekmeyecektir.

Tanımlamadaki ikinci hata anayasa hukuku ile ilgilidir. Bu hata esasen anayasaya aykırılık teşkil eden bir hatadır. Hem mevcut yasadaki hem de SPK'nin hazırladığı taslaktaki tanımda sermaye piyasası araçları tahdidi olarak sayılmaya çalışıldıktan sonra bunların gelecekteki gelişmeler karşılamayabileceği düşünülerek SPK'ye sermaye piyasası araçlarını belirleme yetkisi verilmiştir. İşte kanundaki anayasaya aykırılıklar kanunun en başında burada başlamaktadır. Çünkü böyle bir düzenleme, idareye belirli bir alanı asli olarak; yani, birinci elden düzenleme yetkisi vermek suretiyle yasa-ma yetkisini devretmek anlamına gelmektedir. İdareye bu yetki ile, kanunun kapsamını belirleme ve bu kapsamı daraltıp genişletme yetkisi verilmektedir. SPK'nin içerisinde faaliyet göstereceği çerçeve çizilmemektedir. Örneğin, SPK'nin "Paşabahçe bardaklarının halka satışı bir sermaye piyasası aracı işlemidir," şeklinde bir düzenleme yapmasına hangi yasa hükmü engel olabilir. Bundan daha vahimi, sermaye piyasası araçları ile ilgili çeşitli eylemlerin suç olmasıdır ki SPK'ye ceza hukuku kurallarının kapsamını belirlemek yetkisi de bu yolla tevdi edilmiş olmaktadır.

Sermaye Piyasası Aracının Tanımına Getirilen İstisnalar

Mevcut düzenlemeye göre sermaye piyasası aracının tanımına getirilen en önemli istisna bonodur (SerPK m. 3). SPK'nin hazırladığı taslakta ise "para piyasasında işlem gören ödeme araçları hariç, hazine bonusu, mevduat sertifikaları ve finansman bonoları" gibi araçların para piyasası araçları oldukları belirtilmiştir (*Taslak* SerPK m. 3). Bu tanıma göre, bir ödeme aracı olan çek hariç, para piyasasının iki önemli aracı olan bono ve poliçe birer sermaye piyasası aracı olmaktadır. SPK'nin bu tanımı bilinçli yapıp yapmadığını bilemiyorum. Buradaki soru şudur: Bono ve poliçe birer sermaye piyasası aracı mıdır? Bu sorunun yanıtı şartlı bir evettir. Poliçeyi bir kenara bırakıp bonoya odaklanacak olursak "emre muharrer senet" sermaye temini amacı ile kullanılırsa bir sermaye piyasası aracıdır. Bunun gerekçelerine geçmeden önce bononun özelliklerine kısaca değinmek gerekir.

Bono, kısa ve orta vadeli kredi temin etmek için para piyasasında yaygın olarak kullanılan bir finansal araçtır. Para piyasası, düşük riskli, yüksek oranda likit ve kısa vadeli borç için var olan bir piyasadır. Borçların kısa vadeli olması, fon ihtiyacı içerisinde olan organizasyonların fon fazlası olan şirketlerden doğrudan fon ödünç almasını imkânsız hale getirmektedir. Bu nedenle, çoğunlukla kısa ve zaman zamanda orta vadeli kredi için kullanılan bononun bir sermaye piyasası aracı olarak da kullanılabilmesi ne ihraççılar tarafından ne de yasa koyucu tarafından düşünülmemektedir. Diğer bir söyleyişle, pratikler farklı şekilde düşünmeyi önlemektedir.

Bir anonim şirket tarafından borçlanma ihtiyacı duyuluyorsa, halktan veya fon fazlası olan kişilerden uzun vadeli sermaye bulmanın yolunun hemen her zaman tahvil olduğu kabul edilir. Tahvil ihraç etmek ise, kayda alma masrafları, aracılık masrafları, bağımsız denetim masrafları, basım ilan masrafları gibi SerPK'nin neden olduğu pek çok masraf yaratır. Oysaki SerPK'de çok önemli bir istisna mevcuttur: Bono. Bono her ne kadar kısa ve orta vadeli kredi aracı olarak tasavvur edilse bile bu aracı uzun vadeli düzenlenmesine engel olan yasal bir düzenleme yoktur. Uyanık bir finansçı, uzun vadeli düzenlediği çok sayıda bonoyu (örneğin, 5 yıl vadeli 200 adet) vadesinde üzerinde yazan fiyatı ödemek üzere, üzerinde yazan fiyatın altındaki bir fiyata satarak uzun vadeli sermaye sağlayabilir ve kanunda yazan hiçbir borçlanma aracını kullanmadan borçlanma ihtiyacını karşılayabilir.

Bu sebeple, sermaye temini için kullanılıyorsa kambiyo senetlerinin de sermaye piyasası aracı olarak kabul edileceği kanuna eklenmelidir.⁷

Karmakarışık Bir Kavram: Halka Arz

Halka arzın ne olduğunu tanımlamaya çalışmadan önce bu sözcüklerin nereden geldiğine bakmak gerekir. Halka arz “public offering” sözcüklerinin Türkçe’ye yapılmış yanlış bir çevirisidir. Buradaki sorun “offer” sözcüğünün çevirisinde yoğunlaşmaktadır. “Offer” İngiliz/Amerikan müşterek hukukunda (common law) kullanıldığı haliyle Türk borçlar hukukunda “öneri (icap)”⁸ anlamına gelir. Fakat bu sözcük 1933 tarihli Amerikan Sermaye Piyasası Kanunu’nun⁹ (ASPK) 2(a)(3) maddesinde “ivaz karşılığında, bir sermaye piyasası aracını veya bir sermaye piyasası aracı üzerindeki bir menfaati elden çıkarmak için yapılan her türlü girişim veya icap veya bir sermaye piyasası aracının veya bir sermaye piyasası aracı üzerindeki bir menfaatin satın alınması için yapılan icaba davet” olarak geniş ve yapay bir şekilde tanımlanmıştır. Satış ise, aynı maddeye göre, “ivaz karşılığında, bir sermaye piyasası aracının veya bir sermaye piyasası aracı üzerindeki menfaatin satış veya elden çıkarılması için yapılmış her türlü sözleşme”yi içermektedir. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, borçlar hukuku anlamında öneri ve satış sırasıyla sermaye piyasası hukuku anlamında öneri ve satışın birer fonksiyonu haline gelmiş, bu kavramlar ABD sermaye piyasası hukukunda borçlar hukuku anlamlarından daha geniş bir tanıma kavuşmuşlardır. ABD hukukunda yapılan bu tanımlardan sonra bir karşılaştırma imkânı vermesi için ABD sermaye piyasası hukukunda ihraç süreci ele alınmalıdır.

1933 tarihli ASPK, ihraç sürecini üç döneme ayırmıştır (m. 5): İzahnamenin SEC¹⁰ kaydına alınması için SEC’ye başvurmadan önceki dönem (başvuru öncesi dönem), başvurudan sonraki, fakat izahnamenin SEC kaydına alınmasından önceki dönem (bekleme dönemi) ve izahnamenin SEC kaydına alınmasında sonraki dönem (kayıt sonrası dönem). İhraç sürecini üç

7 Kütükçü, C. I, s. 387 vd.

8 Bundan sonra bu iki sözcük birbirinin yerine dönüşümlü olarak kullanılacaktır.

9 Securities and Exchange Act of 1933.

10 Securities and Exchange Commission, ABD’de Sermaye Piyasası Kurulu’nun gördüğü işlevi görür.

döneme ayırıp her bir dönemdeki faaliyetleri farklı farklı düzenlemenin sebebi, bir taraftan yatırımcıların tam olarak bilgilendirerek yatırım yapmalarını temin etmek, diğer taraftan da halka dağıtılacak sermaye piyasası aracının fiyatının doğru belirlenmesini sağlamaktır. Bu süreç, esasen aydınlatma felsefesinin tersine aydınlatmama düşüncesi ile düzenlenmiştir. Kayıt başvurusundan önceki dönemde (sermaye piyasası hukuku anlamında) öneri ve satış yasaktır. Bu dönemde amaç, SEC kaydına alınmış bir izahname yoluyla bilgilendirilmeksizin yatırımcıların halka dağıtılacak olan sermaye piyasası araçlarını satın almaya koşullandırılmalarını önlemektir. Bu dönemde satışın yanı sıra öneri teşkil eden her türlü ilân, reklam, televizyon ve radyo programı yasaktır. Kanunen yirmi gün olan bekleme döneminde satış halen yasaktır, fakat bazı şartlarla öneri serbesttir. Sözlü öneri yapılabilir, fakat yazılı öneri yasaktır. Televizyon ve radyo yayınları yazılı öneri teşkil eder. Bu dönemde yazılı olarak sadece ön izahname dağıtılabilir. Ön izahname fiyat ve aracılık/yüklenicilik ücretleri hariç normal bir izahnamedeki tüm bilgileri içeren yazılı bir belgedir. Bu dönemde ön izahname kullanılmasına izin verilmesinin sebebi, yatırımcılar, özellikle kurumsal yatırımcılar ile ihraççıyı karşı karşıya getirerek verilen bilgilere yatırımcılardan gelecek tepkiye (talebe) göre, yani piyasa şartlarına uygun olarak, ihraççının fiyatı doğru tahmin etmesini sağlamaktır. 20 günün sonunda, SEC aksine bir karar vermezse ve izahnamenin fiyatla ilgili eksiklikleri de tamamlanmışsa, kayıt kendiliğinden gerçekleşmektedir. Kayıt sonrası dönemde satış serbesttir, fakat öneri üzerinde halen bazı sınırlamalar varlığını devam ettirmektedir. Yazılı öneri, promosyon, reklam, ilân yapılabilir, fakat televizyon ve radyo yayını da içeren geniş anlamdaki yazılı öneri teşkil eden her bir girişime bir izahnamenin eşlik etmesi yükümlülüğü bulunur. Ayrıca sermaye piyasası araçları yatırımcıya teslim edilirken izahname teslimi de zorunludur. Bu dönemlerden herhangi birinde kanunun ihlâl edilmesi halinde herhangi bir yatırımcı işlemi iptal ederek yatırdığının iade edilmesini isteyebilir (m. 12).

Bu açıklamalarda sonra SerPK m. 3 (c)'deki "halka arz" tanımına bakabiliriz. Kanuna göre halka arz "[s]ermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; Bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisselerinin satışını ifade eder." SPK'nin taslağında da

birkaç farklı sözcükle benzer bir tanım benimsenmiştir. Bu tanım yukarıda bahsettiğimiz 1933 tarihli ASPK'nin yaptığı öneri ve satış tanımlarını içeren bir "bohça" tanım gibi durmaktadır. Öncelikli görevi kanunun yorumlamak olması gereken SPK'nin bu hükmü yorumlayarak yatırımcılara ve piyasada faaliyet gösteren kişilere yol gösterici olduğunu ben görmedim. Bu hükmü SerPK m. 4 ile bir arada değerlendirmeye çalışabilir. Bu maddeye göre "[i]hraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarını Kurula kaydettirilmesi zorunludur." Buradan halka arzın tanımına bakarak halka dağıtılacak sermaye piyasası araçlarının reklamının Kurul kaydına alınmadan önce yapılmasının mümkün olmadığını söylemek mümkündür. Aksi halde tanımda geçen "çağrı" ve "davet" sözcükleri hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Fakat Kurul kaydına alınmadan pek çok ihraççının gazete ve televizyonda günlerce ilân ve reklam yaptıklarını biliyoruz. Örneğin 2005'in Kasım ayı içerisinde Vakıfbank'ın halka açılması buna bir örnektir. Bu ay içerisinde Vakıfbank'ın televizyon ve radyodan sürekli halka açılacağını duyurarak izahname kullanmadan halkı sermaye piyasası araçlarını satın almaya koşullandırması, tavrına bakılınca SPK için bir "çağrı" veya "davet" teşkil etmemektedir. SPK'nin "İzinsiz Halka Arza İlişkin Açıklama"¹¹sı da bu konuda aydınlatıcı değildir. SPK halka arzı sadece satış olarak anlıyor mu gibi görünmektedir. O halde tanımın içerisinde geçen "çağrı" veya "davet" ifadeleri SPK için ne anlama geliyor? Vakıfbank'ın radyo ve televizyondan yaptığı ilân ve reklamlardan daha iyi çağrı olur mu? Aynı şekilde SerPK m. 6'da "[s]ermaye piyasası araçlarının halka arzında açıklanacak bilgiler izahnamede yer alır" denilmektedir. SPK'nin teklifinde de buna benzer bir hüküm bulunuyor. Yine halka arzın tanımı göz önünde tutulacak olursa hem sermaye piyasası araçlarının satın alınması için yapılan davet veya çağrı sırasında hem de satış gerçekleştirilirken bir izahname teslim etmek zorunluluğu kanunen var mıdır? Kanunun sözünü nasıl anlamamız gerekiyor? Bunlar cevabı meçhul sorulardır.

Başka bir konu, izahnamenin tanımı ve içeriği ile ilgilidir. İzahname nedir ve içeriği ne olmalıdır? Bu soruların cevaplarını kanunda bulamıyoruz. Halbuki sermaye piyasası aracının kalitesini değerlendirme işini devletin yaptığı liyakat rejimi yerine bu işin yatırımcılara bırakıldığı aydınlatma rejimini benimseyen bir sermaye piyasası hukuku anlayışında önemle üye-

11 SPK, <http://www.spk.gov.tr/hid/izinsizhalkaarz.html>, Ekim 2001, 06.11.2005.

rinde durulması gereken bir konu bu olmalıydı. Yasa koyucunun izahname- nin ne işe yaradığını tanımlaması, ana hatlarıyla içeriğini düzenlemesi ve detayını Kurul'a bırakması gerekirdi. SPK'nin taslağında da konuda bir gelişme yoktur.

Sermaye Piyasası Araçlarını Kurul Kaydına Almanın Anlamı

Kayıt, şirket ve şirketin satmayı amaçladığı sermaye piyasası araçları ile ilgili önemli vakıaların yeterli ve doğru bir şekilde açıklanmasını amaçlamaktadır. Böylece yatırımcılar sermaye piyasası araçlarının liyakati hakkında gerçekçi bir değerlendirme yapabilecek ve sonra bunları alıp almama konusunda bir tespit yaparken bilgiye dayalı bir karar verebileceklerdir. Diğer bir söyleyişle, sermaye piyasası araçlarını kayıt altına aldırarak evrensel sermaye piyasası hukuku anlayışına göre bir izahnameyi kayıt altına aldırarak eş anlamlıdır. Yatırımcılar, idareye ibraz edilen izahname aleni hale geldiği için kolayca bu bilgilere erişebilirler. Bunun dışında sermaye piyasası araçlarını Kurul kaydına aldırmanın pratikte bir gereksesi yoktur.¹²

Bununla birlikte, kanundaki düzenlemelere ve SPK'nin anlayışına bakılacak olursa,¹³ sermaye piyasası araçlarını Kurul kaydına almakla bir izahnameyi Kurul kaydına almanın farklı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bir izahnameyi Kurul kaydına aldırmanın gerekli olmadığı hallerde sermaye piyasası araçlarını neden Kurul kaydına aldırmanın gerekli olduğu, bunun hukuksal gereksesi belli değildir.

İzahname ile sermaye piyasası araçlarını Kurul kaydına almak arasındaki ayrımın sonucu "halka arz edilmeksizin satış"ta kendisini göstermektedir. Bu kavrama ABD hukuku ve AB düzenlemelerinde birbiri ile eş anlamlı olarak "private offering" veya "private placement" yani, halka icabın karşısı olarak özel icap veya özel tahsis denilmektedir.

Bu kavram esasen TTK'da da mevcuttur. Ani kuruluş (TTK m. 276, f. 2) ile ani sermaye artırımında (TTK m. 391 vd.) özel tahsis sözkonusudur.

12 Kütükçü, C. I, s. 453 vd.

13 Örneğin, Kurul'un taslağının 4. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre "[d]eğişken sermayeli yatırım ortaklıkları ve yatırım fonlarının yayımlayacakları izahnamenin Kuruma kaydı, payların kaydı hükmündedir."

Tedrici kuruluş (TTK m. 276, f. son) ve tedrici sermaye artırımında (TTK m. 393) ise TTK “halka müracaat” etmekten bahsetmektedir. Aynı şekilde, tahvil sözkonusu olduğunda halka müracaat edilecekse (TTK m. 425) TTK izahname düzenlenmesini zorunlu tutmaktadır.

Özel tahsis, kayıt altına alınmanın sağlayacağı türde bilgilere erişim imkânı olan ve bu sermaye piyasası araçlarını yeniden satmayı plânlamayan sınırlı sayıda kişi veya kurumlara yapılan tahsistir. Genellikle 20 – 25 arasındaki kişi sınırlı sayıda kişi sayılmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu’nun hisse senetlerine ve 1156. maddesi ile bağlantılı olarak tahvillere de uygulanan 652a maddesine göre, eğer “sınırlı bir grup kişi” hedeflenmiyorsa, iştirake davet “halk”a yapılmış demektir. “Sınırlı bir grup kişi” terimi İsviçre Borçlar Kanunu’nda veya kanunun uygulama yönetmeliğinde tanımlanmış değildir. Bilindiği kadarıyla, İsviçre’de “sınırlı bir grup kişi” terimine daha fazla anlam kazandıran bir mahkeme kararı da mevcut değildir. İsviçre hukuk literatüründe, bazı yazarlar tarafından, bir temel kural olarak, sadece eğer yirmiden fazla kişi ile temasta bulunulmuşsa, bir ihracın halka yapılmış sayılabileceği telkin edilmiştir. İsviçre hukukuna göre, sadece bir borsanın listesine alınmak için yapılmış olan ihraçlar değil, aynı zamanda, borsa listesine alınmak amacı taşımayan ihraçlar da “halk”a yapılmış olarak nitelendirilebilirler.¹⁴

1933 tarihli ASPK m. 4(2) ise “ihraççının halka öneri içermeyen bütün işlemlerini” kayda akmaktan istisna etmektedir. Kanunun bu hükmünün gerekçesine göre, bu işlemler, ihraççının sermaye piyasası araçlarının belirli bir kişiye özgül veya izole edilmiş bir şekilde satışına müsaade eden, halka icaptan istisna edilmiş işlemlerdir. Fakat eğer bir satışın genel olarak halka yapılması gerekiyorsa bu işlem kanun kapsamında yer alacaktır. Aynı şekilde, yasanın uygulaması için pratik bir ihtiyacın bulunmadığı veya halkın menfaatinin çok uzak olduğu durumlarda da bu istisnaya başvurulması mümkündür. Sermaye piyasası araçlarının belirli bir kişiye tecrit edilmiş bir şekilde satışı ile sermaye piyasası araçlarının halka satışı arasında, aslında özel tahsis hukukunun karmaşık gelişimi için geniş bir zemin hazırlayan sayısız türde işlemler yatmaktadır. Genel olarak ele alındığında özel icap ala-

14 Kaspar Landolt, Stephan Werlen, *Securities Law in Switzerland*, http://www.cmslegal.ch/publications/securities_law.pdf, Ekim 2003, 1 Şubat 2005, s. 15.

nındaki hukuksal berraklık, diğerlerinden farklı bir endüstri olarak ortaya çıkıp ABD’de Silikon Vadisi’nin büyümesini sağlayan girişim sermayesi¹⁵ faaliyetlerinin gelişmesine geniş ölçüde katkı sağlamıştır.¹⁶

İhraççı ile tecrübeli bir yatırımcı arasında yapılan yüz yüze işlemlerin kayıt sürecinin yaratacağı zaman ve masraf problemlerine konu olmaması gerektiği fikri, batı dünyasının sermaye piyasası rejimleri tarafından tartışmasız olarak kabul edilen bir düşüncedir. Bunun en basit örnekleri, yatırım fonları, yatırım ortaklıkları, portföy yönetim şirketleri, özel emeklilik fonları, sigorta şirketleri gibi kurumsal yatırımcıların özel tahsislerde alıcı oldukları durumlardır. Bu tür örneklerde, bilgisel asimetri (yani, taraflardan birinin sahip olduğu bilgiye diğerinin sahip olmaması) üzerindeki endişe önemli ölçüde önlenmiştir. Kurumsal yatırımcıların pek çoğunun, ne soracağını bilen ve kendi menfaatlerini koruma yeteneğine sahip tecrübeli yatırımcılar oldukları kabul edilir. Buna uygun olarak, alıcılar, ilgili bilgiyi temin etmek için gerekli uzmanlık ve pazarlık gücüne ve kendi yatırımlarını korumak bakımından gerekli müzakere ayrıcalığına sahip oldukları için kayıt süreci ile sağlanan korumanın gerekli olmadığı kabul edilir.

Kurumsal yatırımcılar özel tahsis piyasasının önemli oyuncularındır, fakat tek oyuncu da onlar değildir. Değişen seviyelerde finansal tecrübeye ve pazarlık gücüne sahip bireysel yatırımcılar da ihraççıların özel tahsis istisnası altında sermaye piyasası araçlarını satmak istedikleri ortak hedefler arasındadır.

Diğer yandan özel tahsisin başka bir amacı, bir ticari faaliyete yeni başlayacak olan veya halka açık olmayan küçük bir ticari girişimi genişletmek isteyen kişilerin ihtiyaç duydukları ilâve sermayenin temin edilmesidir. Bu tür yeni başlayan şirketler için en yakın ve dolaysız sermaye kaynağı çoğu zaman aile bireyleri veya arkadaşlar ya da ticari, mesleki, sosyal bağlantıdır. Tahsis, iştirakçileri tanıdığı farz edilen ve kurulup tasarlanmış bir ti-

15 James D. Cox, Robert W. Hillman, Donald C. Langevoort, *Securities Regulation, Cases and Materials*, 3. bs. New York, Aspen Law & Business, 2001, s. 403. Girişim sermayesi şirketleri, önemli gelişme potansiyeli olan, fakat henüz sermaye piyasası araçlarını halka önerecek kadar büyük olmayan işletmelere sermaye ve kredi sağlarlar.

16 Cox, Robert W. Hillman, Donald C. Langevoort, s. 383 – 384, Jr., John C. Coffee, Joel Seligman, *Securities Regulation, Cases and Materials*, 9. bs., New York, Foundation Press, 2003, s. 393 – 395.

carî girişime yatırım yapmaya istekli, sınırlı sayıdaki bu kişilerle tahdit edildiği sürece, özel tahsis istisnasının varlığı çoğunlukla kabul edilir. Bununla beraber, alımın yeniden satma niyetiyle değil, “yatırım amacı”yla yapılması gerekir. Pek çok zaman işe başlamak için gereken “çekirdek sermaye” bu dolaysız ve yakın kaynaklardan temin edilir. Sonuç ise, kayda almak için gerekli olan hukuksal ve finansal masraflardan, aracılık maliyetlerinden, basım – ilan masraflarından ve benzeri giderlerden kaçınmaktır.

Fakat yasa koyucu burada gereksiz bir kayıt ve aydınlatma ayrımı yapmıştır. Şöyle ki, halka açık şirketlerin tüm özel tahsisleri ile halka açık olmayan şirketlerin hisse senedi dışında kalan sermaye piyasası araçları için yaptıkları özel tahsisler kayıt altına alınmak zorundadır, fakat bunlar için izahname gerekli değildir (SerPK m. 2).¹⁷

Sermaye

SerPK’da düzenlenmemesi gereken bir konu sermayedir. Sermaye, sermaye piyasası hukukunun değil, şirketler hukukunun konusudur. Halka açık şirketlerle halka açık olmayan şirketler sermaye konusunda aynı hükümlerle düzenlenmelidir. Halka açık şirketlerle olmayanlar arasında sermaye açısından ayrı düzenlemeler yapmanın haklı bir gerekçesi yoktur. SerPK ile TTK’da ayrı düzenlemeler yapılması çift hukukluluk yaratmıştır.

TTK’da düzenlenmesi gereken sermaye konusu nasıl düzenlenmelidir ki sermaye piyasası hukukunun aydınlatma rejiminden en verimli sonuç alınsın? Sermaye ile ilgili sorun işte budur.

Şirket yönetimi açısından sermaye piyasası hukukunun öngördüğü aydınlatma rejimi tek başına yeterli olmayabilir. Diğer hukuksal altyapılar da eşit ölçüde önemlidir. Bu yüzden, bir kimse aydınlatma sistemini geliştirmeyi düşündüğünde, aydınlatma sisteminden tam olarak yararlanmak için kapsamlı bir sermaye piyasası hukuku rejimi de hazırlamak zorundadır. Mevzuatın başka bir yerindeki engelleyici unsurlar rejimin etkili bir şekilde işlenmesini önleyebilir. Bu bakımdan Türk hukukunda göze çarpan en önemli engelleyici faktörler Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) yer almaktadır.¹⁸

17 Kütükçü, C. I, s. 507 vd.

18 Ibid., s. 492 vd.

TTK’de yapılması gereken değişikliklere geçmeden önce, değişikliklerin gerekçesi olarak öne süreceğimiz, gelişmiş kapitalist ekonomik sistemlere sahip ülkelerin şirketler hukukunu ve sermaye piyasası hukukunu etkilemiş bir finans teorisi olan “etkin piyasa teorisi”nden bahsetmek gerekir.

Etkin piyasa teorisi (veya etkin sermaye piyasası teorisi), finansal ekonomide yakın zaman içerisinde gerçekleşen gelişmeler arasında dünya hukuk literatürü tarafından en geniş kabul görmüş hipotezdir. Teori pek çok çeşit konuda akademik literatüre katkı sağlamakta, ana hukuk kitapları ve ticaret hukuku ders kitaplarında teoriye atıflar yapılmaktadır. Etkin bir sermaye piyasasında, sermaye piyasası araçlarının fiyatları yeni bilgilerin akışına göre hızlı bir şekilde ayarlanır ve bu sayede, cari sermaye piyasası aracı fiyatları, elde edilebilir bütün bilgileri tam olarak yansıtır. Tam olarak doğru olmak için, buna bilgisel olarak etkin bir piyasa şeklinde atıf yapılır.

Etkin piyasa teorisinin merkezî ve en çok tartışılan iddiası, (borsa gibi) en temel sermaye piyasalarında işlem gören sermaye piyasası araçları hakkında ulaşılabilir (piyasaya yayılmış) bilginin hisse fiyatlarına büyük bir hızla yansıdığıdır. Etkin piyasanın en çok kabul gören tanımı, bu yüzden, böyle bir piyasadaki fiyatların bütün “ulaşılabilir” bilgileri “tam olarak yansıttığı” şeklindedir.¹⁹ Açık ve gelişmiş bir sermaye piyasasında, bir şirketin hisse fiyatı, şirket ve şirketin faaliyetlerine ilişkin piyasadan elde edilebilir bilgiler tarafından belirlenir.²⁰

Bu durumda şirketler hukukunun da bu teoriyi göz önünde bulundurarak ayarlanması gerekir. Anonim şirketler hukukunun bu teoriyi gözetmediği nokta hisse senedi ihracı süreci ile ilgilidir. Bu durum aslında Avrupa’da 17. yüzyılda sömürge ticaretinde faaliyet gösteren şirketlerin iflâs etmesi ve alacaklıların alacaklarını alamamasının neticesinde Avrupa şirketler hukukunun aldığı şekil ile ilgilidir. Bu olaylar, Kara Avrupası AO’lar hukukunu etkilemiş ve hükümet izni ve denetimi, katı esas sermaye gibi usul ve ilkelerin kabulü ile İngiliz – Amerikan AO’lar hukukundan farklılaşmaya götürmüştür.²¹ Türk anonim şirketler hukuku sermayenin önceden tespit

19 Ibid., s. 25 vd.

20 Ibid., s. 205 vd.

21 Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku**, 8. bs. İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000, s. 8.

edilmiş olmasını aramaktadır. Bu husus, ortaklığın alacaklılarının haklarının korunması bakımından sorumlulukla ilgili bir çözümdür. Alacaklılar, sadece ortaklığın malvarlığına müracaat edebileceklerinden, pasifte itibarî bir rakam olarak bulunan esas sermaye ve bunun karşılığındaki aktiflerin korunması ile ilgili hükümler, alacaklıların teminatını teşkil eder. Ortaklığın çapını gösteren bu itibarî rakamın değiştirilmesi de ağır merasime tâbi tutulmuştur.²² İşte bu ağır merasimin çok uzun bir zaman alması, bedelini ödeyen yatırımcıların hisse senetlerini teslim almalarında gecikmelere neden olmaktadır. Zira “[e]sas sermayenin artırılması keyfiyetinin tescilinden önce çıkarılan hisse senetleri hükümsüzdür.”²³ Bu durumda, esas sermayenin artırılması sürecinin tamamlanmasına kadar geçecek olan sürede; yani, yatırımcılar bedelini ödedikleri veya ödemeyi taahhüt ettikleri hisse senetlerini teslim alana kadar geçecek zaman diliminde, hisse senedinin değerinde meydana gelecek her türlü olumsuz değişikliğe karşı tamamen savunmasızdırlar.

Şu anda mevcut olan usullerin yatırımcılar üzerindeki olumsuz etkilerini tasvir etmek için Yapı Kredi Bankası A.Ş.’yi örnek olarak gösterebiliriz.²⁴ Banka yönetim kurulu 12 Şubat 1998’deki toplantısında sermaye artırımını yapılmasını kararlaştırmış ve buna ilişkin genel kurul toplantısının da 31 Mart’ta yapılmasına karar vermiştir. O sırada Yapı Kredi henüz kayıtlı sermaye usulüne geçmiş değildir. 27 Mart’ta hisse senetlerinin kayda alınması için İstanbul Menkul Kıymetler Borsası’na (İMKB) Sermaye Piyasası Kurulu’na (SPK) başvurulduğu bildirilmiştir. Olağan genel kurul toplantısı 31 Mart’ta planlandığı gibi yapılmış ve sermaye artırımına karar verilmiştir. 5 Mayıs’ta hisse senetleri SPK kaydına alınmıştır. Hisse senetlerinin satışı 15 Mayıs – 29 Mayıs tarihleri arasında yapılmış, satın alanlara makbuz verilmiştir. Bu makbuzlar sadece alacaklı olunduğunu gösteren birer senet niteliğini haizdirler ve paylar üzerinde tasarruf yetkisi vermemektedirler. Takasbank 20 Mayıs’ta, yani satışın tamamlanmasından bir gün sonra bu makbuzların üye hesaplarına alacak kaydedileceğini duyurmuştur. 7 Eylül’de sermaye artırımını Ticaret Siciline tescil edilmiş ve Ticaret Sicili Gazetesinde ilân edilmiştir. 5 Ekim’de ise

22 Ibid., s. 230.

23 TTK m. 412.

24 Yapı Kredi Bankası A.Ş. Tarafından İMKB’ye yapılan Açıklamalar, <http://www.imkb.gov.tr/haber/thykbnk.zip>, 22.03.2004.

makbuzlar hisse senetlerine dönüştürülerek Takasbank üye hesaplarına alacak kaydedilmiştir. Diğer bir deyişle, yatırımcıların hisse senedi alabilecekleri ilk gün olan 15 Mayıs ile fiilen tasarruf yetkisini elde ettikleri 5 Ekim arasında yaklaşık 5 aylık bir süre zarfında hissedarlar şirketin değerinde meydana gelebilecek değişikliklere karşı tamamen savunmasız kalmışlardır. Pratikte hissedarlar Ticaret Sicili'ne kayıttan yaklaşık bir ay sonra tasarruf imkânına kavuşabilmişlerdir. Böyle bir yöntem hem piyasaya dönük ve hem de etkin piyasa teorisi ile bağdaşır nitelikte değildir.

Kanun alacaklıları korumayı amaçlarken hissedarların karşı karşıya oldukları piyasa riskini göz ardı etmiştir. Ancak bu durum TTK'nin esinlendiği kanunlar yapılırken mazur görülebilirdi. Çünkü ilgili kanunlar yapıldıkları sırada etkin piyasalar henüz gelişmemişti. Etkin piyasalar özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısında gözlemlenmeye başlamışlar ve incelenmeye başlamaları 20. yüzyılın başından itibaren olmuştur.

Aslında etkin piyasa teorisi ile ilgili endişeler 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerPK) kendisini göstermektedir. SerPK m. 7, f. 4, c. 3 ve 4'e göre, "[k]ayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim ortaklıklarda hisse senedinin alıcıya tesliminden itibaren pay sahipliği hakkı kazanılır ve bu halde Türk Ticaret Kanununun 395 inci maddesinin 3 üncü cümlesi ... hükümleri uygulanmaz. Satışı yapılan hisse senetleri dışındaki sermaye piyasası araçlarının satış sırasında alıcıya teslimi şarttır." Bu hüküm tamamen TTK'nin öngördüğü esas sermayenin artırılması sürecinin uzunluğunun neden olacağı gecikmenin yatırımcılara vereceği zararlarla ilgili kaygıdan kaynaklanmıştır.

Yukarda izah ettiğimiz nedenden ötürü teklif ettiğimiz değişiklikler şunlardır:

TTK m. 279, b. 3 "Şirketin esas sermayesinin miktarı..." yerine, "Şirketin ihraç etmeye yetkili olduğu hisse senetlerinin toplam sayısı."

TTK m. 395, c. 3 "Esas sermayenin artırılması keyfiyetinin tescilinden önce çıkarılan hisse senetleri hükümsüzdür" hükmünün çıkarılması.

TTK m. 281, 282, 304 ve 425'in kaldırılması.

Bu yöntemde şirket esas sözleşmesine esas sermaye yazılmamaktadır. Esas sözleşmeye sadece, şirketin ihraç etmeye yetkili olduğu toplam hisse sayısı yazılır. Buna izin verilmiş veya yetki verilmiş sermaye (authorized capital) denir. Şirketin yetki tavanına kadar hisse ihraç etmesi şart değildir.

ye temin etmenin birincil yolunun sermaye piyasalarına başvurmak değil de bankalardan veya diğer finans kurumlarından ödünç almak olduğu, Türkiye'nin de içerisinde yer aldığı dünyanın geri kalanındaki ülkelerde böyle bir değişikliğe ihtiyaç olmadığı öne sürülebilir.

Temettü

SerPK esasen şirketler hukukuna ait olan bir konuya; yani, temettü konusuna da el atmıştır. Halka açık şirketlerle olmayanlar arasında temettü miktarının veya oranının belirlenmesi hususunda ayırım yapmanın, sermayede olduğu gibi, haklı bir gerekçesi yoktur. Bu konu yatırımcıların aydınlatma yoluyla veya başka bir şekilde korunması ile ilgisizdir. SerPK m. 15, f. 1'e göre "Kurul, ihraççıların türleri ve dağıtılabilir kâr tutarları itibariyle temettü dağıtım zorunluluğunu kaldırabilir veya erteleyebilir." Neden böyle bir hüküm halka açık şirketler için var da halka açık olmayanlar için yoktur?

Temettü politikası, şirketin elde ettiği gelirleri hissedarlara ödemekle şirkette tutup tekrar şirkete yatırmak arasında yaptığı seçime ilişkin kararı içerir ve temettü politikası kararları şirketin hisse senedi fiyatı üzerinde hem olumlu hem de olumsuz etkiler yaratabilir.

Optimal temettü politikası, şirketin hisse senedi fiyatını maksimize eden, mevcut temettüler ile gelecekteki büyüme arasında tam denge sağlayan politikadır. Diğer bir deyişle, en uygun temettü politikası şirketten şirkete değişir. Temettünün önemsizliği teorisi, şirketin temettü politikasının ne şirketin hisse senedi değeri ne de şirketin sermaye maliyetleri üzerinde bir etkisinin olmadığını öne sürer. Temettünün önemli olduğuna inan kişiler ise, belirli bir temettü politikasının tercih edilebileceğini, çünkü temettülerin potansiyel sermaye gelirlerinden²⁵ daha az riskli olduğunu düşünmektedirler.

25 J. Fred Weston, Scott Besley, Eugene F. Brigham, *Essentials of Managerial Finance*, The Dryden Press, Orlando, 1996, s. 60. Sermaye gelir veya zararı, bir sermaye varlığının satışından elde edilen kârın (zararın) satın alma fiyatından çok (az) olması anlamına gelir. Hisse senedi, tahvil, gayrimenkul gibi varlıklar sermaye varlığı olarak adlandırılırlar ve eğer bir kimse bir sermaye varlığı satın alır ve daha sonra bunu satın alma fiyatından yüksek bir fiyata satarsa bu kâra sermaye kazancı denir, eğer zarara uğrarsa buna da sermaye zararı denir.

makbuzlar hisse senetlerine dönüştürülerek Takasbank üye hesaplarına alacak kaydedilmiştir. Diğer bir deyişle, yatırımcıların hisse senedi alabilecekleri ilk gün olan 15 Mayıs ile fiilen tasarruf yetkisini elde ettikleri 5 Ekim arasında yaklaşık 5 aylık bir süre zarfında hissedarlar şirketin değerinde meydana gelebilecek değişikliklere karşı tamamen savunmasız kalmışlardır. Pratikte hissedarlar Ticaret Sicili'ne kayıttan yaklaşık bir ay sonra tasarruf imkânına kavuşabilmişlerdir. Böyle bir yöntem hem piyasaya dönük ve hem de etkin piyasa teorisi ile bağdaşır nitelikte değildir.

Kanun alacaklıları korumayı amaçlarken hissedarların karşı karşıya oldukları piyasa riskini göz ardı etmiştir. Ancak bu durum TTK'nin esinlenildiği kanunlar yapılırken mazur görülebilirdi. Çünkü ilgili kanunlar yapıldıkları sırada etkin piyasalar henüz gelişmemişti. Etkin piyasalar özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısında gözlemlenmeye başlamışlar ve incelenmeye başlamaları 20. yüzyılın başından itibaren olmuştur.

Aslında etkin piyasa teorisi ile ilgili endişeler 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerPK) kendisini göstermektedir. SerPK m. 7, f. 4, c. 3 ve 4'e göre, "[k]ayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim ortaklıklarda hisse senedinin alıcıya tesliminden itibaren pay sahipliği hakkı kazanılır ve bu halde Türk Ticaret Kanununun 395 inci maddesinin 3 üncü cümlesi ... hükümleri uygulanmaz. Satışı yapılan hisse senetleri dışındaki sermaye piyasası araçlarının satış sırasında alıcıya teslimi şarttır." Bu hüküm tamamen TTK'nin öngördüğü esas sermayenin artırılması sürecinin uzunluğunun neden olacağı gecikmenin yatırımcılara vereceği zararla ilgili kaygıdan kaynaklanmıştır.

Yukarda izah ettiğimiz nedenden ötürü teklif ettiğimiz değişiklikler şunlardır:

TTK m. 279, b. 3 "Şirketin esas sermayesinin miktarı..." yerine, "Şirketin ihraç etmeye yetkili olduğu hisse senetlerinin toplam sayısı."

TTK m. 395, c. 3 "Esas sermayenin artırılması keyfiyetinin tescilinden önce çıkarılan hisse senetleri hükümsüzdür" hükmünün çıkarılması.

TTK m. 281, 282, 304 ve 425'in kaldırılması.

Bu yöntemde şirket esas sözleşmesine esas sermaye yazılmamaktadır. Esas sözleşmeye sadece, şirketin ihraç etmeye yetkili olduğu toplam hisse sayısı yazılır. Buna izin verilmiş veya yetki verilmiş sermaye (authorized capital) denir. Şirketin yetki tavanına kadar hisse ihraç etmesi şart değildir.

Bu yetki tavanı kurucular tarafından tespit edilmekte, daha sonra esas sözleşmede değişiklik yapılarak artırılabilir.

Bu yaklaşım kayıtlı sermaye usulünde söz konusu olan Ticaret Siciline tescilden önce hisse senedi ihraç edilmesi ve verilmesi sorununu halletmektedir. Çünkü paylar tescil ile değil, oluşum sözleşmesi ile, yani hisse senedinin verilmesi ile oluşmaktadır. Yatırımcılar da bu anda hissedar olmaktan doğan haklara kavuşmaktadırlar. Muayyen sermaye miktarı esas sözleşmede gösterilmediği için sermaye artırımı veya azaltılması nedeniyle esas sözleşme değişikliğine gerek yoktur. Çıkarılmış hisse senetlerinin sayısı ile esas sözleşmede yazılı bir hisse senedinin nominal değeri çarpıldığında şirket sermayesi bulunmaktadır. Bunun faydası, satın alma ile pay sahipliği ve pay sahibi olmaktan doğan hakların kazanılması arasında geçecek süre zarfında fiyat değişimlerinin yaratacağı olumsuzluklara karşı hissedarları korumasıdır. Bu yöntem etkin piyasa teorisini göz önünde tutmaktadır.

Türkiye'nin kabul ettiği sermaye piyasası hukuku, piyasanın gerçekleri ile uyumlu, tam aydınlatma sistemini benimsediğine göre şirketler hukuku da bu anlayıştan azami faydayı sağlayacak şekilde düzenlenmelidir. Bu bakımdan en uygun sistem, gelişmiş sermaye piyasalarında olduğu gibi, ağırlaştırılmış şartları olan sermaye artırımı ve azaltılması usulünün hissedarlar lehine değiştirilmesidir.

Kabul edilecek olan usul hangisi olursa olsun, satın alma anında tasarruf yetkisi ve paydaşlık haklarını bahşetmeyen bir anlayış sermaye piyasalarının gerçekleri ile uyumlu olmayacaktır. Tasarruf yetkisine sahip olmayan veya bu yetkiyi fiilen kullanamayan bir yatırımcıyı aydınlatmak hiçbir fayda sağlamaz.

Son olarak, bu değişikliklerden sonra TTK'ye eklenebilecek bir hüküm şu şekilde olabilir:

“Bir anonim şirket, esas sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa, yönetim kurulunun kararı ile sermaye piyasası aracı ihraç edebilir.”

Bu hükmün yararı şudur: Şirket hızlı bir şekilde sermaye temin etmek istediğinde genel kurulun toplanıp sermaye artırımı kararı almasını beklemeden hemen sermaye piyasası aracı ihraç etmesi mümkün olmaktadır. Bu özellikle sermaye temin etmek için sermaye piyasalarının birincil kaynak olduğu ABD ve İngiltere gibi ülkelerde önemlidir. Bununla birlikte, sermaye

ye temin etmenin birincil yolunun sermaye piyasalarına başvurmak değil de bankalardan veya diğer finans kurumlarından ödünç almak olduğu, Türkiye'nin de içerisinde yer aldığı dünyanın geri kalanındaki ülkelerde böyle bir değişikliğe ihtiyaç olmadığı öne sürülebilir.

Temettü

SerPK esasen şirketler hukukuna ait olan bir konuya; yani, temettü konusuna da el atmıştır. Halka açık şirketlerle olmayanlar arasında temettü miktarının veya oranının belirlenmesi hususunda ayırım yapmanın, sermaye de olduğu gibi, haklı bir gerekçesi yoktur. Bu konu yatırımcıların aydınlatma yoluyla veya başka bir şekilde korunması ile ilgisizdir. SerPK m. 15, f. 1'e göre "Kurul, ihraççıların türleri ve dağıtılabilir kâr tutarları itibariyle temettü dağıtım zorunluluğunu kaldırabilir veya erteleyebilir." Neden böyle bir hüküm halka açık şirketler için var da halka açık olmayanlar için yoktur?

Temettü politikası, şirketin elde ettiği gelirleri hissedarlara ödemekle şirkette tutup tekrar şirkete yatırmak arasında yaptığı seçime ilişkin kararı içerir ve temettü politikası kararları şirketin hisse senedi fiyatı üzerinde hem olumlu hem de olumsuz etkiler yaratabilir.

Optimal temettü politikası, şirketin hisse senedi fiyatını maksimize eden, mevcut temettüler ile gelecekteki büyüme arasında tam denge sağlayan politikadır. Diğer bir deyişle, en uygun temettü politikası şirketten şirkete değişir. Temettünün önemsizliği teorisi, şirketin temettü politikasının ne şirketin hisse senedi değeri ne de şirketin sermaye maliyetleri üzerinde bir etkisinin olmadığını öne sürer. Temettünün önemli olduğuna inan kişiler ise, belirli bir temettü politikasının tercih edilebileceğini, çünkü temettülerin potansiyel sermaye gelirlerinden²⁵ daha az riskli olduğunu düşünmektedirler.

25 J. Fred Weston, Scott Besley, Eugene F. Brigham, *Essentials of Managerial Finance*, The Dryden Press, Orlando, 1996, s. 60. Sermaye gelir veya zararı, bir sermaye varlığının satışından elde edilen kârın (zararın) satın alma fiyatından çok (az) olması anlamına gelir. Hisse senedi, tahvil, gayrimenkul gibi varlıklar sermaye varlığı olarak adlandırılırlar ve eğer bir kimse bir sermaye varlığı satın alır ve daha sonra bunu satın alma fiyatından yüksek bir fiyata satarsa bu kâra sermaye kazancı denir, eğer zarara uğrarsa buna da sermaye zararı denir.

Teoriler hakkındaki deneysel çalışmalar sonuçsuz kaldığı için, *akademisyenler temettü politikasındaki değişikliğin hisse senedi fiyatlarını ve sermayenin maliyetlerini*²⁶ *nasıl etkileyeceğini şirket yöneticilerine kesin olarak söyleyememektedir.*

Küçük, hızlı büyüyen şirketlerin genellikle bütün gelirlerini elde tutmaya ve büyümelerini sürdürebilmek için şirket dışı kaynaklardan ilâve sermaye elde etmeye ihtiyaçları vardır. Şirket olgunlaştıkça büyümesi yavaşlar ve fona duyduğu ihtiyaç azalır. Piyasa, yeni, kârlı şirketlerin yeni hisse senetleri ihraç edecek kadar hızlı büyüdüklerini kabul eder ve bu tür ihraçlar şirket yöneticilerinin olağanüstü iyi yatırım fırsatları yakaladıklarını gösterir.²⁷

Temettü politikasına ilişkin kararlar hissedarlara dağıtılacak gelirlerin miktarını belirlemeye ilişkin olurlar. Büyük olgun şirketler her yıl gelirlerinin belirli bir kısmını nakit olarak hissedarlarına ödemelerine rağmen, pek çok küçük, hızlı büyüyen şirket hiç temettü ödemez. Küçük bir şirket büyürken finansmana duyduğu ihtiyaç artar. Ve küçük işletmelerin sermaye piyasalarına ulaşma imkânları sınırlı olduğu için, büyük şirketlerden daha fazla bir oranda iç finansmana (elde tutulan gelirlere) güvenirler. Zaman içerisinde şirket ve ürünleri olgunlaştıkça, sermaye piyasalarına ulaşma imkânı artar, büyümesi yavaşlar, finansmana duyduğu ihtiyaç azalır ve bir noktada şirket temettü ödemeye başlar.²⁸

Yukarda sayılan nedenlerden ötürü, optimal temettü politikası şirketten şirkete değişen finansal bir karardır; hukuksal bir konu haline getirilmemelidir, çünkü finansal durumu farklı olan şirketlere farklı seçenekler sunulması daha iyidir ve konu, şirkete bırakılması gereken ticari muhakemeye ilişkin bir sorundur. İMKB’de alınıp satılanlar dahil ülkemizdeki şirketlerin pek çoğu, küçük ve orta büyüklükte oldukları için bunlar aynı zamanda nakit ihtiyacı içerisinde bulunan şirketlerdir ve ellerindeki nakdi yeni yatırım fırsatları varken dağıtmaya zorlanmamaları gerekir. Hatta hissedarların ken-

26 Ibid., s. 572. Bir şirketin aktifler (varlıklar) satın almak için ihtiyaç duyduğu fonlara ne kadar ödeyeceğini bilmek yaşamsal bir öneme sahiptir. Şirketin yatırımcıları tarafından istenen ortalama kazanç, fonları çekmek için ne kadar ödemek gerektiğini belirler. Buna *sermayenin maliyeti* denir.

27 Ibid., s. 664 – 665.

28 Ibid., s. 663.

disi bile bunu istemeyebilir. Bankacılık krizinden sonra bunların dışardan fon bulmaları daha da zorlaşmıştır. Bu durum ekonominin genelini dahi etkileyebilecek bir öneme sahiptir. TTK m. 469, f. 2 buna uygun olarak temettü dağıtıp dağıtılmama kararını genel kurula bırakmıştır. Buna göre; “şirketin devamlı inkişafı veya mümkün mertebe istikrarlı kâr paylarının dağıtılmasını temin bakımından münasip ve faydalı olduğu takdirde umumi heyet kâr payının tespiti sırasında kanun ve esas mukavelede zikredilenlerden başka yedek akçe ayrılmasına ve yedek akçelerin kanun ve esas mukavele ile muayyen haddinin arttırılmasına karar verebilir.” Tekinalp Yargıtay’ın hükmün uygulanması ile ilgili koyduğu kriterleri açıklamıştır:²⁹

“Yargıtay bir kararında ‘kar payı hakkı’ lehine bazı ölçüler koymuştur. Bu ölçüler şunlardır: 1) TK. m. 469.2’ye göre yedek akçe ayırabilmek için “duyarlı dengenin” zorunlu koşulu, kâr dağıtmamaya yönelik GK kararının yalnızca şirketin sürekli gelişimi hedefine ve paysahiplerine düzenli biçimde kâr dağıtma amacına yönelik olmasıdır; 2) kâr payının gereken biçimde dağıtılmaması AO’lara karşı güven ve ilgiyi sarsabileceğinden kararın nesnel (objektif) ölçülere aykırı olmaması kuralının da özenle gözetilmesi icap eder; 3) mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması şarttır..

Bu ölçülere göre değerlendirme yapılması gereğinin artık Yargıtayın kökleşen içtihadı haline geldiğini söyleyebiliriz. Nitekim Hukuk Genel Kurulu ... TK. m. 469, f. 2 uyarınca kâr dağıtmamayı haklı gösterebilecek sebepler (yeni yatırım gibi) olup olmadığının bilirkişi aracılığı ile incelenmesi gerektiğine işaret etmiştir.”

Çok sayıda hissedarın bulunması, farklı aydınlatma kuralları uygulamak için haklı bir gerekçe olmakla birlikte, halka açık olan şirketlerle olmayanlar arasında, hatta hiçbir ilgisi olmadığı halde halka açık olan şirketler arasında borsa listesinde olanlar ve olmayanlar diye temettü yönünden ayırım yapıp farklı hukuksal düzenlemeler getirmek için kesinlikle haklı bir gerekçe değildir.³⁰ Şirketler hukuku açısından şirketlerin temettü dağıtımları, şartları varsa zorunlu da değildir. Diğer yandan temettü dağıtımını hissedarların malî haklarına ilişkin en önemli konudur ve tebliğ ile değil, kanun ile dü-

29 Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, s. 492 – 493.

30 Sermaye Piyasası Kanununa tâbi olan Halka Açık Anonim Ortaklıklarının Temettü Ve Temettü Avansı Dağıtımında Uyulacak Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: IV, No: 27) m. 5.

zenlenmelidir. Bunun yanı sıra, temettü konusu sermaye piyasası hukukuna değil, tamamen şirketler hukukuna ait bir konudur ve esas olarak zaten TTK’de düzenlenmiştir. Bu nedenle SerPK’nin SPK’ye temettü konusunda yetki vermesi yasama yetkisinin devri niteliğindedir ve Anayasa’ya da aykırıdır. Her ne kadar tadil edilip mevcut şartlara göre uyarlanması gereken veya liberalleştirilebilecek hükümleri bulursa da TTK kendi mantığı içerisinde tutarlı, sağlam temelleri olan ve iyi düşünülmüş bir kanundur. Genel kurula ait bazı yetkiler yönetim kuruluna bırakılabilir. Değiştirilmesi gereken hükümler, kanunun genel felsefesine ilişkin olanlar değildir. Bu esasları terk edip düzenleme yetkisini idareye bırakmak, şirketlerin ve yatırımcıların menfaatleri için olduğu kadar hukuksal güvenlik açısından da son derece sakıncalıdır.

Aydınlatma Rejimi

Sermaye piyasası hukukunun en önemli amacının aydınlatma yoluyla yatırımcıları korumak olduğunu çeşitli defalar tekrar etmiştik. Bununla birlikte, kanunun hacimli bir kısmını işgal etmesi gereken aydınlatma yükümlülükleri, sadece SerPK m. 16/A ve m. 22’de üstün körü yazılmış ve sadece “SPK her işte yetkilidir” anlamına gelen birkaç ifade ile topu hemen her konuda SPK’ya atar tarzda kaleme alınmıştır.

1. Genel olarak

Dönemsel raporlar, yani mevcut (özel) durum raporları, ara (çeyrek) dönem raporları ve yıllık raporlar, “sürekli” aydınlatma rejiminin özünü oluştururlar. Vakıa esasına dayalı (episodic) raporlar ise, niteliği olan vakıaların ortaya çıkması durumunda verilirler. Ayrıca genel kurulda vekâleten oy kullanılması ve genel kurul vesilesiyle hissedarların bilgilendirilmesi de yasal çerçeve içerisinde yer alan konulardır.

Daha ileri gitmeden önce Türk Hukuku’nda bu yükümlüklerin dayanağı yasa hükümleri üzerinde durmak gerekir. SerPK çıkmadan önce aydınlatma yükümlülüğünün kaynağı TTK idi. Fakat SerPK çıktıktan sonra halka açık olmayan şirketlerin aydınlatma yükümlülükleri yönünden TTK geçerliliğini devam ettirmekle birlikte, halka açık şirketler için bu kaynak ilgili kanun olmuştur. Yasada SPK’nin düzenleme yetkisini aldığı esas olarak iki aydınlatma hükmü vardır. Bunlar SerPK m. 16/A (kanunun aydınlatıl-

masına özel durumlar) ve m. 22 (görev ve yetkiler)'dir. Bu hükümlerin genelliğine bakılacak olursa, "SPK her şeye yetkilidir" anlamına gelebilecek pek çok ifade ile neredeyse kanunun tümünün geçiştirildiği görülür. SerPK m. 16/A, f.1'in lafzına göre;

"Halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak, hisse senedi toplama girişiminde bulunulmasında veya genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekâlet istenmesinde veya ortaklığın oy dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren, hisse senedi el değiştirmelerinde, sermaye artırımlarında, birleşme ve devirlerde, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerde Kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kanunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapar."

Burada kullanılan muğlak ifadeler bir yana, okuyan kişinin aklına daha ilk anda, acaba kanun yatırımcıların korunması için "aydınlatma"dan başka bir yol daha mı benimsemiştir ki ikisini de aynı metinde ifade etmiştir, şeklinde bir soru gelebilir. Yasayı yapanların ne cevap vereceğini bilmeden geçiştirdiği bu tür evhamlı soruları bırakıp kanunu anayasa hukuku açısından değerlendirmekte yarar vardır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "yasama organının yürütmeye bırakabileceği düzenleme alanının 'yeterince sınırlan'dırılmış, sınırların 'iyice gösterilmiş,' 'düzenlenecek alanın esaslı konularının yasada yeterince belli' edilmiş, 'temel ilkelerinin hepsinin yasa koyucu tarafından' konulmuş olması gerekir.³¹ Anayasa Mahkemesi'nin aradığı özgüllüğü bırakınız, kanun SPK'ye düzenleme yetkisi verilen alanların sınırlarını bile çizmemiştir. Aydınlatma konusundan bağımsız olarak SPK sermaye piyasası hukukunun sınırlarını bile çizmeye yetkili kılınmıştır. Çünkü SerPK m. 3'de sermaye piyasası araçlarının şartlarının Kurul tarafından düzenleneceği öngörülmüştür. SerPK m. 22'deki korkunç yetkilere bakılacak olursa SPK sermaye piyasası hukukundan başka şirketler hukuku, borçlar hukuku, icra ve iflas hukuku hatta finans yönetimi alanında bile düzenlemeler yapmaya yetkilidir. Ve ne yazık ki SPK'nin yaptığı düzenlemelerin tümüne yakını "yasama yetkisinin devri" olarak gördüğümüz bu iki maddeye dayanmaktadır. Ayrıca kanun belirli bir sistematikten yoksun ve kavram karmaşası ile doludur. Hazırlayanlar belirli bir felsefeye sahip olma-

31 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 1993, s. 168 - 169.

dan ya da bu felsefeyi anlamadan kanunu hazırlamışlardır. Kanun, borçlar hukuku kavramları üzerine kurulmak yerine, yeni ihtiyaçları karşılamak için yeni kavramlar olarak duyurulan bir takım manasız – yanlış çeviriler esas alınarak, dolayısıyla borçlar hukuku temellerinden kopuk olarak hazırlanmıştır.

2. Dönemsel (Periyodik) Raporlar

Dönemsel rapor verme yükümlülüğü, halka açık şirketler tarafından, finans konularına vurgu yaparak, en azından çeyrek dönem esasına göre önemli miktarda bilginin halka açıklanmasını gerektirir. Halka icap (halka arz) sırasında sunulan vakıa temeline dayalı bilgilerle karşılaştırıldığında, piyasa sürekli bir bilgi akışından daha fazla fayda sağlar.

Dönemsel raporlar bir şirket hakkındaki en eksiksiz kaynağı teşkil ederler. Bunun yanı sıra, dönemsel raporlar şirketin yaptığı bütün diğer açıklamaların değerlendirilmesi için de bir temel teşkil ederler.

Dönemsel raporlarda yer alan daha geniş bilgiler, şirket tarafından yapılmış daha önceki pek çok açıklamanın temeli olarak, yatırımcılar ve özellikle analizciler ve kurumsal yatırımcılar tarafından değerlendirilirler. Bu raporlarda yer alan bilgiler gelir açıklamalarında veya şirketin sayısal değerlerinde meydana gelen artışların duyurulduğu diğer açıklamalarda yer almadıkları için, bu raporlar karşılaştırmalı analizler yapmak bakımından gerekli daha detaylı bilgileri de içerirler. Üstelik yasanın zorunlu tuttuğu raporlar, şirketin basın açıklamalarında veya kamuya yaptığı diğer duyurularında sunduğu bilgilerin doğrulanması işlevi de görür. Yatırımcılar ve raporun diğer kullanıcıları, şirketin daha önceden yaptığı açıklamaları, bağımsız denetçiler (muhasebeciler) ve diğer danışmanlar tarafından gözden geçirilen raporlarda sağlanan daha geniş ve zorunlu aydınlatma ile bir araya getirerek değerlendirebilirler.

Düzenli bilgi akışı, yatırımcıların sermaye piyasası araçlarını almak veya satmak konusunda bilgiye dayalı yatırım kararları vermelerini sağlar. Bu raporlar bütün piyasa tarafından elde edilebilir oldukları için belirli ölçülerde bilgisel eşitlik de temin ederler. Üstelik yatırımcılar herkes tarafından anlaşılmayan teknik jargonu okuyup anlamamakla birlikte, analizciler ve tecrübeli yatırımcılar bunları etraflıca okunup kavramakta ve etkin bir pi-

yasada bilgiyi şirketin hisse senedi fiyatlarına yansıtmaktadırlar.³²

SPK bu alanda detaylı aydınlatma yükümlülükleri getiren tebliğler çıkarılmış olmakla birlikte,³³ hükmün ana hatları kanun ile yeterli bir şekilde düzenlenmeli, raporların Kurul'a geç ibrazı halinde para cezaları getiren ve gecikmeleri caydırıcı hükümlere daha belirgin şekilde yer verilmeli, aydınlatma yükümlülükleri dışında maddi hukuk kuralları koyma yetkisinin bulunmadığı açıklıkla ortaya konularak SPK'nin yetkileri ve SPK'dan ne istendiği sarih bir şekilde ifade edilmeliydi. Mevcut kanundaki yetersiz düzenlemenin SPK'nin tasladığında da devam ettiği görülmektedir.

3. Vekâlet (Oy) Talepleri [Proxy (Vote) Solicitations]

SerPK m. 16/A, yöneticilerin seçimi ve/veya başka bir şirket işleminin kabul edilmesi için hem bir borsa listesinde yer alan hem de tezgâhüstü piyasada alınıp satılan kayıtlı sermaye piyasası araçlarının sahiplerinden vekâlet (oy) talep edilmesini düzenlemektedir. İster yönetimden ister hissedar gruplarından olsun, vekâlet talepleri, sermaye piyasası araçları sahiplerinden genel kurul toplantısında oylamaları istenen meselelere ilişkin bütün önemli vakıaları açıklamak zorundadırlar.³⁴ Sermaye piyasası araçları sahiplerine ayrıca her bir mesele hakkında “evet” veya “hayır” yönünde oy kullanabilmeleri için bir fırsat verilmelidir. Şirket yönetiminin kontrolü için bir mücadele söz konusu olduğunda, kurallar vekâlet mücadelesindeki bütün “katılımcıların” isimlerinin ve menfaatlerinin açıklanmasını zorunlu tutmaktadır. Böylece, hissedarların oyunu gerektiren şirket işlemleri hakkında sermaye piyasası araçları sahiplerinin bilinçli bir şekilde oy kullanabilmeleri sağlanmaktadır. SPK kuralları (tebliği) teklif edilen vekâlet materyallerinin aydınlatma koşullarına uyuma yönelik bir inceleme yapması için önceden Kurula ibraz edilmelerini gerektirmektedir.

Bununla birlikte, Türk şirketlerinin mülkiyet yapısı düşünüldüğünde bu hükümler pek fazla uygulama alanı bulamayacaktır. Zira Türkiye’de

32 Kütükçü, C. I, s. 34 vd.

33 Bkz. SPK Tebliğleri Seri XI’de yer alan tebliğler.

34 Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekâleten Oy Kullanılmasına veya Çağrı Yoluyla Vekâlet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: IV, Tebliğ No: 8).

yaygın olan durum halka açık şirketlerin halka açıklık durumunun düşük olması (çoğunlukla % 20) ve pay çoğunluğuna belirli bir kişi, grup ya da ailenin sahip olmasıdır. Bu çoğunluk, oy çokluğu nedeniyle şirket yönetimine istediklerini getirebileceği için küçük pay sahiplerinin oyuna ihtiyaç duymayacaktır. Yukarıda bahsettiğimiz vekâlet talebi düzenlemeleri özellikle payların küçük yatırımcılar arasında dağıldığı ve hiç kimsenin veya hiçbir grubun şirket yönetimine tek başına hakim olmadığı Anglosakson ülkelerinde yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır.

Vekâlet talebi sürecinde aydınlatma ile ilgili en önemli sorun, bu yüzden, vekâlet talep edilmemesidir. Eğer kimse vekâlet talep etmezse, vekâlet açıklaması (bilgi formu) ile açıklanması gereken bilgiler açıklanmayacak ve hissedarlar TTK'nin verdiği bilgi alma hakkı ile bilgisel ihtiyaçlarını karşılamaya çalışacaklardır. Bununla birlikte, bilgi alma hakkı ile ilgili temel sorun, araştırma yükümlülüğünü hissedarlara yıkması, culpa in contrahendo ilkesini benimsemesidir. Oysaki sermaye piyasası hukuku bilginin hissedarlara bizzat şirket ve ilgili kişiler tarafından sunulmasını, yani tam aydınlatma ilkesini benimsemiştir. Türkiye'de yasa koyucu vekâlet talep edilmemesi halinde meydana gelecek bilgisel boşluğu göz ardı etmiş ve halka açık şirketlerin hissedarlarını bir yerde karanlıkta bırakmıştır.

2005 yılında halka açık anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında gözlemlenen problemler şu şekilde sıralanmıştır: faaliyet raporlarının zamanında hazır olmaması ve genel kurul toplantısından hemen önce yatırımcılara sunulması, faaliyet raporlarının ve denetçi raporlarının yeterli derecede müzakere edilmemesi (genel kurullarda hissedarlardan bu raporlara yönelik soruların gelmemesi), (hepsinin gelmesi için yasal bir zorunluluk bulunmamakla birlikte) yönetim kurulu üyelerinin, genel müdürün ve diğer yetkililerin tamamının genel kurulda hazır bulunmaması (en azından sorulan bütün sorulara cevap verebilecek olan şirket yöneticilerinin hazır bulunması zorunluluğu mevcuttur; bu, bilgi alma hakkının bir sonucudur), denetim kurulu üyelerinin bağımsız olup olmadıklarına ilişkin açıklama yapılmaması (şirketlerin neredeyse tamamında açıklama yapılmıyor), şirketlerin yaptığı bağışlara ilişkin bilgi sunulmaması, hissedarların sormuş oldukları sorulara basit ve kısa cevaplar verilmesi (örneğin, İzocam Genel Kurulu'nda Tekiz İzolasyon A.Ş. ile birleşmenin nedenleri ve bu birleşmenin şirkete faydaları yeterince açıklanmadı), şirket esas sözleşmelerinin genel kurul öncesinde yatırımcılara sunulacak bel-

geler arasında yer almaması.³⁵ Sorunların niteliğinden anlaşılacağı üzere, bu sorunların kaynağı hissedarların oy kullanırken yeteri kadar bilgi almamaları ile ilgilidir.

Sözkonusu sorunların pek çoğu, TTK'nin hissedarların bilgi alma hakkına (TTK m. 362 vd.) ilâveten hissedarların genel kurul vesilesiyle aydınlatılmasına ilişkin bir düzenlemeye SerPK'de yer verilerek aşılabilir.. Genel kurula ilişkin davete TTK'ye göre eklenmesi gereken bilgilerin yanı sıra tıpkı izahnamede yer alan bilgiler gibi şirketle ilgili geniş aydınlatma kalemlerinin eklenmesi SerPK ile öngörülmelidir.

4. Hisse Senedi Toplanması (Tender Offer Solicitations – Hisse Senedi Alım Teklifi Talepleri)

Ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak hisse senedi toplama girişimi de rapor verme ve aydınlatma yükümlülüğü hükümleri kapsamındadır. SPK'nin SerPK m. 16/A'ya göre çıkardığı tebliğde³⁶ yer alan kurallar, ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak hisse senedi toplama girişiminde bulunan kişilerin gerekli bilgileri açıklamalarını gerektirmektedir. Böylece, vekâlet kurallarında olduğu gibi, bu şirketlerin hisse senetlerine sahip olan küçük yatırımcılar, devralma fiyatları hakkında daha çok bilgiye dayalı olarak karar verebileceklerdir. Hisse senedi toplama girişimlerinde yatırımcıların korunmasını temin etmeye yardımcı olması için başka bazı hükümler aydınlatma hükümlerine eklenmiştir.

Bununla birlikte, vekâlet toplanmasında olduğu gibi burada da Türk şirketlerinin mülkiyet yapısı bu hükümlerin yaygın bir şekilde uygulanmasını engellemektedir. Küçük bir kısmı halkın elinde, daha büyük bir kısmı ise tek kişinin veya grup ya da ailenin elinde olan Türk anonim şirketlerin-

35 Şeyda Ağırşöl, "Genel kurullarda hangi kararlar alındı?," Yeni Para, 3 – 9 Nisan 2005, s. 69, Doğan Kütükçü, Sermaye Piyasası Hukuku C. II, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 12 vd.

36 Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekâleten Oy Kullanılmasına veya Çağrı Yoluyla Vekâlet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: IV, Tebliğ No: 8).

de şirketin yönetimini elde etmek isteyen kişiler, küçük bir kısma sahip binlerce yatırımcıya fiyat teklif etmek yerine, örneğin % 80 gibi büyük bir payı elinde tutan bu kişilerle satış sözleşmesinin hükümlerini yüz yüze müzakere edeceklerdir. Bu nedenle, hisse senedi toplanması vesilesiyle aydınlatma düzenlenmesi gerekli bir konu değildir veya ana hatlarıyla birkaç maddi hukuk kuralına yer verilerek düzenlenmesi yeterli olacaktır.

İtfa Kuralı (Redemption Rule)

İtfa hükümlerinin amacı, bütün hissedarlara aşağı yukarı eşit muamele edilmesini temin ederek hissedarları iki sıra tekliften (two tier offer) korumaktır. İki sıra teklif, tipik olarak kontrol sağlayan bir nakit tekliftir. Bunun ertesinde, satın alınmadan kalan ortaklık payları, iktisap eden şirketin, ortaklık senetleri için ödediğinden daha düşük bir fiyata satın alınır. İkinci sıra normalde birinciden daha az arzu edilir bir durum yaratır.³⁷

Bu konu mevcut hukuka göre SerPK m. 16/A altında Kurul tarafından çıkarılmış olan tebliğ ile düzenlenmiştir.³⁸ SPK'nin hazırladığı tasarınsın ise 24. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin 1. fıkrasında “[h]alka açık anonim ortaklıklarda yönetimin kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda vekalet toplayan veya pay iktisap edenlere diğer payları satın alma yükümlülüğü getirilmesine ilişkin esaslar Kurulca belirlenir” denilmektedir. Burada öncelikle kontrolün ne anlama geldiği açıklığa kavuşturulmalıdır. İkinci olarak yönetimin kontrolünün el değiştirmesine yol açacak kadar vekalet toplamının konuyla ilgisi yoktur; çıkarılmalıdır.

Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, “[y]ukarıdaki fıkra hükmü uyarınca Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde, diğer ortakların paylarını satın almak üzere çağrıda bulunma yükümlülüğü doğan gerçek ve/veya tüzel kişi veya bunlarla birlikte hareket edenlerin sahip olduğu oy hakkı, çağrıda bulunma yükümlülüğü yerine getirilinceye kadar, kontrol değişikliği gerçekleşen ortaklık, bu ortaklığın sahipleri veya Kurumun talebi üzerine ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme tarafından askıya alınabilir.

37 Loss, Joel Seligman, s. 564 – 565, Kütükçü, C. II, s. 35 vd.

38 Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekâleten Oy Kullanılmasına veya Çağrı Yoluyla Vekâlet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: IV, Tebliğ No: 8).

Bu hüküm, “bu hükme tâbi olup da bu hükme uymayan bir yatırımcı, bu hükmün gereklerini yerine getirene kadar oy hakkı veren hiçbir hisse nedeniyle oy hakkı kullanamaz” şeklinde değiştirilmelidir. Burada Kurul’a veya mahkemeye bırakılması gereken takdir kullanılması gerekli bir konu yoktur. Eğer konu şirket kontrolünü sağlamak için hisse senedi iktisap etmek ise, en doğru yaptırım, buna engel olan bir yaptırımdır.

Bu arada, hükmün kaleme alınmasındaki karmaşaya da atıf yapmadan geçilmemelidir.

Sermaye Piyasası Kurulu, Özerklik ve SPK’nin Yaptığı Düzenlemeler

SerPK’nin 4. bölümünde SPK düzenlenmiştir. Muhtemelen kanunun en detaylı düzenlediği konu SPK’dır. 17 ile 29. maddeler arasında 13 maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu yönüyle yasa bir sermaye piyasası kanunu olmaktan çok bir Sermaye Piyasası Kurulu Kanunu görünümü arz etmektedir. SerPK m. 17’ye göre, SPK idarî ve mali özerkliği olan bir Kurul’dur. SPK gibi “özerk” kurulan veya özerk hale getirilen çeşitli kurul ve kurumlar gerçekten özerk olmalı mıdır? Bunun cevabı “bazı koşullar altında bu kurul ve kurumlar özerk olmalıdır” şeklindedir. Burada bu şartlar tartışılacaktır.

Özerklik veya siyasi otoritenin müdahalesinden bağımsız olmak, kendisine özerklik verilen kurum veya kurullardan önce en çok “yargı” bağlamında tartışılmıştır. Demokrasinin vazgeçilmez ilkesi, kuvvetler ayrılığıdır; yani, yürütme, yasama ve yargı erklerinin ayrı olmasıdır. Yürütme ve yasama erkleri sürekli olarak birbiri ile etkileşim içerisinde olduğu için kuvvetler ayrılığı ile asıl kastedilen yargı bağımsızlığıdır. Peki bu bağımsızlık neden önemlidir? Çünkü yargı organı yasaları herkese eşit olarak uygulamalı ve faaliyetleri sırasında siyasi müdahaleden etkilenmemelidir. Yargı bağımsızlığı ile ilgili endişelerin aynısı özerk olması istenen kurumlar için de geçerlidir. Özerk bir kurum veya kurulun da yönettiği kanunu herkese eşit şekilde uygulaması, takibatlarında tarafsız olması amaçlanır. Bunun dışında özerk kurul veya kurumun; örneğin, sermaye piyasasını geliştirmek gibi geniş siyasi bir amacı olamaz. Bu amaç ancak kanunun gereği gibi uygulanması yoluyla piyasaya güven vererek yatırımcıların piyasaya girmesini te-

min etmek suretiyle dolaylı yoldan sağlanabilir. Bunun dışında, devletin finansal kaynaklarını kullanarak veya başka bir şekilde sermaye piyasalarını geliştirmek kararı siyasi bir tercihtir. Siyasi bir tercihi devlet içerisinde özerklik vererek kurumsallaştırmak, yürütme organına alternatif bir yürütme organı yaratmak demektir. Bunun sonucu ise, özerk kurum ile yürütme organı arasında her an çıkabilecek bir çatışmadır. Yürütme organının böyle bir tercihi olmayabilir. Yürütme organı, temel kredi temini yöntemi olarak bankacılık sektörünü seçmiş olabilir. Nitekim Cumhuriyet hükümetlerinin tercihi Cumhuriyetin kuruluşundan beri bu yönde olmuştur. Osmanlı İmparatorluğu zamanında hareketli olduğu söylenebilecek sermaye piyasaları Cumhuriyet kurulduktan sonra, bankacılık sektörü lehindeki siyasi tercih nedeniyle gerilemiştir. Bu sebeplerden ötürü, özerk kurumlar, idare içerisinde siyasi tercihte bulunmayan, yarı – yargısal işlev gören kurumlar olarak örgütlenmelidir. Eğer siyasi tercih kullanacaklarsa kesinlikle özerk olmaları gerekir. Çünkü bir taraftan siyasi tercih kullanan, diğer taraftan da kendisinden hesap sorulamayan bir kurum demokrasiye zarar verir.

Başka bir konu SPK'nin yaptığı aşırı düzenlemelerdir. Her alanda olduğu gibi hukuksal düzenleme yapma alanında da ideal olan, optimal düzeyi tutturaktır. Buna göre, eğer yetersiz düzenleme yapılırsa düzenlenmek istenen alandaki sorunlara çözüm getiremezken, aşırı düzenleme halinde o alandaki faaliyetlerin etkinliği düşer. SPK sürekli kural/tebliğ çıkarmakta, sonra bunları değiştirmekte, en sonunda da bunları kaldırmaktadır. Bu değişikliklerin gerekçesi sermaye piyasasındaki gelişmeler olarak açıklanmaya çalışılsa da hiçbir sermaye piyasasındaki gelişmeler, SPK'nin yaptığı düzenlemelerin hızına yetişemez. Bu ancak SPK'nin ne yaptığını bilmemesi ile açıklanabilir. Sermaye piyasalarındaki bu aşırı düzenlemenin, halka açılmayı veya hisselerini tekrar halka satmayı isteyen şirket şirketler üzerinde caydırıcı etki yapma olasılığı yüksektir. Ekonomideki aşırı düzenleme ekonomik faaliyetleri zorlamaya başlarsa, piyasanın etkinliği düşer.

Sermaye Piyasası Faaliyetlerinin ve Kurumlarının Düzenlenmesi

Sermaye piyasası hukukunun bir amacı yatırımcıları aydınlatma yoluyla korumak iken diğer amacı sermaye piyasasında meslekî faaliyette bulunan kişilerin faaliyetlerini ve bunların ilişkilerini düzenlemektir. Bir faaliyet düzenlenirken yöntem, öncelikle bu faaliyeti tanımlayıp sınırlarını çiz-

mek, yani kapsamını belirlemek, sonra bu faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilere yükümlülükler yüklemektir. Bu yönüyle de kanunun, diğer alanlarda olduğu gibi, son derece başarısız olduğunu söylemek mümkündür. SerPK m. 30'da sermaye piyasası faaliyetleri başlığı altında, aslında her biri ayrı maddelerde düzenlenmesi gereken işler sadece madde başlığı olabilecek şekilde birer bentte isimleri verilerek geçirilmiştir. Bu, faaliyet tanımlaması yapmak değildir. Bu maddede örneğin, portföy yönetimi ne anlama gelmektedir? Yatırım danışmanlığı nedir? Yasa koyucu sadece isimlerini verip faaliyetlerin içeriğini düzenlemek zahmetine girmeden işi Kurul'a bırakmıştır. Fakat SPK bu ifadelerin her birinin içeriğini dilediği gibi doldurma serbestisine sahip olduğu, idareye verilen yetkinin çerçevesi Anayasa Mahkemesi'nin aradığı şekilde gereği gibi çizilmediği için ve belirli bir alanı birinci elden düzenleme yetkisini idareye verdiği için bu düzenleme yasama yetkisinin devri nedeniyle Anayasa'ya aykırıdır.³⁹

39 Özbudun, s. 166 – 169. “Anayasamızın 7’inci maddesi “yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” kuralını koymaktadır. ... Bu madde ile yasaklanmış olan, her şeyden önce, kanun adı altında veya bu adı taşıyorsa bile kanunla eş değerde ya da kanun gücüne sahip hukuki işlemler yapma yetkisinin devredilmesidir. Eğer düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa, bu işlemin kanun niteliğinde ve gücünde olduğunda şüphe yoktur. Çünkü bir hukuki işlem, ancak en az kendisine eşdeğerli olan bir işlemle değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir, ikincisi, bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek veya ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli, yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de, ... kanun niteliğinde sayılması gerekir.” Anayasa Mahkemesinin kararına (E. 1967/42, K. 1969/57, k.t. 23, 24 ve 25.10.1969, AMKD Sayı 8, s. 18 – 133 Özbudun, s. 168’den alıntı) göre “yasama organının yürütmeye bırakabileceği düzenleme alanının “yeterince sınırlan”dırılmış, sınırlarının iyice gösterilmiş”, düzenlenecek alanın esaslı konularının yasada yeterince belli” edilmiş, “temel ilkelerin hepsinin yasa koyucu tarafından” konulmuş olması gerekir. Mahkemenin 933 sayılı kanunun bazı hükümlerini iptal ederken dayandığı ikinci bir gerekçe de, bu hükümlerin Bakanlar Kuruluna, yürürlükteki kanunlarda değişiklik yapma yetkisi tanımış olmasıdır: “...bu durumda da yürürlükteki yasa kurallarının yürütme organınca değiştirilmesi kabul ediliyor demektir ki, yürütmeye böyle yetki veren tartışma konusu bent, yasaların ancak T.B.M. Meclisince değiştirilmesi ilkesine aykırı olur... (T)artışma konusu kurallar ... daha önce yasalarla düzenlenmiş olan yönlerin değiştirilmesi ya da kaldırılması için Bakanlar Kuruluna yetki verir niteliktedir. Anayasanın 64. maddesine göre yasaları değiştirmek ve kaldırmak Türkiye Büyük

Yasama yetkisinin yanı sıra burada zikredilen faaliyetlerin hemen hepsi borçlar hukuku ve medeni hukuk kavramları ile ifade edilebilecek olan faaliyetlerdir. Bununla birlikte, bu hukuk alanlarına ait kavramlar yerine yeni olduğu iddia edilen kavramlar kullanılmış, dahası bunların ne olduğu açıklanmamış ve medeni hukuk ve borçlar hukukundan kopuk bir düzenleme yapılmıştır. Bilindiği gibi, Türk özel hukukundaki temel kanunlar MK, BK ve TTK'dir. Bu kanunlarla özel hukuk kişileri arasındaki her türlü uyumsuzluk çözülebilir. Ancak bazen belirli bir alandaki uyumsuzluğu çözmek için bu kanunların düzenlemeleri yetersiz veya çok genel kalabilir veya yasa koyucu belirli kişileri korumak isteyebilir. Örneğin işçi – işveren ilişkilerini düzenlemek için İş Kanunu, tüketicileri korumak için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, eser sahiplerini korumak için Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çıkarılmıştır. Her ne kadar yatırımcılar için açıkça hiçbir dava hakkı getirmese ve SPK'nin daha fazla alanda daha fazla yetki elde etmek için sahip olduğu hırsların kurbanı olsa da yatırımcıları korumak için çıkarılmış olan kanunun adı Sermaye Piyasası Kanunu'dur. SerPK aslında borçlar hukuku ve medeni hukuka göre tanımlanabilecek çeşitli faaliyetleri

Millet Meclisinin görevleri arasında sayıldığı gibi, Anayasanın 5. maddesi dahi Türkiye Büyük Millet Meclisinin yasama yetkisini herhangi bir kuruluş veya kişiye bırakmasını yasaklamaktadır" (E. 1967/42, K. 1969/57, k.t. 23,24 ve 25.10.1969, AMKD, Sayı 8, s. 48 – 49, 56)." SerPK ve SPK tarafından çıkarılmış tebliğ, yönetmelik ve diğer düzenlemelerin derli toplu bir incelemesi daha pek çok yasama yetkisi devrini gösterecektir. Örneğin, burada hemen göze çarpan bir tane, SPK'nin görev ve yetkilerini tespit eden 22. maddenin o bendidir. Buna göre, "[s]ermaye piyasasının gelişmesini teminen yeni sermaye piyasası kurumlarına ilişkin kuruluş, faaliyet, tasfiye ve sona erme esaslarını belirlemek ve bunları denetlemek" SPK'ye verilmiş bir yetkidir. Fakat bir yetki devrini içermektedir. Çünkü sermaye piyasası kurumunun hukuksal niteliğine göre, - adi şirket, ticaret şirketi, vs. - ve işlemin niteliğine göre, - kuruluş, faaliyet, tasfiye ve sona erme – BK, TTK, İİK vs, uygulanır. Bundan başka aynı maddenin v bendine göre, "[k]anuna tabi anonim ortaklıkların genel kurullarında yönetim ve denetim kurulu üyelerinin seçimlerine ilişkin kararlarda her bir üyelik için kullanılacak oy hakkının, kısmen veya tamamen bir veya birkaç üyenin seçiminde birikimli olarak kullanılabilmesi yöntemine ilişkin düzenlemeleri yapmak" da SPK'nin yetki ve görevleri arasında sayılmıştır. Bununla birlikte anonim şirketlerin genel kurullarında oy kullanma usulü TTK'de düzenlendiği için böyle bir yetki verilmesi, bir kanunu değiştirme yetkisi verilmesi demektir. Buraya kadar söylenenlerden, halka açık şirketlerle bağlantılı olduğunda SPK'nin hukukun her alanına müdahale etmeye yetkisi varmış gibi bir sonuç çıkmaktadır.

daha detaylı, sermaye piyasalarına özgü ve yatırımcılar lehinde düzenlemek için çıkarılmıştır. Fakat maalesef hukuku ve sermaye piyasalarının nasıl işlediğini bilmeyen kişiler tarafından medeni hukuk ve borçlar hukukundan kopuk olarak hazırlandığından başarısız olmuştur.

Sermaye piyasası kurumları, SerPK m. 32’de “aracı kurumlar, yatırım ortaklıkları, yatırım fonları ve sermaye piyasasında faaliyet göstermesine izin verilen diğer kurumlar” olarak ifade edilmiş ve her zamanki gibi yetersiz bir şekilde düzenlenmiştir.

Burada bir örnek olarak aracı kurumları ele almak istiyorum. Aracı kurumlar esasında borçlar hukuku anlamında komisyonculuk ve tellâllık gibi birbirinden ayrı iki faaliyette bulunan kuruluşlardır. Bunlara yabancı hukuklarda, örneğin İngiliz/ABD hukukunda komisyonculuk – tellâllık şirketi denilmektedir. Komisyonculuk faaliyeti başkası hesabına yapılan işlemleri içerir. Borsa esasında komisyonculuk faaliyetlerinin yürütüldüğü yerdir. Bu nedenle borsaya komisyoncu piyasası da denir. Komisyoncular, müşterilerinden aldıkları emirleri onların hesabına ifa ederler. Tellâllar ise borsa dışındaki piyasada; yani, tezgâhüstü piyasada faaliyet gösteren kişilerdir. Tellâllar kendi ad ve hesaplarına işlemler yapıp alım ve satım fiyatı ilân ederler. Bunları sıradan bir alıcı – sayıcıdan ya da yatırımcıdan ayrıran unsur fiyat ilân etmeleridir. Türkiye’de gelişmiş bir tezgâhüstü piyasa olmadığı için döviz piyasasından örnek vererek bunu açıklayabiliriz. Bu anlamda döviz büroları birer tellâldır. Döviz büroları birer tellâl olarak kendi ad ve hesaplarına döviz satın alır, satar ve alım - satım fiyatı ilân ederler. Gelişmiş bir tezgâhüstü sermaye piyasası da bu şekilde işler. Tezgâhüstü piyasanın kalitesini artırmak için elektronik bir sistem kurulabilir. Örneğin, ABD’de tellâlların birliği olan NASD (National Association of Securities Dealers – Sermaye Piyasası Araçları Tellâlları Ulusal Birliği) otomatik fiyat verme sistemi olan Nasdaq’ı kurmuştur. Bu sisteme üye olan tellâllar verdikleri fiyatı sisteme girerler. Böylece bu fiyat verme sistemi kurulmadan önce tellâllar sadece kapılarının önünden geçen kişilere veya basılı yayımlar yoluyla gecikmeli olarak halka fiyat duyurusu yaparken, bu sistem sayesinde ülkenin her tarafındaki tellâllar ülkenin başka bir yerinde sisteme üye başka bir tellâlin verdiği fiyatı öğrenebilmektedir. Fakat bu sistem borsada olduğu gibi alıcıların ve satıcıların belirli bir zeminde karşılaşmasını sağlamaz ve bu yüzden işlemler bilgisayar üzerinden tamamlanmaz. Tellâllar telefon veya başka iletişim vasıtalarıyla işlemlerini

tamamlandılar.⁴⁰ Diğer bir deyişle, Nasdaq bir borsa değildir ve işleyişi farklıdır. Böyle bir sistem bugün KOBİ borsası kurmak yerine düşünülmesi gereken yoldur. Bunun yasal alt yapısı ise SerPK’da mevcut değildir.

Kanunda faaliyetlerin ayrı ayrı tanımlanmış olması bir kişinin borsada zemininde komisyoncu, tezgâhüstü piyasada tellâl olarak hareket etmesine engelmış gibi anlaşılmamalıdır. Bir tüzel kişi SPK’dan hem komisyoncu lisansı alıp bir borsada komisyoncu olarak hem de tellâl lisansı alıp tezgâhüstü piyasada tellâl olarak hareket edebilir.

Buradaki başka bir sorun, SerPK’nin komisyoncu ve tellâli yapay olarak tek bir tanım içerisinde birleştirdiği aracı kurumların birer anonim şirket olmaya zorlanmalarıdır. Kanunda aracı kurumun faaliyetleri değil tüzel kişi olarak statüsü düzenlenmiş, aracı kurumlar sadece anonim şirket olarak kurulmaya mecbur edilmiş, SerPK m. 33’de şirketler hukuku anonim şirketler için adeta yeniden yazılmıştır. Aslında başta sınırlı sorumluluk ilkesi olmak üzere hissedarlarını korumak için çeşitli vasıtalar sunan anonim şirket modelinin, aracı kurumların alacaklısı olan yatırımcılara nasıl fayda sağlayacağı, dolayısıyla aracı kurumların neden anonim şirket olmak zorunda oldukları belli değildir.

“Diğer sermaye piyasası kurumları” başlığı altında 39. madde ise her biri bir veya birkaç madde altında düzenlenmesi gereken kurumları sadece adlarını vererek geçmiştir. En ufak bir tanım kısıntısı veya yükümlülük parçası kanunda yoktur. Her konu SPK’nin yetkisine bırakılmıştır. Bu, düzenleyiciler adına acınacak bir durumdur.

Yukarda izah ettiğimiz sebeplerle, her bir faaliyetin dikkatli bir şekilde tanımlanıp sınırlarının çizilmesi gerekir. Çünkü belirli bir faaliyet, tanım kapsamına girip meslek sahibini kanuna tâbi kılarken kapsam dışındakiler kanunun yüklediği yükümlülükleri yerine getirmek yükümlülüğü yaratmaz. Böyle bir tanım, piyasanın nasıl işlediğini bilmekle olur. Bugüne kadar yanlış çevirilere güvenerek kanunun yapılmasına katılan SPK ve diğer kişiler, sermaye piyasalarının nasıl çalıştığını bilmediklerini bugüne kadar ispatlamışlardır. Bu bakımdan kanunu tasarlamak işi SPK’ye bırakılamayacak kadar önemli bir iştir. Bizzat TBMM tarafından üstlenilmelidir.

40 Detay için bkz. ,C. I, s. 17 vd.

Sermaye Piyasası faaliyetleri ve kurumları konusu bir birlik olarak borsayı ele almadan geçilmemelidir. Başka konularda olduğu gibi kanun faaliyetleri itibarıyla düzgün bir borsa tanımı yapmamıştır. Bu sorunu bir kenara bırakırsak güncel bir sorun olarak borsanın statüsü ne olmalıdır sorunu ele almak istiyorum.

İMKB bir mesleki kamu kurumu olarak kurulmuş iken,⁴¹ SerPK m. 40 borsaların anonim şirket olarak kurulabilmelerine de imkân sağlamıştır. Buna karşın, borsanın gereği gibi işlevini görmesi için devletin borsalar üzerindeki tüm mülkiyetinin ve kamu kurumu olarak müdahale etme yetkisinin sona ermesi ve borsaların ayrıık yönleri sermaye piyasası kanunu ile düzenlenmek üzere birer dernek olarak örgütlenmeleri gerekir.

Borsanın neden dernek olması gerektiği ile ilgili görüşten önce borsanın bir anonim şirket olmasını savunanların fikirlerine değinmek istiyorum.⁴² Bu görüşü öne sürenlerin fikirleri öncelikle yanlış bir çeviriye dayanmaktadır. Corporation sözcüğü çoğunlukla Türkçe'ye anonim şirket olarak çevrilir ancak bu sözcüğün tek başına anlamı "kişiler topluluğu"dur. Ancak önüne "business" sözcüğü gelirse bu sözcük ABD hukukunda anonim şirket anlamına gelir. Fakat eğer bu sözcüğün önüne "noncommercial (ticari amaç gütmeyen)" veya "nonprofit (kâr amacı gütmeyen)" ifadesi gelirse anlamı Türk hukukundaki "dernek" olur. Örneğin, NASD, ABD'nin Delaware Eyaleti'nin hukukuna göre kurulmuş tam olarak böyle bir kişiler topluluğudur.⁴³ Borsaların birer anonim şirket olarak örgütlenmesini isteyenlerin bir gerekçesi böyle bir yanlıştır.

Başka bir grup ise, borsaları, burada özellikle İMKB'yi anonim şirkete çevirip halka açmayı ve para kazanmayı ummaktadır. Fakat bunların arasından hiç kimse borsa bir anonim şirket olarak kurulursa daha iyi yönetileceği veya daha sorunsuz işleyeceği yönünde güçlü bir tez sunmamaktadır. Fakat bunun tam tersine, eğer borsa bir anonim şirkete çevrilip halka açılırsa çok ciddi sorunlar çıkacağına dair güçlü hukuksal gerekçeler mevcuttur,

41 Türkiye Bankalar Birliği, "EK 10 İMKB," http://www.tbb.org.tr/turkce/duyurular/iktisat_kongresi/Ek%2010%20IMKB.pdf, 26.04.2005, s. 2.

42 TSPAKB, http://www.tspakb.org.tr/docs/imkb_ozellesme_raporu.pdf, 29.06.2005.

43 Norman S. Poser, *Broker – Dealer Law And Regulation*, 3 bs., New York, Aspen Publishers, 2004, s. 13 – 16.

Eğer borsa bir anonim şirket olarak örgütlenirse, bu kabule göre, borsa bir dernek, yani, üyelerinin meslek kuruluşu değil, iktisadî/ticarî faaliyette bulunan bir ticaret şirketi olarak faaliyet gösterecektir. Böyle olunca, tutulacak yön de farklı olmaktadır. Bu anonim şirket, kaçınılmaz olarak bir meslek kuruluşunun niteliklerini de haizdir. Çünkü aracı kuruluşlar, borsa nezdinde işlemler yapabilmek için, borsa üyesi olmak zorundadırlar. Bu durumda, bir tüzel kişinin hem üye hem de hissedar kabul etmesi gibi, hiçbir hukuk teorisi ile açıklanamayacak bir durum çıkmaktadır. Böyle olunca hem iktisadî bir amaç için faaliyette bulunmak hem de “kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek”⁴⁴ (üyelerinin meslek kuruluşu olarak faaliyet göstermek) gibi birbiri ile çatışan iki amaç birlikte güdülmek zorundadır. Oysaki her iki alanın faaliyet şekli ve ihtiyaçları ile anonim şirket hukukunun hissedarı olmaktan doğan hak ve yükümlülüklerle bir dernek üyesi olmaktan doğan hak ve yükümlülükler başta olmak üzere, her iki alanı düzenleyen hukuk da çok farklıdır. Dahası bir borsa meslek kuruluşu (İMKB) iken diğerinin anonim şirket (İzmir Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsası) olması bir çelişkidir. Şirketin yönetimi ile ilgili olarak çıkabilecek problemlerin nasıl halledileceği ayrı bir sorundur. Şirketi üyeleri mi, yoksa hissedarları mı yönetecektir? Yoksa yönetime katılım için başka bir model mi benimsenecektir?⁴⁵

Hukuk tarihine bakılacak olursa, böyle bir tüzel kişi modeli görmek mümkün olmaz. Çünkü üye kabul eden derneklerle, hissedar sahibi, iktisadi/ticari faaliyette bulunan anonim şirketler farklı ihtiyaçları karşılamak için ortaya çıkmışlardır. Aşırı zorlama ile iki tüzel kişi modelini bir araya getirip bir mutasyon yaratmak bir hukuk ucubesi ortaya çıkarır ve böyle sorunlu bir şirketin halka açılması halinde ortaya çıkacak hukuksal sorunlar yatırımcılar için bugüne kadar görülmedik mali felaketlere ve sorunlara yol açabilir. Sonuç olarak, borsaları anonim şirket olarak örgütlemek, para hırsıyla hukukun aşırı derecede zorlanmasından başka bir şey olmayacaktır.

44 Türk Medeni Kanunu, m. 56, f. 1.

45 Kütükçü, C. II, s. 410 vd.

Yatırım Fonları

Yatırım fonları aslî olarak başka şirketlerin sermaye piyasası araçlarına yatırım yapmak ve yeniden yatırım yapmakla uğraşan ihraççılardır. O yüzden SerPK m. 32, b. c’deki düzenlemenin aksine, yatırım fonunun sermaye piyasasında faaliyet gösteren bir kurum olmadığı belirtilmelidir. Bu fonlar, temel olarak şirketlerin sermaye piyasası araçlarının oluşturduğu havuzlara halkın yatırım yapması için aracılık yapan kurumlardır. Faaliyetlerinin özünde risk çeşitlendirmesi bulunur. Teorik olarak bunlar fakir adamın yatırım danışmanıdır. Köken bakımından ABD’de 1960’ların finans dünyasında önemli bir unsur olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁶ Yatırım fonları üç temel gruba ayrılır: Müşterek (mutual), Aralıklı (interval) ve kapalı (closed) yatırım fonu. Müşterek yatırım fonu, hissedarların talebi üzerine hisselerini geri alma yükümlülüğü altında olan bir yatırım fonudur. Aralıklı yatırım fonu, yatırım bildirisindeki bir geri alım tarifesine göre düzenli zaman aralıkları ile hisseleri geri alma yükümlülüğü altında olan bir yatırım fonudur. Kapalı yatırım fonu ise hisselerini geri alma yükümlülüğü altında olmayan bir yatırım fonudur. Kapalı yatırım fonu zaman zaman halka herhangi bir sanayi şirketi gibi yeni sermaye piyasası araçları dağıtır.

SerPK’da yukarıda bahsettiğimiz üç türden ikisi – müşterek yatırım fonu ve kapalı yatırım fonu – sırasıyla, yatırım fonu (SerPK m. 37 ve 38) ve yatırım ortaklığı (SerPK m. 35 ve 36) adı altında düzenlenmiş, aralıklı yatırım fonuna kanunda yer verilmemiştir. Düzenlemenin amacı göz önünde tutulduğunda düzenlemedeki yetersizliği burada da tekrar edeceğiz. Bu iki ihraççının aralarında tanımlarının ruhu itibariyle hiçbir fark yoktur. Aralarındaki temel fark sermaye piyasası hukuku ile değil şirketler hukuku ile ilgilidir. Yatırım ortaklıkları birer anonim şirket olarak kurulmaktadır ve bunun sonucu olarak hissedarlarına sınırlı sorumluluk ilkesinin sağladığı korumayı sunmaktadır. Oysaki SerPK m. 37, f.2, c. 1’e göre, “[f]onun tüzel kişiliği yoktur...” Yatırım fonunun tüzel kişiliği olmadığına göre bu ortaklık BK’nin adı şirkete ilişkin hükümlerine (BK m. 520 vd.) tâbi olacaktır. Bunun en önemli sonucu, adı şirket ortaklarının anonim şirketin hissedarları gibi sınırlı sorumluluk ilkesi tarafından korunmamasıdır. BK m. 534, c. son’a göre, aksine sözleşme yoksa, ortaklar birlikte veya bir temsilci aracılığıyla üçüncü kişilere karşı üstlendikleri borçlardan zincirleme olarak sorumludurlar.

46 Loss, Joel Seligman, s. 40 vd.

Diğer bir deyişle, yatırım fonu borçlarını ödeyemez hale gelirse, fonun alacaklıları fona katılan kişilerin, yani ortakların malvarlığına el atabilir. Yatırımcılar yatırdıkları parayı kaybetmek bir yana, yatırmadıkları malvarlıklarını bile kaybedebilirler. Sermaye piyasası kanunu ile yatırımcılara aydınlatma sağlayıp yatırımcılar bu yolla korunmak istenirken yatırımcılar anonim şirketin sağladığı sınırlı sorumluluk ilkesinin vereceği korumadan mahrum edilmiştir.

Yapılması gereken, bir ihraççı olan yatırım fonlarının – buraya SerPK’deki yatırım ortaklıklarını da katıyorum – SerPK’den çıkarılarak ayrı bir kanunda, ayrık yönleri düzenlenerek anonim şirket olarak kurulmalarını temin etmektir.

Bunların dışında SPK’nin taslağında Konut finansmanı fonu (*Taslak SerPK m. 51*) Varlık finansmanı fonu (*Taslak SerPK m. 52*), İpotek Finansmanı Kuruluşları (*Taslak SerPK m. 54*) gibi sermaye piyasası hukuku ile ilgisiz kurumlara yer verilmiştir. Aslında bunlar SPK’nin yatırımcıları koruma işini bir kenara bırakıp hangi lüzumsuz işlerle uğraştığına güzel bir örnektir. Yatırımcıları koruma amacı bir kenara bırakılınca sermaye piyasası hukuku her yana çekilir olmuştur.

SerPK’da Yer alan Suçlar

SerPK’da yer alan suçlar (SerPK m. 47) mevcut borçlar kanundan ve ceza kanunundan kopuk ve esasında yanlış çeviriler-esas alınarak düzenlendiği için yapılan düzenleme esasında anlaşılmamaktadır. Bu suçlara zaman zaman ekonomik suç diye de atıf yapılır. Ekonomik suç Türkiye’de çoğu zaman yasadaki tanımdan kimsenin anlamadığı, unsurlarının yargı kararları ile ortaya çıkması umulan, içine para, banka veya borsanın karıştığı eylemlere denilmekte, SerPK m. 47’de yer alan suçlar da bu kategoriye dahil edilmektedir. Bunlardan A bendinin 1., 2. ve 3. alt bentlerinde yer alan eylemler özellikle önemlidir. Birinci alt bentte yer alan eylem içerden öğrenenlerin ticaretdir⁴⁷ ve hilenin özel bir türüdür ve bu yüzden aldatma kastı içerir. İkinci bent esasında piyasada yapılan muvazaadır.⁴⁸ Borçlar hukukunda yer alan muvazaaya ABD ve İngiliz müşterek hukukunda manipülasyon de-

47 Kütükçü, C. II, s. 429 vd.

48 Ibid., C. II, s. 326 vd. ve 463 vd.

nilmektedir. Kavram müşterek hukuktan sermaye piyasası hukukuna geçmiştir ve müşterek hukuk muvazaasından ayırmak için zaman zaman piyasa muvazaası (market manipulation) da denilmektedir. Bu kavram, SerPK’da yer alan pek çok başka kavram gibi SPK tarafından yanlış çevrilererek piyasa manipülasyonu (*Taslak SerPK m. 65*) adı altında düzenlenmiştir. Oysaki bu muvazaa eyleminin piyasaya özgü bir türüdür ve aldatma kastı içerir. Üçüncü bent ise gerçeğe aykırı bilgi yaymak (*Taslak SerPK m. 66*) yani hiledir.⁴⁹ Bu eylemlerin unsurları, piyasanın değişik koşullarına göre borçlar hukukundaki unsurları izlenerek tanımlanmalıdır.

Bu eylemlerin unsurlarının belirlenmesi konusunda SPK’nin başka pek çok konuda olduğu gibi başarısız olduğunu ve mahkemeleri ikna edemediğini, suçların unsurlarını gösteremediğini söylemek kolayca mümkündür. Bu başarısızlıkların sonucunda yapılan hemen her zaman kanunda değişiklikler yapılması önerisi olmuştur.

Geçen süre içerisinde sermaye piyasalarında onca skandal ve rezalet ortaya çıktığında hemen hiçbir şey yapamayan SPK’nin bunlar tekrar etse ne yapacağı da meçhuldür. Fakat yine pek bir şey yapamayacağını söylemek ileri gitmek olmaz.

Suçlar konusunda ele alınması gereken bir konu da SerPK m. 49, f. 1’deki hükümdür. Bu hükme göre “47 inci maddede yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması, kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru üzerine Kurul aynı zamanda müdahil sıfatı kazanır.” Bu, savcının kamu davası açmak konusundaki takdir yetkisini kısıtlayan bir hükümdür. Eğer sermaye piyasası hukukunun amacı yatırımcıları korumak ise, o halde savcının yetkilerinin kısıtlanmasının bir anlamı olamaz. Eğer SPK bir ekonomik kolluk görevi görüyorsa, kolluk gücü gibi hareket etmeli, delilleri toplayıp savcıya iletmekle yetinmeli, savcının takdir yetkisine müdahale etmemeli ve davaya müdahil olarak katılmamalıdır.⁵⁰

49 Ibid., C. I, s. 75 vd.

50 Ibid., C. II, s. 477 vd.

Sonuç

Sonuç olarak, SerPK yatırımcıları korumak için değil, bir sermaye piyasası yaratmak amacı ile hazırlanmış bir kanun görünümüne sahiptir. Faaliyetlerin geneline bakıldığında SPK'nin de yatırımcıları korumak amacını tali bir görev gibi gördüğü anlaşılmaktadır. Zira kurum sermaye piyasalarını geliştirmeyi asli bir görev gibi görüp bunun için çalışıyor görüntüsü vermektedir ve yürütme organı ile bu konularda çatışmaya girmekten çekinmemektedir. Bu yönüyle SPK'nin sermaye piyasalarını geliştirmek gibi siyasi tercihe dayalı bir görevinin olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Kanun üzerine inşa edilmesi gereken borçlar hukuku, medeni hukuk ve ticaret hukukundan son derece kopuktur. Halbuki sermaye piyasası faaliyetleri başta borçlar hukuku olmak üzere medeni hukuk ve ticaret hukuku kavramları ile pekala açıklanabilir. Fakat sermaye piyasalarının nasıl işlediğini bilmeyen ve esasında bir sermaye piyasası yaratmak amacı ile hareket eden kişiler yanlış ve kötü çevrilerle kanun yapmaya çalışmıştır.

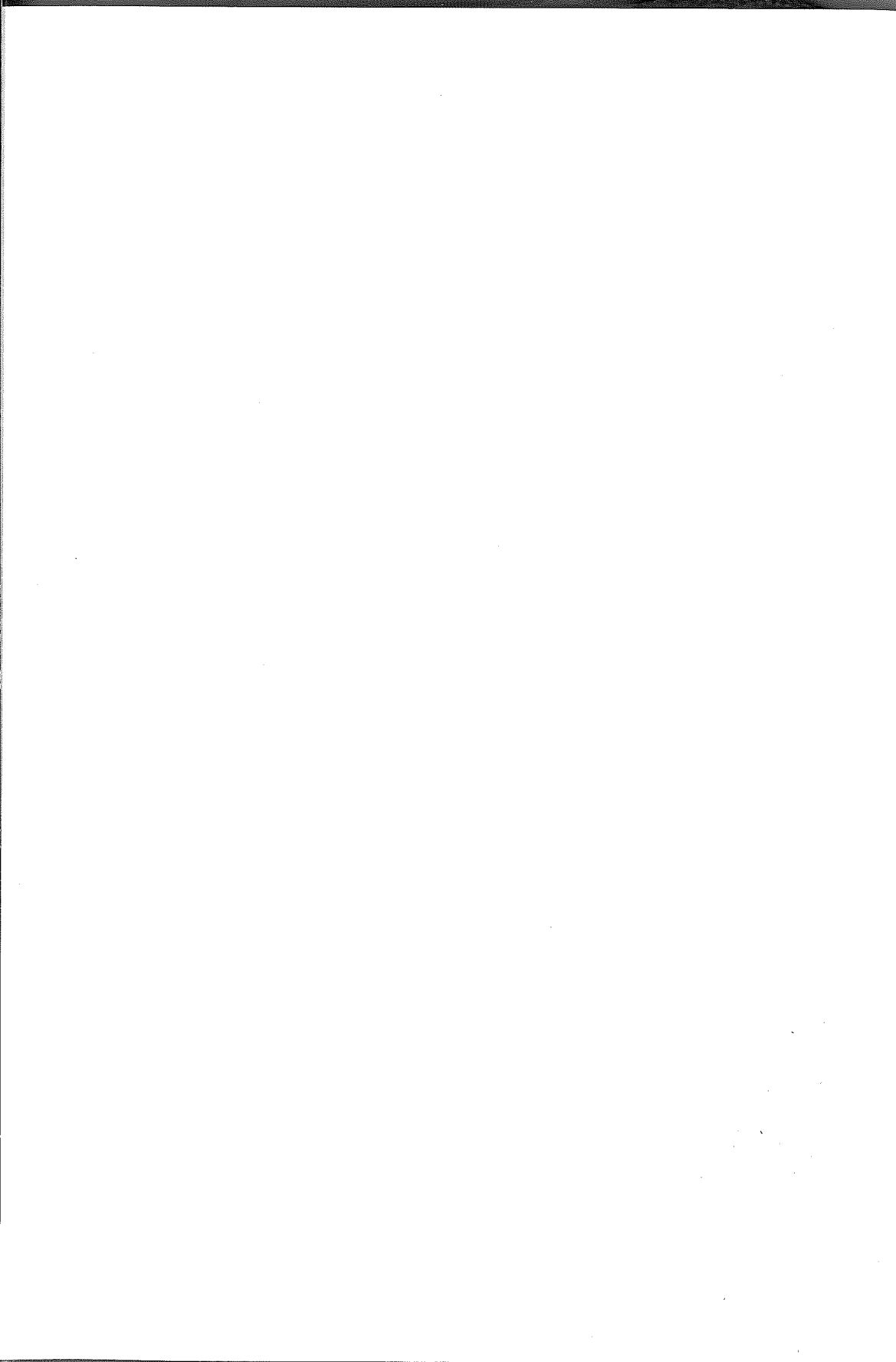
Sermaye piyasaları hızlı gelişen piyasalar olduğu için bu alanı düzenlemenin yöntemi yasa koyucunun faaliyet tanımlarını yaparak temel ilkele-ri koyması ve detayları düzenlemek işini bir idarî kuruma bırakmasıdır. Fakat sermaye piyasalarını tanımayan kişiler tarafından hazırlanan kanunda yasa koyucu üzerine düşen görevi yapmamıştır. Yasa koyucu temel ilkeleri koyması gerekirken, her işi birinci elden düzenlemek yetkisini SPK'ye vermiştir. Bu kanunda olduğu gibi idarenin yetkilerinin çerçevesi gereği gibi çizilmezse idare, SPK'nin yaptığı gibi, başına buyruk hareket eder. Yasanın idareye verdiği yetkilerin çerçevesinin gereği gibi çizilmemesi yasama yetkisinin devridir. Yasada SPK'ye pek çok konuyu birinci elden düzenleme yetkisi verildiği için SerPK'nin bu bakımdan çok zengin örneklerle dolu olduğunu söylemek mümkündür.

Tüm bu özellikleri göz önünde tutulduğunda, hukukçular tarafından ilk okunduğunda anlaşılmayan bir kanun olarak SerPK başarısız bir kanundur. Kanunun ekonomiyle ve toplumun çok geniş bir kesimiyle ilgili olması, bu olumsuzluğun boyutunu daha da artırmakta ve geniş bir kesim tarafından hissedilmesini sağlamaktadır.

Bu kanun, bir sermaye piyasası yaratmak gibi tamamen yanlış amaçlarla hazırlandığından, orasıyla burasıyla oynamak yerine, en başından ele alınıp tekrar yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Adal, Erhan: **Fundamentals of Turkish Private Law**, 5. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998.
- Ağırşöl, Şeyda: "Genel kurullarda hangi kararlar alındı?," **Yeni Para**, 3 – 9 Nisan 2005, s. 69,
- Coffee, Jr., John C., Joel Seligman: **Securities Regulation, Cases and Materials**, 9. bs., New York, Foundation Press, 2003.
- Cox, James D., Robert W. Hillman, Donald C. Langevoort: **Securities Regulation, Cases and Materials**, 3. bs. New York, Aspen Law & Business, 2001.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. III**, 4. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1994.
- Kütükçü, Doğan: **Sermaye Piyasası Hukuku C. I**, İstanbul, Beta Yayımevi, 2004.
- Kütükçü, Doğan: **Sermaye Piyasası Hukuku C. II**, İstanbul, Beta Yayımevi, 2005.
- Landolt, Kaspar, Stephan Werlen: **Securities Law in Switzerland**, http://www.cmslegal.ch/publications/securities_law.pdf, Ekim 2003, 1 Şubat 2005, s. 15.
- Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 1993.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu: **Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku**, 8. bs. İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000.
- Poser, Norman S.: **Broker – Dealer Law And Regulation**, 3 bs., New York, Aspen Publishers, 2004.
- Weston, J. Fred, Scott Besley, Eugene F. Brigham, **Essentials of Managerial Finance**, The Dryden Press, Orlando, 1996.



MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKU'NDA VATANDAŞ-DEVLET EŞİTLİĞİ

Araş. Gör. Okay DURMAN
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

A. Genel Olarak

4353 sayılı “Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliği’nin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine ve Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun”un¹ 2. maddesinin (C) bendi ve 3. maddesinin (B) bendi geçince, bakanlıklarla genel bütçeye dahil dairelere ait hukuk ve ceza davaları ile her türlü icra takiplerinde bu daireleri mahkemeler, hakemler, icra daireleri, dava ve icra işleriyle alakalı diğer merciler önünde temsil yetkisi Maliye Bakanlığı’na verilmiştir. Yasa’nın 18. maddesinin birinci fıkrasına göre bu yetki Hazine avukatları vasıtasıyla kullanılmaktadır.

Ayrıca HUMK m. 432/1’e göre, asliye hukuk mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi onbeş gündür. Bu süre 8/1/1943 tarih ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında otuz gündür. Temyiz süreleri, ilamın usulen taraflardan her birine tebliği ile işlemeye başlar.

1 Kabul Tarihi: 8.1.1943 Resmi Gazete:18.1.1943 Sayı:5301.

Anayasa Mahkemesi, Avanos Asliye Hukuk Mahkemesi'nin defî yoluyla yaptığı iptal başvurusu üzerine, HUMK m.432/1 c.2'de düzenlenen "Bu süre 8/1/1943 tarih ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında otuz gündür." şeklindeki hükmü, Anayasa'nın 10.maddesinde düzenlenen "eşitlik" ilkesine aykırılık nedeniyle iptal etmiştir.²

Avanos Mahkemesi itiraz gerekçesinde "Bilindiği gibi Anayasa'nın 10/1 madde ve fıkrası gereği herkes (bütün özel ve tüzel kişiler) hiçbir ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kimseye imtiyaz tanınamaz. Oysa ki; yukarıda belirtilen 2494 sayılı Kanunla değişik 1086 sayılı HUMK 195/2 ve 432/1 inci fıkranın ikinci cümlesi; belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları lehine imtiyaz teşkil etmektedir. Üstelik kamu kuruluşlarından bazılarında imtiyaz tanınmış; diğerleri, örneğin DSİ Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü vs. kuruluşlar 15 günlük genel kurala dahil edilmişlerdir." diyerek iptal isteminde bulunmuştur. Mahkemenin itiraz gerekçesinde belirttiği imtiyaz tanınmayan devlet kuruluşlarına, kamu iktisadi kuruluşları ve kamu mülkiyetindeki ticaret şirketlerini³ de dahil edebiliriz.

Avanos Asliye Hukuk Mahkemesi'nin de itiraz gerekçesinde belirttiği üzere, aynı niteliklere sahip devlet kuruluşları arasında dahi ayırım yapılarak düzenlemelerde bulunabilmekte ve farklı yargısal uygulamalara gidilebilmekteyken acaba HUMK 432/1 c.2 gereği, 4353 sayılı Kanun'a tabi devlet kuruluşlarına, o kuruluşlardan da bazılarında temyize başvuru için ilave 15 günlük bir süre tanınması Anayasa'da ifade edilen "eşitlik" ilkesine aykırılık teşkil eder mi?

Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" denilmektedir. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve topluluk-

2 AYM, 2.12.2004 2001/216-2004/120, Resmi Gazete: 22.10.2005, Sayı: 25974.

3 Türk Hava Yolları hakkındaki 1985 tarihli bir HGK kararı için bkz.HGK, 4.12.1985 1985/13-763 1985/988, YKD, Yıl:1987, Sayı:5, s.664-665.

ların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.”

Gerçekten de eşitlik ilkesi, geniş bir kapsama sahip olan çok genel bir ilkedir. Eşitlik en yalın ve katı ifadeyle herkese aynı şekilde davranılmasıdır; ancak bu tanım yetersiz bir nitelemeden ibarettir. Genel anlamda eşitlik, şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki çeşittir. Şekli eşitlikten kasıt, kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, bu yönüyle kapsam içine giren herkese eşit olarak uygulanmasıdır.⁴ Şekli eşitlik ilkesini uygulayabilmek için, hem insanların hangi hususlarda benzer veya eşit olduklarını belirlemek, hem de bu hususlardan hangilerinin söz konusu işlem türüyle ilişkili olduğuna karar vermek gerekir.⁵ Maddi anlamda eşitlik ise, kanun koyucunun kanuni sınıflandırma veya ayrımlar konusunda takdir yetkisine sahip olmasıdır.⁶ AYM'nin kararında da yer verdiği Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrası, şekli anlamdaki eşitliği ifade etmeye yöneliktir.⁷

Kanun önünde eşitlik ilkesi, içeriği ne olursa olsun, kanunun, daha doğrusu belirli bir kanun hükmünün kapsadığı herkese eşit veya tarafsız olarak uygulanmasını gerektirmektedir.⁸ AYM, Anayasa'daki eşitlik ilkesini, kanunlarda aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde eşitliğin sağlanmasını gerektiren genel bir eşit davranma, dolayısıyla genel bir ayırım yasağı olarak yorumlamıştır.⁹ 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesinin “herkes” için geçerli olduğu belirtilmiştir. Buradaki “herkes” ifadesi, tüm kişileri kapsamaktadır ve tüm kişi-

4 Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 113.

5 Merih ÖDEN, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 18.

6 ÖDEN, a.g.e., s.19.

7 ÖZBUDUN, a.g.e., s.113.

8 ÖDEN, a.g.e., s.179.

9 ÖDEN, a.g.e., s.187.

ler için, yararlanma bakımından eşitliğin ayırım gözetilmeden gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Herkes deyimini, tüzel kişileri de kapsamaktadır. Tüzel kişiler de, gerek gerçek kişiler gerekse tüzel kişiler ile ilişkilerinde hak ve menfaatlerinin eşit korunması hakkına sahiptirler.¹⁰ Doktrinde de baskın görüş, tüzel kişilerin eşitlik hakkından yararlanabilecekleri yolundadır.¹¹

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararındaki gerekçelerden devam edecek olursak: *“Hukuk davalarında, davacı veya davalı ister gerçek, ister tüzel kişi veya kamu tüzel kişisi ya da hazine olsun, netice itibariyle “taraf” sıfatını alır. “Taraflar” olma itibariyle davacı ya da davalının hukuki durumları aynıdır. İtiraz konusu düzenleme ile, hukuki konumları aynı olduğu halde, 4353 sayılı Yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden, fakat anılan Yasa kapsamı dışında kalan kuruluş ve kişiler arasında farklı kurallar getirilerek bir taraf lehine ayrıcalık tanınmaktadır.”*

Bu açıdan da gerekçe kanaatimizce yerindedir; çünkü yargılama açısından eşitlik, yargılamanın başlangıcında ve devamında taraflara eşit şekilde hukuki dinlenme hakkı sağlanarak gerçekleştirilebilir.¹² Eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesinin yanında taraflara keyfi davranılmasını yasaklar, yargı organlarına başvuruda ve yargılamanın yürütülmesinde taraflara eşit bir şekilde davranılmasını gerekli kılar. Eşitlik ilkesi tarafların hâkim önünde, yargılamada şeklen eşit olması yanında, eşit şans verilmesi, hâkim tarafından eşit şekilde davranılmasını gerektirmekte, yargılamanın yürütülmesi sırasında da eşit tutulmaları, eşit statüde davranılmaları sonucunu doğurmaktadır.¹³

Genel anlamda anayasal eşitlik ilkesi herkese her yönden eşit davranılmasını değil, eşit durumda olanlara eşit, eşit durumda olmayanlara eşitsizlikleri ölçüsünde farklı veya eşitsiz davranılmasını gerektirir. Yasama veya kanun koyma zorunlu olarak sınıflandırma veya ayırım yapmaya dayandığından, bir kanunun eşitlik ilkesine uygunluğu, her şeyden önce içerdiği sınıflandırmanın aynı, benzer, eşit durumda olanlara aynı, benzer, eşit dav-

10 ÖDEN, a.g.e., s.194.

11 ÖDEN, a.g.e., s.194 dn.94'teki yazarlar.

12 Muhammet ÖZEKES, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.48.

13 ÖZEKES, a.g.e., s.48.

ranılmasını sağlamasına bağlıdır.¹⁴ Zaten kanunların herkes için aynı olması, herkese hitap eden hükümler içermesi olanaksızdır. Çünkü kanunlar, soyut önermelerden ibaret olmayıp, sosyal ilişkileri, olayları düzenlemek için başvurulan hukuki araçlardır. Her kanun, düzenlediği sosyal ilişki alanıyla ilgili kurallar koyar, dolayısıyla zorunlu olarak belirli durumlarla ilgili kişilere yönelir. Her kanun, kişilerin, şeylerin veya durumların bazı özellikler yönünden benzerlikleri ve/veya farklılıklarına dayanan sınıflandırmaları gerektirir. Sınıflandırma, kanun yapma veya kanun şeklinde kural yapma faaliyetinin zorunlu bir parçasıdır.¹⁵ Sınıflandırma, kanun koyucunun öngördüğü hukuki işlem bakımından kişileri, şeyleri ve durumları gruplandırması veya bunlar arasında ayırım yapmasıdır. Kanuni sınıflandırmalar, belli bir yarar veya yükümlülükle ilgili grupları veya sınıfları belirtirler ve herkesi değil, yalnızca bu gruplar veya sınıflar içindeki kişileri kapsarlar. Bu yönüyle sınıflandırma, gerçekte eşitsizlik anlamına gelmektedir. Bu durumlarda, kanunlarda eşitliğin sağlanması gerekliliği ile yasama organının sınıflandırma veya ayırım yapma yetkisi arasında bir çelişki ortaya çıktığı düşünülebilir. Bu yüzden, eşitlik ilkesinin yasama organını bağlayıcılığı, bu ilkenin yasama yetkisinin aynı zamanda sınıflandırma yetkisini de içerdiği ele alınarak yorumlanmalı ve eşitlik ilkesinden sapmayı haklı kılacak herhangi bir nedenin olup olmadığı incelenmelidir. Sınıflandırmalar veya farklılaştırmalar, kabul edilebilir amaçların ışığında haklılaştırılabilirse geçerli, yok eğer tamamen keyfi iseler geçersiz sayılacaklardır.¹⁶

Anayasa Mahkemesi, kanunlardaki sınıflandırmaların, eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetlerken, genellikle “haklı neden” ölçütüne dayanmaktadır. Bu da “eşitlik karinesi”nin bir yansımasıdır. Bu karineye göre, “farklı şekilde davranmak için iyi bir neden bulunmadıkça herkese eşit davranılmadır.”¹⁷ Örneğin, “Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapı-

14 ÖDEN, a.g.e., s.240.

15 ÖDEN, a.g.e., s.226.

16 ÖDEN, a.g.e., s.242.

17 ÖDEN, a.g.e., s.19 ve 41 nolu dipnotunda belirtilen eserler.

lamaz.¹⁸ Yine aynı yönde bir kararda da Anayasa Mahkemesi şu sonuca varmıştır: “Anayasa’nın 10.maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir.”¹⁹ Esas itibariyle haklı neden kavramının genel bir tanımını vermek çok kolay değildir; her somut olay açısından ayrı ayrı haklı nedenin varlığının araştırılmasına girilmelidir. Yine de AYM, haklı neden kavramını birtakım ölçülerle, örneğin “işin özelliklerine ve amaca uygunluk”, “gereklilik”, zorunluluk” gibi, somutlaştırmaya çalışmaktadır ve kararların metinlerinde bu ölçülere yer vermektedir. Örneğin: “Yasakoyucu, itiraz konusu kurallarla, tarihin en büyük savaşlarından birine sahne olmuş ve savaşta ölen yüzbinlerce insanın anısını ulus ayırımı gözetmeden yaşatan bir bölge olan Gelibolu Milli Parkını korumak amacıyla özel bir düzenleme getirmiştir. Bölgenin, tarihsel geçmişi, sert rüzgârlara açık konumu ve buna bağlı olarak korumada genel hükümlerin yetersiz kalması, daha önce büyük bir orman yangını geçirmiş olması bölgenin tüm çevresiyle özel bir korumaya alınmasını gerekli kılmıştır. Bu özelliği nedeniyle Gelibolu Milli Parkından yararlananlarla, bu bölge ile farklı özellikler taşıyan diğer bölgelerden yararlananların aynı hukuksal kurallara tabi tutulmamasında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.”²⁰

Yine Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçesinde belirttiği görüş çerçevesinde konuyu ele alacak olursak, Anayasa Mahkemesi’ne göre:

“Anayasa’nın 36. maddesi yönünden yapılan değerlendirmede de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Anılan maddenin birinci fıkrasında 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikte, herkesin, “...adil yargılanma hakkına” sahip olduğu esası öngörülmüştür.

Adil yargılanma hakkının ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan “silahların eşitliği” ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını ge-

18 AYM, 17.3.2004, 2001/282-2004/34, Resmi Gazete: 7.5.2004, Sayı: 25455.

19 AYM, 28.4.1983, 1985/11-1986/29, Resmi Gazete: 18.4.1987, Sayı: 19435.

20 AYM, 10.2.2004, 2001/143-2004/11, Resmi Gazete: 12.5.2005, Sayı: 25460.

rekli kılmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, bir hukuk davasında taraf olma durumu nedeniyle hukuki durumları itibariyle eşit oldukları açık olan 4353 sayılı Yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden diğer kişi ve kuruluşlar arasında, temyiz süresi bakımından farklı düzenlemeler öngörüldüğü, bu durumun ise davada hakkaniyete uygun bir dengenin varlığına engel teşkil ettiği, bu bakımdan silahların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiği, dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma ilkesine de aykırı düştüğü sonucuna varılmıştır.”

Anayasa'nın 10. maddesi anlamında eşitlik, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı ile çok yakından ilgilidir. Bu açıdan bakıldığında, hakkaniyete uygun yargılanma ilkesi gereği, silahların eşitliği ilkesine de uyulmalıdır.²¹ Adil yargılanma ilkesinin en önemli gereği olan ve Anayasa mahkemesi'nin de iptal kararının gerekçesinde yer verdiği “silahların eşitliği ilkesi”, Anayasa'daki eşitliğin medeni usul hukukundaki görünüm biçimidir ve usuli eşitliği ifade eder. Silahların eşitliği hukuki dinlenilme hakkını gerekli kılar. Yargılamada ilgililere dinlenilme hakkının tanınması, açılmış olan bir dava ile hakları etkilenecek olan her kişiye, o davada söz hakkı tanınması gereğini ifade eder²² ve gereği gibi uygulanan hukuki dinlenilme hakkı da, silahların eşitliği ilkesinin gerçekleşmesine hizmet eder.²³ Her iki tarafın yargılamada sahip olması gereken veya sahip olduğu olanakları tam ve diğerini dengeleyecek şekilde kullanması silahların eşitliği ilkesinin gereğidir.²⁴

Eşitlik ilkesinin zorunlu bir koşulu da genelliktir. Ancak genel ve şahsi olmayan bir kanun eşitliği sağlayabilir. Fakat herkesin eşit olarak bağlı bulunduğu genel nitelikteki kurallar bazı kişiler hakkında diğerlerinden farklı hükümler koyabilir. Bu açıdan kanunların genelliği, bu ilkenin içeriği itibariyle hitap ettiği kişilerden soyutluğu, herkese uygulanma değil, yalnız-

21 ÖZEKES, a.g.e., s.49.

22 Ali Cem BUDAK, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000, s.6

23 ÖZEKES, a.g.e., s.50.

24 ÖZEKES, a.g.e., s.50.

ca kimlikleri belli kişilere yönelik olmama söz konusudur. Nesnel hukuki durumlar yarattığı sürece, yalnız nitelikleri kanunla belirlenmiş kişi veya kişiler hakkında bir kural koymuş olması, kanunların genelliğini ve soyutluğunu engellememektedir.²⁵

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin kararı yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle yerindedir. Mahkeme üyelerinden birinin karşı oy gerekçesinde belirttiği düşünceye de katılmamız mümkün değildir. Karşı oy yazısına göre: "Davaların mümkün olan en kısa zamanda sonuçlanmasını sağlayacak hukuki düzenlemelerin yapılması zorunluluğu kuşkusuzdur. Ancak, bu amaç sağlanırken savunma hakkının gereği gibi kullanılmasını engelleyici hükümlerden kaçınılmalıdır.

İtiraz konusu kural, kamu kurumları ile özel hukuk kişileri arasında herhangi bir ayrıma gitmemiş davasını elindeki bilgi ve belgelerle doğrudan savunabilecek her kişi için aynı süreyi getirmiştir. 4353 sayılı Yasa kapsamında bulunan genel bütçeye dahil idareler ise anılan Yasa'nın getirdiği zorunluluklar nedeniyle davalarını doğrudan takip edebilme olanağına sahip değildirler. Bu idareler ellerindeki bilgi ve belgelerini kendilerini savunacak olan hazine avukatlarına aktarmak durumunda kalmaktadırlar. Savunmayı yapacak hazine avukatları da uyuşmazlığın maddi ve teknik özelliklerini öğrenmek zorundadırlar. Bu süreç ise belli bir zamanı gerektirdiğinden 4353 sayılı Yasa kapsamındaki idarelerin hukuksal durumlarını davalarını doğrudan takip edebilen, elinde bilgi ve belgesi hazır bulunan diğer kamu kurumları ile özel hukuk kişilerinden farklı kılmaktadır. 4353 sayılı Yasa kapsamında olmaları nedeniyle davalarını doğrudan takip edemeyen idareler doğrudan takip edebilenlerden farklı hukuksal durumda olduğundan onları farklı bir süreye tabi kılan kural, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır."

Günümüz koşullarında bu gerekçe yerinde değildir. Çünkü günümüzde iletişim teknolojisi son derece gelişmiş, ulaşım olanakları da eskiye oranla çok gelişmiştir. Bu açıdan devlet kurumları arasında evrak dolaşımı, gecikmeye en az sebep olacak şekilde gerçekleştirilmektedir.

25 ÖDEN, a.g.e., s.210.

B. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukunda Devlete Ayrıcalık Tanıyan Özel Hükümler:

Devlet'e çeşitli düzenlemelerle tanınan imtiyazlara ilişkin bazı örnek kanun ve hükümlere yer verecek olursak:

- HUMK m.110 gereği ihtiyati tedbir taleplerinden doğacak zararlara yönelik olarak gösterilmesi gereken teminat yükümlülüğünden Devlet bağışık tutulmuştur. Bu düzenleme açısından kanun hükmünün amacı, Devlet'in asla iflas etmeyecek bir kurum olması ve vatandaşın her zaman zararlarını karşılamaya hazır halde Devleti karşısında bulabileceğidir. Bu açıdan bakıldığında düzenleme yerindedir.

- Harçlar Kanunu m.13/j hükmüne göre, genel bütçeye dahil devlet kurumlarının dava ve icra işleri harçtan bağışıktır. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, genel bütçeye dahil olmayan devlet kurumları için söz konusu hüküm uygulanmaz; yani kendi içinde dahi eşitsiz bir hüküm söz konusudur. Denilebilir ki, zaten Devlet yargı hizmetini veriyor ve aynı bütçe içinde bu gider-gelir hesapları yapılmakta, yani bir taraftan alırken, diğer taraftan veriyor olması uygun değildir. Ancak olaya, bir diğer boyuttan bakacak, Devlet'in vatandaşa verdiği eşitlik mesajıdır. Devlet, vatandaşına onunla aynı koşulda yargı giderine katıldığını ve her yönden eşit silahlarla hak arama hakkını kullandığı izlenimini sağlamalıdır ki, kendisine hizmet için var olan Devlet'e karşı birey, her yönden hukuk devletine güvence duysun.

- 2003 yılında yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanunla değiştirilen İİK m.206'nın yeni haline göre, değişiklik öncesi hacze iştirak açısından bazı devlet alacaklarına imtiyaz tanınmış iken, değişiklik sonrası aynı alacaklar, diğer alacaklarla aynı sıraya ve imtiyazdan arınmış şekilde yazılmaya başlanmıştır. Bu açıdan yeni düzenleme kanaatimce yerindedir. Yukarıda ifade edilen görüş çerçevesinde, Devlet'in bu açıdan vatandaşıyla aynı koşullarda alacaklarının tahsili için davranması, eşitlik ilkesi açısından yerindedir.

- Kadastro Kanunu m. 12/III'e göre, ilan edilip kesinleşmiş ve tapu kütüğüne kaydedilmiş tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz. Bu hükümde düzenlenen süre bir hak düşürücü süredir ve hüküm gerekçesine bakılacak olursak, bu sürenin Kanun'un konuluş amacına

uygun olarak kadastro işleminin nihai olarak bir süre içinde sonuçlandırılması amacıyla getirildiği belirtilmektedir. Bu hükümde kamu malları ve birey malları arasında herhangi bir ayırım içermemektedir. Ancak Yargıtay'ın kararlılık kazanmış içtihatlarına göre, kamu malları ve Devlet'in hüküm ve tasarrufu altındaki mallarda hak düşürücü süre uygulanmamakta ve herhangi bir hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın Devlet her zaman tespiti itiraz davası açabilmektedir.²⁶

• Keza yukarıda HUMK m.110'da sağlanan imtiyazın yerinde olduğuna ilişkin düşünce çerçevesinde, İİK m.82/1'de yer alan "devlet mallarının haczedilemeyeceği" şeklinde düzenleme de yerindedir; çünkü devlet malları, devletin en temel kuruluş nedeni olan topluma hizmet açısından gereklidir ve haczedilmesi hem hizmetlerin aksamasına hem de toplumda Devlet'in sağladığı güven duygusunun sarsılmasına ve halk arasında gidişatın kötü olduğuna dair bir izlenim uyandırma yönlerinden kamu yararına aykırılık oluşturur. Ancak bu hüküm uygulamada pek çok sakıncayı beraberinde getirmektedir. Devletten doğan alacağını tahsil etmek isteyen birey, bu tahsilatta yaşadığı gecikmeler karşısında, başvurabileceği yegane yol olan icra yoluna da başvuramayacaktır. Çünkü İİK m. 82 gereği icra safhasında herhangi bir haciz gerçekleşmeyecektir. Bu yönüyle hüküm hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir. Devlet kurumlarından ve belediyelerden tahsilatlarda doğan sıkıntılar toplumda Devlet'e olan güveni zedelemektedir. Olması gereken, İİK m. 82'nin korunması; ancak Devlet'in borçlarının ödenmesi konusunda da yasal düzenlemelerin mevzuata konulmasıdır. Mesela hizmet malları dışındaki mallarının, hak ve alacaklarının haczedilebileceği şeklinde bir düzenleme, Devletten alacağı olanların alacaklarına kavuşması açısından yerinde olur kanaatindeyiz.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun ile devlet kurumlarına, İİK'na tabi olmaksızın kendi bünyelerinde oluşturulan ve adli teşkilatın dışında yer alan icra daireleri ile alacaklarını bu Kanun hükmüne göre tahsil etme imkanı tanınmaktadır. Acaba halihazırdaki devlet kurumlarının alacaklarını tahsil etmek için görev gören ve adliye teşkilatı bünyesinden ayrı olarak işleyen bir düzene sahip bu kurumların, İİK'ya ta-

26 Bu konuda ayrıntılı açıklama, örnek Yargıtay kararları ve bu kararların eleştirisi için bkz. Okay DURMAN, *Yargıtay Kararları Işığında Kadaastro Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2002, s.91 vd.

bi olmaması, eşitlik ilkesine ne denli uygundur? Kanaatimce olması gereken, Devlet'in, vatandaşına, vatandaşının yargı erkine olan güvenini sağlamak ve bizzat hem kural koyucu hem de uygulayıcı olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesinin üçüncü ayağı olan yargı alanında kendisinin de vatandaşıyla aynı ve eşit koşullarda mücadele ettiği mesajını vermek açısından tek ve aynı kanun hükümlerine, yani İİK hükümlerine dayanarak alacaklarının tahsiline girişmesidir. Böylelikle icra ile ilgili tüm uygulamalarda yeknesaklık sağlanmış olur ve İİK'dan doğan uyuşmazlıklarda adli mahkemelerin (icra, hukuk veya ticaret), 6183 sayılı Kanun'dan ve fakat aynı amaca (alacak tahsilatına) hizmet eden bir diğer kanundan doğan uyuşmazlıklarda idari mahkemelerin görevli olması durumunun da önüne geçilmiş olur. Ancak kanaatimizce günümüz koşulları açısından yapılması gereken, Devlet'in adliye teşkilatı içinde yer alan ve özel hukuk hükümlerine tabi borçların tahsilatı için görev gören icra dairelerinin iş yükleri, söz konusu borçların tahsilatlarına dahi yeterinde yetişemeyecek derecede fazla olduğundan, bir de bunlara Devlet kurumlarının alacaklarının tahsilatlarını ekleyecek olursak, kamu yararı açısından bu durum uygun olmayacağı için, halihazırda görev yapan kamu alacaklarının tahsili icra dairelerinin tüm personel ve yapısıyla adliye teşkilatı bünyesi içinde ve sadece kamu alacaklarının tahsiline hizmet eder şekilde ve fakat İİK'nun hükümlerine tabi bir durumda görev yapmaları sağlanmalıdır. Ayrıca anılan Kanun hükümlerinde borçlunun savunma olanakları İİK'ya göre süre ve nitelik açısından kısıtlı, haciz ve paraya çevirme süresi daha kısadır; bu nedenle toplumda Devlet'in alacağına şahin olduğu düşüncesi oluşurken, bu düşüncüyü değiştirmek adına da tüm alacak tahsilatlarının tek bir Kanun olan İİK hükümlerine tabi tutulması yerinde olacaktır.

SONUÇ

Eşitlik geniş bir kavramdır. Herkese her koşulda eşit şekilde davranılması şeklinde bir nitelendirme, yalın ve katı ve bir nitelendirme olacaktır. Anayasal eşitlik ilkesi ise daha geçerli bir yaklaşımla herkese her yönden eşit davranılmasını değil, eşit durumda olanlara eşit, eşit durumda olmayanlara eşitsizlikleri ölçüsünde farklı veya eşitsiz davranılmasını gerektirir ve bu yönüyle şekli eşitliği gerçekleştirir.

Yukarıda incelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararı, doktrinde 1982 Anayasası'nın, devlet-birey, devlet-toplum ve toplum-birey arasındaki hak

ve özgürlük ilişkilerinde, devleti toplum ve bireye tercih ettiği²⁷, başka bir deyişle, temel hak ve özgürlüklerin dengesini teşkil eden “otorite-özgürlük” dengesinde, Anayasa'nın devlet otoritesinin güçlenmesine ağırlık verdiği²⁸ şeklindeki görüşün yargı alanında kabul görmediği şeklinde yorumlanabilir. Çünkü Anayasa Mahkemesi bu kararıyla gerçekten de şekli eşitlik ilkesini tam anlamıyla uygulamaktadır. Devlet ve vatandaşa eşit olarak uygulanmaması için herhangi bir haklı gerekçe olmayan hallerde, doktrinde vurgulana bu görüş çerçevesinde Devleti korumak için gereksiz şekilde yasal düzenlemelerde ifadesini bulan düzenlemelerin hukuka uygun olmadığı çok doğru şekilde ifade edilmektedir.

Haklı gerekçe oluşturan kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu yararının zorunlu kılması hallerinde eşitlik ilkesi de eşit durumda olmayanlara eşitsizlikleri ölçüsünde farklı davranılmasını öngörmektedir. Bu da eşitlik ilkesinin maddi boyutudur. Ancak gerek HUMK m. 432/1 c.1' de gerekse yukarıda yer verdiğimiz diğer yasal düzenlemelerde belirttiğimiz üzere eşitlik ilkesine aykırı hükümlerin hem medeni usul ve icra-iflas hukukuna ilişkin hem de diğer tüm hukuk dallarına ilişkin yasal düzenlemelerde yeri olmamalıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin HUMK m.432/1 c.1'e ilişkin iptal kararı yerinde bir karardır ve diğer düzenlemelerin de iptaline ilişkin örnek oluşturacaktır kanaatindeyiz.

BİBLİOGRAFYA

BUDAK, Ali Cem: Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000.

DURMAN, Okay: Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2002.

ÖDEN, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

ÖZBUDUN, Ergun : Türk Anayasa Hukuku, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: Türk Anayasa Hukukunda Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993.

27 Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukukunda Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993, s.137

28 ÖZBUDUN, a.g.e., s.48-49, 81-85.

ANONİM ORTAKLIK YÖNETİM KURULU KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

Araş. Gör. Ceren Su

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Ticaret hukuku mevzuatımız incelendiğinde, yönetim kurulu kararları aleyhine dava hakkını açıkça tanıyan iki düzenleme göze çarpar. Bunlardan ilki, Kooperatifler Kanunu m. 16'da, yönetim kurulunun kooperatiften çıkarma kararına karşı, ortağa tanınmış olan itiraz davası açma hakkıdır. Diğeri ise, kayıtlı sermayeli anonim ortaklık yönetim kurullarının Sermaye Piyasası Kanunu m. 12/2, m. 12/5 ve m. 15/4'te yazılı yetkilerini kullanırken alacağı kararlara karşı açılacak iptal davasıdır (SerPK m. 12/6). Türk Ticaret Kanunu ise, anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptalini m. 381 ve devamında düzenlemekle beraber, ortaklık yönetim kurulunun hukuka aykırı kararları aleyhine hangi yollara başvurulabileceği konusunda suskun kalmaktadır. Ticaret Kanunu'nda, yalnızca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin düzenleme bulunmaktadır (TTK m. 336 – 340). Oysa, anonim ortaklık yönetim kurulu, hem olağan hem olağanüstü işler bakımından, ortaklığın yöneticisidir. Münhasıran genel kurulun yetkisinde bulunanlar dışındaki tüm hususlarda, ortaklığı yönetim hakkı ve yetkisi esas itibariyle bu organda toplanmıştır. Yönetim kurulunun bu yetkisini kullanırken alacağı

kararların hukuka aykırı olabileceği ise açıktır. Bu hususlar gözönünde bulundurulduğunda, yönetim kurulu kararlarına karşı başvuru yollarının saptanmasının önemli olduğu kuşkusuzdur.

Amacı, öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında, yukarıda anılan saptamayı yapmak olan bu çalışma, “sonuç” kısmı dışında, üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, yönetim kurulu kararı kavramı irdelenecektir. Bu irdeleme yapılırken, anonim ortaklık yönetim kurulunun niteliği ve işlevi, yönetim hakkının içeriği, karar alma usulleri ve yönetim kurulu kararlarının hukuki niteliği ve etkileri incelenecektir. İkinci bölümde, yönetim kurulu kararlarının sakatlık halleri ve bu kararlara karşı başvuru yolları, sakatlık dereceleri gözetilerek, ele alınacaktır. Üçüncü ve son bölümde ise, şu anda Meclis Alt Komisyonu’nda bulunan ve yakında kanunlaşması beklenen Ticaret Kanunu Tasarısı’nın, anonim ortaklık yönetim kurulu kararlarının butlanını düzenleyen hükümlerine değinilecektir.

I. YÖNETİM KURULU KARARI

A) Yönetim Kurulunun Niteliği ve İşlevi

Türk Ticaret Kanunu’nun 312 ve devamı maddelerinde düzenlenen anonim ortaklık yönetim kurulu, ortaklığın zorunlu organlarından biridir. TTK m. 317 uyarınca yönetim kurulu, ortaklığın idare ve temsil organıdır. Yönetim kurulu genel kurulun aksine, devamlı bir organdır. Ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından tasfiye sürecine girdiği ana kadar, hatta sınırlı olmak üzere tasfiye boyunca, ortaklığın sürekli idarecisi ve temsilcisi konumundadır. Yönetim kurulu, ortaklığın yönetiminde işletme sahibi ve işveren durumundadır¹.

B) Yönetim Hakkının İçeriği

1. Genel Olarak: Ana sözleşme veya kanun gereği genel kurulun münhasır yetkisine girenler (TTK m. 341, m. 361/3, m. 381) veya azınlık tarafından karara bağlanması öngörülenler (TTK m. 341, m. 377) dışındaki iş-

1 İmregün, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 12. Bası, İstanbul 2001, s. 325, Çamoğlu, Ersin (Poroy Reha/Tekinalp Ünal), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2003, s. 294, no: 521a, Özkorkut, Korkut: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s. 18.

ler yönetim kurulunun yönetim hakkı kapsamındadır². Yönetim hakkının kapsamına, ortaklığın işlerinin çevrilmesi ve pay sahipleri ve ortaklık arasındaki ilişkileri düzenleyen kanun ve ana sözleşme hükümlerinin uygulanması girer³.

Ortaklık işlerinin çevrilmesi, ortaklığın amacına ulaşabilmesi için ortaklığın işletme konusuna giren işlerin görülmesi, bu arada, ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkilerine dayanak oluşturacak kararların alınması⁴ anlamına gelir. Yönetim kurulunun bu alandaki yönetim hakkı olağan ve olağüstü ayrımı yapılmaksızın tüm işlemleri kapsar⁵. Bu işlemlerin bir kısmı kanunda sayılmıştır. Örneğin, ortaklık defterlerinin tutulması ve bilançonun hazırlanması (TTK m. 325), yıllık raporun tanzimi (TTK m. 327), memur ve müstahdemlerin tayini (TTK m. 328), ortaklığa ticari mümessil atanması ve bunların azli (TTK m. 343) yönetim kurulu tarafından yerine getirilir.

Yönetim kurulunun paysahipleri ve ortaklık arasındaki ilişkilerin yürütülmesi alanındaki görevleri kanundan veya ana sözleşmeden kaynaklanabilir. Kanunda sayılanlardan, genel kurulun toplantılarının hazırlanmasına ilişkin görevler (TTK m. 365, 366, 368, 376, 378, 388/4, 389), pay sahiplerince taahhüt edilen pay bedellerinin ödenmemesi durumunda yapılacak işlemler (TTK m. 406 vd.), nama ve bağlı nama yazılı pay senetlerinin devrinin pay sahipleri defterine kaydı ile ilgili hususlar (TTK m. 416, 418) yönetim kurulunun görev ve yetkisi kapsamına girer.

2- Sermaye Piyasası Kanunu'nun öngördüğü yetkiler: Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 12/1 uyarınca "hisse senetlerini halka arz etmek üzere kurulan anonim ortaklıklar ile kurulmuş olup da sermaye artırmak suretiyle hisse senetlerini halka arz edecek olan anonim ortaklıklar, Kuruldan izin almak şartı ile kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilirler". Menkul kıymetler yatırım ortaklıklarının kayıtlı sermaye sistemine göre kurulması SerPK m. 36/a uyarınca zorunludur. Kayıtlı sermaye sistemine geçilmiş olması halinde, sermaye artırımını genel kurul tarafından değil, tespit

2 İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı C. I, İstanbul 2001, s. 277.

3 İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 206.

4 İmregün, a.g.m., s. 278.

5 İmregün: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, s. 334, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 297, no:525.

edilmiş kayıtlı sermaye miktarına kadar ve Türk Ticaret Kanunu'nun esas sermayenin artırılmasına ilişkin hükümlerine bağlı kalınmaksızın, yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilir (SerPK m. 12/2). Ancak belirtmek gerekir ki; kayıtlı sermayeli anonim ortaklıklarda dahi, ana sözleşmeyle tespit edilmiş tavan sermaye miktarını artırma yetkisi genel kuruldadır.

SerPK m. 12/5 uyarınca, ana sözleşmeye konulacak bir hükümle, yönetim kurulu, imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde hisse senedi çıkarmaya, pay sahiplerinin yeni pay alım haklarını sınırlamaya veya imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı nitelikte kararlar almaya yetkili kılınabilir.

SerPK m. 13/son uyarınca, "tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senedi ihraç yetkisi, esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilebilir".

SerPK m. 15/4 uyarınca, halka açık anonim ortaklıklar, üçer aylık ara dönemler itibariyle hazırladıkları mali tablolarında yer alan kârdan, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayırmaları gereken yedek akçe ve vergi karşılıkları düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçmemek ve ana sözleşmede bu yönde hüküm bulunmak kaydıyla, pay sahiplerine temettü avansı dağıtabilirler. Temettü avansı dağıtılmasına karar verecek olan organ yönetim kuruludur. Ancak bunun için genel kurul tarafından yönetim kuruluna, ilgili yılla sınırlı olmak üzere yetki verilmiş olmalıdır (SerPK m. 15/4).

C) Yönetim Hakkının Kullanılması ve Karar Alma

Kural olarak, yönetim hakkı kurul halinde kullanılır (TTK m. 319/son'un yollamasıyla TTK m. 317). Bununla beraber, ana sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla, yönetim işlerinin hepsi veya bazıları, bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine ya da yönetim kurulu üyesi ve hatta pay sahibi dahi olmayan bir kişiye bırakılabilir (TTK m. 319/2). Yönetim hakkı kendisine devredilen kişi bir yönetim kurulu üyesiyse murahhas üye, değilse murahhas müdür adını alır. Ancak, ortaklık defterlerini tutmak (TTK m. 319), genel kurul kararlarını tescil ve ilan ettirmek (TTK m. 378/2, 383, 390, 398), ortaklığın mali durumu bozulduğunda gerekli önlemleri almak (TTK m. 324) gibi yönetim kuruluna özgü görevler devredilemez⁶. Pay sahipleri ve ortaklık arasındaki ilişkileri düzenleyen kanun ve ana sözleşme hükümlerini uygulamaya ilişkin görevler dahi, yönetim kuruluna özgü gö-

6 İmregün, a.g.m., s. 279.

revler olup, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla başka bir kişi yahut makama devredilemez⁷.

Yönetim kurulu ortaklığın işlerini aldığı kararlarla yürütür. Ancak, tüm idari işler için karar alınmasına gerek yoktur⁸. Bazı işlerin yapılması, ortaklığın işleyişi için asgari ve zorunludur ve bunlar doğrudan doğruya yönetim kuruluna yüklenmiştir⁹. Bu işlere örnek olarak ortaklık defterlerinin tutulması (TTK m. 325), genel kurul kararlarının tescili ve ilanı (TTK m. 378/2, 383, 390, 398), ortaklığın mali durumu bozulduğunda gerekli önlemleri almak (TTK m. 324) sayılabilir.

Yönetim kurulu kural olarak kararlarını toplantı yapmak suretiyle alır. Türk Ticaret Kanunu'nda toplantının yeri ve zamanı hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Ana sözleşmede bu hususlara ilişkin hüküm olası halinde bu uygulanır. Yoksa, yönetim kurulu dilediği zamanda ve genellikle ortaklık merkezinde olmakla birlikte, dilediği yerde toplanabilir¹⁰. Ancak bu serbestinin sınırını MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı oluşturur.

Yönetim kurulunu toplantıya çağırmaya yetkili kişiler başkan ve başkanın yokluğunda başkan vekilidir. Bunların dışında her üye yönetim kurulunun toplantıya davet edilmesini başkandan yazılı olarak isteyebilir (TTK m. 331/2). Yapılacak çağrının şekli ve zamanı hakkında Kanun'da bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak çağrı, üyelerin toplantıdan haberdar edilmeleri amacı gözönünde bulundurularak yapılmalıdır. Çağrının, tüm yönetim kurulu üyelerinin toplantıya katılabilmek için gerekli hazırlıkları yapma konusunda ihtiyaç duydukları süre dikkate alınarak yapılması gerekli ve yeterlidir¹¹.

Kanunda belirtilmemiş olmakla birlikte toplantının gündemi çağrıyı yapan tarafından hazırlanır. Genel kurul toplantılarının aksine, yönetim ku-

7 Ibid.

8 İmregün: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, s. 334, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 297, no: 523.

9 Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 297, no: 523.

10 İmregün, a.g.m., s. 280 ve 282, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 300, no: 529, Ansay, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982, s. 110.

11 İmregün, a.g.m., s. 282, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 298, no: 528.

rule toplantılarında gündeme bağlılık ilkesi geçerli değildir¹². Bu durum, yönetim kurulu toplantılarına katılmanın, her bir üye için hem hak hem de yükümlülük olmasının doğal sonucudur¹³. Kendisine usulünce çağrı yapıldığı halde, geçerli bir mazeret göstermeksizin toplantıya katılmayan üye, bu toplantıda alınan karardan, TTK m. 338 uyarınca sorumludur.

Toplantı yetersayısı TTK m. 330/1'in ilk cümlesinde belirtilmiştir. Buna göre, yönetim kurulu, üyelerin en az yarısından bir fazlasının hazır olmasıyla toplanır. Üç kişiden oluşan bir yönetim kurulu, ancak üyelerinin tamamının hazır bulunmasıyla toplanabilecektir. Zira, üçün yarısı bir buçuktur ancak, yarım kişi olamayacağından bu iki olarak alınmalıdır. İkinin bir fazlası üç ise toplantı yetersayısını verir. Öğretide, TTK m. 330/1 ilk cümlelerin mutlak çoğunluk ilkesinin başarısız bir ifadesi olduğu ve yetersayı hesabında anılan ilkenin uygulanması gerektiğini ileri süren bir görüş¹⁴ bulunmakla birlikte, baskın görüş ve Yargıtay uygulaması yukarıdaki gibidir¹⁵.

TTK m. 330/1, ilk cümlede yer alan "esas mukavelede aksine hüküm olmadıkça" ibaresi nedeniyle, toplantı yetersayısı, ana sözleşmeye hüküm koymak suretiyle Kanun'da öngörülene nazaran ağırlaştırılabilir ya da hafifletilebilir¹⁶.

12 Domaniç, Hayri: Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 400, İmregün, a.g.m., s. 282, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 300, no: 530.

13 İmregün, a.g.m., s. 282.

14 Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 298, no: 529.

15 "... gerek TTK'nun 330. maddesi hükmü gerekse, Dairemizin son zamanda yerleşmiş olan uygulaması itibariyle, üç kişilik yönetim kurulunun toplanıp karar alabilmesi için tamamının biraraya gelmesi gerekmektedir." 11. HD 6.10.1986 gün, E. 1986/4389 K. 1986/5018 sayılı kararı, "...anonim şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulu üye sayısı asgari olan 3 kişi olarak belirlenmişse, bunun aksine ana sözleşme de yapılamayacağından, toplantı yeter sayısının da yarısından bir fazlası kuralı uyarınca 3 olacağı kuşkusuzdur." 11. HD 28.11.2001 gün, E. 2001/6069 K. 2001/9102 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr.

16 Ancak Yargıtay uygulaması, toplantı yetersayısının anasözleşmeyle dahi, mutlak çoğunluğun altına çekilemeyeceğini, ayrıca üçün altına düşürülemeyeceğini işaret etmektedir: "...çoğunluk kararı ile yönetilme ilkesine ters düşmemek kaydı ile TTK'nun 320/1 nci maddesindeki yetersayının altında bir toplantı yetersayısının anasözleşme ile düzenlenmesi mümkündür." 11. HD 19.4.2001 gün ve E. 2001/2780 K. 2001/3343 sayılı kararı, "TTK'nun 330/1 nci maddesi hükmünün, (...) anonim şirketlerde yönetim

TTK m. 330, ikinci cümle uyarınca, karar yetersayısı toplantıya katılanların mutlak çoğunluğudur. Ancak, toplantıya katılanlar arasında TTK m. 332 uyarınca görüşmelere katılması yasak olan kişiler varsa, bunların oyu karar yetersayısının hesabında dikkate alınmaz¹⁷.

TTK m. 330/son uyarınca, kararlar tutanağa geçirilip imzalanmalıdır.

TTK m. 330/2, yönetim kurulu kararlarının, toplantı yapılmaksızın, bir üyenin yaptığı yazılı öneriye, diğer üyelerin yazılı onay vermeleri suretiyle alınmasına olanak tanımıştır. Ancak, yönetim kurulu kararının bu şekilde meydana gelebilmesi için, kararın tüm üyelere sunulmuş olması gerekir¹⁸.

kurulu üye sayısını belirleyen aynı Yasanın 312 nci maddesi hükmü ile birlikte ele alınarak değerlendirilmesi zorunludur. Zira, bu kurulun oluşumunu düzenleyen anılan maddenin ilk fıkrasında, yönetim kurulunun en az 3 kişiden oluşacağı belirtilerek bu husus açık ve emredici bir şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu durumda her iki hükmün birlikte değerlendirilmesinde, TTK. 330/1 nci maddesindeki emredicilik vasfının 3 kişilik yönetim kurulu bakımından öngörüldüğünün kabulü gerekmektedir. Diğer bir deyişle, anonim şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulu üye sayısı asgari olan 3 kişi olarak belirlenmişse, bunun aksine ana sözleşme de yapılamayacağından, toplantı yeter sayısının da yarıdan bir fazlası kuralı uyarınca 3 olacağı kuşkusuzdur... (A)na sözleşme ile yönetim kurulu üye sayısı 5, 7 ve 9...kişi olarak belirlenerek TTK.nun 312 nci maddesinde belirlenen asgari sayının üzerine çıkıldığında, TTK.nun 330/1 nci maddesinde öngörülen aksinin ana sözleşme ile kararlaştırılabileceği hükümden yararlanılarak, toplantı yeter sayısının yarıdan bir fazlası ilkesine aykırı olarak çoğunluk, yani yarıdan fazla ilkesinin benimsenebileceğinin ve bu benimsemenin emredici hükme aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabulü şirketler uygulamasında şirketin çalışabilirliği bakımından menfaatler dengesine uygun düşeceği gibi, yine şirketler hukukundaki ana prensip olan çoğunluk kararı ile yönetilme ilkesine de ters düşmeyecektir. Zira, bir ana sözleşme ile değiştirilemeyecek olan emredici husus, şirketin çoğunlukla yönetilmesine ilişkin ana kuraldır." Yargıtay 11. HD 28.11.2001 gün, E. 2001/6069 K. 2001/9102 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr. İmregün, yönetim hakkının ana sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla kısmen veya tamamen murahhaslara devredilebileceğinden yola çıkarak, toplantı yetersayısının mutlak çoğunluğun altında kararlaştırılabileceğini, ancak devri olanaksız yönetim hakları bakımından en az mutlak çoğunluk esasının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır, İmregün, a.g.m.. s. 286.

17 İmregün, a.g.m., s. 287.

18 İmregün, a.g.m., s. 280, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, s. 335, Anonim Ortaklıklar, s. 208, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 301, no: 531.

D) Yönetim Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Etkisi: Yönetim kurulu kararı, ortaklık içi ve dışı ilişkilerde bir hukuki sonuç sağlanmasına yönelmiş ortaklık irade beyanı olması özelliğiyle hukuki işlem niteliğindedir¹⁹. Yönetim kurulu kararları ortaklığın bir iç işlemi niteliğindedir²⁰. Bu kararlar ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkilerine dayanak oluşturmakla beraber, dışa açıklanmadıkları sürece ortaklığı veya üçüncü kişileri bağlayıcı etkileri yoktur²¹. Bunun sonucu olarak, üçüncü kişiler dışa açıklanmamış bir yönetim kurulu kararına dayanarak ortaklıktan talepte bulunamayacakları gibi, yönetim kurulu da henüz ilgisine beyan edilmemiş bir kararı her zaman geri alabilir veya değiştirebilir²². Ancak, ilgisine beyan edilmiş bir karar, bu kişinin rızası olmadan değiştirilemez veya kaldırılmaz²³.

II. SAKAT YÖNETİM KURULU KARARLARI VE BAŞVURU YOLLARI

A) Yönetim Kurulu Kararlarının Yokluğu ve Butlanı

1. Yönetim Kurulu Kararlarının Yokluğu: Bir hukuki işlemin varlık kazanabilmesi için, o işleme ilişkin kurucu unsurların tamam olması gerekir. Bir yönetim kurulu kararından bahsedebilmek için, kanunun emredici hükümleri veya esas sözleşmede belirtilen esaslar dahilinde toplanmış, yönetim kurulu niteliğini haiz bir kurul ve bu kurulca yine kanun ve esas sözleşmede belirtilen usulle alınmış bir karar bulunmalıdır. Kısacası, kurucu – şekli unsurlara uyulmaksızın alınmış bir karar yoklukla maluldür.

Yukarıda açıklanan, toplantı ve karar alma usullerine ilişkin hususlara uymaksızın alınmış bir karar hukuken varlık kazanamaz. Örneğin, toplan-

19 Özkorkut, a.g.e., s. 44, Moroğlu, Erdoğan: Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 179, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 302, no: 534.

20 Domaniç, a.g.e., s. 407, Ansay, a.g.e., s. 111.

21 Domaniç, a.g.e., s. 407, Ansay, a.g.e., s. 111, İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, s. 339, Tekil, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1993, s. 133.

22 Domaniç, a.g.e., s. 407.

23 “Ancak, üçüncü şahıslara ve ortaklara bir menfaat sağlamayan ve onlara bir külfet yüklemekle ve ihtarı niteliğinde kararlardan şirketin cayması ve kararları bu istikamette değiştirmesi veya ortadan kaldırması mümkündür.” Ibid.

tı için çağrının gereği gibi yapılmamış olması²⁴, toplantı yetersayısı veya karar yetersayısı bulunmaması, kararın tutanağa geçirilip imza edilmemesi hallerinde bir yönetim kurulu kararından bahsedilemez. Azledilmiş veya görev süresi sona ermiş bir yönetim kurulunun aldığı kararlar da yoklukla maldür²⁵. Yönetim kurulunun şirketin hak ehliyeti sınırlarına uymadan, daha açık bir deyişle, şirketin maksat ve konusu dışında bir işlemi yürütmek için aldıkları kararların da yok hükmünde olması gerekir. TTK m. 137'ye göre şirketlerin hak ve fiil ehliyetleri esas sözleşmede yazan işletme konusu ile sınırlıdır. Yönetim kurulunun, ortaklığın işletme konusuna girmeyen bir hususa ilişkin olarak aldığı karar uygulanırsa, başka deyişle üçüncü kişilerle bu karara dayanarak hukuki işlem yapılırsa, yapılan işlem yok hükmündedir ve anonim ortaklığı ve işlemin karşı tarafını bağlamaz²⁶. Bu açıdan üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmamasının bir önemi yoktur.

2. Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı: B.K. m. 19 ve 20'de yer alan butlana ilişkin genel hükümler uyarınca, emredici hükümlere veya ah-laka ve adaba aykırı olan ya da konusu bakımından imkânsız bulunan yöne-tim kurulu kararları batıldır. Batıl bir yönetim kurulu kararı, şeklen var ol-makla beraber, içeriği nedeniyle hükümsüzdür. Yönetim kurulu kendi yetki-sinde olmayıp, başka bir organın münhasır yetkisine dahil bir konuda karar almışsa bu karar batıl bir karar olacaktır²⁷. Paysahipleri arasında eşitlik il-kesine aykırı kararlar da, M.K. m. 2'ye aykırılık teşkil edeceklerinden batıl-dırlar²⁸.

3. Batıl ve Yok Hükmündeki Kararlara Karşı Başvuru Yolları

a) Dava ve İtiraz: Yokluğun veya butlanın tespiti için bunda hukuki yararı bulunan herkes mahkemeye başvurabilir²⁹. Bir yönetim kurulu kara-

24 İmregün, a.g.m., s. 289.

25 Özkorkut, a.g.e, s.93.

26 İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 224.

27 Özkorkut, böyle bir kararın yok hükmünde olacağı görüşündedir, a.g.e., s. 94.

28 Ansay, Tuğrul: Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi, Batider C. II, S: 3 1964, s. 382.

29 "...anonim ortaklık yönetim kurulunun verdiği kararların yok veya batıl olduğunun tesbiti için dava açılabilir." 11 HD 26.1.1989 gün ve E. 1988/3414 K. 1989/260 sayılı karar, www.kazanci.com.tr.

rının yoklukla veya butlanla malul olduğu itiraz olarak da ileri sürülebilir³⁰. Bunun sınırını dürüstlük kuralı (M.K. m. 2) oluşturur³¹. Yokluk ve butlan mahkeme tarafından re'sen gözönünde bulundurulmalıdır³².

Örneğin, paysahibinin sermaye taahhüdünü yerine getirmekte temerrüdü TTK m. 406 – 408'de düzenlenmiştir. TTK m. 407/2 uyarınca yönetim kurulu temerrüde düşen paysahibine karşı aynı fıkrafta öngörülen ortaklıktan çıkarma yaptırımının uygulanmasına karar vermekte yetkilidir. Ortaklıktan çıkarma, m. 408'de öngörülen usul çerçevesinde yapılır. Kanunda belirlenen esaslara, örneğin TTK m. 408'de öngörülen usule, toplantı ve karar yetersayılarına uyulmadan alınan ortaklıktan çıkarma kararlarına karşı, paysahibi süreye bağlı olmaksızın tespit davası açabilir³³. Paysahibi bu davada,

30 Çamoğlu, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 79, Moroğlu, a.g.e., s. 179, Ansay, a.g.m., s. 382.

31 Moroğlu, yokluğun ileri sürülmesinde M.K. m.2'nin gözönünde bulundurulmayacağı- nı savunmaktadır, a.g.e., s. 29. Ayrıca, "Yasa ve anasözleşmenin öngördüğü yetersayı- lar sağlanmadan toplantı şeklen yapılmış olsa dahi ... toplantıda alınan kararlar yok- lukla maluldür. ...Davacıların kötü niyetli olmaları ve toplantılara katılmamaları bu kararlara geçerlilik kazandırmaz." 11. HD 15.10.1993 gün E. 4885 K. 6526 sayılı ka- rarı, Eriş, Gönen: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 271. İmregün ise, üye- nin sırf toplantı yetersayısının oluşmaması amacıyla toplantıya katılmaması gibi bazı durumlarda M.K. m. 2'nin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır, Kara Ticaretî Hukuku Dersleri, s. 337 ve a.g.m., s. 283 ve s. 289, dipnot 17.

32 "...Yönetim kurulu kararları hakkında iptal davası açılıp açılmayacağı tartışmalı bir konu ise de; mahkemece her şeyden önce davalı şirketin Ticaret Sicili dosyası getirtî- lip o tarihteki yönetim kurulu üyeleri belirlenmeli, ana sözleşme ve şirketin karar def- teri de ibraz ettirilerek dava konusu yönetim kurulu kararının alınmasında toplantı ve karar nisabının oluşup oluşmadığı ve bu yönden geçerli bir kararın bulunup bulunma- dığı, re'sen araştırılmalı ve sonucu çerçevesinde bir karar verilmelidir. Mahkemece re'sen üzerinde durulması gereken bu hususlar gözetilmeden yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 11. HD 19.2.1998 gün, E.1997/8425 K. 1998/980 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr.

33 İmregün, a.g.m, s. 290 ve dipnot 21, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 607 no: 1067a, ayrıca bkz. 11. HD 21.12.1980 gün ve E. 456 K. 818 sayılı karar, 11 HD 3.6.1982 gün ve E. 2121 K. 2676 sayılı karar, 11 HD 17.12.1981 E. 5383 K. 5479 sa- yılı karar, 11 HD 18.4.1986 gün ve E. 1631 K. 2346 sayılı karar, Eriş, a.g.e., s. 642 – 647, 11 HD 27.3.1989 gün ve E. 1988/4963 K. 1989/1937 sayılı karar, www.kazan- ci.com.tr.

ortaklıktan çıkarma kararının yokluğunun veya butlanının ve paysahipliğinden doğan haklarının devam ettiğinin tespitini isteyecektir. Bunun gibi, TTK m. 316'da ifade edilen yönetim kurulu üyelerinin ancak genel kurul tarafından azledilebileceği kuralı hilafına, azil kararı yönetim kurulu tarafından alınmışsa, hakkı ihlal edilen yönetim kurulu üyesi tespit davası açmak suretiyle kararın butlanının ve yönetim kurulu üyeliği sıfatının devamının saptanmasını isteyebilir³⁴.

Davacının tespit davası ile istediği hukuki korunma diğer dava çeşitlerinden biri ile sağlanabiliyorsa, o zaman davacının tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur³⁵. Buna göre, yokluk veya butlanla malul bir kararla ihlal edilen hakkın, bir eda davası ikame edilerek korunması olanağı varsa, hakkı ihlal edilen, tespit davası açamaz. Örneğin, anonim ortaklığın çıkarıldığı nama yazılı pay senetleri aksi esas sözleşmede yazılı olmadıkça ciro ve teslim yoluyla devredilebilir (TTK m. 416). Ancak, aynı maddeye göre, devrin anonim ortaklığa karşı hüküm ifade edebilmesi için pay defterine kayıt gerekir. Devri pay defterine kayıt yetkisini haiz organ ortaklık yönetim kuruludur. Yönetim kurulu pay defterine kayıt istemini dürüstlük kuralına aykırı olarak reddederse, açılacak olan dava tespit davası değil ifa (eda) davasıdır³⁶. Aynı şekilde, kanuna aykırı olduğu halde (örneğin, ciro zinciri düzgün değilken), pay defterine kayıt düşülmesini öngören yönetim kurulu kararlarına karşı, hakkı ihlal edilen kimse bir eda davası ile korunabilir. Bu kimse eda davası açmak suretiyle payın pay defterine kaydolmasını öngören yönetim kurulu kararının geçersizliğinin tespiti ve payın yeniden kendisi adına tescilini isteyebilir³⁷.

Yukarıda verilen örnekler, batıl veya yok hükmündeki kararlarla ilgili kişinin bireysel haklarının ihlal edildiği durumlara ilişkindir. Hükümsüz bir kararla hiçbir bireysel hakkı ihlal edilmemiş olan bir paysahibinin ortaklığın kanuna ve ana sözleşmeye uygun yönetilmesini talep hakkına dayana-

34 Karayalçm, Yaşar: Anonim Şirketin Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Hangi Davalar Açılabilir?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu C. III, Ankara 1986, s. 248, ayrıca aynı tebliğde bkz. 11 HD 16.2.1982 gün ve E. 1982/154 K. 1982/615 sayılı karar, s. 268 ve 273.

35 Kuru Baki: Tesbit Davaları, Ankara 1963, s. 36.

36 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 646, no: 1144b.

37 Ibid., no: 1144c.

rak tespit davası açıp açamayacağı tartışılabilir. Başka deyişle, tespit davasının açılabilmesi için gerekli olan hukuki yarar kavramının, bir paysahibinin, bireysel bir hakkı ihlal edilmemiş olsa dahi, ortaklığın kanuna ve ana-sözleşmeye uygun yönetilmesinde olan menfaatini içerip içermediği sorusu akla gelebilir. Kanımızca, tespit davası için aranan hukuki yarar bu derece genişletilmemelidir. Yokluğa ve butlana dayalı tespit davalarının M.K. m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı sınırları içerisinde kaldığı müddetçe herhangi bir süreye bağlı olunmaksızın ileri sürülebilmesi hukuk güvenliği ve yönetim kurulunun işlerliği açısından halihazırda bir tehlike yaratmaktadır. Bir de bu imkânın, bireysel hakkı ihlal edilsin edilmesin, tüm paysahiplerine tanınması bu tehlikeyi iyice artıracak ve tespit davasıyla hedeflenen korumanın ötesinde istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

Yok hükmünde veya batıl bir kararla hakları doğrudan ihlal edilmeyen yönetim kurulu üyelerinin de kararın hükümsüzlüğünün saptanması için tespit davası açamamaları gerekir³⁸. Yukarıda değinildiği üzere, yönetim kurulu henüz dışa açıklanmamış bir karardan her zaman dönebilir veya bu kararı değiştirebilir. Her yönetim kurulu üyesi verilen bir kararın yeniden görüşülmesini ve oylanmasını talep edebilir³⁹. Verilen bir kararın yeniden görüşülmesinin bir sınırı yoktur⁴⁰. Her yönetim kurulu üyesi başkandan kurulun toplantıya davet edilmesini yazılı olarak isteyebilir. Bir karardan dönülmesi ve değiştirilmesi her toplantıda teklif edilebilir ve yönetim kurulu bu teklif konusunda olumlu veya olumsuz bir karar vermek zorundadır⁴¹. Teklifi reddedilen yönetim kurulu üyesi muhalefetini zapta geçirtip, durumu denetçilere haber vermek suretiyle, batıl veya yok hükmündeki kararın icrasından doğacak sorumluluktan kurtulabilir.

Yönetim kurulu kararları ortaklık iç ilişkisine dair kararlar olup, üçüncü kişilerle olan ilişkilerde ortaklığın iradesinin oluşması safhasına aittirler. Kararın alınmasıyla ortaklığın iradesi oluşmuş olur ancak bu irade henüz açıklanmamışsa üçüncü kişilere etki etmez. Bu açıdan, üçüncü kişilerin ve bu arada ortaklık alacaklılarının kararın yokluğunun veya butlanının tespi-

38 İmregün, a.g.m., s. 290.

39 İmregün, a.g.m., s. 290, Domaniç, a.g.e., s. 409.

40 Domaniç, a.g.e., s. 409.

41 Ibid..

tinde hukuki yararları yoktur⁴². Ancak, bu kişiler, kararın uygulanması nedeniyle hakları ihlal ediliyorsa, bu ihlalden kaynaklanan dava ve talep haklarını kullanabilirler. Kararın uygulanması üçüncü kişilere bir zarar veriyorsa, bu zararın tazminini isteyebilecekleri kuşkusuzdur.

Belirtmek gerekir ki, yönetim kurulunun hukuka aykırı bir kararının uygulanması sonucu ortaklık bir zarar görürse, TTK m. 336 vd. hükümlerine göre, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilir. Burada, kararın sakatlık derecesinin bir önemi olmadığı gibi, davayı açabilecek olan pay sahibi veya ortaklık alacaklısının bireysel bir hakkının, sakat kararla ihlal edilmiş olması gerekmez. Ayrıca, her pay sahibi, yönetim kurulunun sakat bir kararı aleyhine denetçilere başvurabilir (TTK m. 356/1, ilk cümle). Denetçiler, bu başvuruyu incelemek ve hadisenin gerçekliği kanaatine varırlarsa durumu yıllık raporlarında genel kurula bildirmek zorundadırlar (TTK m. 356/1, ikinci ve üçüncü cümleler). Eğer, başvuruda bulunanlar, esas sermayenin onda biri veya daha fazlasına sahip pay sahipleri ise, denetçiler, bu başvuru hakkındaki düşüncelerini yıllık raporlarına koymaya ve gerek görürlerse genel kurulu olağanüstü toplantıya davete mecburdurlar (TTK m. 356/2).

b) Genel Kurulda İtiraz: Yargıtay, 26.1.1989 tarihli bir kararında⁴³, sakatlığı butlan veya yokluk derecesinde olmayan yönetim kurulu kararlarına karşı genel kurulda itiraz yolunu tanımakla beraber, yokluk ve butlanla sakat kararlara karşı bu olanağı tanımamış ve bunlar aleyhine mahkemede tespit davası açılması gerektiğini öngörmüştür. Karara göre; “eğer ortada bir yönetim kurulu kararı yoksa veya yok sayılması ile eş anlamlı olarak batıl ise, bu biçim kararlara karşı itiraz olanağı yoktur. Çünkü, genel kurula itiraz için yasa ve anasözleşmeye aykırı da olsa bir karar olması gereklidir”. Görüldüğü gibi, kararda yokluk ve butlan kavramları eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Ayrıca, kanuna aykırı olan kararlar aleyhine genel kurulda itiraz edilebileceği, ancak batıl kararlar aleyhine yalnızca mahkemede tespit da-

42 İmregün, a.g.m., s. 291, ancak Yargıtay’a göre; “İdare meclisi kararlarının batıl olduğunun saptanması için pay sahipleri ve alacaklılar dava açabilirler.” 11 HD 2.11.1988 gün ve E. 1988/2484 K. 1988/7015 sayılı karar, Çevik, Orhan Nuri: Uygulamada Şirketler Hukuku, Ankara 2002, s. 419.

43 11 HD 26.1.1989 gün ve E. 1988/3414 ve K. 1989/260 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr...

vası açılabilceğinin ifade edilmesiyle bir çelişki yaratılmaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere, bir kararın yasanın emredici hükümlerine aykırı olması durumunda o kararın butlanından bahsedilir. Dolayısıyla, kanunun her hükmüne değil, emredici olmayan hükümlerine aykırı olan kararlar aleyhine genel kurulda itiraz edilebilir.

B) Yönetim Kurulu Kararlarının Butlan veya Yokluk Dışındaki Sakatlık Halleri ve Başvuru Yolları

1. Butlan ve Yokluk Dışındaki Sakatlık Halleri: Yönetim kurulu kararlarının hukuka aykırılığı, emredici hükümlere veya kurucu – şekli unsurlara uyulmamasından kaynaklanabileceği gibi emredici olmayan hükümlere, genel kurul kararlarına veya ana sözleşmeye aykırılıktan da kaynaklanabilir. Kanunun emredici olmayan yani yorumlayıcı ve yedek hükümlerine aykırılık ana sözleşmeye aykırılık kavramı içerisinde mütalaa edilmelidir⁴⁴.

2. Başvuru Yolları:

a) Genel Hükümlere Göre Dava Açma: Anasözleşmeye aykırı bir kararla bireysel bir hakkı ihlal edilen pay sahibinin genel hükümlere göre açacağı bir dava (eda, tespit) ile bu hakkını koruyabileceği öğretide kabul edilmektedir⁴⁵. Örnek olarak, bir pay sahibine, anasözleşmeyle tanınmış bir önalım hakkını ihlal eden bir devrin, yönetim kurulu kararıyla pay defterine kaydı durumunda, önalım hakkı sahibinin açabileceği kaydın terkinin davası verilebilir.

b) Genel Kurulda İtiraz: Yönetim kurulu kararlarına karşı genel kurulda itiraz imkânı, Yargıtay içtihatlarıyla hukukumuzda girmiştir⁴⁶.

Yargıtay'ın kanuna veya ana sözleşmeye aykırı yönetim kurulu kararlarına karşı genel kurulda itiraz edileceği yönündeki içtihadı, öğretide bazı yazarlar tarafından, kanuni dayanak yokluğu yönünden eleştirilmektedir⁴⁷. Gerçekten de Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu kararlarına karşı genel kurulda itiraz müessesesi düzenlenmemiştir. Kooperatifler Kanunu'nda

44 İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, s. 312.

45 Karayalçın, a.g.t., s. 247, Moroğlu, a.g.e., s. 179, Çamoğlu, Sorumluluk, s. 80.

46 Örneğin, bkz. 11 HD 28.2.1979 gün ve E. 1979/913 K. 1979/925 sayılı ve 11 HD13.11.1980 gün ve E. 1980/4369 K. 1980/5255 sayılı kararlar, www.kazancı.com.t.

47 Karayalçın, a.g.t., s. 263.

ise, kooperatiften çıkarılma kararlarına karşı, ortağın ilk toplanacak genel kurulda itiraz edebileceği öngörülmüştür (KoopK m. 16/3). Aynı Kanun'un 42. maddesinin ilk fıkrasında genel kurulun bütün organları temsil eden en yetkili organ olduğu belirtilmiştir. Ticaret Kanunu'nda genel kurulun üst organ niteliği ile ilgili bir hüküm bulunmamakla beraber, öğretide bu husus savunulmaktadır⁴⁸. Üst organ sıfatının sonucu olarak, genel kurul yönetim kurulu kararları üzerinde tasarruf edebilecektir. Ancak, genel kurulun bu yetkisinin sınırını yönetim kurulunun münhasır yetkisine giren işlemler oluşturur⁴⁹.

Bunun dışında, kanun veya ana sözleşme gereğince, yönetim kurulu kararının genel kurul kararıyla tamamlanması gereken hallerde, yönetim kurulu kararına karşı genel kurulda itiraz zorunluluğu tabiidir. Bu hallere örnek olarak ortaklığın tasfiye haline girmesi sonucu aktiflerin toptan satılması (TTK m 443/2) ve ortaklığın tescilinden itibaren iki yıl içinde devir alınacak işletme, tesisat veya başka mal yahut haklar hakkındaki sözleşmelerin geçerli olabilmeleri için yönetim kurulu kararının yanı sıra genel kurulun da onayının gerekmesi (TTK m. 311) verilebilir.

Yönetim kurulu kararlarına karşı genel kurulda itiraz edebilecek olanlar pay sahipleri, denetçiler ve kararın alınmasına muhalefet etmiş ve bunu tutanağa geçirtmiş veya geçerli mazereti yüzünden kararın alındığı toplantıya katılamamış yönetim kurulu üyeleridir. Üçüncü kişilerin ve bu arada ortaklık alacaklılarının, ortaklık içi bir organ olan genel kurulda itiraz olanakları yoktur⁵⁰.

Genel kurulun yönetim kurulunun itiraza konu kararını onaylaması durumunda, bu onay kararına karşı TTK m. 381 uyarınca iptal davası açılabilir.

c) Yönetim Kurulu Kararlarının İptali Sorunu:

aa) Genel Olarak: Butlan veya yoklukla sakatlanmış olmamakla beraber hukuka aykırı yönetim kurulu kararlarının iptal kabiliyeti bulunup bulunmadığı hususu, öğretide tartışmalıdır. Burada iptal kabiliyetiyle kastedilen, kararın genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen TTK m. 381 anla-

48 İmregün, a.g.m., s. 292, Çamoğlu, Sorumluluk, s.78, Domaniç, a.g.e, s. 570.

49 Çamoğlu, Sorumluluk, s. 78, Domaniç, a.g.e., s. 412.

50 Karayalçm, a.g.t., s. 262.

mında kanuna, anasözleşme hükümlerine veya objektif iyiniyet kurallarına aykırı olması durumunda iptal edilebilirliğidir⁵¹. Bir yönetim kurulu kararının BK. m. 23 ve devamında düzenlenen hata, hile ve ikrah hallerinden birinin varlığı nedeniyle iptali de düşünülebilir. Kanımızca, böyle bir durumda, yönetim kurulu kararının değil, iptal sebebi şahsında doğan yönetim kurulu üyesinin oyunun iptali söz konusu olmalıdır. Genel kurulda oy kullanan pay sahibinin iradesinin BK m. 23 – 31’de sayılan hallerle sakatlanmış olması durumunda, genel kurul kararının değil, sakatlık sebebi şahsında doğan pay sahibinin oyunun iptal edileceği öğretide genellikle kabul edilmektedir⁵². Bu görüşün, yönetim kurulu kararları açısından da uygulanmasında bir sakınca görmemekteyiz.

Kanunun emredici hükümlerine aykırı bir kararın batıl bir karar olacağına yukarıda değinilmiştir. Öğretide, emredici hükümler mutlak ve nispi emredici hükümler olarak ikiye ayrılmakta, mutlak emredici hükümlere aykırılık butlan yaptırımına, nispi emredici hükümlere aykırılık ise iptal edilebilirlik yaptırımına bağlanmaktadır. Konu genel kurul kararları açısından ele alındığında, halihazır pay sahiplerinin özel çıkarlarının korunmasını öngören nispi emredici hükümlere aykırı kararların TTK m. 381 uyarınca iptalinin, ortaklığın temel niteliğine, ortaklık alacaklılarını ve müstakbel pay sahiplerinin korunmasına ilişkin mutlak emredici hükümlere aykırı kararların ise butlanının sözkonusu olacağı öğretide savunulmaktadır⁵³. TTK m. 381’in yönetim kurulu kararları bakımından kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışılmaktadır. *Teknik anlamda “iptal” davası problemi pay sahibinin bireysel haklarının ihlal edilmesi dışında anonim şirkette yönetim kurulu kararlarının yasalara uygunluk (legalité) konusunda yargı yolu ile denetim hakkına sahip olup olmadığıdır*⁵⁴.

Türk Ticaret Kanunu’nda kanuna, ana sözleşmeye veya afaki iyiniyet kurallarına aykırı genel kurulu kararlarının iptalini öngören m. 381 benzeri bir düzenleme yönetim kurulu kararları için getirilmemiştir. Ancak gerek

51 Özkorkut, a.g.e., s. 129, Karayalçın, a.g.t., s. 271.

52 Çeker, Mustafa: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 14, Moroğlu, a.g.e., s. 276.

53 Moroğlu, a.g.e, s. 55 vd., İmregün ise mutlak ve nispi emredici hüküm ayrımını reddetmektedir, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, s. 313.

54 Karayalçın, a.g.e., s. 271.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda gerekse Kooperatifler Kanunu'nda yönetim kurulu kararlarının iptali davaları öngörülmüştür. Bunlara aşağıda değinilecektir. İsviçre hukukunda, İsvBK m. 714 yönetim kurulu kararlarının butlanını, butlan sebepleri konusunda genel kurul kararlarının butlanına ilişkin m. 706b'ye atıfta bulunmak suretiyle düzenlemiştir⁵⁵. Ancak yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin bir hüküm İsviçre hukukunda yer almamaktadır. Alman hukukunda ise, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu yönetim kurulu kararlarının iptal edilebilirliğini öngörmemiştir⁵⁶.

bb) Öğretideki Tartışmalar

Yönetim kurulu kararlarının iptal edilip edilemeyeceği İsviçre öğretisinde uzun yıllar tartışılmıştır⁵⁷. Ancak gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1950 yılında verdiği bir kararda⁵⁸ yönetim kurulu kararlarının iptal

55 İsvBK m. 706b uyarınca, özellikle; a) paysahibinin genel kurula katılma, asgari oy, dava açma veya kanunun emredici hükümleriyle korunan diğer haklarını kısıtlayan veya ortadan kaldıran, b) paysahibinin denetime ilişkin haklarını, kanunla izin verilen sınırlamaları aşacak şekilde kısıtlayan, c) anonim ortaklığın temel yapısını dikkate almayan veya sermayenin korunmasına ilişkin hükümlere aykırı olan genel kurul kararları batıldır.

56 Özkorkut, a.g.e., s. 119.

57 Bu tartışmaların ayrıntıları ve yazarların görüşleri için bkz. Karayalçın, a.g.t., s. 251, 252, Özkorkut, a.g.e., s. 104 vd., Aytaç, Zühtü: Kayıtlı Sermayeli Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali Sorunu, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 264 vd. Ansay, a.g.m., s. 371 vd.

58 İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı Karayalçın tarafından detaylı olarak incelenmiştir. Olayda, İstinaf Mahkemesi paysahiplerinin kanunda açıkça öngörülmemiş olmasına rağmen kanun ve statü hükümlerine aykırılık sebebiyle iptal davası açabileceklerine karar vermiş ve bu kararını yönetim kurulu kararları konusunda kanunda düzenleme boşluğu bulunduğu, iş hayatındaki gelişmeler dolayısıyla anonim şirketlerde ağırlık merkezinin genel kuruldan yönetim kuruluna kaydığı ve paysahibinine yeterli koruma sağlanabilmesi için bu boşluğun hakim tarafından giderilmesi gerektiği görüşüne dayandırmıştır. Federal Mahkeme ise İstinaf Mahkemesi'nin kararını şu gerekçelerle isabetli bulmamıştır: a) Konuya ilişkin ayrıntılı tartışmalar sonrasında, kanun koyucu yönetim kurulu kararlarının iptal edilemeyeceğini, paysahibinin özellikle genel kurulda pay sahipliğinden doğan haklarla, genel kurulun kararlarını iptali davası açma hakkıyla, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorum davası açma hakkıyla ve bazı hallerde anonim ortaklık aleyhine ifa davası açma hakkıyla yeterince korunduğunu öngörmüştür. b) Yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açma hakkı dernek ve

edilemeyeceğini kesin olarak ortaya koyması, gerekse 1991 yılında anonim ortaklıklar hukuku alanında yapılan revizyonda iptal müessesesine yer verilmemiş olması yönetim kurulu kararlarının iptal edilemeyeceği görüşü lehinedir.

Türk öğretisinde ise baskın görüş hukukumuzda anonim ortaklık yönetim kurulu kararlarına karşı genel bir iptal müessesesine yer olmadığı ve TTK m. 381'in kıyasen yönetim kurulu kararlarına uygulanamayacağıdır⁵⁹. Bu görüşün kaynağı genel olarak, kanunda yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin bir düzenleme bulunmaması ve genel kurul ve yönetim kurulu arasında ve bu iki organın kararları arasında bazı farklar bulunmasıdır. Gerçekten de yönetim kurulu kararlarının iptali olanağını kabul etmek, bu kararlara ilişkin iptal davasının kimler tarafından, hangi sürede ve hangi sebeplere dayanılarak açılabileceği gibi sorunları gündeme getireceği gibi, iptal davasının da içinde bulunduğu yenilik doğuran davaların ancak kanunun öngördüğü hallerde açılacağı ilkesine⁶⁰ de ters düşecektir. Bir an için kanuni dayanak sorununun TTK m. 381'in kıyasen uygulanması yoluyla aşılabilmesi kabul edilse dahi bu sefer de yalnızca genel kurulu kararların iptaline özgü olarak getirilmiş bu hükmün yönetim kurulu kararlarına nasıl uygulanacağı problemi ortaya çıkacaktır. Örneğin, kanuna aykırı kararların iptal edilebileceğini öngören TTK m. 381'in ifadesini emredici hükümlere aykırılığın butlan yaptırımına tabi olacağı ilkesiyle bağdaştırmak için doktrinde yapılan mutlak ve nispi emredici hükümler ayrımı yönetim kurulu kararları bakımından nasıl uygulanacaktır? Böyle bir ayrımın kanunda iptal edilebilirliği düzenlenmiş dahi bulunmayan yönetim kurulu kararları bakımından yapılması gereksiz ve zorlama olacaktır⁶¹. Kanuni dayanak olarak, Kooperatifler Kanunu m. 16'nın benimsenmesi de, bu maddede öngörülen "itiraz" davasının, ancak ortağın bireysel bir hakkının

kooperatiflerde de kabul edilmemiştir. c) Alman anonim ortaklıklar hukukunda yönetim kurulu ve başkan güçlü kılınmasına rağmen, 1937 tarihli Paylı Ortaklıklar Kanunu sadece genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkı tanımıştır. Karayalçın, a.g.t., s. 252.

59 Domaniç, a.g.e., s. 417, Moroğlu, a.g.e., s. 180, Ansay, a.g.m., s. 381 vd., Çamoğlu, Sorumluluk, s.80, İmregün, a.g.m., s. 292.

60 Kuru, a.g.e., s. 331.

61 Ansay, a.g.m., s. 381.

ihlali nedeniyle açılabilmesi dolayısıyla mümkün değildir⁶².

Kimi yazarlar, pay sahiplerinin çıkarlarını korumak açısından, yönetim kurulu kararlarının iptalinin kanunda bulunması gerektiğini savunmaktadır⁶³. Bu yazarlar mevcut olanakların pay sahiplerini yönetim kurulu kararlarına karşı korumada yetersiz kaldığı görüşündedirler. Bu görüşün dayanakları aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

Yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorum davası açabilme olanağı düşünüldüğü kadar etkili bir yol değildir. Zira, davalı yönetim kurulu üyeleri ortaklığın hukuka aykırı karar yüzünden uğradığı zararı tazmin edecek mali güce sahip bulunmayabilirler. Ayrıca, sorumluluk davasının açılabilmesi bir zarar meydana gelmiş olması şartına bağlıdır. Zararın doğumuna engel olmak, zararın meydana gelmesini bekleyip sonra bunun tazmini yoluna gitmekten daha rasyonel bir yoldur. Bunun yanısıra, yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılması, doğacak zararı önlediğinden, yönetim kurulu üyelerinin çıkarına olacaktır.

Yönetim kurulu kararlarına karşı genel kurulda itiraz edilmesi imkânı ise, pay sahiplerinin kararı geç öğrenmeleri, genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmanın güçlükleri, genel kurul toplantılarına hakim olan gündeme bağlılık ilkesinden kaynaklanan zorluklar ve pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına yeterli ilgiyi göstermemelerinden kaynaklanan güç boşluğu sorunu gibi nedenlerle amaçlanan korumayı sağlamakta yeterli değildir. Ayrıca, bu çözüm, günümüzde, özellikle halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun gittikçe ağırlık kazanması nedeniyle gerçekçi değildir.

Ortaklık içi denetimin bir çözüm olabileceği düşünülebilirse de, bununla sağlanabilecek koruma, denetçilerin imkânlarının sınırlı olması ve denetçi olabilecekler bakımından herhangi bir ehliyet aranmaması nedeniyle yetersizdir.

62 KoopK m. 16/1 uyarınca ortaklar anasözleşmede açıkça gösterilmeyen sebeplerle ortaklıktan çıkarılamazlar. Aynı maddenin 2. fıkrası ortaklıktan çıkarma kararını alma hususunda yönetim kurulunun anasözleşmeyle yetkili kılınabileceğini öngörmüştür. Yönetim kurulunun, kanuna veya esas sözleşmeye aykırı karar alması durumunda, hakkında çıkarma kararı verilen ortak bu karara karşı, kararın kendisine tebliği tarihinden itibaren üç ay içinde itiraz davası açabilir.

63 Çamoğlu, Sorumluluk, s. 79-81, (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 303, no: 534, Özkorkut, a.g.e., s. 134, ayrıca bkz. Aytaç'ın ve Türk'ün görüşleri, Karayalçın, a.g.t. (Tartışmalar), s. 285-287 ve s. 289, 290.

Tüm bu gerekçeleri dikkate değer bulmakla beraber, kanunda yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin TTK m. 381 benzeri bir düzenleme bulunması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Öncelikle, öğretide de sıklıkla belirtildiği gibi⁶⁴ böyle bir düzenleme, buna dayanarak açılacak davalar ve tedbir istemleriyle, yönetim kurulunun ortaklığın işleyişine ve ortaklık konusunun gerçekleştirilmesine ilişkin faaliyetlerinin engellenmesi imkânını yaratacaktır. Ayrıca, iptal davasıyla mahkemenin ortaklığın içişlerine karışması veya amaçlanan hukuka uygunluk denetiminin giderek bir yerindelik denetimine dönüştürülmesi tehlikesi vardır. İkinci olarak, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler doğrudan doğruya doğmuş bir zararın tazminine yönelmekle birlikte, bu hükümlerin dolayısıyla da olsa zararın önlenmesi etkisini haiz oldukları savunulabilir. Şöyle ki; hukuka aykırı bir karardan doğabilecek bir zararı şahsi malvarlığından tazmin etmekle yükümlü tutulabileceği düşüncesi yönetim kurulu üyesi üzerinde, kararın hukuka uygun olması için gereken özeni göstermesi yönünde bir baskı unsuru oluşturacak ve aksi tutumdan caydırıcı olacaktır. Üçüncü olarak, yönetim kurulu yetkilerinin genel kurul yetkileri aleyhine genişlediği ve TTK sistemi anlamında genel kurulun münhasır yetkilerinin yönetim kuruluna devredilebileceği kayıtlı sermayeli anonim ortaklıklar açısından iptal davası imkânı zaten Sermaye Piyasası Kanunu'nun ilgili maddeleri ile öngörülmüştür. Dördüncü olarak, genel kurulda itiraz imkânıyla sağlanabilecek korumaya gölge düşürdüğü iddia edilen pay sahibinin karardan geç haberdar olması gibi sorunlar iptal davası hakkında da geçerli olacaktır. Pay sahipleri, kendilerini doğrudan ilgilendiren ve bireysel haklarını ihlal eden bir karardan, bu kararın kendilerine tebliği suretiyle, vaktinde haberdar olabileceklerdir ki; bu halde pay sahiplerinin genel hükümlere göre haklarını koruyan davaları açabilecekleri yukarıda incelenmiştir. Son olarak, çoğunlukla üçüncü kişilerle ortaklık arasında hak ve borç doğurucu işlemler yapılmasına ilişkin olan yönetim kurulu kararlarının iptali iyi veya kötü niyetli şahıslara karşı kesin hüküm teşkil etmediğinden (HMUK m. 237) temsil işlemine dönüşmüş bir kararın iptalinin bir işlevi olmayacaktır⁶⁵. Hatta, temsil işlemine dönüşmüş yönetim kurulu kararlarının anasözleşmeye veya genel

64 Moroğlu, a.g.e., s. 180, Domaniç, a.g.e., s. 417, Karayaçın, a.g.t., (Tartışmalar) s.288, Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001, s. 78.

65 Domaniç, a.g.e., s. 418.

kurul kararlarına aykırı olması bile iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarını etkilemediğinden (TTK m. 321/4), kararların iptalinin bir etkisi olmayacaktır⁶⁶.

Kanımızca, iptal davası ile korunmak istenen hukuki yarar, anonim ortaklık denetleme organının güçlendirilmesiyle de korunabilir. İptal davası yerine, denetleme organının yönetim kurulu üyelerinin kanuna ve anasözleşmeye uygun hareket edip etmediklerine nezaret (TTK m. 353, b. 10) bakımından daha etkin bir konuma getirilmesi, hem pay sahiplerinin hukuki menfaatleri, hem de ticari faaliyetlerin aksaması tehlikesi olmaksızın, ortaklığın menfaatleri yararınadır⁶⁷.

cc) Yargıtay Uygulaması: Yargıtay, kooperatiflere ilişkin olarak verdiği eski tarihli kararlarında⁶⁸ genel olarak geçerlilik kazanması genel kurulca onanmasına bağlı olan yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılmayıp genel kurulda itiraz edileceğini, genel kurulun onayı gerekmeyen hallerde ise bu kararlara karşı mahkemede “iptal” davası açılabileceğini kabul etmiştir⁶⁹.

Daha sonra, 28.02.1979 ve 13.11.1980 yıllarında verdiği iki kararda⁷⁰ yönetim kurulunun kanun veya anasözleşmeye aykırı kararlarına karşı genel kurula gidilmeksizin mahkemeye başvurma olanağı bulunmadığını kabul etmiştir.

66 Ibid.

67 Nitekim, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, m. 400 uyarınca, “denetçi, ancak üyeleri, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir sıfatını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabilir”. Böylelikle, denetçilerin uygulamada yönetim kurulu tabi olması ve denetçi olmak için hiçbir ehliyetin aranmamasından kaynaklanan olumsuzluklar engellenmiş olacaktır.

68 Tic. D. 4.3.1960 gün ve E. 960/240 K. 689 sayılı, H.G.K. 8.3.1961 gün, Tic. D. 22.4.1961 gün, H.G.K. 24.10.1962 gün ve Tic. D. 8.5.1959 gün ve E. 981 K. 1355 sayılı kararları Ansay tarafından incelenmiştir. Bkz. Ansay, a.g.m., s. 377 – 379.

69 Ansay, a.g.m., s. 380.

70 11 HD 28.2.1979 gün ve E. 1979/913 K. 1979/925 sayılı ve 11 HD 13.11.1980 gün ve E. 1980/4369 K. 1980/5255 sayılı kararlar Karayalçın tarafından incelenmiş ve eleştirilmiştir. İlk karar, pay sahibi olmayan davacının devraldığı nama yazılı pay senedinin pay defterine kaydının yönetim kurulu tarafından reddedilmesi ile ilgilidir. Yargıtay, kararda ortakların yönetim kurulu kararlarına karşı dava hakkı olmadığını ve ortağın ya da ilgilinin genel kurula itiraz edebileceğini belirtmiştir. Karayalçın’a göre; “ortak olmayan ilgilinin genel kurula itiraz hakkının mevcut olduğu ... görüşünün Türk hukukunda geçerli bir dayanağı yoktur”. Ortakların yönetim kurulu kararlarına karşı dava hakkının olmadığı görüşü ise ortaklara ait “tartışmasız hakları bertaraf ettiği için

Ancak 1982 yılından itibaren, aldığı kararlarda, Yargıtay, paysahiple-
rinin bireysel haklarını ihlal eden yönetim kurulu kararlarına karşı “iptal”
davası açabileceklerini benimser görünmüştür⁷¹.

Nihayet, 26.1.1989 tarihinde verilen bir Yargıtay kararında⁷², “ano-
nim ortaklıkların yönetim kurulu kararları aleyhine kural olarak iptal dava-
sı açılmaz. Ancak bazı haller ve özellikle paysahiplerinin kişisel haklarını
ihlal eden yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilir. Bu nite-
likte olmayan yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılmayaca-
ğından, bu kararlar için ancak genel kurula itiraz edilebilir...” demek sure-
tiyle, yönetim kurulu kararlarının TTK m. 381 anlamında iptal kabiliyeti bu-
lunmadığı görüşü açıkça ortaya konmuştur. Kararda, paysahiplerince açıla-
bileceği öngörülen “iptal” davası, teknik anlamda bir iptal davası değil, ge-
nel hükümlere göre açılacak eda, tespit gibi davalardır.

Yargıtay, bu tarihten sonraki kararlarında⁷³ da genel olarak, paysahip-
lerinin yönetim kurulu kararlarına karşı ancak bireysel hakları ihlal edildi-

yanlış ve yanıltıcıdır”. Kooperatif yönetim kurulunca yapılan kat tahsisi işleminin ana-
sözleşmeye aykırı olduğu iddiasıyla açılmış davayla ilgili olan ikinci kararda ise, Yargı-
tay, ilk derece mahkemesinin hükmünü, “mahkemenin kooperatif organı yerine geçip bu
organın yetkisinde olan bir konuda karar verme olanağı olmadığı” gerekçesiyle bozmuş-
tur. Karayaçın bu kararı da, genel kurula başvurma zorunluluğunun hukuki ve kanuni
bir dayanağı bulunmaması nedeniyle eleştirmiştir. Karayaçın, a.g.t., s. 263 – 265.

71 11 HD 23.11.1982 gün ve E. 1982/4697 K. 1982/4895 sayılı, 11 HD 14.6.1985 gün ve
E. 1985/2205 K. 1985/2894 sayılı, 11 HD 15/10/1984 gün ve E. 984/2638 K.
1984/4740 sayılı kararların metinleri için bkz Karayaçın, a.g.t., s. 272 – 279, değer-
lendirme için bkz. Karayaçın, a.g.t., s. 265 vd., 11 HD 10.11.1986 gün ve E.
1986/5896 K. 1986/5850 sayılı, 11 HD 28. 11.1986 gün ve E. 1986/5287 K.
1986/6355 sayılı kararlar, Eriş, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler C. II, 3. Bası, An-
kara 2004, s. 2217 – 2218.

72 11 HD 26.1.1989 gün ve E. 1988/3414 ve K. 1989/260 sayılı karar, [www.kazan-
ci.com.tr](http://www.kazan-ci.com.tr). Bu karar, yukarıda, batıl ve yok hükmündeki kararlara karşı başvuru yol-
ları yöünden incelenmiştir, bkz. yuk. dipnot 43.

73 “Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, anılan
yönetim kurulu kararının iptali için dava açılabilceği, açılan davada T.T.K.nun 381.
maddesinde öngörülen 3 aylık hak düşürücü sürenin aranmayacağı ve de, apel çağrısı-
nın Ticaret Sicili Gazetesinde ve ana sözleşmenin 16. maddesinde öngörüldüğü halde
mahalli gazetede ilan edilmemesi sebebiyle ihraç kararlarının yasaya ve ana sözleşme-
nin 16. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılarak, davanın kabulüne karar verilmiştir.

ğinde dava açabileceklerini, bunun dışında genel kurulda itiraz yoluna gidilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda Bulunan İptal Davası

Kayıtlı sermayeli anonim ortaklıklarda, yönetim kuruluna Ticaret Kanunu'nun öngördüğü yetkilerden daha geniş yetkiler verilebileceğine yukarıda değinilmiştir. Bu yetkilerin bir kısmı SerPK m. 12'de sayılmıştır. Aynı maddenin 6. fıkrasında "yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçeve-

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir." 11 HD 27.3.1989 gün ve E. 1988/4963 K. 1989/1937 sayılı karar, 11 HD 27.2.1997 gün ve E. 1997/491 K. 1997/1156 sayılı karar, "Davacı vekili, müvekkilinin bölge birlik görevinin sona erdirilmesine dair kararın iptalini istemiştir. Tarım Kredi Kooperatifleri Bölge Birliği'ne temsilci seçim usulü Tarım Kredi Kooperatifleri Anasözleşmesi'nin 27 nci maddesinde, temsilcilik görevinin sona erme şartları ise aynı anasözleşmenin 28 nci maddesi yollaması ile Tarım Kredi Kooperatifleri Bölge Birliği Anasözleşmesi'nin 30 ncu maddesinde düzenlenmiştir. Anasözleşmelerde, temsilcilik görevin sona erdirilmesinden sonraki itiraz ve dava usulü ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Kural olarak, yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılmaz. Ancak, yönetim kurulunun aldığı karar bir ortağı yada temsilciyi doğrudan doğruya ilgilendirir veya onun haklarını ortadan kaldırır nitelikte ise, bu tür yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilir. Dava konusu olaya ilişkin karar, davacıyı doğrudan ilgilendiren ve haklarını ortadan kaldıran bir karardır. Mahkemece davacının dava hakkı bulunduğu kabulü ile, işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir." 11 HD 17.9.2001 gün ve E. 2001/4164 K. 2001/6822 sayılı karar, "Dava, yönetim kurulu üyeliğinden çıkarılma kararının iptali istemine ilişkindir. Davacının yönetim kurulu üyeliğinin sona erdirilmesi hakkındaki karar, davalı birliğin yönetim kurulu tarafından alınmıştır. Kural olarak, yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılmaz. Ancak, yönetim kurulunun aldığı karar bir ortağı ya da temsilciyi doğrudan doğruya ilgilendirir veya onun haklarını ortadan kaldırır nitelikte ise, bu tür yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilir. Dava konusu olaya ilişkin karar, davacıyı doğrudan ilgilendiren ve haklarını ortadan kaldıran nitelikte bir karardır. Buna göre; mahkemece davacının dava hakkı bulunduğu kabulü ile, işin esasına girilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmediğinden, davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir." 11 HD 16.9.2004 gün ve E. 2003/13813 K. 2004/8319 sayılı karar, www.kazanci.com.tr. Karş. "Yönetim kurulunun aldığı bir kararla, yönetim kurulu başkan yardımcılığı görevine son verilen kimse bu yönetim kurulu kararı aleyhine iptal davası açamaz." 11 HD 10.5.1993 gün ve E. 1993/3666 K. 1993/3729 sayılı karar, Eriş, a.g.e., s. 270.

sinde aldığı kararlar aleyhine, Türk Ticaret Kanunu'nun 381 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan hallerde yönetim kurulu üyeleri, denetçiler veya hakları ihlal edilen⁷⁴ pay sahipleri, kararın ilanından itibaren 30 gün içinde anonim ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler. Bu halde, Türk Ticaret Kanunu'nun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin 382, 383 ve 384. maddeleri hükümleri uygulanır. Örneğin, m. 12/4 son cümle uyarınca yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisi, pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamaz. Yönetim kurulu kısıtlama yetkisini bu hükme aykırı bir şekilde kullanırsa m. 12/6 'da öngörülen dava ile kararın iptali istenebilir⁷⁵hakkında⁵.

Yukarıda da belirtildiği üzere SerPK'na tabi anonim ortaklık yönetim kurulları SerPK m 15'te yer alan esaslar çerçevesinde temettü avansı dağıtılması hususunda karar almaya yetkilidirler. SerPK m.15/5 uyarınca, önceki dönemde ödenen temettü avansları mahsup edilmeden ilave temettü avansı verilmesine ve temettü dağıtılmasına karar verilemez. Temettü avansının dağıtılmasına ilişkin yönetim kurulu kararlarının hukuki sorumluluk gerektirdiği hallerde yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve Sermaye Piyasası Kurulu bu kararlara karşı SerPK m. 12/6'da belirtilen esaslar çerçevesinde iptal davası açabilir. Aynı fıkraya göre sorumluluk doğuran haller, ara dönemler bilanço ve gelir tablolarının gerçeği yansıtmaması veya mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemiş olmasıdır.

III. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI'NIN YÖNETİM KURULU KARARLARININ BUTLANINA İLİŞKİN DÜZENLEMESİ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda⁷⁶, halihazır Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, yönetim kurulu kararlarının butlanına ilişkin bir hüküm yer almaktadır:

74 Özkorkut, bu ifadeden pay sahiplerinin mutlaka bireysel haklarının ihlali gerektiği sonucunun çıkarılmamasını, aksi takdirde, eda davasına göre ayrı bir nitelik taşıyan iptal davasından beklenen yararın elde edilemeyeceğini savunmaktadır, a.g.e., s. 153.

75 Kanımızca, yönetim kurulunun yetkilerini eşitlik ilkesine aykırı kullanması M.K. m. 2'ye aykırı olup, yaptırımını butlandır. Bu açıdan, SerPK m. 12'nin, yönetim kurulunun, pay sahiplerinin yeni pay alım hakkını kısıtlarken eşitlik ilkesini gözetmemesini iptal edilebilirlik yaptırımına tabi kılmasının isabetli olmadığı görüşündeyiz.

76 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ttktasarisi.htm>.

Bâtıl kararlar

Madde 391 - (1) Yönetim kurulunun kararının bâtıl olduğunun tespiti mahkemeden istenebilir. Özellikle;

- a) Eşit işlem ilkesine aykırı olan,
- b) Anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen,
- c) Payscalelerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlâl eden veya bunların kullanılmalarını kısıtlayan ya da güçleştiren,
- d) Diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlar bâtıldır.

Tasarıda yer alan madde gerekçesinde, yönetim kurulu kararlarının iptal edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Gerekçede açıklandığı üzere, madde de, yönetim kurulu kararlarının hangi hallerde batıl olacağını ve bu açıdan tespit davasına konu olabileceğini sınırlayıcı olmaksızın, örneklerle gösterilmiş ve bir yönetim kararının hangi hallerde geçersiz olacağını ve bu geçersizliğin hüküm ve sonuçlarının genel hükümlere göre saptanacağına işaret edilmiştir. Tespit davasının bir süreye bağlı olmaksızın, meşru menfaati olanlar tarafından açılacağı ifade edilmiş, “meşru menfaat” kavramı açıklanmamıştır. Düzenlemenin amacı, dava olanağını tanıyarak ve iptal edilebilir kararlarla batıl kararlar arasındaki farka açıklık getirerek pay sahibinin korunmasını güçlendirmek olarak belirlenmiştir.

A) Eşit İşlem İlkesine Aykırılık: Tasarının anonim ortaklığa ilişkin temel ilkeler bölümünde yer alan m. 357 uyarınca, pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur. Aynı maddenin gerekçesinde, pay sahibinin eşit işlem ilkesinden oyları ile ve somut olaya özgü olarak vazgeçebileceği belirtilmiştir. Ancak ilke bütünü ile ve her hal için kaldırılamayacaktır.

B) Anonim Şirketin Temel Yapısına Uymama veya Sermayenin Korunması İlkesini Gözetmeme: Madde gerekçesine göre, anonim şirketin tanımına, pay sahiplerinin hakları ve borçları düzenine ve organsal yapısına aykırı kararlar temel yapıya da aykırıdır. Gerekçede, bir üçüncü kişinin meselâ büyük kredi veren bir bankanın pay sahibine eş (temettü, tasfiye payı, genel kurula katılma gibi) haklarla donatılması veya yönetim kurulu kararlarında ona veto hakkı tanınması durumları temel haklar düzenine, üye

olmayan bir kişinin yönetim kurulunda üye haklarına sahip kılınması ise organsal yapıya aykırılık hallerine örnek olarak verilmiştir.

Madde gerekçesinde, sermayenin korunması ilkesinin, şirket malvarlığının korunması ilkesinden ayrı düşünülmesi gerektiği vurgulanmıştır. Tasarının m. 379 – 388’de yer alan hükümleri sermayenin korunması ilkesiyle yakın ilişki içindedir. Gerekçede, sermaye paylarına faiz ödenmesinin sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiş, ancak yedek akçenin korunması hususunun bu ilke kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusuna açıklık getirilmemiştir.

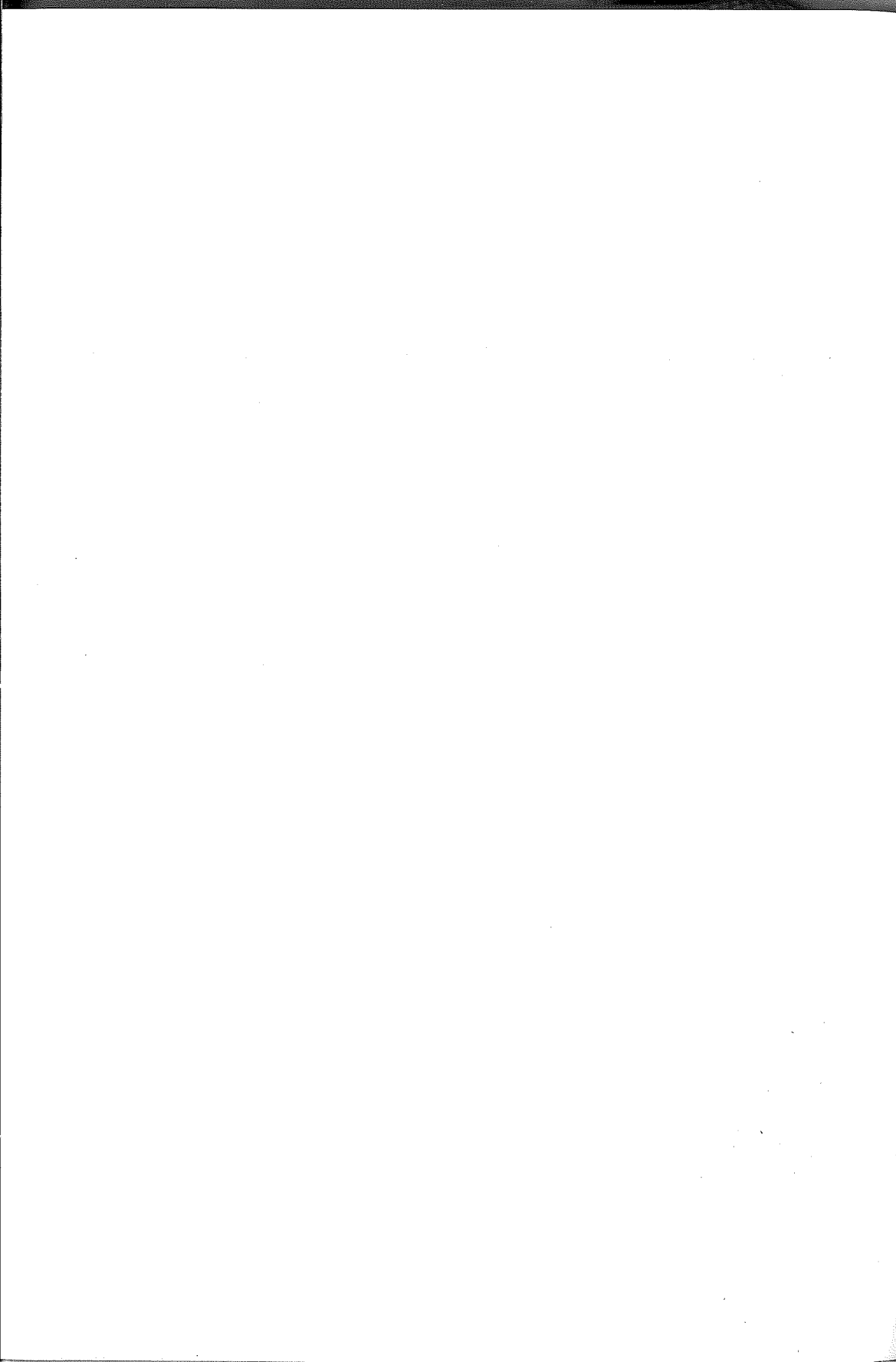
C) Payscaleinin Haklarını İhlal: Tasarı m. 391/1.c hükmüne göre, payscaleinin özellikle vazgeçilmez ve sınırlandırılmaz haklarını ihlal edici, kısıtlayıcı veya kullanılmasını güçleştirici kararlar butlanla sakat olacaktır. Madde gerekçesinde bu nitelikteki kararlara örnek olarak, genel kurul kararları aleyhine iptal davasının açılabilmesinin yönetim kurulunun onayına tâbi tutulması, kâr elde etmek ve paylaşmak amacının terki, genel kurula giriş kartı verilmesinin veya Tasarının 437 nci maddesi uyarınca bilgi alma ve incelemenin yönetim kurulunun istediği bir taahhütnamenin imzalanması şartına bağlanması; genel kurula temsilci ile katılmanın (Tasarı m. 425) yasaklanması, bağımsız ve kurumsal temsilciler için (Tasarı m. 428) şirkete teminat yatırılması zorunluluğunun getirilmesi verilmiştir. Madde gerekçesinde, hükümde yer alan “özellikle” ibaresinden de anlaşılacağı gibi, hükmün yalnızca vazgeçilmez nitelikteki hakları kapsamadığı belirtilmiştir.

D) Diğer Organların Devredilmez Yetkilerini İhlal: Madde gerekçesinde açıklandığı üzere bu hükmün amacı, organlar arası işlev ayrımı ilkesini ve özellikle Tasarının 375, 397, 398 ve 408 inci maddelerinde yer alan düzeni korumaktır. Gerekçeye göre, hükmün kapsamına, devredilemez yetkilerin bütün halinde veya münferiden devrinin öngörüldüğü tüm haller girer.

SONUÇ

Anonim ortaklık yönetim kurulunun hukuka aykırı bir kararına karşı, bu kararla bireysel bir hakkı ihlal edilen kimseler, genel hükümlere göre, kararın sakatlık derecesinin ve ihlal edilen hakkın niteliğinin gerektirdiği da-

vaları (hükümsüzlüğün tespiti, eda davaları) açabilirler. Hukuka aykırı kararlara karşı iptal davası açma imkânı bulunmamaktadır. Hukuka aykırı kararın alınmasına muhalefet ederek, bunu tutanağa geçirtmiş veya geçerli bir mazeret nedeniyle kararın alındığı toplantıya katılmamış olan yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve pay sahipleri, hakları ihlal edilmiş edilmesin, sakat karara karşı genel kurulda itiraz edebilirler. Ancak, Yargıtay, kanımızca isabetsiz olarak, yok hükmünde veya butlanla sakat kararlara karşı genel kurulda itiraz imkânı tanımamaktadır. Sakat kararın uygulanması, ortaklığın bir zarara uğramasına yol açarsa, TTK m. 336 vd. uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları gündeme gelebilir.



L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DU CONTRAT DE FRANCHISE AU REGARD DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET DU DROIT TURC

Araş. Gör. Mehmet Şua
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

La franchise est née avec la réussite commerciale qui se réalise elle-même grâce au savoir-faire. Le savoir-faire est la clé du contrat de franchise¹ c'est-à-dire que toute l'économie du contrat de franchise repose sur le savoir-faire². La qualité, l'efficacité et la maintenance du savoir-faire garantissent la réussite d'un système de franchise.

Ce serait cependant se méprendre que de considérer le contrat de franchise comme un simple contrat de transmission du savoir-faire. Le **contrat de franchise constitue une des "créations" contemporaine de la technique contractuelle**, qui utilise conjointement quatre types de contrats

-
- 1 D. FERRIER, Cours de Droit de la Distribution, Université de Montpellier, 2005.
 - 2 D. FERRIER, *Franchise et savoir-faire* : mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, 2000, n° 14, p. 161.
 - 3 Le terme « technique » signifie l'ensemble des procédés d'un art, d'un métier employés pour produire une œuvre ou pour obtenir un résultat déterminé. La technique contractuelle vise à « organiser des relations entre opérateurs, à prévoir ce que chacun

existants : contrat de mise à disposition du savoir-faire, licence de marque, contrat de fourniture des produits, contrat d'assistance technique⁴. La franchise s'analyse juridiquement comme un seul contrat⁵ de réitération de la réussite commerciale et d'un savoir-faire commercial et non comme la somme des contrats susmentionnés.

Cette composition complexe de la franchise, résultant de la pratique commerciale, suppose une attention particulière afin de déterminer les règles qui s'y appliquent, puisqu'il n'existe aucune loi spécifique à la franchise. De surcroît, comme le droit communautaire auquel le droit turc se conforme de plus en plus évolue en permanence avec les règlements d'exemption par catégorie, il est nécessaire d'effectuer une étude comparative impliquant les dernières réglementations du droit communautaire et du droit turc. L'examen des caractères généraux du contrat de franchise en droits communautaire et turc (I) va éclairer l'étude comparative de l'environnement juridique du contrat de franchise (II).

devra faire selon un scénario prévisionnel et à répartir entre eux les risques qu'une telle initiative emporte ». Il s'agit d'une « technique d'ensemble utilisable par tous ceux qui se servent de l'instrument contractuel, quel que soit le type retenu et quelle que soit l'opération visée... ». J. M. MOUSSERON, *Technique Contractuelle*, 3e éd., Lefebvre, 2005, n° 7, p. 20.

- 4 Le Professeur LELOUP affirme que le contrat de franchise comporte, en outre, « une licence de propriété artistique » (décors du point de vente). J. M. LELOUP, *La franchise*, 3e éd, DELMAS, 2000, n° 108, p. 11. Or, nous considérons que l'agencement du point de vente est souvent un élément essentiel du savoir-faire commercial. En ce sens, le Professeur FERRIER constate plus précisément que même la licence de marque et le contrat d'assistance technique sont simplement la conséquence de l'application du savoir-faire : « la notoriété (de la marque) est obtenue par la réitération du savoir-faire ; l'assistance est appelée par la mise en œuvre du savoir-faire ». D. FERRIER, *Franchise et savoir-faire*, préc., n° 7, p. 158. Ainsi, le savoir-faire recouvre tous les autres éléments du contrat de franchise, telle que « la licence de propriété artistique ».
- 5 La jurisprudence communautaire a parfaitement saisi, dans ses premières décisions, la spécificité du contrat de franchise vis-à-vis d'autres contrats de distribution: « ...la clause de localisation contenue dans le contrat de franchise établirait entre les éléments de distribution exclusive et les éléments de licence du contrat de franchise un lien tellement étroit que ces éléments constitueraient un tout indivisible... » CJCE, 28 janv. 1986, Pronuptia : Rec. CJCE, Aff. 161/84, p.353 et s, n°32.

I. - LES CARACTERES GENERAUX DU CONTRAT DE FRANCHISE EN DROITS COMMUNAUTAIRE ET TURC

A. - LA NAISSANCE DE LA FRANCHISE

Le mot « franchising » en anglais signifiant « la franchise » en français a été utilisé, au début du 20^{ème} siècle aux Etats- Unis, au lieu du contrat qu'on appelle aujourd'hui la concession exclusive notamment en matière d'automobiles (tel « General Motors »), de boissons et d'hydrocarbures⁶.

Après la seconde guerre mondiale, le « franchising » s'est développé aux Etats-Unis et a pris la forme actuelle du contrat de franchise commerciale. Au début des années 50, plusieurs systèmes de franchise ont échoué à cause de l'absence de réglementations nécessaires, de formation et d'assistance suffisantes. Mais à partir des années 60, le système de franchise étant désormais mieux contrôlé a trouvé une place importante parmi les modes de distribution.

Cette formule de développement commercial est arrivée en Europe vers les années 70 et elle a connu un grand succès dans plusieurs secteurs économiques⁷: location de voiture, hôtellerie, restauration, coiffure et esthétique, pièces détachées et services divers pour automobiles, publicité-marketing, études et conseils aux entreprises, informatique-bureautique, club de loisirs et de sports, services rapides (clés, talons, photographie, imprimerie), réparation et dépannage à domicile, courses et transports, centres anti-tabac, retouches de vêtements, agences immobilières, d'intérim, de voyage⁸ ...

Sans retard, la Cour de Justice des Communautés européennes a reconnu l'originalité de cette formule dans son arrêt du 28 janvier 1986, arrêt Pronuptia⁹ qui a un caractère novateur et fondamental pour l'ensemble des

6 O. B. GURZUMAR, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistemlerin" Hukukun Korunması*, 1e éd., Beta, 1995, p.1. D. ULAŞ, *Bir Pazarlama ve Dağıtım Yöntemi Olarak Franchising Sistemi*, 1e éd., Nobel, Ankara, 1999.

7 D. FERRIER, *La franchise internationale*, Journal du Droit International, 1988, n° 3, p. 626.

8 D. BASCHET, *Le savoir-faire dans le contrat de franchise*, Revue Française de Comptabilité, Juillet-Août 1996, n° 280, p. 53.

9 CJCE, 28 janv. 1986, Pronuptia : Rec. CJCE, Aff. 161/84, p.353. *Supra*, note de bas de page 5.

définitions qui l'ont suivi¹⁰: « plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances. Ce système ouvre, par ailleurs, à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe. Les contrats de franchise de distribution se différencient en cela des contrats de concession de vente ou de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective qui ne comportent ni utilisation d'une même enseigne ni application de méthodes commerciales uniformes ni paiement de redevance en contrepartie des avantages consentis ».

La Turquie a connu la franchise à partir des années 80 avec l'arrivée de McDonald's qui a toujours une place considérable dans le secteur de restauration rapide. Mais, les autres réseaux¹¹ n'ont pas pu, au début, améliorer leur système et ont du arrêter leur exploitation comme les premiers réseaux de franchises américaines dans les années 50¹². Aujourd'hui, les systèmes de franchise nationale et internationale, en Turquie, sont extrêmement prépondérants dans certains secteurs de l'économie tels que la restauration (Burger King, Hacıoğlu, Schlotzsky's Deli, Tadım Pizza, Domino's Pizza, Subway), l'habillement (Levi's, Mavi Jeans), l'équipement de la maison (Çilek), la pâtisserie (Emin, Mado, Edo, Karafırın), l'agence immobilière (Remax) etc. L'Association Nationale de Franchising¹³, fondée en 1991, a pour objectif d'augmenter la renommée du système de franchise en Turquie et de veiller à son bon fonctionnement. Seuls les représentants des entreprises franchiseurs fonctionnant en Turquie peuvent y adhérer.

Sur le plan économique, le contrat de franchise correspond exactement aux besoins d'un marché qui cherche toujours à dépasser les limites de telle ou telle zone géographique nationale ou internationale afin de prendre une dimension planétaire¹⁴. Le contrat de franchise constitue, en fait, pour

10 F. CHARTIER, *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise*, thèse, Montpellier, 2002, n° 38, p. 15.

11 Tels Fuddracker's, Dairy Queen, Baskin Robbins Ice Cream etc.

12 N. SABAN, *Franchising ve vergilendirme*, 1e éd., Beta, İstanbul, 1997, p. 18.

13 Ulusal Franchising Derneği, www.ufrad.org.tr.

14 D. FERRIER, *la franchise internationale*, préc., n° 3, p. 625.

une entreprise franchiseur, un moyen d'élargir sa part de marché sans effectuer des investissements considérables.

Le système de franchise répond aussi aux attentes des consommateurs qui sont attirés par la standardisation des produits et des services¹⁵, ce qui assure une qualité uniforme minimum pour eux. Puisque les moyens de communication et de transport se sont développés avec la globalisation économique, les consommateurs cherchent de plus en plus, à la fois au niveau national et international, les mêmes produits ou services qu'ils trouvent chez eux afin de garantir le résultat rentable de leur consommation.

Les pays économiquement développés favorisent les systèmes de franchise parce que d'une part, ils augmentent la concurrence économique et technique entre les réseaux de franchise (concurrence « inter-brand » ou intermarques) et d'autre part, ils permettent de créer de nouveaux emplois à la fois dans le secteur directement concerné par la franchise et dans les secteurs voisins. En outre, la franchise donne à un franchisé qui n'avait pas suffisamment d'expérience la possibilité d'être un commerçant indépendant et de travailler pour son propre compte, ce qui implique la participation active dans l'économie.

B. – LA DEFINITION DU CONTRAT DE FRANCHISE

Le contrat de franchise est un accord de réitération par lequel un franchiseur qui a réussi dans une activité de distribution permet à des franchisés de réitérer les éléments de cette réussite moyennant rémunération¹⁶.

L'arrêt *Pronuptia*, qui est fondateur en matière de franchise, définit le système de franchise : « une entreprise (le franchiseur) qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès ».

15 Idem. O. B. GURZUMAR, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistemlerin" Hukukun Korunması*, 1e éd., Beta, 1995, p.1.

16 D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 3e éd., Litec, 2002, n°667, p. 371. Pour des contrats types voir *The ICC Model International Franchising Contract*, Chambre de Commerce Internationale, 2000, Paris ; *Guide to International Master Franchise Arrangements*, UNIDROIT, 1998, Rome.

Deux ans après l'arrêt Pronuptia, le Règlement n° 4087/88¹⁷ le définit : « un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés; il doit comprendre au moins les obligations suivantes :

- l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat,
- la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire et
- la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord¹⁸».

De nombreuses définitions du savoir-faire ont été encore données par la doctrine. Les définitions suivantes peuvent être citées:

- « le contrat de franchise est un contrat-cadre synallagmatique à exécution successive, qui n'est pas réglementé par la loi par lequel, d'une part, le franchiseur s'engage à intégrer le franchisé dans son système de franchise et à fournir constamment l'assistance dans les affaires commerciales de ce système, en accordant au franchisé des licences sur les éléments intellectuels et industriels qui forment son système de production, de gestion et de distribution ; d'autre part, le franchisé s'engage à payer au franchiseur une certaine redevance et à effectuer la vente des marchandises ou la prestation de services appartenant à ce système à son nom et pour son propre compte sous la condition de se conformer aux normes fixées par le franc-

17 Règlement n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de franchise, Journal officiel n° L 359 du 28/12/1988, art. 1. 3. b.

18 Cette définition est reprise dans les lignes directrices: « Les accords de franchise comportent une licence de droits de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens et de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale du franchisé une redevance pour l'utilisation de la méthode commerciale en question ». D. FERRIER, *Droit de la distribution*, préc., n°671, note 12, p. 373.

hiseur et de se servir des éléments intellectuels et industriels pour lesquels les licences lui sont accordées¹⁹».

- « le contrat par lequel une personne concède à une autre, contre paiement d'une redevance, le droit de vendre certaines marchandises ou de fournir certains services en utilisant notamment son image, son nom, sa marque, ainsi que son expérience commerciale et technique, tout en respectant les systèmes d'organisation et de marketing existants²⁰»

- « le contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise, dénommée franchiseur, confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées franchisées, le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables²¹».

C - LA CLASSIFICATION DES DIFFERENTS TYPES DE CONTRATS DE FRANCHISE

Les activités qui peuvent donner lieu à un contrat de franchise sont aussi diversifiées que celles de l'ensemble du commerce²².

Même s'il est proposé des classifications selon des critères différents dans une partie de la doctrine²³, la classification principale acceptée des

19 O. B. GURZUMAR, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistemlerin" Hukukun Korunması*, préc., p.10.

20 P. TERCIER, *Contrats spéciaux*, 2e éd., Schulthess, Zurich, 1995, n° 5939, p. 724.

21 J. M. LELOUP, *La franchise*, préc., n° 111, p. 12.

22 Cette constatation pourra cependant être nuancée: La notion de savoir-faire s'étend sur un domaine d'application plus large aux Etats-Unis qu'en Europe continentale et la Turquie. En droit américain, le savoir-faire porte sur tous les domaines de la vie (culturel, technique, économique, sportif...), tandis qu'en Europe continentale et en Turquie, il concerne, en général, les activités économiques, commerciales, techniques et industrielles. ALTAN Fahri Gülerci, *Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*, préc., p. 1. ERBAY İsmail, *Know-How Sözleşmesi*, préc., p. 57.

23 Le Professeur LELOUP propose deux classifications selon la qualité (personnes physiques ou morales, françaises ou étrangères, commerçantes ou non) et le nombre (la franchise bipolaire, la franchise multipolaire, la franchise à double niveau) de partenaires

contrats de franchise depuis l'arrêt Pronuptia²⁴ repose sur le critère du savoir-faire.

Bien qu'il existe des critères communs pour valider ou non tous les types du savoir faire²⁵, ceci ne saurait empêcher de classer les contrats de franchise selon les diverses sortes du savoir faire.

L'arrêt Pronuptia²⁶ reconnaît une classification tripartite : « il faut distinguer différentes espèces de contrats de franchise et notamment : les contrats de franchise de service en vertu desquels le franchisé offre un service sous l'enseigne et le nom commercial voire la marque, du franchiseur et en se conformant aux directives de ce dernier ; les contrats de franchise de production en vertu desquels le franchisé fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci ; et enfin, les contrats de franchise de distribution en vertu desquels le franchisé se borne à vendre certains produits dans un magasin qui porte l'enseigne du franchiseur ».

Il convient alors ici d'expliquer les trois types²⁷ de contrat de franchise : franchise de distribution de produits, franchise de distribution de services, franchise industrielle.

dans l'opération de franchise, tout en acceptant la classification principale selon le critère de l'objet du système franchisé, c'est-à-dire le savoir-faire. J. M. LELOUP, *La franchise*, préc., n° 113, p. 12. Si ces classifications proposées sont intéressantes dans la mesure où elles facilitent l'analyse du contrat de franchise, elles n'apportent pourtant point de précision sur la nature du contrat de franchise.

- 24 L'arrêt Pronuptia du 28 janvier 1986, préc.
- 25 Les critères étant les suivants : un savoir-faire *identifié, secret et indispensable* pour le franchisé. La communication n° 2002/2 du Conseil de la concurrence relative aux restrictions verticales, l'art. 3. f. Le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81 al. 3 du Traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, l'art. 1 f.
- 26 L'arrêt Pronuptia du 28 janvier 1986, préc.
- 27 Frédéric CHARTIER propose de regrouper les contrats de franchise de distribution de produits et de services sous l'ensemble des franchises de distribution, puisqu'il s'agit d'une absence d'une activité de production chez le franchisé. F. CHARTIER, *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise*, préc., n° 521, p. 170 et 526, p. 172. Or, dans le système de distribution de services, le franchisé passe parfois par le processus de production, par ex : la production des aliments chez McDonalds.

1. - Franchise de distribution de produits

Une franchise de distribution de produits est celle dont le savoir-faire porte sur la fourniture des produits. Le savoir-faire concerne essentiellement les caractéristiques de ces produits et leur mode de commercialisation.

Les franchises de distribution de produits constituent des relations verticales permettant le cheminement du produit de l'amont (production) vers l'aval (consommation). Dans cette relation verticale, le franchiseur peut jouer ou non le rôle d'un producteur : si le franchiseur est un producteur, une partie du savoir-faire est alors constituée par les qualités des produits qui sont distribués dans le système de franchise²⁸. Si le franchiseur n'est pas un producteur, le savoir-faire est alors constitué par une collection qu'il sélectionne ou dont il suscite la fabrication. Dans ce cas, le franchiseur n'assure pas une fonction industrielle mais une fonction commerciale.

2. - Franchise de distribution de services

Une franchise de distribution de services est une franchise dans laquelle le savoir-faire porte sur la fourniture des services.

La constatation de l'importance du savoir-faire ne suscite aucune difficulté dans ce type de franchise, parce que le succès du système de franchise dépendra directement du perfectionnement du savoir-faire commercial. Les conditions dans lesquelles le service est assuré sont donc primordiales pour l'image du réseau et la satisfaction du client. Il est alors préférable que les comportements opportuns du franchisé soient parfaitement définis dans les supports de transmission du savoir-faire.

La maintenance du savoir-faire et la nécessité de garder la notoriété de la marque du système de franchise trouvent une importance particulière dans la franchise de service car le franchisé peut avoir le sentiment, une fois qu'il a bien assimilé le système franchisé, qu'il connaît son métier. Le franchisé peut alors se passer du franchiseur à la fin d'une certaine période. Dans cette situation, la clause de non-concurrence après la fin du contrat apparaît particulièrement justifiée. Il faut noter que puisque ce système de franchise a pour objet la fourniture des services, la privation de fournitures opposée au commerçant extérieur à un réseau de distribution ne peut pas produire ici

28 Idem, n° 547, p. 179.

son effet.

Certains types de franchise de services exigent un investissement financier lourd comme les franchises hôtelières (Mercure), les franchises de restauration (McDonald's) ou les franchises de location de matériels et de véhicules (Avis, Budget). Dans ces franchises, la localisation de l'établissement et l'efficacité des services commerciaux communs sont des facteurs déterminants. Il existe cependant d'autres types de franchise de services qui nécessitent des investissements financiers plus faibles comme les franchises de réparation ou celles de soins de beauté et coiffures²⁹.

3. - Franchise industrielle

Une franchise industrielle est une franchise dont le savoir-faire porte sur la production et sur la commercialisation des produits³⁰. L'exemple le plus connu de la franchise industrielle est celui de Coca-Cola.

La franchise industrielle est plus précisément définie par la doctrine comme le contrat par lequel « le franchiseur transfère les moyens de poursuivre une réussite commerciale en matière de production au franchisé tenu à fabriquer des produits conformément aux procédés du franchiseur, puis à les mettre sur le marché sous la marque du franchiseur »³¹.

Le but de prévoir un savoir-faire de production dans un contrat de franchise est de pouvoir combler le désavantage de distance entre les lieux de production et de vente, c'est-à-dire d'éviter les frais de transport qui augmentent le prix de vente.

Il est facilement constatable que ce type de franchise est très peu répandu par rapport aux deux premiers types de franchise. La rareté des franchises de production se traduit principalement par la difficulté de concevoir et maîtriser un savoir-faire susceptible de régir une unité de production, surtout dans l'industrie, en raison de la complexité du processus technique de production. De surcroît, comme le franchisé est une entreprise de commercialisation en même temps qu'une entreprise de production dans la

29 J. M. LELOUP, *La franchise*, préc., n° 202 et s., p. 27.

30 Pour l'étude de la question d'exemption des contrats de la franchise industrielle au regard des règles communautaires de droit de la concurrence, *infra*, II/A/1.

31 D. FERRIER, *Rép. Com. Dalloz*, Franchise, mars 1996, n°25 et s.

32 J. M. LELOUP, *La franchise*, 3e éd, préc., n°215 et s., p. 31.

franchise de production, les qualités techniques et financières requises des franchisés sont très élevées³².

La franchise industrielle est un contrat beaucoup plus complexe par rapport aux contrats portant sur des opérations techniques :

Premièrement, le contrat de franchise de production se différencie de celui de **sous-traitance** qui ne s'accompagne pas nécessairement d'un transfert de technologie (il est souvent simplement lié au respect d'un cahier des charges). Plus fondamentalement encore, le sous-traitant ne commercialise pas : amputé de sa fonction commerciale, il perd l'accès au marché. Le franchisé, lui, bénéficie du système complet du franchiseur et en particulier des signes attirant la clientèle qui vont lui permettre de gagner des positions commerciales grâce à l'attraction de ses signes.

Deuxièmement, la franchise de production se distingue nettement d'une **licence de marque** puisque la licence seule ne s'accompagne pas nécessairement d'un modèle de production et d'une politique commerciale commune bien que la franchise s'entende juridiquement de la réitération d'une réussite commerciale grâce à la mise en œuvre d'un savoir-faire³³.

Troisièmement, la **licence de brevet** n'entraîne pas mise à disposition de signes distinctifs ni modèle de commercialisation, ni même système complet de production. D'ailleurs, la licence de brevet n'est pas une composante indispensable d'une franchise de production, où les procédés techniques utilisés sont constitutifs d'un savoir-faire.

Enfin, le **transfert de technologie** est compris dans la franchise mais, à lui seul, il ne comporte aucun signe de notoriété commune et n'implique même pas une « collaboration durable » entre le fournisseur et le bénéficiaire du savoir-faire. Or, le contrat de franchise repose plus sur la maintenance du savoir-faire que sur la transmission de celui-ci. La maintenance du savoir-faire constitue une obligation essentielle du franchiseur. En fait, la franchise ne peut perdurer que si le savoir-faire assure constamment une réussite aux franchisés. En effet, cette nécessité d'actualisation permet d'une part de sanctionner le franchiseur dont les méthodes s'avèrent totale-

33 D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 3e éd., préc., n°674, p.374.

ment dépassées, d'autre part, de justifier le maintien de la relation contractuelle après transmission du savoir-faire.

D. – LA NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT DE FRANCHISE EN DROIT TURC

Le droit turc n'a pas réglementé le contrat de franchise par une loi spécifique³⁴. C'est pourquoi le contrat de franchise est, depuis son importation en Turquie, qualifié comme un **contrat innomé** malgré l'existence des communications³⁵ du Conseil de Concurrence Turc³⁶ qui n'ont pas de valeur législative.

L'absence d'intervention législative et les divergences de la doctrine turque sur la classification des contrats innommés posent des difficultés dans la qualification juridique du contrat de franchise.

34 D'ailleurs il existe très peu de pays qui ont adopté une législation spécifique à la franchise: le Japon, l'Espagne, la Chine, quelques états des Etats-Unis et l'Alberta au Canada. F. CHARTIER, *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise*, préc, n° 8, p. 8.

35 Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 1998/7: La Communication d'Exemption par Catégorie Relative aux Contrats de Franchise, n° 1998/7 était une réglementation qui déclarait simplement la politique d'application du droit de la concurrence en matière de franchise. Elle était loin d'être un corps de règles visant à organiser le contrat de franchise. De surcroît, le fait d'être contraire à la communication d'exemption par catégorie ne signifie pas que le contrat de franchise en cause sera automatiquement nul. Les communications du Conseil de la concurrence ne posent point des règles obligatoires pour des entreprises, mais déclarent l'inapplicabilité de l'art. 4 (l'équivalent de l'art. 81.1 et 2 du traité de Rome) de la loi n° 4054 aux contrats comportant certaines conditions. ASLAN Yılmaz, *Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar Teori ve Uygulama*, İstanbul, 2004, p. 137. Par ailleurs, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No : 2002/2: La Communication d'Exemption par Catégorie Relative aux Accords Verticaux, N° 2002/2 ne régit même pas spécifiquement le contrat de franchise.

36 De surcroît, le droit de la concurrence turc est très "jeune", nous pouvons en démontrer deux illustrations claires: premièrement, Loi n°4054 relative à la protection de la concurrence ; adoptée le 7 décembre 1994 et entrée en vigueur le 13 décembre 1994. Deuxièmement, le Conseil de la concurrence turc a été mis en place le 27 février 1997 et il a commencé à exercer ses fonctions en novembre 1997.

37 Ş. AKYOL, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, 1984, p. 44. N. EKŞİ, *Franchising Sözleşmesi*, Yeni Adalet Dergisi, Yıl 3, S. 24, 1992, p. 71. O. B. GURZUMAR

Tout d'abord il faut rappeler que la totalité de la doctrine admet, à juste titre, que la franchise est un contrat innomé³⁷.

En raison des définitions différentes issues de la classification des contrats innommés, la nature juridique du contrat de franchise est très controversée dans la doctrine.

Les contrats innommés se divisent en deux groupes : les contrats mixtes et les contrats sui generis (contrat de nature propre). Selon la doctrine dominante³⁸ en matière de classification des contrats spéciaux :

Les contrats mixtes sont des conventions dans lesquelles les éléments des divers contrats prévus par la loi se réunissent d'une manière qui n'est pas prévue par la loi³⁹. Les contrats mixtes sont caractérisés par « le fait que les parties combinent en un même accord plusieurs prestations appartenant à des contrats (nommés) différents. Les prestations promises sont de celles que le législateur a réglementées, mais elles se trouvent réunis par la volonté des parties en une constellation qui ne correspond pas au modèle légal⁴⁰».

Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistemlerin" Hukukun Korunması, 1e éd., Beta, 1995, p.20. HATEM?/SEROZAN/ARPAÇI, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm*, İstanbul, 1992, p. 55 et s. H. N. TOPÇU, *Franchising Sözleşmesi*, thèse, İstanbul Üniversitesi, 1991, p. 74. C. YAVUZ, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, C.994, p. 30. Le contrat de franchise est aussi considéré comme un contrat innomé en droit suisse, système juridique servant de base au droit privé turc. ATF 118 II 157, Jdt 1993 I 648. P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2e éd., Staempfli, Berne, 2000, n° 178 et s., p. 789. P. TERCIER, *Contrats spéciaux*, 2e éd., Schulthess, Zurich, 1995, n°5948, p. 725. J. XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, Schulthess, Genève, 2002, p. 43. Par ailleurs, il convient ici de rappeler que le fondement des contrats innommés est justifié par la liberté contractuelle, consacrée par l'art. 19 du Code des obligations.

38 E. KUNTALP, *Karma Muhtevalı Akit*, Ankara, 1971, p.102. H. TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, éd. 6, İstanbul, 1990, p. 12. YAVUZ Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, C. 1, İstanbul, 1994, p. 19.

39 H. TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, éd. 6, İstanbul, 1990, p. 12 et 69.

40 P. TERCIER, *Contrats spéciaux*, 2e éd., Schulthess, Zurich, 1995, n°104, p. 13.

41 H. TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, éd. 6, İstanbul, 1990, p. 13.

Les contrats *sui generis* sont des conventions dont les éléments n'existent ni en tout ni en partie dans les types de contrats prévus par la loi⁴¹. Ils sont caractérisés par « le fait que les parties choisissent une prestation qui n'est visée par aucune forme de contrat⁴²».

Nous qualifions le contrat de franchise comme un contrat *sui generis*, puisque la franchise comporte les éléments du contrat de mise à disposition du savoir-faire, non prévu par la loi. Seule l'existence des éléments d'un contrat qui n'est pas réglementé par le législateur dans un contrat de franchise suffit à empêcher la qualification d'un contrat mixte.

Or, la doctrine dominante⁴³ en matière de franchise considère le contrat de franchise comme un contrat mixte étant donné qu'elle définit autrement les contrats mixtes. D'après ces spécialistes de la franchise, les contrats mixtes sont des conventions dans lesquelles les éléments essentiels des contrats qui sont prévus ou non par la loi se réunissent d'une manière qui n'est pas prévue par la loi.

Selon cette définition, la mise à disposition du savoir-faire au franchisé ne constitue pas un obstacle à définir la franchise comme un contrat mixte.

Cette définition très large des contrats mixtes restreint naturellement le domaine des contrats *sui generis*.

Pour la doctrine dominante en matière de franchise, les contrats *sui generis* sont des conventions dans lesquelles tous les éléments des contrats qui ne sont pas prévus par la loi se réunissent de manière tellement propre et originale que ces éléments forment un nouvel ensemble.

Ces auteurs excluent la définition du contrat *sui generis* pour la franchise parce que cette dernière comporte des éléments des contrats prévus par la loi.

42 P. TERCIER, *Contrats spéciaux*, 2e éd., préc., n°104, p. 13.

43 O. B. GURZUMAR, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistemlerin" Hukukun Korunması*, préc., p.20. H. YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat, İstanbul, 2004, p.237.

En toute hypothèse, il s'agit d'un contrat innommé qui nécessite, dans la préparation du contrat de franchise, un champ de précision plus grand que les contrats nommés.

La validité d'un contrat innommé sera appréciée par les règles de la partie générale du Code des obligations, à ce titre les arts. 19 et 20 du dudit code y trouvent une place prépondérante.

En droit turc, les contrats sui generis sont interprétés⁴⁴ et complétés⁴⁵ par la règle de bonne foi et les usages. A ce titre, le juge doit rechercher les principes que les parties se seraient données si elles y avaient songé. De plus, les dispositions applicables aux contrats nommés s'y appliquent par analogie dans la mesure où les natures des ces deux types de contrat (à savoir les contrats sui generis et les contrats nommés) sont compatibles. Le cas échéant, les règles du droit commun des obligations peuvent s'appliquer⁴⁶.

II. – L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DU CONTRAT DE FRANCHISE

A – L'EVOLUTION DU CONTRAT DE FRANCHISE EN DRO-

44 Pour interpréter le sens d'un contrat innommé, lorsqu'il n'est pas obvie, il faudra s'adresser au principe de la confiance. Selon ce principe, «ne déclaration de volonté doit être émise, reçue, comprise et interprétée à la manière de partenaires diligents, loyaux et corrects ». Le principe de la confiance dérive directement du celui de la bonne foi objective au sens de l'art. 2 du Code civil turc qui stipule, sous le titre des « devoirs généraux », que « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2e éd., préc., n° 164 et s., p. 742. P. TERCIER, *Contrats spéciaux*, 2e éd., préc., n°137, p. 16.

45 La distinction n'est pas toujours nette entre l'interprétation et le complètement du contrat. La première concerne tout ce qui résulte de la lettre et de l'esprit du contrat, tel que les mots, les idées, les lignes directrices, l'économie du contrat, etc. La deuxième doit intervenir dès qu'une lacune apparaît. Cette dernière notion implique deux conditions : la situation à régler doit provenir du substrat contractuel et un droit ou une obligation ne doivent pas être couverts par le contrat. P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2e éd., préc., n° 165, p. 744.

46 H. TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku*, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, préc., p. 13.

IT COMMUNAUTAIRE

Le contrat de franchise constituant, en principe, une entente prohibée par le droit communautaire en vertu de l'art. 81 al. 1 du Traité de Rome⁴⁷ peut être toléré⁴⁸ s'il remplit les conditions de l'art 81 al.3 du dudit traité.

La Commission Européenne investie⁴⁹, par le Conseil des ministres, de la mission d'arrêter des règlements d'exemption dite « par catégorie »⁵⁰, a, d'abord, adopté le Règlement n° 4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 al. 3 du Traité à des catégories d'accords de franchise⁵¹.

Il convient de rappeler brièvement le contenu du règlement n° 4087/88 pour éclairer la situation actuelle du droit positif communautaire.

47 "Les accords de franchise. 81) paragraphe 1; ils peuvent en particulier affecter le commerce entre États membres lorsqu'ils sont conclus entre des entreprises de différents États membres ou lorsqu'ils forment la base d'un réseau qui s'étend au-delà des limites d'un seul État membre », Règlement n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de franchise, Journal officiel n° L 359 du 28/12/1988, considérant 6.

48 Nous pouvons donner un exemple classique qui illustre les effets positifs de la franchise au regard du droit de la concurrence: le contrat de franchise reposant sur une expérience réussie va donc, transformer le simple candidat du franchisé en un commerçant indépendant, membre d'un réseau tout en harmonie qui réitère la même réussite commerciale. Cette « transformation des commerçants moyens en excellents compétiteurs sur le marché » démontre que la franchise n'est pas une formule contre la concurrence mais un moteur de celle-ci. D. FERRIER, Le devenir du droit national ou supranational de la franchise, Dalloz Affaires, supplément au n° 170, 22 juillet 1999, p. 1170. *Infra*, note de bas de page 52.

49 « Conformément au règlement no 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer par voie de règlement l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords exclusifs bilatéraux tombant sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 qui, soit ont pour objet la distribution ou l'achat exclusif de biens, soit comportent des restrictions imposées en rapport avec l'acquisition ou l'utilisation de droits de propriété industrielle », Règlement n° 4087/88, considérant 1.

50 D. FERRIER, *Droit de la distribution*, préc., n°544, p.303.

51 Règlement n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, préc.

1. - Le règlement 4087/88 du 30 novembre 1988

L'approche positive de l'arrêt Pronuptia pour la franchise a contribué à l'élaboration du règlement n° 4087/88.

La doctrine⁵² considère le règlement n° 4087/88 comme étant très favorable au contrat de franchise, notamment par rapport au règlement n° 2790/99.

Le règlement entend par franchise : « un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteur, savoir-faire ou brevets, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals »⁵³.

Il définit le contrat de franchise comme « un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés; il doit comprendre au moins les obligations suivantes :

- l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat,
- la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire
- la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord⁵⁴».

52 D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 3e éd., préc., n°671, note 11, p.373 et n° 684, p.379. Cette constatation exacte de la doctrine est clairement confirmée par le considérant 7 du règlement n° 4087/88 : « les accords de franchise ...améliorent normalement la distribution de produits et/ou la prestation de services, puisqu'ils donnent aux franchiseurs la possibilité d'établir un réseau uniforme avec des investissements limités, ce qui peut favoriser l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, particulièrement dans le cas de petites et moyennes entreprises, accroissant ainsi la concurrence entre marques; ils permettent aussi à des commerçants indépendants d'installer des établissements plus rapidement et avec de meilleures chances de succès que s'ils avaient dû le faire sans l'expérience ni l'assistance du franchiseur; ils ont ainsi la possibilité de concurrencer plus efficacement de grandes entreprises de distribution ».

53 Règlement n° 4087/88, art. 1. 3. a.

54 Règlement n° 4087/88, art. 1. 3. b.

Le règlement insiste sur les apports fondamentaux du franchiseur.

La définition du savoir-faire dans la franchise par le règlement n° 4087/88 a été, aussi bien pour les organismes professionnels que pour la jurisprudence, la norme de référence permettant d'analyser le savoir-faire⁵⁵. Le savoir-faire est ainsi défini comme « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié⁵⁶».

Le règlement vise seulement les « vraies franchises » opérant transfert d'un savoir-faire efficace et expérimenté, puisqu'il insiste sur les caractères requis du savoir-faire⁵⁷.

Par ailleurs, le considérant 4 du règlement n° 4087/88 précise que l'exemption ne bénéficie pas aux accords de franchise industrielle⁵⁸, en admettant cependant que « certains de ces accords peuvent bénéficier d'autres exemptions par catégorie, s'ils remplissent les conditions ». Toutefois, le règlement qui était visé, à savoir le Règlement n° 240/96⁵⁹ relatif aux accords de transfert de technologie précise que « sont à exclure du champ d'application du règlement les accords relatifs à la communication d'un savoir-faire commercial dans le cadre de contrats de franchise » (considérant

55 F. CHARTIER, *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise*, préc., n° 582, p. 186.

56 Règlement n° 4087/88, art. 1. 3. f. Comme le règlement 2790/99, le règlement n° 4087/88 définit séparément les termes « secret », « substantiel » et « identifié ».

57 J. M. LELOUP, *La franchise*, 3e éd, préc. n° 541, p. 98.

58 Règlement n° 4087/88, considérant 4 : « (les accords de franchise industrielle) qui régissent habituellement des relations entre producteurs, présentent des caractéristiques différentes des autres types de franchise ». La cause de cette exclusion se traduit par le manque d'expérience de la Commission européenne en matière de la franchise industrielle. D. FERRIER, *La franchise industrielle* : JCP E 1989, Cah. Dr. Entr. n° 1, p. 47.

59 Règlement n° 240/96 de la Commission, du 31 janvier 1996, concernant l'application de l'art. 85 al. 3 du Traité de Rome à des catégories d'accords de transfert de technologie, Journal officiel N° L 031 du 09/02/1996 p. 2. La raison de cette deuxième exclusion s'explique par la volonté de la Commission européenne de ne pas régir toute opération de distribution par ledit règlement. *Idem*.

60 F. CHARTIER, *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise*, préc., n° 533, note 280, p. 174.

8), ce qui aboutissait *de facto* à refuser aux contrats de franchise de production le bénéfice de ces règlements d'exemption. Il convient ici de rappeler que le nouveau règlement n° 2790/99 ne rejette pas expressément son application aux contrats de franchise industrielle⁶⁰.

Le traitement des contrats de franchise s'opère par l'application des clauses condamnées (clauses noires), des clauses admises sous certaines conditions (clauses grises), des clauses autorisées (clauses blanches) dans le système du Règlement n° 4087/88.

A la suite de l'adoption de ce règlement, presque tous les accords de franchise ont repris strictement les exigences du règlement. Par conséquent, tous les contrats comportaient à peu près les mêmes clauses qui sont admises par la Commission Européenne⁶¹. Ainsi, ce règlement a été regardé comme un modèle de contrat alors qu'il se limitait à établir les conditions qui, si elles étaient réunies, permettaient d'échapper à la nullité de l'art. 81 al. 2 du Traité de Rome⁶². Ce modèle de contrat n'était toujours pas suffisant pour répondre aux besoins des innombrables activités commerciales des entreprises⁶³.

Enfin, le règlement n° 2790/99 a remplacé le règlement n° 4087/88 le 1 juillet 2000⁶⁴.

Le règlement n° 4087/88 a pourtant continué à s'appliquer, jusqu'au 31 décembre 2001, aux accords qui étaient déjà en vigueur le 31 mai 2000 et qui ne remplissaient pas les conditions du nouveau règlement n° 2790/99,

61 En effet, tous les règlements spécifiques à une catégorie d'accords adoptés avant le règlement général n° 2790/99 utilisant le système des clauses « colorisées », a engendré l'adoption des mêmes stipulations dans les contrats d'une certaine catégorie. Pour les contrats d'achat exclusif : D. FERRIER, *Droit de la distribution*, préc., 2002, n°544, p. 303.

62 J. M. LELOUP, *La franchise*, préc., n° 547, p. 102.

63 Y. ASLAN, *Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar Teori ve Uygulama*, préc., p. 138.

64 L'art. 13 du règlement n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, préc.

65 L'art. 12 al. 2 du règlement n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, préc.

mais qui satisfaisaient les conditions du règlement n° 4087/88⁶⁵.

2. - La description actuelle du droit communautaire en matière de franchise

La Commission européenne a adopté le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81 al. 3 du Traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées afin de simplifier le traitement des « accords verticaux » qui étaient régi par des règlements différents. Il s'agit bien d'un règlement général qui change l'approche principale du traitement des ententes.

La disparition du règlement n° 4087/88 et la réticence totale du nouveau règlement en matière de franchise sont considérées comme un signe de manque de confiance dans l'application de la formule de franchise⁶⁶.

La Commission européenne a arrêté, un an après l'adoption du règlement n° 2790/1999, une communication extrêmement importante pour apprécier le dudit règlement et indiquer la tendance des autorités communautaires : **lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000**. Le but de la publication des ces lignes directrices, qui constituent « un mode d'emploi » du règlement n° 2790/1999, est à la fois d'exposer les principes d'appréciation des accords verticaux au regard de l'art. 81 du Traité de Rome et d'aider les entreprises à évaluer elles-mêmes les accords verticaux au regard des règles de concurrence communautaires⁶⁷.

Les lignes directrices comportent des points concernant directement la franchise et le savoir-faire qui y est attaché : points 42 à 44 et 199 à 201. Les points 42 à 44 précisent l'applicabilité du règlement n° 2790/99 à l'octroi d'une licence concernant le savoir-faire prévu dans les accords de franchise de distribution et ceux de franchise de services. Le point 199 définit le contrat de franchise. Le point 200 explique les conditions d'application de restrictions verticales à l'achat, à la vente et à la revente de biens et services

66 D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 3e éd., préc., n°671, note 11, p.373. L'auteur a d'ailleurs constaté que le mot de « franchise » n'avait pas été prononcé une seule fois dans le nouveau règlement. Cependant les lignes directrices y ont des références. Le même auteur considère cependant que « les solutions antérieurement dégagées par la Cour de justice ou par la Commission sont, en principe, toujours pertinentes tant pour la caractérisation de l'accord que pour son traitement ».

67 Les lignes directrices du 13 octobre 2000, p. 1 et 3.

relevant d'un accord de franchise, telles que la distribution sélective, l'obligation de non concurrence ou la distribution exclusive. Le point 201 donne un exemple de contrat de franchise en vérifiant sa compatibilité avec les conditions d'exemption.

Le règlement entend par accords verticaux ceux qui sont « conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services »⁶⁸.

Le règlement s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal des accords et soient directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou services par l'acheteur⁶⁹ ou ses clients. De surcroît, ces accords verticaux ne doivent pas comporter de restrictions de concurrence qui ont pour objet ou effet identique à celui des restrictions verticales non exemptées en vertu du règlement⁷⁰.

Les droits immatériels visés ici sont généralement la marque, le droit d'auteur et le savoir-faire. Des droits immatériels peuvent être concédés dans le cadre des accords de distribution afin d'être utilisés dans la revente (enseigne, publicité, etc.). Ils ne constituent pas l'objet principal de ces accords, puisque ceux-ci portent en premier lieu sur l'achat et la vente de produit. Autrement dit, les restrictions relatives à la cession ou à l'utilisation de droits de propriété intellectuelle peuvent être couvertes par l'exemption lorsque l'objet principal de l'accord est l'achat ou la distribution de biens ou de services⁷¹. Typiquement, dans la franchise de distribution de produits, le franchiseur vend au

68 Le règlement n° 2790/1999, art. 2. Les lignes directrices du 13 octobre 2000, pt. 23.

69 Le règlement n° 2790/1999 définit, dans son art. 1. g « acheteur » comme « une entreprise qui, en vertu d'un accord tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise ». Dans notre étude l'acheteur signifie « le franchisé ».

70 Règlement n° 2790/1999, art. 2 al. 3. Les lignes directrices du 13 octobre 2000, pts. 30 et 31.

71 Idem.

franchisé de biens et concède une licence pour l'utilisation de sa marque et de son savoir-faire concernant la revente de ces biens. D'autres licences de propriété intellectuelle peuvent faciliter la revente des biens, par exemple, une licence permettant à un acheteur (franchisé) d'un extrait concentré, de le diluer et de l'embouteiller en vue de sa revente à l'état de boisson⁷².

D'un point de vue favorable à la franchise, les lignes directrices, au point 43, ajoutent que si le contrat de franchise a uniquement ou principalement pour objet une licence de propriété intellectuelle, il n'est pas couvert par le règlement mais il sera traité comme s'il l'était.

La Commission affirme, à juste titre, que plus le transfert de savoir-faire est important, plus il y a des gains d'efficacité, et plus la restriction verticale est justifiée⁷³. C'est donc la qualité du savoir-faire qui mesure les restrictions admissibles puisqu'elles sont nécessaires à la protection et à l'exploitation du savoir-faire⁷⁴.

B. - L'HARMONISATION PERMANENTE AVEC LE DROIT COMMUNAUTAIRE A TRAVERS LES COMMUNICATIONS D'EXEMPTION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE TURC

Si, aujourd'hui, le Conseil de la concurrence turc suit diligemment l'évolution du droit de la concurrence communautaire en adoptant presque sans modification la réglementation communautaire à travers ses communications d'exemption par catégorie, l'origine de cette harmonisation tient à l'entrée en vigueur de l'union douanière.

72 Les lignes directrices du 13 octobre 2000, pt. 35.

73 Pt. 119 des lignes directrices précise : « plus la restriction verticale est liée à une cession de savoir-faire, plus il existe de raisons d'escompter des gains d'efficacité et plus une restriction verticale peut se révéler nécessaire pour protéger ce savoir-faire cédé ou les coûts d'investissement supportés ». V. aussi pt. 200.

74 J. M. LELOUP, *La franchise*, préc., n° 556, p. 104.

75 L'accord d'association signé le 12 septembre 1963 entre la Communauté économique européenne et la Turquie, dit « accord d'Ankara », prévoyait une coopération économique et commerciale débouchant sur une union douanière ainsi qu'une coopération financière et envisageait la possibilité pour la Turquie d'adhérer un jour à la Communauté.

1. - L'origine de l'harmonisation du droit de la concurrence turc avec le droit communautaire

Même si les relations entre la Communauté européenne et la Turquie aient été établies bien auparavant⁷⁵, le droit de la concurrence turc⁷⁶ a été essentiellement affecté par la décision instituant l'union douanière : la décision n° 1/95 du Conseil d'association de la Communauté européenne-Turquie, du 22 décembre 1995, "relative à la mise en place de la phase définitive de l'union douanière"⁷⁷.

L'union douanière est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996. La Turquie est désormais tenu d'appliquer les aspects essentiels de la politique commerciale de l'Union européenne (tarif douanier commun) et d'appliquer les mêmes règles de concurrence.

Les articles 32 et 33 de la décision n° 1/95 du Conseil d'association reprennent mot à mot les articles 81 et 82 du traité de Rome. De surcroît, l'article 35 précise clairement que toute pratique contraire aux articles 32 et 33 est évaluée en fonction des critères découlant de l'application des dispositions des articles 81 et 82 du Traité de Rome et du droit communautaire dérivé.

Sous le titre du rapprochement des législations, l'article 39 al. 1 stipule que pour réaliser l'intégration économique souhaitée par l'union douanière, la Turquie doit veiller à rendre sa législation en matière de concurrence compatible avec celle de la Communauté et à ce qu'elle soit ef-

76 Le droit de la concurrence turc s'est développé plus tard par rapport à celui du droit communautaire parce qu'après la seconde guerre mondiale, les monopoles publics assuraient l'approvisionnement du pays en matières premières à des prix qui n'étaient pas des prix de marché, et le système bancaire contrôlé par l'État privilégiait les prêts à certaines entreprises ou certains secteurs, tandis que les subventions faussaient les réponses du marché. Le rapport 2005 d'OCDE, *Droit et politique de la concurrence en Turquie*. Pourtant nous considérons que ce traitement paradoxal économique du droit de la concurrence est forcément un besoin pour fonder les bases d'une économie privée nationale pour concurrencer les acteurs internationaux.

77 Journal officiel n° L 035 du 13/02/1996 p.1 - 47.

78 L'art. 43 al. 3 stipule, dans le même sens : « aucune disposition ...ne limite le pouvoir discrétionnaire dont la partie... dispose en vertu de sa législation sur la concurrence et de ses mesures d'exécution pour décider ou non d'engager une action coercitive à l'encontre des activités anticoncurrentielles notifiées, ni n'empêche la partie qui a procédé à la notifica-

fectivement appliquée.

Il convient ici de rappeler que la décision n° 1/95 du Conseil d'association ne vise que l'harmonisation de la législation turque avec le droit communautaire et non une adoption totale du droit de la concurrence communautaire⁷⁸. La Turquie conserve, donc, toujours la faculté d'effectuer une harmonisation compatible avec la nature et la dimension de son économie ainsi qu'avec les conditions de son marché⁷⁹.

2. - Les communications d'exemption par catégorie du Conseil de la concurrence turc en matière de franchise

L'harmonisation en matière de concurrence qui a commencé avec l'adoption en 1994⁸⁰ de la loi n° 4054 relative à la protection de la concurrence⁸¹, s'est poursuivie, au début, avec la communication n° 1998/7 du

79 Y. ASLAN, *Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar Teori ve Uygulama*, préc., p. 184.

80 La date du 7 décembre 1994 précède celle de la signature de la décision N° 1/95 du Conseil d'association (6 mars 1995) qui exige dans son art. 39 al. 2. a que « la Turquie adopte, avant l'entrée en vigueur de l'union douanière (1 janvier 1996), une loi visant à interdire les comportements d'entreprises visées dans les articles 85 et 86 (nouveau 81 et 82) du Traité instituant la Communauté européenne ». Après avoir rappelé que les articles 4, 5 et 6 de la loi n°4054 du 7 décembre 1994 reprenaient les articles dudit traité, nous affirmons que l'harmonisation en matière de concurrence avec le droit communautaire est plus le résultat de la volonté autonome de la législation turque que celui d'un marchandage politique entre l'Union européenne et la Turquie. Nous pouvons aussi mentionner, dans le même sens, l'art. 167 de la Constitution turque, adoptée en 1982, qui pose les fondements explicites de la politique de la concurrence, en garantissant que l'État prendra des mesures pour assurer et promouvoir le bon fonctionnement des marchés monétaires, du crédit, des capitaux et des produits et des services et qu'il « ...empêchera la formation, dans la pratique ou en vertu d'un accord, de monopoles et de cartels ». Comp. K. EROL, *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması*, 1e éd, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, p. 143 et s.

81 *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, loi n° 4054, date d'adoption: 7.12.1994, R.G : 13.12.1994 - n° 22140. Avant l'adaption de cette loi, la concurrence a été insuffisamment protégée par les dispositions du Code de commerce (art. 56-65) et par le principe de la bonne foi (art. 2 du Code civil). E. ERDEM, *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*, 1e éd., Beta, İstanbul, 2003, p.11.

82 *Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*, Tebliğ n°: 1998/7.

Conseil de la concurrence: la communication d'exemption par catégorie relative aux accords de franchise⁸². L'adoption de la nouvelle communication générale n° 2002/2 relative aux restrictions verticales et son mode d'emploi affirment une certaine volonté de persistance dans l'harmonisation du droit de la concurrence avec le droit communautaire.

a) la communication d'exemption par catégorie relative aux accords de franchise

La communication n° 1998/7 du Conseil de la concurrence détermine les conditions d'exemption par catégorie des accords de franchise vis-à-vis de l'art. 4 de la loi relative à la protection de la concurrence. Cette communication reprend strictement le contenu du règlement n° 4087/88, comme la décision n° 1/95 du Conseil d'association l'exige dans son art. 39. 2. a.: « elle (la Turquie) veille ...à ce que, dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de l'union douanière, **tous les principes contenus dans les règlements d'exemption par catégorie en vigueur dans la Communauté, ainsi que ceux contenus dans la jurisprudence développée par les autorités de la Communauté, soient appliqués en Turquie** ».

Les illustrations concrètes de cette harmonisation consistent dans le fait que l'art. 3 de la communication n° 1998/7 du Conseil de la concurrence concernant les « définitions » est **une traduction complète** de l'art. 1. al. 3 du règlement n° 4087/88, ainsi que l'art. 4 de la communication n° 1998/7 qui correspond à l'art 2 du règlement n° 4087/88. De la même manière, l'art 5 de la communication n° 1998/7 reprend exactement les mêmes termes de l'art. 3. 1 comme il existe respectivement une relation identique entre les articles 6, 7, 8, 9 de la communication n° 1998/7 et l'art. 3.2, 4, 5, 8 du règlement n° 4087/88.

b) la communication n° 2002/2 relative aux restrictions verticales⁸³ et le mode d'emploi afférent

La communication n° 2002/2 du Conseil de la concurrence a abrogé la communication n° 1998/7 relative aux accords de franchise. Elle fixe dans son premier article les conditions d'exemption par catégorie des accords verticaux vis-à-vis de l'art. 4 de la loi relative à la protection de la concurrence.

83 Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ n° : 2002/2.

En fait, la communication n° 2002/2 reprend strictement le contenu du règlement n° 2790/99 en vertu de la décision n° 1/95 du Conseil d'association, de la même manière que la communication précédente suivit le contenu du règlement n° 4087/88. Il s'agit alors d'une réglementation générale ayant un domaine d'application plus large que la communication n° 1998/7.

Enfin, le Conseil de la concurrence a clairement démontré sa volonté de persistance dans l'harmonisation de la politique de concurrence avec le droit communautaire en publiant, en juin 2003, le mode d'emploi concernant l'explication de la communication n° 2002/2 relative aux restrictions verticales⁸⁴.

La publication du mode d'emploi a pour objectif de montrer les éléments qui seront pris en compte par le Conseil de la concurrence dans l'application de la communication n° 2002/2. Le mode d'emploi aide, ainsi, à diminuer, le plus possible, les incertitudes dans l'interprétation de la communication n° 2002/2 par les entreprises de la même manière que les lignes directrices remplissent la même fonction à l'égard du règlement n° 2790/99.

Ce mode d'emploi a naturellement une grande ressemblance avec le contenu des lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne. Le texte du Conseil de la concurrence est considérablement moins détaillé que la réglementation communautaire, avec une différence qui s'est avérée avoir des conséquences importantes pour les franchiseurs établis en Turquie. Cette différence concerne **la durée d'application des clauses de non-concurrence**. Qu'il s'agisse du droit communautaire ou du droit turc, les exemptions par catégorie applicables aux accords verticaux limitent généralement les clauses de non-concurrence à une durée de 5 ans, sous réserve de renouvellement par consentement mutuel entre les parties contractantes⁸⁵.

Cependant, nous trouvons au point 200 al. 2 des lignes directrices les indications suivantes concernant spécifiquement les accords de franchise:

«une obligation de non-concurrence relative aux biens ou services ac-

84 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin Açıklanmasına Dair Kılavuz.

85 Règlement n° 2790/99, l'art. 5. a. La communication n° 2002/2, art. 5. a.

hetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. Dans de tels cas, la durée de l'obligation de non-concurrence n'est pas un facteur pertinent au regard de l'article 81, paragraphe 1, pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même ».

Le mode d'emploi concernant l'explication de la communication n° 2002/2 relative aux restrictions verticales ne contient aucune indication analogue, et le Conseil de la concurrence estime que la limite de cinq ans s'applique aux clauses de non-concurrence des franchises comme à tous les autres contrats. Pourtant, les franchiseurs en Turquie affirment que ces clauses devraient être autorisées pour toute la durée du contrat de franchise, puisqu'elles le sont en droit communautaire. Le Conseil répond que les franchiseurs peuvent faire une demande d'attestation négative, qui peut être délivrée pour une durée indéterminée. Vraisemblablement, le requérant ferait valoir qu'une attestation négative est justifiée, parce que, conformément à la politique du droit communautaire, une clause de non-concurrence pour une franchise n'enfreint pas l'art. 4 (l'équivalent de l'art. 81 du traité de Rome) de la loi relative à la protection de la concurrence, si elle est limitée à la durée de vie du contrat de franchise⁸⁶.

BIBLIOGRAPHIE

Ş. AKYOL, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1984.

F. G. ALTAN, Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Ankara Üniversitesi, 2004.

Y. ASLAN, Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar Teori ve Uygulama, Ekin, İstanbul, 2004.

C. ATIAS, Le Contentieux de la Franchise, Annales des Loyers et de la Propriété Commerciale, Rurale, et Immobilière, n° 8-9, août-septembre 1996.

D. BASCHET, Le Savoir-Faire dans le Contrat de Franchise, Gaz. Pal., 1994.

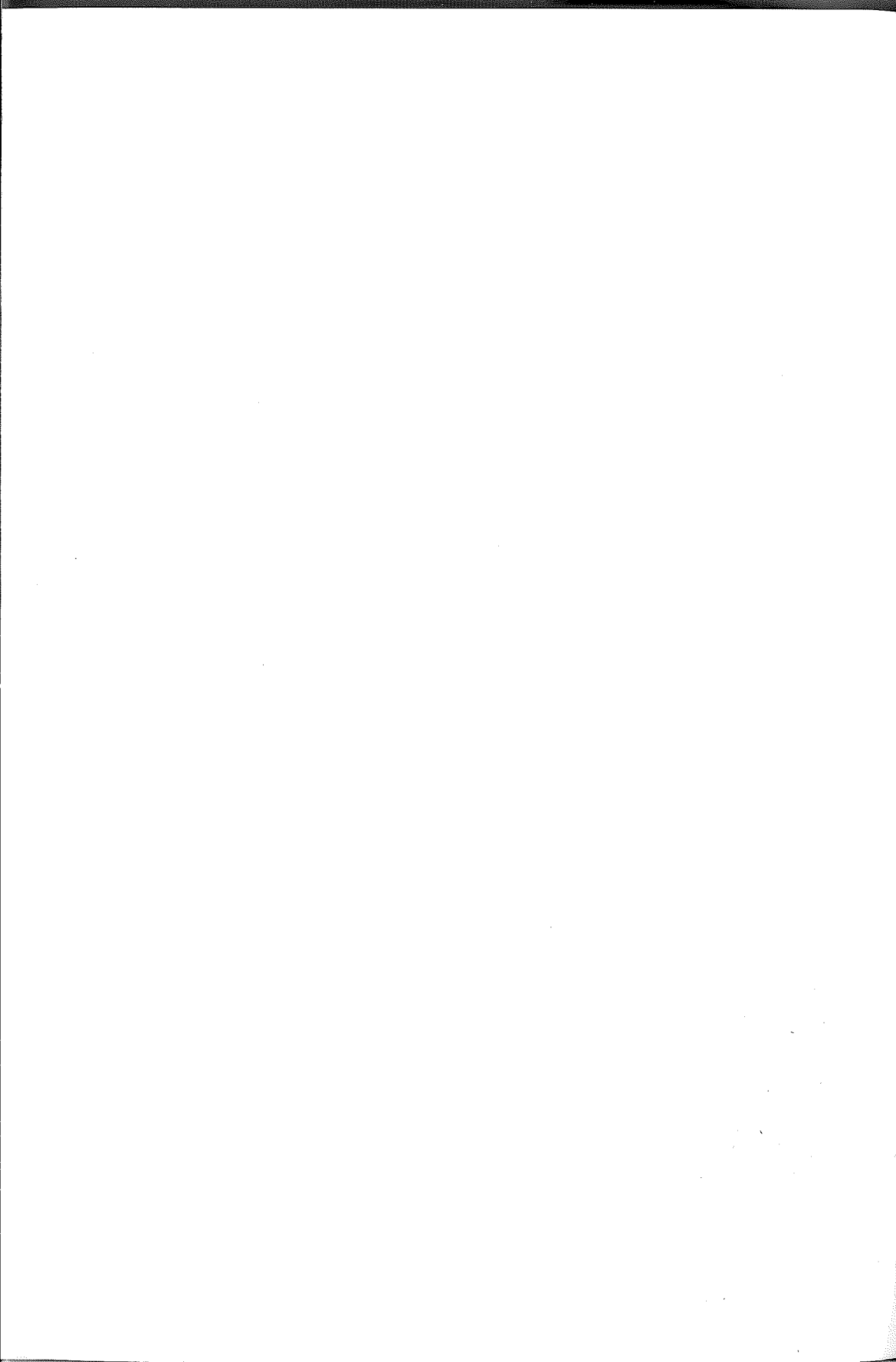
D. BASCHET, Le Savoir-Faire dans le Contrat de Franchise, Revue Française de Comptabilité, Juillet-Août 1996.

D. BASCHET, La Franchise, Guide Pratique, Conseils pratiques, Gualino éditeur, 2005.

86 Le rapport 2005 d'OCDE, *Droit et politique de la concurrence en Turquie*.

- M. BAŞ, Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, Ankara, 2000.
- H. BENSOUSSAN, Le Droit de la Franchise, 2e éd., Ed. Apogée, 1999.
- F. CHARTIER, La Notion de Savoir-Faire et ses Implications dans la Franchise, thèse, Montpellier, 2002.
- N. EKŞİ, Franchising Sözleşmesi, Yeni Adalet Dergisi, Yıl 3, S. 24, 1992.
- P. ENGEL, Contrats de Droit Suisse, 2e éd., Staempfli, Berne, 2000.
- İ. ERBAY, Know-How Sözleşmesi, Ankara, 2002.
- E. ERDEM, Türk ve AT rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, 1e éd., Beta, İstanbul, 2003.
- K. EROL, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, 1e éd, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.
- D. FERRIER, La franchise Internationale, Journal du Droit International, 1988.
- D. FERRIER, La Franchise Industrielle : JCP E 1989, Cah. Dr. Entr. n° 1.
- D. FERRIER, Rec. Dalloz, sommaires commentés, 1992.
- D. FERRIER, Rép. Com. Dalloz, Franchise, mars 1996.
- D. FERRIER, Le Devenir du Droit National ou Supranational de la Franchise : Dalloz Affaires, supplément au n° 170, 22 juillet 1999.
- D. FERRIER, Franchise et Savoir-Faire : Mélanges Offerts à Jean-Jacques Burst, 2000.
- D. FERRIER, Droit de la Distribution, 3e éd., Litec, 2002.
- D. FERRIER, Cours de Droit de la Distribution, Université de Montpellier, 2005.
- O. B. GURZUMAR, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistemlerin" Hukuken Korunması, 1e éd., Beta, 1995.
- H. HATEMİ / R. SEROZAN / A. ARPACI, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, 1992.
- E. KUNTALP, Karma Muhtevalı Akit, Ankara, 1971.
- J. M. MOUSSERON, Aspects Juridiques du Know-How, Cah. Dr. Entr. 1972-1.
- J. M. MOUSSERON, Technique Contractuelle, 3e éd., Lefebvre, 2005.
- J. M. LELOUP, La franchise, 3e éd., DELMAS, 2000.
- P. LE TOURNEAU, Le Franchisage, Economica, 1994.
- P. LE TOURNEAU, Franchisage, JurisClasseur, Contrats – Distribution, Fasc. 1050, mise à jour au Novembre 2002.

- K. OĞUZMAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz, İstanbul, 2000.
- D. PIALOT, Le Guide Complet de la Franchise, Groupe Express Editions, 2004.
- N. SABAN, Franchising ve Vergilendirme, 1e éd., Beta, İstanbul, 1997.
- S. SÜZEK, İş Hukuku, Beta, 2002, İstanbul.
- H. TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6e éd., İstanbul, 1990.
- P. TERCIER, Contrats spéciaux, 2e éd., Schulthess, Zurich, 1995.
- L. THEVENOZ / F.WERRO, Code des obligations-Commentaire, Vol. 1, Genève, 2003.
- H. N. TOPÇU, Franchising Sözleşmesi, thèse, İstanbul Üniversitesi, 1991.
- D. ULAŞ, Bir Pazarlama ve Dağıtım Yöntemi Olarak Franchising Sistemi, 1e éd., Nobel, Ankara, 1999.
- P. VOIRIN, Droit Civil, T.1, 28e éd., L.G.D.J, 2001.
- H. YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, Vedat, İstanbul, 2004.
- C. YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 1, İstanbul, 1994.
- A. S. YÜKSEL, Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul, 1989.
- J. XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, Schulthess, Genève, 2002.
- Le rapport 2005 d'OCDE, Droit et politique de la concurrence en Turquie.
- The ICC Model International Franchising Contract, Chambre de Commerce Internationale, 2000, Paris.
- Guide to International Master Franchise Arrangements, Unidroit, 1998, Rome.



**HARMONIZATION OF SECURED FINANCE LAW
WITH SPECIAL REFERENCE TO INTERNATIONAL
INSOLVENCY AND CIVIL PROCEDURE LAW**

Efe Direnisa

Research Assistant, Yeditepe University Faculty of Law

INTRODUCTION

The harmonization movement affects all areas of international commercial law. Rapid communication, technological developments and new trade practices made the harmonization of law relating to international commerce necessary in global markets. The structure and the aims of harmonization are being discussed in domestic as well as in international arena. The political will and international consensus are the main grounds of harmonization. Whilst law reformers are trying to modernize their laws, the connection to traditional approaches and principles are still present. Different opinions, expectations and approaches build up new problems in the harmonization process. All states have different levels of economic development; there exist huge market economies and less-developed economies. Advantages, disadvantages and normative legitimacy of the harmonization stem from these differences and give rise to new discussions. The implications of advantages and disadvantages of the harmonization differ from state to sta-

te. Harmonization is viewed as a device for analyzing legal problems arising in the international arena. National lawmakers, international organisations, scholars, lawyers, international banking bodies, businesspersons and all other interest groups are involved in the harmonization process. Harmonization makes the co-operation of all interest groups necessary in order for it to succeed. If the trade law fails to respond to the needs of global trade, businesspersons eventually will 'find other, non-legal ways to structure their commercial lives'.¹

Security transactions are of great importance in the international trade. In all types of international transactions, the security shows itself in different ways. Credit extensions, security and security interest are pervasive in the international commercial law. Predictability, certainty and reduction of the transaction costs are the main objectives of harmonization in the secured finance law. Recent developments in the secured finance law are the main incentives towards harmonization in this area. However, the idea of implementation of a feasible, flexible and effective harmonization in secured finance law highlights several obstacles impeding the innovation in this wide area.

In addition, harmonization of secured finance law is closely related to harmonization of international insolvency, civil procedure and enforcement law.

For developments in the latter areas, will contribute to the harmonization of secured finance law. The concept of security has important substantive and procedural aspects and it is crucial in case of default and particularly in case of insolvency proceedings. During the enforcement stager the owner of the security interest may seek for the enforcement of his security right through foreign courts. This enforcement may occur as an individual effort as well as joining to insolvency proceedings. Therefore, the procedural laws will give effect to substantive laws relating to secured transactions. In any case, there should be a parallelism between different procedural laws and insolvency laws, in order to help security to be enforced in all related

1 A.Rosett 'Unidroit Principles and Harmonization of International Commercial Law', at <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1997-3.htm>> (1 February 2005).

jurisdictions. Harmonization of secured finance law should be accompanied by the harmonization of civil procedure, enforcement and insolvency laws. Only this combination may result in a successful harmonization.

In this essay, I will first discuss the definition, methods and the advantages and disadvantages of harmonization in international commercial law. Secondly, I will examine the necessity of harmonization in this area of law as well as the available methods of harmonization. Finally I will analyse the relation of secured finance law with other branches of private law. While doing this, special reference will be made to international insolvency and civil procedure law. Finally, the focus of attention will turn to the consideration of the special difficulties that only exist in relation to the harmonization of secured finance law.

I. HARMONIZATION IN GENERAL

1. Defining the Harmonization

Concepts such as 'harmonization, uniformity, equalisation and legal equilibrium' are all used for defining 'similar or equal rules and regulations'; yet, *uniform application* is the exercise of rules 'absolutely the same with no variations'.² *Harmonization* refers to a narrower application of the rules, not necessarily the uniform application. However, these concepts have similar meanings in most of the contexts. In its complete sense, harmonization refers to a uniform application of the legislation among the adopting states.³ Harmonization has two main aspects, namely the development of a single court and of a single law. Uniformity may result in the universal application of laws. Divergence of the legal rules among different jurisdictions causes several problems for the achievement of harmonization. Hence, the creation of a complete uniformity is the ultimate objective of the harmonization process.

2 CB Andersen 'Uniformity in the CISG in the First Decade of its Application' in IF. Fletcher L. Mistelis and M Cremona (eds) *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (London: Sweet and Maxwell London, 2001) [20-005].

3 JS Ziegel 'Harmonization of Private Laws in Federal Systems of Government: Canada, the USA and Australia' in R Cranston (ed) *Making Commercial Law* (Clarendon Press Oxford 1997) 133.

As Herrmann (2001)⁴ points out, if every house has different laws in 'the global village', in 'the global marketplace', this will damage international commerce and harmonization. On the other hand, Stephan⁵ believes that '[P]ermitting individual nations to enact rules and then enabling business actors to select them to govern their relations' will be the best way for providing uniformity. Thus, both commentators support the idea of harmonization, though by means of different instruments. According to Rosett,⁶ a uniform law is not always equivalent to better law, 'the challenge is to use the opportunity of legal change for harmonization to produce better law'. To figure out the level and the effects of harmonization, in the first place, one should examine the methods of harmonization and the instruments employed to that purpose.

2. Methods of the Harmonization

There is a considerable number of methods of harmonization available for different levels of innovation in all areas of international commercial law. To set out the efficiency of these instruments, one should first define their sources. The sources of law are classified as *hard law* and *soft law* with regard to their binding nature upon the parties of international transactions; hard law covers international conventions, national legislations and regional or international customary law.⁷ These rules are binding upon the parties if they incorporate these rules in their contract. In contrast, soft law contains international and regional model laws that are not adopted by the national jurisdictions, principles of legal guides, restatements of the international commercial law prepared by scholars and con-

4 G Herrmann 'The Role of Uncitral' in IF Fletcher L Mistelis and M Cremona (eds) *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (Sweet and Maxwell London London 2001) [2-005].

5 P Stephan 'The Futility of Unification and Harmonisation in International Commercial Law' (1999) 30 *Virginia Journal of International Law* 743.

6 A Rosett 'Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law' (1992) 40 *American Journal of Comparative Law* 683.

7 L Mistelis 'Is Harmonization a Necessary Evil? The Future of Harmonization and New Sources of International Trade Law' in IF Fletcher L Mistelis and M Cremona (eds) *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (Sweet and Maxwell London London 2001) [1-36]-[1-39].

tract terms of the parties.⁸ Soft law is more effective method of harmonization than hard law. However, soft laws, do not have a binding character, unless the parties decide to the contrary.

Model laws, conventions, uniform rules, codified trade usages-terms and national legislations are the main instruments used to achieve the harmonization goal. From the technical perspective, there is a variety of classifications regarding these methods that have been made by prominent commentators in the legal doctrine.⁹

International institutions, also referred to as the formulating agencies, are involved in the formulation of trade policy and rules for the international commercial transactions.¹⁰ The most important institutions for harmonization are the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), the Hague Conference on Private International Law and the World Trade Organisation (WTO). In addition, there are a number of regional organisations such as the European Commission/Union (EC/EU), and the North American Free Trade Association (NAFTA). A number of non-governmental organisations such as the International Chamber of Commerce (ICC), the International Law Association (ILA) and the International Bar Association (IBA), also endeavour to harmonise international trade law.¹¹

In terms of hard laws, international conventions are the most important tool to achieve take the first place in harmonization. The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980); the UN Convention on International Bills of Exchange International Promissory Notes (1980); the New York Convention on the Recognition and Enforcement of

8 *ibid*; for a comprehensive discussion about the relationship between soft law and hard law, see O Durman 'The Role of Soft Law in Globalisation: A Legal Perspective' (2004) 1 *Journal of Yeditepe University Faculty of Law* 65, 80–82.

9 *ibid*.

10 *ibid* [1–40]–[1–46].

11 '[D]uring [the interaction of regional markets] substantial change has come through the European Union, NAFTA; MERCOSUR and others. Law harmonization has now reached sub-Saharan Africa through OHADA and several other bodies', HS Burman 'The Commercial Challenge in Modernizing Secured Transactions Law' (2003) 8 *Uniform Law Review* 347, 348.

Foreign Arbitral Awards (1958) are just a few examples amongst such conventions. In terms of soft laws, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) is very successful as a model law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994) and the Principles of European Contract Law (1995) are very important restatements, which aim to influence national contract laws. The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (1993) and the INCOTERMS (2000) are some instances of codification of trade usages and terms, which drafted by ICC. Trade usages, terms and international standards is called *lex mercatoria*.¹² Professional associations and scholars are trying to codify the *lex mercatoria*.

Finally, the United States Uniform Commercial Code Revised Article 9, which serves as a harmonization tool in secured transactions constitutes another example of harmonization by soft laws.

3. Advantages and Disadvantages of Harmonization

Harmonization 'facilitates a common market' by solving the international commercial disagreements better than the national laws.¹³ Moreover, it lays down neutral and necessary rules that do not exist in the national laws, in this way it fills legal gaps in the laws.¹⁴ It is also more 'accessible than a national law'; it 'saves time and expense'; it protects parties from *forum shopping* by dispensing 'with the need to resort to the conflict of laws rules' and it is easy to enforce international judgements.¹⁵ Undoubtedly, har-

12 RM Goode *Commercial Law in the Next Millennium* (Sweet and Maxwell London 1998) 90. The *lex mercatoria* approach is mainly based on the relation of different norms found in the international and national sphere and the hierarchy of such norms in the context of *lex mercatoria* is as follows: fundamental legal principle; mandatory custom; mandatory uniform treaty law; the contract; directory custom; directory uniform treaty law; general principles largely derived from comparative law, uniform treaty law; residually domestic laws found through conflict of law rules, JH Dalhuisen *Dalhuisen on International Commercial, Finance and Trade Law* (2nd edn Hart Publishing Oxford 2004) 99.

13 RM Goode, 'Reflections on the Harmonisation of Commercial Law' (1996) 1 *Uniform Law Review* 54, 54-74.

14 *ibid.*

15 *ibid.*

monization reduces transaction costs and enhances economic efficiency by offering a uniform law. It brings predictability, flexibility and certainty to the parties involved in international commercial disputes.

However, harmonization has some crucial disadvantages. Indeed, the national law may be better than the harmonizing rules because it is well known or the harmonizing attempt may be insufficient in scope or it is maybe deficiently drafted.¹⁶ Therefore, states may compete with each other in order to draft the most modern laws.¹⁷ Another argument against harmonization is 'harmonization is adjectival in character and focuses mainly on the structure and *modus operandi* [(working style)] of harmonizing agencies'.¹⁸ Ineffective harmonization encourages forum shopping and increases the need to resort to conflict of laws rules. Business community and states are often reluctant to harmonization. Because of lack of support, political will and the traditional legal principles, it is difficult to convince business community and states to accept harmonization.¹⁹ 'Irreconcilable differences' and 'unacceptable compromises' involving in the adoption of the conventions and common interpretation of the harmonizing instruments are the major problems of harmonization.²⁰

II. HARMONIZATION OF INTERNATIONAL SECURED FINANCE LAW

1. Security and Secured Transactions in General

Credit is the most indispensable part of a market economy. It is evident that security is necessary for obtaining credit. On one hand, security decreases the risk of not being paid for a secured creditor; on the other hand, when compared to unsecured creditors, price for utilization of the money—like interest rate—becomes lower for secured creditors.²¹

16 *ibid.*

17 Ziegel, *supra* n 3, 136.

18 *ibid* 136.

19 Mistelis, *supra* n 7, 1-047.

20 Mistelis, *supra* n 7, 1-49.

21 U Drobnig 'Secured Credit in International Insolvency Proceedings' (1988) 33 Texas

Security can be taken over tangible property as well as intangible property. If the security relates to tangible property, it may be either in form of possessory or non-possessory.²² Whilst pure intangibles cannot be subject to possession; documentary intangibles treated as goods may be pledged and can be subject to possession.²³ Immovables cannot be physically transferred, they can be charged by a mortgage in common law jurisdictions or by a hypothec in civil law jurisdictions and those types of security interests are usually registered in the land register.²⁴

Tangible movables can be secured by either possessory pledge or non-possessory pledge. In civil law jurisdictions, possessory pledge, which requires transfer of the collateral to the creditor, is mostly used as a device for taking security over tangible movables. However, possessory security in tangible movables does not meet the needs of a modern market economy. In common law jurisdictions, however, it is possible to leave the tangible movables in the debtor's hands by non-possessory pledge. As *Drobnig* points out, non-possessory pledge enables the debtor to utilize the collateral for his business; he can use his machines, automobiles; he can work the raw material, he can sell goods or he can advertise the merchandise and sell it to customers.²⁵

Another important point to note here is that *fixed and floating security* distinction is of great importance in the commercial sphere.²⁶ In parti-

International Law Journal 53, 54; for a comprehensive discussion regarding the position and importance of credit in developing economies in relation to secured finance law, see generally HW Fleisig 'Economic Functions of Security in a Market Economy' in JJ Norton and M Andenas (eds) *Emerging Financial Markets and Secured Transactions* (Kluwer Law International London 1998) 15–35.

22 The pledge and the contractual lien are the two forms of possessory security under English law. RM Goode *Legal Problems of Credit and Security* (3rd edn Sweet and Maxwell London 2003) [1–05]–[1–08].

23 *ibid.*

24 *Drobnig* (n 21) 55.

25 *ibid.* For the security interests in intangibles, see *ibid* 60.

26 'Under a fixed charge the asset is appropriated to satisfaction of the debt immediately or upon the debtor acquiring an interest in it. ... [Under] a floating charge appropriation is deferred; the chargee's rights attach in the first instance not to specific assets but to a shifting fund of assets, the debtor company being left free to manage the fund

cular, some civil law countries do not allow floating security, mostly for public policy reasons. By contrast, it is very common in most of the common law jurisdictions to permit a floating security interest over the entire assets of the debtor. This position inevitably leads to several obstacles in the area of international commercial law.

Mainly, there are two types of security. These are *personal* and *real security*. Real security, gives the holder of the security a right in another's asset to secure the obligations of the debtor.²⁷ On the other hand, personal security is a 'security in the form of a personal undertaking which reinforces the debtor's primary undertaking to give payment or other performance'.²⁸ It should be noted that this essay is only concerned with real security.

Effectiveness of secured finance law is related to the accommodation of a number of important elements. The advantage of the security owner depends on the *security right* that he receives in the secured asset and in particular on '[t]he essential qualities of the right; the certainty of the right; the means of recovery of the debt from the secured asset; and the cost of creating, maintaining and exercising the right'.²⁹

Secured financing law is an area that is 'ill suited to internationalization' and harmonization.³⁰ The harmonization that is available in this area can be divided into three categories. Firstly, 'projects designed to modify

in the ordinary course of business. It is only when the debtor's management powers are brought to an end that the charge crystallises and fastens on the specific assets then comprised in the fund or subsequently acquired by the debtor', Goode (n 22) [1-10].

27 Goode (n 22) [1-05]-[1-16]; RM Goode *Commercial Law* (3rd edn Penguin Books London 2004) 583; S Mayson D French and C Ryan *Company law* (21st edn Oxford University Press Oxford 2004) 339. The pledge, the contractual lien, the mortgage, the equitable charge are the four main real security devices under English law.

28 Goode (n 22) [1-05]-[1-06], such personal undertaking may be given as a surety under suretyship guarantee or a guarantor under demand guarantee by a third party.

29 JL Simpson and JHM Röver 'General Principles of a Modern Secured Transactions Law' in JJ Norton and M Andenas (eds) *Emerging Financial Markets and Secured Transactions* (Kluwer Law International London 1998) 145.

30 RCC Cuming 'The Internationalization of Secured Financing Law: the Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny' in R Cranston (ed) *Making Commercial Law* (Clarendon Press Oxford 1997) 499.

existing domestic secured finance law' that are incorporation of approaches and rules from other states and adoption of model laws; secondly, purely international instruments and thirdly, acceptance of choice of law rules 'under which the law applicable' to the secured finance issues is determined.³¹

The philosophy governing the secured finance law is extensively different between the jurisdictions. Some legal systems are hostile to security concepts while some others give powerful effect to the security. This position largely rests on legal backgrounds and economic developments. Policies in favour of the security concept are 'mitigation of the risks of insolvency', 'debt restructuring' and reduction of 'the credit costs'; conversely, the opposing policies are that security 'violates the equality principles' in insolvency and it does not protect the 'small creditors'.³² These extremely opposite policy considerations shaped two different systems of security. English-based common law states including the United States, allow a universal security 'all over the assets' and future assets 'including assets coming into existence after' the insolvency. Under this system, security covers 'all future debt' without any maximum amount and secured creditors may 'sell the collateral without court intervention'.³³ Pursuant to the other system, which is endorsed by civil jurisdictions, 'taking security over goods, receivables, investments and contracts' is difficult because of formalities, lower priority, documentary taxes, exclusion of security for future debts, insistence on a maximum amount and 'expensive judicial public auctions' and obligatory grace periods on the enforcement stage.³⁴ Yet, this approach is softened in some jurisdictions. Such as the *fiduciary transfer* in Germany, Switzerland and some other states and the enterprise floating charge accepted in some Scandinavian jurisdictions.³⁵ However, these instruments are not effective like a floating charge in common law jurisdictions, because of

31 *ibid* 500.

32 PR Wood 'Comparative Financial Law: A Classification of the Worlds' Jurisdictions' in R Cranston (ed) *Making Commercial Law* (Clarendon Press Oxford 1997) 41.

33 *ibid* 42.

34 *ibid*.

35 PR Wood *Comparative Law of Security and Guarantees* (Sweet and Maxwell London 1995) [2-11].

their scope or absence of *public registration* systems.³⁶ In Turkey, business enterprise pledge is regulated under the Pledge of Business Enterprise Act.³⁷ This scheme is a non-possessory pledge with respect to a number of identified assets. However, this is far away from being effective as a floating charge. For the floating charge is established over all of the assets of the debtor.

In terms of creation of security rights over immovable property and possessory security over tangible movables, national systems are very similar but in creation of non-possessory security rights over tangible and intangible movables, there is a great divergence between the systems.³⁸ English and American systems both allow non-possessory security over all forms of property including present and future assets with a registration system.³⁹ However, English system is very complicated because of different regimes governing different types of transactions. Unlike the English system, under the American system, there is only one type of security right applicable to all secured transactions.

In terms of title finance, a German retention of title clause has a function of security in practice, it covers the asset, and it may cover the proceeds of the asset in question. Under English law, retention of title clause covering the proceeds of the supplied asset may be interpreted as a charge over *book debts* and without registration, it will be void.⁴⁰ Under German law, creditors who own a right of retention of title are better protected than under English law. The 'over-securitization rule' voids the security taken by a bank if the amount of the security is 'too much' according to the *good faith* principle under Article 138 of the German Civil Code.⁴¹ This principle is unfamiliar to the common law jurisdictions because the concept of *good faith* is rarely used there in.

36 M Bridge and R Stevens (eds) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford University Press Oxford 2001) 2.

37 [Act no. 1447, and dated 1971].

38 *ibid.*

39 Wood (n 35) [2-8], [2-9].

40 Bridge (n 36) 3; B Jäkel 'Outline of Security Interests Under German Law' in M Bridge and R Stevens (eds) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford University Press Oxford 2001) 91.

41 Bridge (n 36) 4.

2. Harmonization in Secured Finance Law: Is There a Need For Harmonization in this Area?

Secured finance law 'is a prime factor in determining the market power', 'competitiveness' of creditors and debtors and a uniform, 'market-responsive' secured finance law is a 'precondition for successful liberalisation' of markets.⁴² The 'movement from planned to market economies' has increased the position of the security for payments. Also, with the effect of globalisation, legal barriers to trade are coming down and this situation makes necessary the recognition of the foreign security interests necessary in other countries.⁴³ At the national level, a sound legal system, which provides creation and protection of security interests, is necessary for developing economies.⁴⁴ At the international level, there are some other factors, which have conducted to the importance of security interests in cross-border transactions particularly in relation to recognition of a security interest in other jurisdictions.⁴⁵

There is a need for harmonization in the area of secured finance law in particular in relation to the law relating to real security. Property and ownership are domestic subjects in commercial law. Every state has its own rigid concepts of property and ownership. With regard to these concepts, there is a great divergence among national security laws. Harmonization of such laws in order to realize an effective and flexible convergence of different legal systems is a very slow process because of the strong support of

42 Herbert Kronke 'Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration: Hypotheses, Certainties and Open Questions' <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2003-1&2-kronke-e.pdf>> (1 February 2005) 22.

43 RM Goode 'The Unidroit Mobile Equipment Convention' in M Bridge and R Stevens (eds) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford University Press Oxford 2001) 225. Globalization covers cross-border markets, distribution, financing as well as corporate activities; 'The advent of the computer age made access to markets possible for remote participants; this also made the status of their laws on secured finance a front-line issue for credit risk analysis', Burman (n 11) 348.

44 RM Goode 'Security in Cross-Border Transactions' [1998] *Texas School of Law Publications* 47, 47.

45 For the six main international factors that make security enormously important in the international scene, see Goode, n 43, 47.

national concepts. The rules embodied in many national legal systems are not sufficient for the to operate international secured finance law.⁴⁶ National provisions may not serve the core principles underlying secured transactions such as *priority of the claims*, promptly deciding the *value of the collateral* in case of default (prompt enforcement) and *insolvency rights*.⁴⁷ Another important problem is related to a conflict of laws rule. Indeed, *lex situs* (where it is, *lex rei sitae*) is not workable in mobile equipments, which are moving from one place to another. Security can be taken over tangible property including land and goods; over intangible property including documents of title to goods, negotiable instruments and negotiable securities and over pure intangible property including receivables and investment securities.⁴⁸ Difficulties arise in taking security over intangible property because of the national rules that try to consider these rights with regard to the law applicable to the tangible property.⁴⁹

Characterization of interests is another important problem in secured finance law, which can cause legal risks and lack of predictability and uncertainty in financial transactions.⁵⁰ Different types of structures, especially related to title finance like retention of title, factoring of receivables, financial and operational leases and hire purchase might be characterized differently among the different legal systems.⁵¹ The functions of title finance devices are to provide the 'commercial effect of security' and 'to avoid obstacles of the pledge laws', by this way to overcome restrictive legal rules that do not protect the modern interests.⁵² However, in some of the jurisdictions, these transactions are recharacterized as security and this gives rise to non-compliance with security laws. Furthermore, ownership—as the most comprehensive property right—'is dysfunctional for security purposes', since 'it gives more rights to the secured creditor than are needed for the pur-

46 RM Goode et al. *Transnational Commercial Law* (Oxford University Press New York 2004) 434.

47 *ibid.*

48 LS Sealy and RJA Hooley *Commercial Law* (3rd edn Butterworths London 2003) 1028.

49 Goode, n 45, 434.

50 *ibid.*

51 *ibid.*

52 Wood, n 32, 43.

pose of security'.⁵³ Therefore, in order to reach a fair balance between the rights of the creditor and the debtor, the right of ownership should not be employed for security purposes.

As explained above, all jurisdictions are trying to develop a number of different devices, which may enable non-possessory security over tangible movables. Those devices are the floating charge in common law jurisdictions, and the title finance in civil law jurisdiction. The variety of forms of non-possessory security rights give rise to differences between the states and this occurs especially in execution stage and in insolvency proceedings.⁵⁴ Therefore, harmonization of non-possessory security devices is an important issue with respect to the harmonization of law related to security entirely.

Another important reason for the necessity of harmonization in secured finance transactions is the competition of the secured financing interests and other interests in collateral arising by operation of law. The latter interests are the so-called non-consensual interests, such as those of taxing authorities and repairers.⁵⁵

Finally, as *Goode* points out, there is a need for 'the minimum degree of formality and the maximum degree of flexibility' so that laws requiring 'items of collateral' are not responsive to commercial needs; businesspersons choose legal systems permitting 'global security over present and future property'.⁵⁶

3. Harmonization Methods in International Secured Finance Law

(a) International and regional instruments

There is no convention or model law dealing with the general principles of security, including all types of security interests. The two important model laws in this area have a regional character. These are the EBRD Model Law on Secured Transactions, which is prepared by the European Bank

53 Drobnič, n 21, 60.

54 *ibid* 62.

55 *Goode*, n 45, 434.

56 *RM Goode 'Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional' (2003) 8 Uniform L Rev 341, 343.*

for Reconstruction and Development, and the OAS model law, which is prepared by the Organization of American States.⁵⁷

Article 1 of the EBRD Model Law states that: 'things and rights may be encumbered by the owner with a security right (called a charge) in order to grant security for a debt'. Pursuant to Articles 5.8–5.9 and 4.3.–4.4 of the same Model Law, the *charge* anticipated in Article 1 can be taken over any type of property and it may secure any type of debt, including the future debts. This model law keeps the formalities and costs required for a security to a minimum level by not making any distinction between the types of security, property and the parties.⁵⁸

The OAS Model Law is only applicable to only movable property. Article 1 of the OAS Model Law states that 'the objective of this Model Inter-American Law on Secured Transactions is to regulate security interests in movable property securing the performance of any obligations ...'. Unlike the EBRD Model Law, the OAS model law makes a distinction between the requirements for creation of an interest and its perfection.⁵⁹

In terms of mobile equipment financing transactions, ship and aircraft financing transactions lead to 'development of conflict of laws rules', international substantive rules and 'advanced secured financing techniques'.⁶⁰ The first modern convention regulating the mobile equipment financing area is the UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (1988). However, despite being the first modern attempt in the area of mobile equ-

57 *ibid.*

58 Goode, n 45, 435; Pau Ali, *the Law of Secured Finance* (Oxford University Press Oxford 2002) [10–06]–[10–14]; for more comprehensive analysis on EBRD model law, see generally, JA Spanogle 'A Functional Analysis of the EBRD Model Law on Secured Transactions' in JJ Norton and M Andenas (eds) *Emerging Financial Markets and Secured Transactions* (Kluwer Law International London 1998) 157; K Kreuzer 'The Model Law on Secured Transactions of the EBRD from a German Point of View' in JJ Norton and M Andenas (eds) *Emerging Financial Markets and Secured Transactions* (Kluwer Law International London 1998) 175.

59 Goode (n 45) 436; also see generally, B Kozolchik and JM Wilson 'The Organization of American States: The New Model Inter-American Law on Secured Transactions' (2002) 7 *Uniform Law Review* 69.

60 Goode (n 45) 437.

ipment finance, this Convention does not contain adequate provisions in particular on the issues of creation of rights, priorities and enforcement⁶¹ The UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment (2001) (The Cape Town Convention), governing security, retention of title and leasing interests in aircraft, space objects and railway rolling stock evidenced the importance of security taken over the tangible property (land and goods) and designed to 'facilitate the financing of mobile equipment'.⁶² Under this Convention, it is easy to create international interests by security or retention of title. The Convention further includes 'basic default remedies', perfection, priority of interests and 'establishment of an international public register' in order to 'record the interests' arising from the application of the Convention.⁶³ According to Article 2(1) of the Convention, 'this Convention provides for the constitution and effects of an international interest in certain categories of mobile equipment and associated rights'. This enables creditors to feel comfortable against the countries which are hostile to the idea of non-possessory security. The Convention has a great function in order to facilitate the cross-border activities relating to security over the assets constantly on move that are of crucial importance to the financier.⁶⁴

61 *ibid* 443.

62 *ibid* 445; Sealey (n 47) 1028; Pau Ali (n 57) 301.

63 RM Goode 'Contracts and Commercial Law; the Logic and Limitations of Harmonisation' <<http://www.ejcl.org/74/art74-1.html>> (1 February 2005); Ali (n 57) [10.28] the convention includes a unitary interest which can cover all types of consensual security interest under the common law; the pledge, the mortgage, the equitable charge and contractual lien.

64 RM Goode 'Insularity or Leadership? The Role of the United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law' 50 ICLQ 751, 753; Although the Cape Town Convention 'was originally intended to follow the model of Article 9 of the [UCC], by adopting a functional approach to the concept of a security interest so as to take in conditional sale agreements and leases intended as security, and by utilising a system of debtor registration that would allow the perfection of security interests in after-acquired property and proceeds', it may give rise to some problems in terms of its application. Since recharacterisation of other security devices as security interests is unique to North American jurisdictions and 'extension of the convention to after-acquired property and proceeds would lead to its application to classes of asset quite outside those for which it was designed', RM Goode 'Transcending the Boundaries of Earth and Space: the Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment' (1998) 3 Uniform Law Review 52, 57.

International receivables transactions have a great significance in the secured finance transactions. The UNIDROIT Convention on International Factoring (1988) is applicable to the factoring contracts. It is a primary attempt to create convergence between the different jurisdictions. However, it does not deal with some important issues such as priorities, 'effects of insolvency' and 'characterization of the interest as sale or security'.⁶⁵ On the other hand, the UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (2001) is an elaborately prepared convention on the important security issues. This Convention includes both conflict of laws rules and substantive rules regulating 'cross-border assignments of receivables' such as to an 'absolute assignment' or 'by way of security', including legal and equitable mortgages of receivables, 'where the assignor is located in a contracting state'.⁶⁶ According to Article 1(1) and (2):

(1)(a) Assignments of international receivables and to international assignments of receivables as defined in this chapter, if, at the time of conclusion of the contract of assignment, the assignor is located in a Contracting State and (b) Subsequent assignments, provided that any prior assignment is governed by this Convention.

(2) This Convention applies to subsequent assignments that satisfy the criteria set forth in paragraph 1(a) of this article, even if it did not apply to any prior assignment of the same receivable.

The provisions of the Convention regarding the rights of debtor and the rights of assignee are substantive provisions that are beneficial for harmonization. However, the enforcement of security rights is subject to the law of the forum, which may defer complete harmonization.

(b) Advantages and disadvantages of the international and regional instruments as methods of harmonization

As *Goode* points out, there are some special working methods adopted in the preparation stage of the successful international instruments

65 Goode (n 45) 449.

66 Ali (n 57) [10.15]; for a more comprehensive study on the UN Convention see generally, S Bazinas 'UNCITRAL's Contribution to the Unification of Receivables Financing Law: the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade' (2002) 7 Uniform Law Review 49.

which are 'the avoidance of excessive ambition-the need for limited objectives'; 'participation of all interested parties from the outset'; 'continuity of effort and the enthusiasm and commitment of a single individual'.⁶⁷ These factors are of great importance especially in the formative stage of international instruments. *Mooney Jun* adds another very important factor, that is when the 'tests of internationality on the transactional level' are abandoned, 'the historical conception of the proper domain of the conventions' will expand.⁶⁸ International conventions are legally binding upon the contracting states. This principle is an advantage of international conventions as harmonizing instruments. Ratifying states modify their own national laws in accordance with the international principles and these principles become part of the domestic law. A good drafted convention may serve a great function in terms of harmonization. Thus, it may widely be adopted by the national jurisdictions. However, a 'bad drafted convention', especially 'inadequate in scope', does not work and 'is neglected'.⁶⁹ Therefore, in contrast with the model laws, a convention should be well-drafted. A partially well-drafted model law can be attractive to the states due to its good provisions and there is no necessity for entire acceptance of a model law. States are free to enact the model laws and free to adopt only well-drafted parts of the model laws.⁷⁰ Moreover, model laws are generally more attractive for the national jurisdictions since they do not contain any time-consuming, lengthy and costly ratification procedure and they avoid the 'tensions' that may develop in the 'final negotiations' of a convention.⁷¹ They offer more predictability and legal certainty than the conventions. Although the optional character of the model laws make them attractive to the states in terms of harmonization, common adoption of the model laws are not significant 'from an economic, commercial, or social perspective'.⁷² The main disadvantage of the

67 Goode (n 62) 4.

68 CWM Jun 'Extraterritorial Impact of Choice of Law Rules for Non-United States Debtors under Revised Uniform Commercial Code Article 9 and a New Proposal For International Harmonization' in M Bridge and R Stevens (eds) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford University Press Oxford 2001) 202, 204.

69 Goode (n 13) 55.

70 *ibid.*

71 Ziegel (n 3) 134.

72 *ibid* 135.

model laws is their optional character, which makes them less important in the international arena. Conversely, international conventions offer more 'potential than model laws for multinational recognition and harmonization' because of their binding character and conventions are more useful than model laws for 'reforming domestic laws'.⁷³

In the international field, there are no 'central governments', which can enact uniform rules.⁷⁴ Therefore, international and regional organisations should work very hard to convince states that do not have common legal traditions to adopt the conventions. At the meetings of the international and regional organisations, the delegates should struggle with many different languages and 'greater cultural, economic and political divergences'.⁷⁵ It is also very difficult to bring together delegates from all parts of the world and problems of 'funding the harmonizing agencies' remains constant.⁷⁶ Furthermore, 'the projects take many years to complete' and after the adoption, it is extremely 'difficult to revise or amend', and there is no international court or another legal framework to make 'authoritative interpretation' of the conventions.⁷⁷ Therefore, the conventions are usually interpreted by the national courts and this gives rise to different applications of the same provisions of the conventions on the same issues. Questions of 'legitimacy', 'authority', 'accountability' and freedom of the new international law 'with respect to traditional international law' are based on sovereignty principles of the individual states.⁷⁸ These objections often arise when the harmonizing instrument is a convention and they are the main pitfalls of adoption of the conventions.

Generally, the harmonization process should not include 'too complex organizational structures'. On the contrary, it should include less complex and powerful structures in order to receive support from the states on the in-

73 Jun (n 67) 202, 204.

74 Ziegel (n 3) 165.

75 *ibid.*

76 *ibid.* 166.

77 *ibid.*

78 P Stephan 'The New International Law – Legitimacy, Accountability, Authority, and Freedom in the New Global Order' (1999) 70 *Colorado Law Review* 1555, 1556.

ternational as well as regional level.⁷⁹ In addition, for serving the purpose of harmonization of law relating to secured finance 'there is nothing worse than' the competition of the different harmonizing organisations with one another, on the same issues.⁸⁰ Whether or not these instruments differ as to their scope on the similar issues, there might be a great competition between them if there is a lack of co-operation. In this sense, co-operation between the institutions is of essential importance in order to provide a successful harmonization. For instance, the UNIDROIT principles relating to model equipment and the UNCITRAL principles relating to the receivables both regulate different aspects of the secured finance law; yet, they both contain principles with regard to the creation, perfection or priorities. Although these principles relate to different types of property, the logical conflict between the general principles of security reflects the lack of co-operation between the institutions. Undoubtedly once adopted, these conventions once adopted, may form a basis for more comprehensive reviews of cross-border security interests by UNIDROIT and UNCITRAL, but co-operation between these and the other institutions is vital for a successful harmonization. As *Drobnig* points out, with respect to conventions, *duplication* of effort and products that may diverge or contradict each other and thus cause confusion, should be avoided and if divergent solutions cannot be avoided, bridges should be built between those instruments.⁸¹ Otherwise, the competition of those instruments and non-recognition of security interests in different jurisdictions, which adopted different kinds of instruments, is inevitable. For instance, the Cape Town Convention and the United Nations Convention on Receivables include similar provisions with respect to substantive rules. Ne-

79 Ziegel (n 3) 166.

80 MJ Bonell 'The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: A Comparison' in R Cranston (ed) *Making Commercial Law* (Clarendon Press Oxford 1997) 101.

81 U Drobnig 'Brief Considerations on Co-ordinating Developments in the Field of Secured Transactions Law' (2003) 8 *Uniform Law Review* 353, 354; 'It is important that the international legal community speak with one voice as to the recommendations to be issued, otherwise more confusion and uncertainty may be created than if every country were to be left to its own resources and initiatives', AM Garro 'Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives' (2003) 8 *Uniform Law Review* 357, 368.

vertheless, there are important differences between the two Conventions as to the method of perfection and the ranking of priorities.⁸² This divergence may give rise to the development of different approaches and policy considerations on the similar issues, even if they contain similar substantive provisions.

According to *Buxbaum*, harmonization instruments, especially international instruments like conventions, usually aim to harmonize the law applicable only in cross-border transactions, which in turn may give rise to 'constant priority conflicts' among different systems and this cannot address the entire issues that are involved in terms of international lending.⁸³ Thus, harmonization should be comprehensive in nature. It should attempt to harmonize international commercial law as well as related domestic laws.

Finally, as *Dalhuisen* points out, '[w]hen uniform laws allow for differences in incorporation of that law ... differences between the incorporation texts still give rise to questions [of applicable law]'.⁸⁴ Therefore, conflict of laws issues, which in turn will damage the harmonization effort, may still arise. In this connection, depending on their relevance, domestic laws may be applied to international cases.

(c) Domestic instruments of harmonization of secured finance law: judicial parallelism

Harmonization through legislation has two important aspects, which are the 'ratification of international conventions' and 'the adoption of the model' laws; and 'the judicial parallelism'.⁸⁵ The latter aspect is the influence of the domestic legislation on the other jurisdictions as a model law or source of ideas that may occur consciously or unconsciously.⁸⁶ The United States the Uniform Commercial Code (UCC) Article 9 is the first and the most important legal development at the national level concerning secured finance law. [The UCC Article 9 was adopted by Canada and some other

82 Garro (n 80) 366.

83 HL Buxbaum 'Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform' (2003) 8 Uniform Law Review 321, 327.

84 Dalhuisen (n 92) 97.

85 Goode (n 63) 752.

86 *ibid*; Goode (n 12) 88.

states have already taken steps to adopt the same system.] There are four main features of Article 9 that make it a basis for the harmonization of domestic and international secured finance law: Firstly, Article 9 is a 'functional approach to characterization' of secured transactions. Secondly, it facilitates 'automatic attachment of security interests' in future property. Thirdly, it is 'a functionally-oriented priority structure'. Finally, it brings 'notice filing' system.⁸⁷ Section 9-102(2) of UCC Article 9 governs the conflicts about security interests in personal property. According to Section 9-102(2) of Article 9:

This Article applies to security interests created by contract including pledge, assignment, chattel mortgage, chattel trust, trust deed, factor's lien, equipment trust, conditional sale, trust receipt, other lien or title retention contract and lease or consignment intended as security.

Under Article 9, a security interest can be created by a security agreement, usually in writing, and attaches to the collateral after the security agreement, which contains a description of the collateral, signed by the debtor. The perfection is made by filing a financing statement. Article 1, section 1-201(35) defines security interest as 'an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation'.⁸⁸ The Article 9 regime does not contain any *categorization*, the aim of the regime is to merge different kinds of personal property security law into a single system that abandons the traditional categories of proprietary interests and avoids *conceptualization*.⁸⁹ The EBRD Model Law on Secured Transactions and the UNIDROIT Convention on Interests in Mobile Equipment recognize a single form of consensual security right (*charge*) like Article 9. Howe-

87 Cuming (n 30) 500, 501.

88 Under English law, a 'security interest is a right given to one party in the asset of another party to secure payment of performance by that other party or by a third party. A fixed, or specific, consensual security interest possesses the following characteristics: (1) It is a right given by a debtor to a creditor in an asset; (2) The right is by way of grant of an interest in the debtor's asset, not by way of reservation of title to the creditor; (3) The right is given for the purposes of securing an obligation; (4) The asset is given in security only, not by way of outright transfer; (5) The agreement restricts the debtor's right to dispose of the asset free from the security interest.', Goode (n 22) [1-16].

89 Cuming (n 30) 505.

ver, Article 9 stipulates two types of security interests: 'true security interests', which 'secure payment of an obligation' and 'deemed security interests', which do 'not secure performance of an obligation'.⁹⁰ There is no such distinction in the system of EBRD Model Law. The UNIDROIT convention embodies the *functional approach* of the Article 9 regime; nevertheless, a security interest under the Convention does not encompass the conditional sales contracts and leases.⁹¹ Therefore, the scope of both the EBRD Model Law and the UNIDROIT Convention are narrower than the scope of Article 9, but they are both inspired by the *functional approach* of the Article 9 regime.

The revised version of the UCC Article 9 includes changes about the attachment, perfection, priorities and default provisions. Under the revised Article 9, security interest may be created in payment obligations arising out of the sale, lease or license of all kinds of intangible (including licence fees for software) or tangible property.⁹² Moreover, under the revised Article 9, there is no need for a signed writing to establish a security right. Instead, authentication of a record is sufficient and all filings can now be made electronically and all instruments can be perfected by filing.⁹³

(d) Advantages and disadvantages of judicial parallelism as a method of harmonization

Judicial parallelism as a method of harmonization is not strong enough to reach a complete modernization of secured finance laws. Every state has its own traditional concepts governing secured finance law. In some jurisdictions, unlike the Article 9 regime, courts attempt to figure out security issues through concepts of ownership and proprietary rights in order to meet the requirements of modern commercial law.⁹⁴ Under Article 9, all security finance and title finance devices should be 'reidentified' and 'reconceptualized', so that devices like title retention sales, security leases of mo-

90 *ibid* 518.

91 *ibid* 521.

92 K Meyer 'A Primer on Purchase Money Security Interests' (2001) 50 U Kansas L Rev 143, 143.

93 *ibid* 144.

94 Cuming (n 30) 522.

vables and English hire-purchase agreements, 'which are traditionally viewed as' title finance devices, will become security devices.⁹⁵ Particularly in civil law jurisdictions, retention of title clauses and leasing agreements are not viewed as security devices, though they work as security devices in practice. In other words, judicial parallelism has limits due to different traditional approaches taken by different jurisdictions. Although conventions have specific problems, they are more powerful harmonization devices.

Article 9 system greatly facilitates the extension of secured credit; it may be beneficial in less-developed economies and 'less reliable judicial systems'.⁹⁶ Furthermore, the adoption and application of Article 9 approach is very complicated in less-developed legal systems and investors seeking investment in these less-developed economies may not need such a complex legal framework like Article 9.⁹⁷ The main disadvantage of Article 9 is its complex structure, which makes it less attractive.

The law reformers in a state are completely free to adopt the rules of another country. Judicial parallelism may have long-term effects in the modernization of national and international laws.

III. HARMONIZATION OF SECURED FINANCE LAW IN THE AREAS OF INTERNATIONAL INSOLVENCY, INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

1. International Secured Finance Law in Terms of Private International Law

'[T]he nationalization of old merchant law' created the rules of "conflict of laws", that are national rules governing disputes with a foreign element.⁹⁸ Party autonomy is given great effect by some jurisdictions like England. Parties can make their own choice about the applicable law of their contract. The problems occur when the contract is silent on the applicable law. Traditional approaches of the security, which relates security interests

95 *ibid* 523.

96 Jun (n 67) 197.

97 *ibid*.

98 Goode (n 12) 87.

to the ownership rights, or classifies the security interests as a type of proprietary right make it difficult to do transactions by using party autonomy. Every state has its own private international law rules. This situation includes the parties to engage in forum shopping. Forum shopping has two main aspects: Firstly the first aspect makes forum shopping is a good device for the creditor seeking for the enforcement of his security right. The creditor may opt for a court, which may apply the rules in favour of him. On the other hand, forum shopping encourages legal uncertainty and increases the transaction costs. For the creditor needs to know which legal regime will be applied to the security in question before providing the credit to the debtor. The generally accepted conflict of laws rule is *lex situs* rule, which refers to the location of the collateral. This rule works well in determining the security over property that remains constant. However, the application of this rule causes several difficulties in case of determining the security interests in movable property or in more than one asset located in different jurisdictions.⁹⁹ In addition, other rules such as *law governing the contract* or *lex loci actus* (where the transaction occurred) are not adequate to determine the security rights and like the *lex situs* rule, they give rise to serious problems in the execution of the security rights. There can be more than one security interest on the same asset. This means that there is more than one contract and more than one law governing the security interest on the same asset and such a contractual approach cannot solve such a problem including priority and perfection of the security right.¹⁰⁰ Under the revised UCC Article 9-301, the *location of the debtor* rule is better than the other approaches for determining the creation, perfection and priority problems in security interests. Ho-

99 Bridge (n 36) 4; 'As for the *lex situs* rule, in proprietary matters concerning movables it is likely to resolve nothing as there arise problems mainly when these assets move across borders leaving a choice between the law of the country of origin and of destination, which both could lead to impractical results. In proprietary matters, the answer may now sooner be in the reasonable acceptance of the proprietary rights acquired at the original situs subject to a measure of adjustment to the equivalent interests (if any) in the country of destination to fit them into the latter's proprietary and, in the case of security interests, priority regime', Dalhuisen (n 12) 85.

100 Bridge (n 36) 4. Also see generally, M Bridge 'English Conflict Rules for Transfers of Movables: A Contract-Based Approach?' in M Bridge and R Stevens (eds) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford University Press Oxford 2001).

wever, it may not work properly when the debtor has assets in a jurisdiction that is reluctant to recognize non-possessory security rights.¹⁰¹ Although European countries have similar conflict of laws rules like *party autonomy*, *lex fori*, *lex situs* in order to determine security interests, the main problem, largely rests on the differences of the substantive rules relating to security.

It is obvious that the traditional "conflict of laws analysis" is far away from meeting the requirements of modern international trade. It increases transactions costs, since the participants should research different laws and comply with many different requirements and in case of movement of the collateral across borders imposes additional costs, while creditors should research other potentially applicable laws.¹⁰² Differences in the location of collateral, especially intangible collateral, complicate the conflicts analysis.

2. International Secured Finance Law in Terms of Cross-border Insolvency Law

The Reconciliation of secured finance law in the context of harmonization effort necessitates parallel developments in the area of cross-border insolvency law as well as domestic insolvency law. For the modernization of secured finance law can only be completed if security interests are recognized in case of insolvency.

In case of a cross-border insolvency proceedings, the first issue that may arise is the validity of the security interest. This is subject to *lex rei sitae* rule, which refers to the law of the country where the security interest is created. The second issue is the detection of the law that governs the insolvency proceedings. This law is identified according to *lex concursus* rule, which refers to the law of the country where the insolvency proceedings are opened. There can be a single insolvency proceeding with international dimensions or several insolvency proceedings that are commenced in a variety of countries.¹⁰³ In any event:

101 Bridge (n 36) 6.

102 Buxbaum (n 82) 323, 324, furthermore, the applicable law is not easily identified, as differences in the location of collateral, especially intangible collateral, complicate the conflicts analysis.

103 Drobniig (n 21) 65, 66.).

[S]ecurity rights which are governed by a foreign *lex rei sitae* must be accommodated in insolvency proceedings which have been opened in another county. The *lex concursus* that governs both the procedural and the substantive restrictions, which are imposed upon the priority claims of secured creditors, is of course based on the assumption that these security rights are those granted by the *lex fori concursus*. It is often difficult to appreciate the properties of a foreign security right and give it due weight in the domestic proceedings.¹⁰⁴

Even if a security interest is validly created according to *lex rei sitae* rule, this does not mean that the same foreign security interest will be recognised under *lex concursus* law. In addition, a foreign security interest that is granted by the law of the country in which the insolvency proceedings are opened may impose several restrictions on the security interest in question. This will be in turn detrimental to the balance of interests between foreign creditors and domestic creditors during insolvency.

The main function of the security is to provide a privileged position to the the secured creditors in case of insolvency or default. In this way, secured creditor will be paid before the unsecured creditors. Due to the *facilitation of security rights* principle, commercial law governs the creation and perfection of the security rights.¹⁰⁵ Insolvency rules make up the balance of the interests of secured and unsecured creditors.¹⁰⁶ In terms of cross-border economic activities, the security interest should be recognized by all related jurisdictions, in order to protect the rights of the secured creditors that are created under non-insolvency laws. If a jurisdiction inhibits enforcement by insolvency, freezes or deprioritizes security below preferential creditors or rehabilitation expenses, such jurisdiction reduces the effect of the security and such security becomes 'futile'.¹⁰⁷ Harmonization of cross-border insol-

104 Drobnig (n 21) 70, '[A]n appropriate balancing of the interests involved can only be achieved by giving due weight to both the *lex concursus* and *lex rei sitae*'.

105 RM Goode 'The Codification of Commercial Law' (1988) 14 Mon LR 135, 153.

106 *ibid* 152.

107 Wool (n 32) 41, 42. See generally, L LoPucki 'The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy' (2000) 98 Michigan L Rev 2216; J Westbrook 'A Global Solution to Multinational Debt' (2000) 98 Michigan L Rev 2276; S Frisby 'Cross-Border Insolvency and Vulnerable Transactions' in J Armour and H Bennett (eds) *Vulnerable*

vency is an important aspect of harmonization of secured finance law. However, harmonization in this area is very limited and generally conflict of laws rules are used as harmonizing techniques.

Sovereign power shapes the priority regime and distribution of debtor assets, since the state policies and interests including 'local social goals' are 'deep-seated and often divergent' among the states.¹⁰⁸ Therefore, in the field of insolvency law, it is difficult to convince states for approval of common principles governing insolvency proceedings. Accordingly, this affects the harmonization of secured finance law.

The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1995) is one of the international instruments designed to harmonize of different insolvency rules. The European Council (EC) Regulation on Insolvency Proceedings (2000) is a uniform regulation for internal European Community market¹⁰⁹ and is applicable in the territorial area of the Community. The Regulation lays down conflict of laws rules that are not universal and these rules encourage forum shopping. The major difference between the Model Law and the Regulation is the introduction of the conflict of laws rules in the Regulation. Another difference is that the Model Law is an international instrument while the Regulation is a regional instrument applicable to the European Member States. Article 13(1) of the Model Law provides that foreign creditors have the same rights regarding the commencement of, and participation in, a proceeding under the insolvency laws of the enacting State. However, Article 13(2) states that this does not affect the ranking of claims in an insolvency proceeding so that the ranking of secured creditors and distribution is subject to local law. Security interests are treated similarly under Article 5 of the Regulation. The law of the Member State where the

Transactions in Corporate Insolvency (Hart Publishing Oxford 2003) 428; JL Westbrook 'Universal Participation in Transnational Bankruptcies' in R Cranston (ed) *Making Commercial Law* (Clarendon Press Oxford 1997) 419.

108 Buxbaum (n 82) 326.

109 See generally, M Balz 'The European Union Convention on Insolvency Proceedings' (1996) 70 *American Bankruptcy Law Journal* 485; LA Burton 'Toward an International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search of a Treaty' (1999) 5 *Comparative L Rev* 205; W Lueke 'The New European Law on International Insolvencies: a German Perspective' (2001) 17 *Bankruptcy Developments Journal* 369.

insolvency is opened governs priority, ranking and distribution issues but the determination of the security rights are subject to Member State laws. Under both the Regulation and the Model Law, the foreign insolvency laws and 'the principle of equality of treatment between foreign and local creditors' are recognized in terms of foreign security interests.¹¹⁰ However, both instruments are limited in scope and far from realising an effective harmonization of the foreign insolvency laws.

3. International Secured Finance Law in Terms of International Enforcement and Civil Procedure Law

When a security interest is created under a law, it will become effective in case of default. The secured creditor may seek for the enforcement of his secured interest under the law applicable to it. However, in the area of international business, debtor may have assets located in different jurisdictions. In any event, some problems occur in the enforcement stage because of the different foreign laws applicable to the same security interest. As a result, not every security interest is enforceable under different legal systems. For instance, a German retention of title clause may not be enforceable in some common law jurisdictions and an English equitable charge is not enforceable under civil law jurisdictions. When the debtor is solvent, enforcement of the secured rights is a problem that can be solved by enforcement laws, not by insolvency laws. As *Budak* points out:

The rules, which apply to cross-border legal interactions, are to be found in national provisions as well as international agreements on private international law and the provisions of internationally applicable substantive law created by harmonization of laws. However, enforcement of these rules for resolution of cross-border disputes is largely implemented by national courts.¹¹¹

110 IF Fletcher *Insolvency in Private International Law* (Oxford University Press Oxford 1999) 352. See generally, IF Fletcher *The Law of Insolvency* (3rd edn Sweet and Maxwell London 2002) [31-052]; AJ Berends 'The Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency: a Comprehensive Overview' (1998) 6 *Tulane J Intl and Comp Law* 309, 309-321; M Bütter 'Cross Border Insolvency in English and German Law' (2002) *OUCLF* 3 <<http://ouclf.iuscomp.org/articles/buetter.shtml>> (1 February 2005); J Clift 'The Uncitral Model Law on Cross Border Insolvency' (2004) 12 *Tulane J Intl Comp Law* 307.

111 AC Budak *Making Foreign People Pay* (Darmouth Publishing Hampshire 1999) 309.

There is no international litigation system in order to enforce security interests. Courts are less frequently used for the international secured transactions.¹¹² From the international perspective, 'international debt collection agencies', which do not have any regulatory legal regime and direct negotiations between the parties, are resorted to for enforcement of the contracts.¹¹³ These devices are used in place of judicial enforcement. International commercial arbitration is another 'cognitive mechanism of resolving the disputes' arising out of the international contracts.¹¹⁴

The conventions, model laws and modern domestic laws on secured finance transactions usually contain enforcement remedies in the event of default. Although these remedies constitute legal rights upon the secured creditors, their enforceability depends on the law of the local courts. All remedies like foreclosure, taking the possession of the asset or selling the asset and other contractual remedies contemplated by the parties and inserted into contracts, will eventually be subject to the enforcement law of the local courts. In order to apply these remedies efficiently, harmonization is necessary in the area of international enforcement law. There is no international litigation mechanism and the creation of such a mechanism is very difficult. Thus, harmonizing the local enforcement laws of the states may serve to enforce the contracts internationally. Otherwise, the remedies in the conventions and model laws may prove ineffective in case of default and enforcement.

Procedural rules enable the enforcement of the substantive rights. Harmonization of different procedural rules is necessary to realise an effective enforcement of the security rights. Nevertheless, unification of proce-

112 *ibid* 313.

113 *ibid* 316.

114 *ibid* 317; '[While harmonizing the enforcement law] small players ... who are unable to use the cognitive mechanisms and informal enforcement methods of the global game [must not be forgotten]. Small people, who need the state's legal protection so that they can access to justice by surmounting the high thresholds for thematisation of law'. For a comprehensive research on judicial methods of *cross-border debt collection* and the *privatization of debt collection* in cross-border legal relations, see generally, AC Budak 'Cross-border Debt Collection: examples of Turkey and Germany' in V Gessner and AC Budak (eds) *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law* (Dartmouth Publishing Hampshire 1998) 17.

dural laws is inadequate. These laws are mostly regarded as public or mandatory laws in nature by the national jurisdictions.¹¹⁵ The important point to note here is that the international civil procedure law lacks harmonization. Modern legal thinking needs more development in the area of international civil procedure law. A substantive right can be enforced satisfactorily only by guidance of procedural rules. However, procedural rules differ greatly from state to state. Even though some states are party to the same convention or adopted the same model law, in practice usually there is no uniform application. For the same substantive rights are enforced by means of different procedural rules. Enactment of uniform substantive rules concerning security rights necessitates enactment of uniform procedural rules, which may facilitate enforcement of such security rights in a fair and equal manner in all related jurisdictions.

The key issue as to the procedural aspects of security is that sovereignty principles remain central in this area of commercial law. As *Buxbaum* puts:

Many of the rules governing the enforcement of security rights reflect deep policy interests external to the credit relationship itself. For instance, when non-consensual statutory creditors receive a preferential position over secured creditors, it is because that preference is deemed necessary to achieve a particular social goal ... While some of these policies may be common to many jurisdictions ... others may not be.¹¹⁶

The Hague Convention on the taking of evidence abroad, the evolving Hague Convention on jurisdiction and judgements and the European conventions on recognition of judgments, are conventions addressing the 'bases of personal jurisdiction' and the 'mechanics for service of process to commence a lawsuit' and 'recognition of judgements'.¹¹⁷ Harmonization level on some other matters as 'the formulation of claims', 'the development

115 Mistelis (n 7) [1-053].

116 Buxbaum (n 82) 325; 'Harmonization of procedural law has made much less progress. It has been impeded by the assumption that national procedural systems are too different from each other and too deeply embedded in local history and cultural tradition to permit reduction or reconciliation of differences among legal systems', GC Hazard and others 'Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure' (2002) 33 *New York University Journal of International Law and Politics* 769, 770.

117 Hazard (n 116) 370-371.

of evidence', and 'the decision procedure' is, however, very limited.¹¹⁸ In 2004, the American Law Institute and the UNIDROIT, in cooperation with each other, proposed the final draft of *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*. This study aims at to harmonize the law relating to civil procedure more comprehensively, in particular with respect to formulation of claims, taking evidence and decision procedure.¹¹⁹

IV. SPECIAL DIFFICULTIES IN RELATION TO THE HARMONIZATION OF SECURED FINANCE LAW THAT ARE NOT PRESENT IN OTHER AREAS OF COMMERCIAL LAW

The general difficulties of the harmonization process also apply to the harmonization of the law relating to the security. In addition to these difficulties, harmonization of the security finance law has special difficulties. The international organisations 'employ more resources' in this area in order to make wider analysis than the other areas of the international commercial law.¹²⁰ However, the harmonizing period of the secured finance law may take more time than the other areas of commercial law. Firstly, security finance law relates to the property concepts, which are special to 'particular families of law'. Each state has its own concepts of property, and these concepts strongly vary between the states.¹²¹ Secondly, 'public policy choices' and 'cultural differences' in terms of security also vary greatly among the states.¹²² Every country has its own historical and legal background. This creates different legal traditions and legal policy considerations. This problem gives rise to different security law perceptions among the states as a result of which a security interest relating to real property and that is created under a foreign law can be easily denied by the national courts on the grounds of public policy and sovereignty. National courts are generally reluctant to apply foreign judgements or foreign law in order to enforce security relating to ownership.

118 *ibid* 371.

119 For this recent ambitious effort on the harmonization of civil procedure laws in the cross-border cases, see Goode (n 45) 787–806.

120 Kronke (n 41) 20.

121 Cuming (n 30) 499.

122 *ibid*.

Among the states, the conflict of laws rules have similarities. However, rules of conflict of law are national rules, which constitute uncertainty and predictability problems in case of recognition and enforcement of the foreign judgements. These problems increase costs on local, national and global economies that may result in deterrence of the creditors from many beneficial cross-border transactions.¹²³

Another important special difficulty regarding the harmonization of the secured finance law is the close connection with the international insolvency and enforcement law. Security becomes important in case of default or insolvency. Important developments and changes in secured financing law may be frustrated unless the relevant changes are made in cross-border insolvency law.¹²⁴

In addition, harmonization in the area of secured finance law has not yet reached the regional integration level. The most apposite example is the European Union where the domestic principles differ greatly between the Member States. This situation makes the multilateral level of harmonization in this area more limited.

Recent developments in both cross-border insolvency law and international enforcement law are not adequate to completely address completely cross-border issues. Possibly, the most significant special difficulty relating to the harmonization of secured finance law is the latter problem. Generally, in contract law, harmonization may be achieved by the principle of party autonomy or the codification of trade terms and usages by non-governmental institutions. However, no contract can lay down principles governing security interests against third parties and no contract can secure these interests on a cross-border insolvency proceeding.¹²⁵ Furthermore, harmonization operated by non-governmental organizations may not be an effective harmonizations. Even if international restatements can be of persuasive upon the states, these contract-based instruments are not sufficient

123 RD Guynn NJ Marchand 'Transfer of Pledge of Securities held through Depositories' in HV Houtte (ed) *The law of Cross-Border Securities Transactions* (Sweet and Maxwell London 1999) 65.

124 Cuming (n 30) 499.

125 Goode (n 12) 93.

to regulate transactions containing rights of the third parties.¹²⁶ Therefore, harmonization operated by governmental institutions may be more effective and efficient if international banking bodies and other interest groups join into the harmonization process, particularly in formative stages, in order to raise their interests and expectations.¹²⁷

In international trade law, disputes always appear to be exceptional, since it is in the interest of all related parties to minimize legal disputes.¹²⁸ However, in view of secured transactions, in each individual case, there is a need for more international action, while such transactions embrace proprietary rights in movables and intangibles¹²⁹. International practice should cope with complex issues in the event of international secured transactions. At this point, 'arbitrary interventions in a legal system' may create 'unexpected uncertainties and obstacles', by means of application of inflexible conflict rules like the *lex situs* rule¹³⁰. That is to say, secured transactions are entirely based on different legal frameworks. Unlike ordinary commercial contracts, they require different legal analysis and they require application of special rules that are elaborately designed for secured finance transactions. The special legal nature of secured transactions results in the emergence of special problems which hinder harmonization and which are not present in other areas the international commercial law.

From the economic perspective, international finance requires higher level of predictability and risk assessment in order to bring more credit into several different markets and to lower the costs.¹³¹ Thus, harmonization of secured finance law is more complicated than harmonization of other

126 Goode (n 42) 225.

127 Goode (n 12) 96.

128 JH Dalhuisen (n 12) 120.

129 *ibid* 121.

130 *ibid*, proprietary law of the Dutch Civil Code, which is attempting to abolish the *fiducia* or the automatic conversion of conditional sales, financial leases and repurchase agreements into secured interests under UCC Article 9, are some instances of arbitrary interventions of legal systems in terms of harmonization.

131 Burman (n 11) 349, 'Commercial finance laws, unlike many other areas of private law, can be tested as to credit effect through neutral capital markets, which assess risks common to the raising of capital across borders'.

areas of international commercial law. It has many economical dimensions that should be taken into account while harmonization this area of law.

CONCLUSION

There is a need for harmonization of the secured finance transactions. In terms of non-possessory security interests, there is a strict divergence between common law and civil law jurisdictions. The difficulties give rise to several problems. There are still conceptualist, restrictive, irreconcilable and prejudiced approaches in local jurisdictions. These concepts are far from the global realities of large global trade markets. For the accomplishment of harmonization, the available methods and devices should be observed carefully. Global market place needs effective, efficient and flexible universal rules. Policymakers, law reformers, international and regional institutions, international business communities, scholars, lawyers and all other interest groups should be involved in the harmonization process. With the co-operation of all these groups, the objectives of the harmonization will be achieved. At this point, the most experienced institution should decide the selection and scope of the harmonization project and the relevant harmonization technique.¹³² The institution in question should be encouraged by all actors of the harmonization process.

As explained above, the relation between secured finance law with cross-border insolvency and international civil procedure law should always be taken into account while working on the harmonization of secured finance law. This close relationship necessitates the introduction of harmonizing instruments, which also deal with insolvency issues as well as procedural aspects. On the other hand, it necessitates the convergence of different harmonizing instruments that are regulating security, insolvency and international civil procedure. Therefore, these different instruments should include similar principles on common issues, in particular with respect to security interests.

However, harmonization is a slow process. In the foreseeable future, a complete harmonization is impossible because of the legal *status-quo*s.

132 Mistelis (n 7) [1-048].

A complete harmonization, or *Schmitthoff's*¹³³ 'the World Commercial Code' idea, may never happen, but an effective harmonization is not impossible. Private international laws and substantive national laws are domestic devices; they will play an important role along with the accompanying harmonization devices. If the domestic devices become dominant, harmonization will be deferred. Hence, the power that each of these devices will possess in the future will in turn reflect the harmonization level in relation to the scope of the secured finance law.

BIBLIOGRAPHY

1. TEXTS

Pau Ali *the Law of Secured Finance* (Oxford: OUP, 2002).

Andersen CB 'Uniformity in the CISG in the First Decade of its Application' in I.F. Fletcher L. Mistelis and M. Cremona (eds) *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (London: Sweet and Maxwell, 2001).

Bonell M.J. 'The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: A Comparison' in R. Cranston (ed.) *Making Commercial Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997).

Bridge M. and Stevens R. (eds.) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford: OUP, 2001).

Bridge M. 'English Conflict Rules for Transfers of Movables: A Contract-Based Approach?' in M. Bridge and R. Stevens (eds.) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford: OUP, 2001).

Budak A.C. *Making Foreign People Pay* (Hampshire: Dartmouth Publishing, 1999).

Cuming R.C.C. 'The Internationalization of Secured Financing Law: the Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny' in R. Cranston (ed.) *Making Commercial Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997).

Dalhuisen J.H. *Dalhuisen on International Commercial, Finance and Trade Law* (Oxford: Hart Publishing, 2nd ed., 2004).

Fleisig H.W. 'Economic Functions of Security in a Market Economy' in J.J. Norton and M. Andenas (eds) *Emerging Financial Markets and Secured Transactions* (London: Kluwer Law International, 1998).

133 CM Schmitthoff *Commercial Law in a Changing Economic Climate*

- Fletcher I.F. *Insolvency In Private International Law* (Oxford: OUP, 1999).
- Fletcher I.F. *The Law of Insolvency* (London: Sweet and Maxwell, 3rd ed., 2002).
- Frisby S. 'Cross-Border Insolvency and Vulnerable Transactions' in J Armour and H Bennett (eds) *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency* (Oxford: Hart Publishing, 2003).
- Budak A.C. 'Cross-border Debt Collection: examples of Turkey and Germany' in V Gessner and AC Budak (eds) *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law* (Hampshire: Dartmouth Publishing, 1998).
- Goode R.M. *Commercial Law* (London: Penguin Books, 3rd ed., 2004).
- Goode R.M. *Commercial Law in the Next Millennium* (London: Sweet and Maxwell, 1998).
- Goode R.M. *Legal Problems of Credit and Security* (London: Sweet and Maxwell, 3rd ed., 2003).
- Goode R.M. and others *Transnational Commercial Law* (New York: OUP, 2004).
- Goode R.M. 'The Unidroit Mobile Equipment Convention' in M. Bridge and R. Stevens (eds) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford: OUP, 2001).
- Guyonn R.D. Marchand N.J. 'Transfer of Pledge of Securities held through Depositories' in HV Ho-utte (ed) *The law of Cross-Border Securities Transactions* (London: Sweet and Maxwell, 1999).
- Herrmann G. 'The Role of Uncitral' in IF Fletcher L Mistelis and M Cremona (eds) *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (London: Sweet and Maxwell, 2001).
- Jäkel B. 'Outline of Security Interests Under German Law' in M Bridge and R Stevens (eds) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford: OUP, 2001).
- Jun C.W.M. 'Extraterritorial Impact of Choice of Law Rules for Non-United States Debtors under Revised Uniform Commercial Code Article 9 and a New Proposal For International Harmonization' in M Bridge and R Stevens (eds) *Cross-Border Security and Insolvency* (Oxford: OUP, 2001).
- Kreuzer K. 'The Model Law on Secured Transactions of the EBRD from a German Point of View' in JJ Norton and M Andenas (eds) *Emerging Financial Markets and Secured Transactions* (London: Kluwer Law International, 1998).
- Mistelis L. 'Is Harmonization a Necessary Evil? The Future of Harmonization and New Sources of International Trade Law' in IF Fletcher L Mistelis and M Cremona (eds) *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (London: Sweet and Maxwell, 2001).
- Mayson S. French D. and Ryan C. *Company Law* (Oxford: OUP, 21st ed., 2004).
- Schmitthoff C.M. *Commercial Law in a Changing Economic Climate* (London: Sweet and Maxwell, 2nd ed., 1981).
- Sealy L.S. and Hooley R.J.A. *Commercial Law* (London: Butterworths, 3rd ed., 2003).

Simpson J.L. and Röver J.H.M. 'General Principles of a Modern Secured Transactions Law' in
???????????????

Norton J.J. and Andenas M. (eds.) *Emerging Financial Markets and Secured Transactions* (London:
Kluwer Law International, 1998).

Spanogle J.A. 'A Functional Analysis of the EBRD Model Law on Secured Transactions' in J.J. Nor-
ton and M. Andenas (eds.) *Emerging Financial Markets and Secured Transactions* (London: Kluwer
Law International, 1998).

Westbrook J.L. 'Universal Participation in Transnational Bankruptcies' in R. Cranston (ed.) *Making
Commercial Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997).

Wood P.R. 'Comparative Financial Law: A Classification of the Worlds' Jurisdictions' in R. Cranston
(ed.) *Making Commercial Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997).

Wood P.R. *Comparative Law of Security and Guarantees* (London: Kluwer Law International, 1995).

Ziegel J.S. 'Harmonization of Private Laws in Federal Systems of Government: Canada, the USA and
Australia' in R. Cranston (ed) *Making Commercial Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997).

2. ARTICLES

Balz M. 'The European Union Convention on Insolvency Proceedings,' (1996) 70 *American Ban-
kruptcy Law Journal* 485.

Bazinas S. 'UNCITRAL's Contribution to the Unification of Receivables Financing Law: the United
Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade' (2002) 7 *Uniform Law
Review* 49.

Berends A.J. 'The Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency: a Comprehensive Overview'
(1998) 6 *Tulane J Intl and Comp Law* 309.

Burman H.S. 'The Commercial Challenge in Modernizing Secured Transactions Law' (2003) 8 *Uni-
form Law Review* 347.

Burton L.A. 'Toward an International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search of a Tre-
aty' (1999) 5 *Annual Survey of International and Comparative Law Review* 205.

Buxbaum H.L. 'Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for
Reform' (2003) 8 *Uniform Law Review* 321.

Bütter M. 'Cross Border Insolvency in English and German Law' (2002) OUCL

<<http://ouclf.iuscomp.org/articles/buetter.shtml>> (1 February 2005).

Clift J. 'The Uncitral Model Law on Cross Border Insolvency' (2004) 12 *Tulane J Intl Comp Law*
307.

Drobnig U. 'Brief Considerations on Co-ordinating Developments in the Field of Secured Transactions Law' (2003) 8 *Uniform Law Review* 353.

Drobnig U. 'Secured Credit in International Insolvency Proceedings' (1988) 33 *Texas International Law Journal* 53.

Durman O. 'The Role of Soft Law in Globalisation: A legal Perspective' (2004) 1 *Journal of Yeditepe University Faculty of Law* 65.

Garro A.M. 'Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives' (2003) 8 *Uniform Law Review* 357.

Goode R.M. 'Contracts and Commercial Law; the Logic and Limitations of Harmonisation' <<http://www.ejcl.org/74/art74-1.html>> (1 February 2005).

Goode R.M. 'Harmonised Modernisation of the law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional' (2003) 8 *Uniform Law Review* 341.

Goode R.M. 'Reflections on the Harmonisation of Commercial Law' (1996) 1 *Uniform Law Review* 54.

Goode R.M. 'The Codification of Commercial Law' (1988) 14 *Mon LR* 135.

Goode R.M. 'Insularity or Leadership? The Role of the United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law' 50 *ICLQ* 751.

Goode R.M. 'Security in Cross-Border Transactions' [1998] *Texas School of Law Publications* 47.

Goode R.M. 'Transcending the Boundaries of Earth and Space: the Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment' (1998) 3 *Uniform Law Review* 52.

Hazard G.C. and others 'Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure' (2002) 33 *New York University Journal of International Law and Politics* 769.

Kozolchyk B. and Wilson J.M. 'The Organization of American States: The New Model Inter-American Law on Secured Transactions' (2002) 7 *Uniform Law Review* 69.

Kronke Herbert 'Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration: Hypotheses, Certainties and Open Questions' <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2003-1&2-kronke-e.pdf>> (1 February 2005).

LoPucki L. 'The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy' (2000) 98 *Michigan Law Review* 2216.

Lueke W. 'The New European Law on International Insolvencies: a German Perspective' (2001) 17 *Bankruptcy Developments Journal* 369.

Meyer K. 'A Primer on Purchase Money Security Interests' (2001) 50 *U Kansas L Rev* 143.

Rosett Arthur 'Unidroit Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven' <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1997-3.htm>> (1 February 2005).

Rosett A. 'Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law' (1992) 40 *American Journal of Comparative Law* 683.

Stephan P. 'The Futility of Unification and Harmonisation in International Commercial Law' (1999) 30 *Virginia Journal of International Law* 743.

Stephan P. 'The New International Law – Legitimacy, Accountability, Authority, and Freedom in the New Global Order' (1999) 70 *Colorado Law Review* 1555.

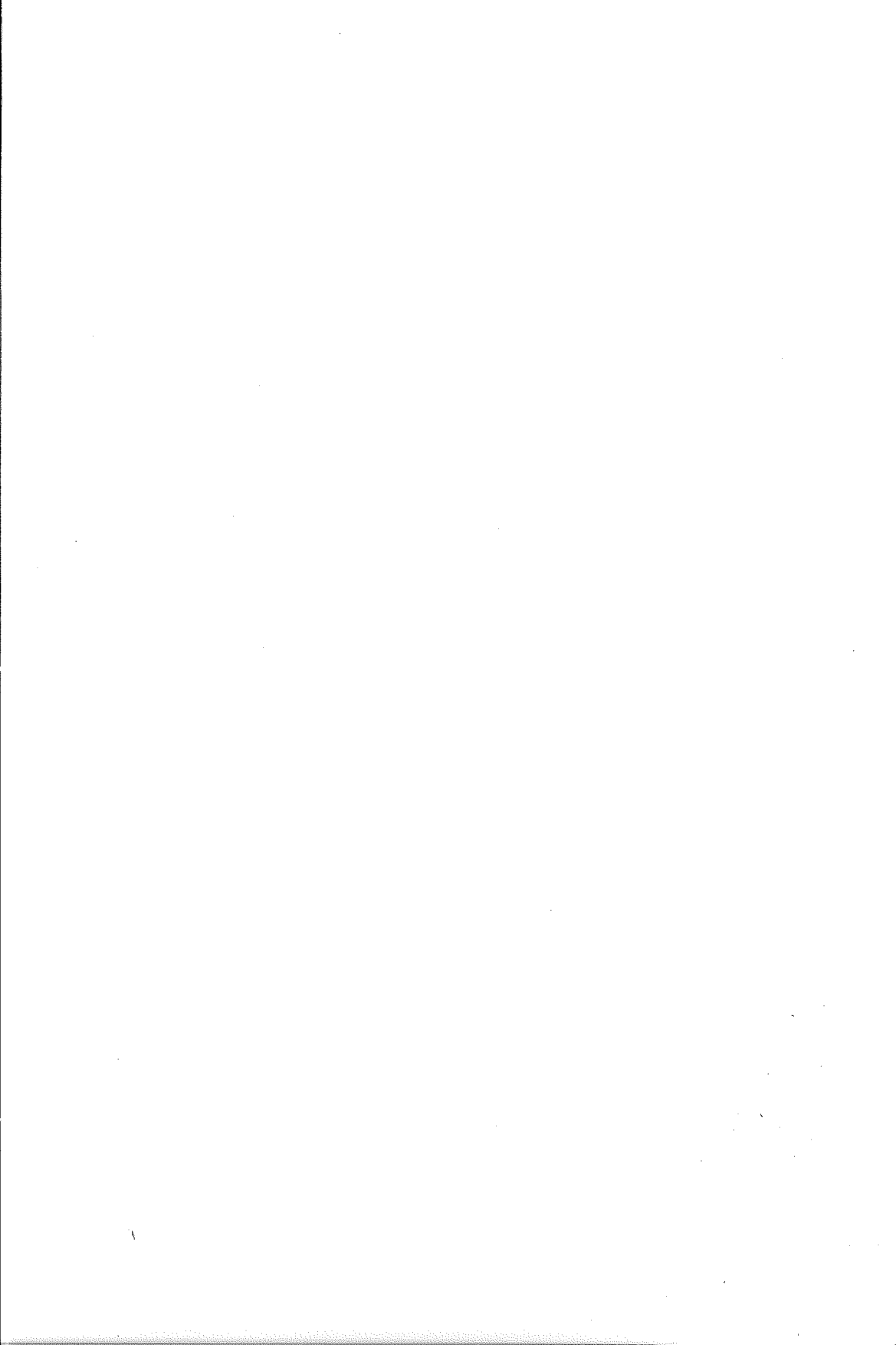
Westbrook J. 'A Global Solution to Multinational Debt' (2000) 98 *Michigan Law Review* 2276.

Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul Barosu,
Yeditepe Üniversitesi ve Galatasaray Üniversitesi tarafından
5 Mart 2005 günü Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen

TÜRK CEZA KANUNU TASARISI SEMPOZYUMU

Tebliğler ve Soru-cevap Tutanakları

Tebliğler, sempozyumdaki sırasına göre sıralanmıştır ve
5 Mart 2005 tarihindeki hukuki durumu yansıtmaktadır.



BİRİNCİ OTURUM BİRİNCİ BÖLÜM AÇILIŞ KONUŞMALARI

Doç. Dr. Ali Cem Budak

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Yeditepe Üniversitesi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu ve Türk Ceza Hukuku Derneği'nin düzenlemiş oldukları Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumuna hoş geldiniz. Ortaklaşa düzenlenen bu Sempozyumda açılış konuşmalarını yapmak üzere Sayın Yeditepe Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Ahmet Serpil, Galatasaray Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Ceza Hukukçuları Derneği Prof. Dr. Erol Cihan ve İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı Avukat Filiz Saraç'ı davet ediyorum, Efendim. Açılış konuşmalarını yapmak üzere teşrif eder misiniz?

Prof. Dr. Ahmet Serpil

Yeditepe Üniversitesi Rektörü

Değerli misafirler, hepiniz hoş geldiniz. Bir cumartesi sabahı, bir tatil günü sabahı böyle önemli bir konuyu görüşmek üzere bu kadar konuyla ilgili kişinin burada bir araya gelmesi, şu anda tahminim binin üzerinde olması lazım, gerçekten çok güzel, Türk hukuk dünyasının ciddiyetinin ve ilgisinin güzel bir göstergesi. Buraya şeref veren her yaştan, herkesi, kutluyo-

rum ve sizlerin varlığından bu memleketin hiçbir zaman hukuksal açıdan kötü bir duruma düşmeyeceğini hissediyorum. Hepiniz hoşgeldiniz efendim tekrar, Sayın Galatasaray Üniversitesi Rektörü buyrunuz.

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat

Galatasaray Üniversitesi Rektörü

Değerli hukukçular, sevgili öğrenciler, kıymetli meslektaşlarım, bu sempozyum yeni Türk Ceza Kanunu üzerinde fikir alışverişidir.1 Nisan 2005 tarihinde Türkiye yeni bir kodla, ceza kanunuyla uyanacaktır. Bu yeni ceza kanunu bir ihtiyaçtan dolayı mı yapılmıştır, bir emre cevap vermekten dolayı mı yapılmıştır, bu ceza kanunu ceza hukuku bilimine uygun mudur, bu konuları tartışacağız. Ceza kanunu yapılmasındaki amaçlar bu Kanun ile gerçekleştirilmiş midir? Bu konular üzerinde sizlerle görüş alışverişi yapmayı düşünüyoruz ve zannediyorum ki bu toplantı sonucunda burayı terkerken hepimizin kafasında soru işaretleri teşekkül edecektir.Bu kanunu nasıl uygulayacağız diye. Fazla konuşmak istemiyorum, üniversitem adına hepinize çok teşekkür ederim, bir cumartesi günü, bir tatil günü buraya geldiğinize göre siz hukuku çok seviyorsunuz.

Av. Filiz Saraç

İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı,

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

Sayın hocalarım, sayın meslektaşlarım, sayın konuklar, Baromuz adına sizleri saygı ve sevgiyle selamlıyorum. Öyle bir süreçten geçiyoruz ki yasalar her gün değişmekte, bu değişimin yöntemleri, doğruluğu yanlışlığı sık sık tartışılmakta. Elbette en büyük eleştiri bu yasaların bu şekilde yapılırken gerekli danışmaların, gerekli tahlillerin yapıp yapılmadığı noktasın-

da ortaya çıkıyor. Ama bir gerçek var ki bu yasalar hayata geçiyor. O nedenle biz avukatlar yeni bir heyecanı tekrar yaşıyoruz. Hepimiz öğrenci olduk. Hocalarımız “mezun ettik sizleri” derken şimdi tekrar, hep birlikte biraz daha yaşlarımız ilerlemiş olarak bizleri buralarda görmeye başladılar. 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Ceza Yasası'yla ilgili Baromuz da daha önce Adalet Bakanlığı tesislerinde ve Yeditepe Üniversitesi'nde etkinlikler ve seminerler düzenlemişti, aynı şekilde Galatasaray Üniversitesi'yle ve Türk Ceza Hukuku Derneği'yle de Ceza Yasası'nın yasalaşmasından daha önce de çalışmalar ve toplantılar yapmıştı, halen böylesine katılımının olması gerçekten de böyle temel bir yasanın öğrenilmesi konusunda ki ilgiyi göstermesi açısından da güzel. Şimdi sözü benden sonraki hocamızı Sayın Prof. Dr. Erol Cihan'a bırakmak istiyorum. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Erol Cihan

Ceza Hukukçuları Derneği Başkanı

Sayın Dalan, değerli hocalar, değerli hakimler, savcılar, sevgili öğrenciler, sayın konuklar. Böyle muhteşem bir salonda seçkin dinleyiciler karşısında toplumu, devleti pek çok yakından ilgilendiren bir hukuk dalı olan ceza hukuku alanında bir sempozyum düzenlemekten dolayı çok memnunum, çok heyecanlıyım, bu Cumartesi günü geldiniz, fedakarlık ettiniz, bilime, hukuka olan saygınızdan ötürü gerçekten memnuniyetim arttı. Çünkü ceza hukuku, hiç bir hukuk dalında olmayan bir şekilde insanları, devleti, toplumu en büyük değer olan hürriyetleriyle birlikte ilgilendiriyor. Bu alaka ona karşı sorumluluğumuzun bir tezahürü. Biliyorsunuz ceza hukuku açısından tarihte medeniyetin ortaya koyduğu bir tablo var, bu tablo uygarlığın bir parçasını oluşturan hukuk alanında hürriyetlerle ilgili en önemli kısmında cereyan ediyor. Bu itibarla bu önemli konuyu birlikte irdeleyeceğiz, araştıracağız, eleştirel bir değerlendirmeye tabi tutacağız. Ceza hukuku alanında tarihte üç büyük aşama var: Başlangıçta suç ve suçlu aynı telakki ediliyordu, sanık henüz daha ortalarda yoktu, o itibarla despotik bir ceza hukuku söz konusuydu. Sonra tam tersi 18. yüzyıla doğru liberal bir ceza hukukuyla karşılaşıldı, aydınlanma döneminin tezahürü olarak. Ferdi hak ve hürriyet-

ler ön plana geçti; ama daha sonra ayrıcalıkçı ceza hukuku ortaya çıktı. En sonunda bugün büyük bir değer olarak ifade ettiğimiz her insana ekmek gibi su gibi -Dalan'ın ifadesiyle- hava gibi lazım olan hürriyetlerin söz konusu olduğu bir dönemde hürriyetçi ceza hukuku alanında yaşıyoruz; ama bunu söylemekle bunu tam tersine uygulamada gösteren otoriter ve totaliter devletlerin hukuku da var. Yani yeni zamanlarda da faşist ve komünist ülkelerde otoriter ve totaliter devletlerde ceza hukukunun maalesef hürriyetleri teminat altına alan tezahürü, hürriyetleri kullanarak, devleti koruyarak, bazı kişileri koruyarak elimine ediyorlar, o itibarla ceza hukukunun hürriyetleri teminat altına alan tarafı yanında kötüye kullanılması da maalesef bazı ülkelerde görülüyor. Biz işte ceza hukukunun insan haklarını, insan temel hak ve hürriyetlerini hiçbir yan düşünceye yer vermeden düzenlenmesinden yana olan özgürlükçü ceza hukukunun takipçileriyiz. Sizleri de öyle görüyorum. Öyle sorumlu topluluklar kendilerine uygun, yakışan ceza hukuku yaratmakla sorumludurlar. O itibarla ceza hukukunun işlevi bugün insan haklarını teminat altına alan bir hukuk dalı olmuştur. Kim ki insana değer vermez o ceza hukukunun takipçisi değildir. O itibarla biz ceza hukukunu insan hürriyetlerini hem sosyal düzeni hem insan hak ve hürriyetlerini gerçekten güvence altına alan bir ceza hukuku olarak selamlıyoruz. Hepinize saygılar sunuyorum.

BİRİNCİ OTURUM İKİNCİ BÖLÜM

Doç. Dr. Ali Cem Budak:

Değerli misafirler, ceza hukukumuzda yapılan değişiklikler çok kapsamlı, o nispette bugünkü programımız da yoğun, uzun bir çalışma günü olacak. Üç oturumda planlandı bugünkü Sempozyum. İlk oturum öğle saati-ne kadar sürecek. Sonra 14.15'te ve nihayet 16.55'te (saat akşam 5'te) iki oturumumuz daha var. Ben şimdi ilk oturum için Hocalarım Prof. Dr. Emin Artuk, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Prof. Dr. Nur Centel'i kürsüye davet ediyorum. Oturum Başkanımız, Yargıtay Onursal Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Sabih Kanadoğlu'nu da kürsüye davet ediyorum.

Sabih Kanadoğlu

Yargıtay Onursal Cumhuriyet Başsavcısı-Oturum Başkanı

Değerli katılımcılar, aziz konuklar, Yeditepe Üniversitesi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu ve Türk Ceza Hukuku Derneği'nin Yeditepe Üniversitesi'nin öncülüğünde ve ev sahipliğinde düzenledikleri yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu'nu ve birinci oturumunu açıyorum. Hepinize hoşgeldiniz diyorum. Böylesine kaliteli bir topluluğun önünde bu Ceza Kanunu'nu tartışmak ayrıca hepimize ayrı bir mutluluk, ayrı bir heyecan veri-

yor. Tabii biraz sonra değineceğim gibi, keşke bu irdeleme, tartışma ve değerlendirme, yasanın TBMM'nde kabulünden önce olsaydı. Bir anımı size naklederek sözlerime başlamak istiyorum. 2003 yılında Yargıtay'da uyum yasalarıyla ilgili bir sempozyum düzenlenmişti. Bu sempozyuma katılan konuşmacılardan birisi uyum yasalarının çıkarılışında gösterilen sürat ve içerik itibariyle çok başarılı olduğumuzu ve kendisine de bir övünme payı çıkararak Avrupa'yı bile solladığımızı ifade etmişti. Oturum başkanıyım ve bu Avrupa'yı sollamak deyimine takılarak, hatalı sollamadan kaçınmamız gerektiğini ve hatalı sollamaların ne gibi sonuçlar doğurduğunu hepimizin bildiğini söylemiştim. Korktuğumuz başımıza geldi ve şimdi işte yapılan bir büyük hatalı sollamanın sonucu olan yeni Türk Ceza Kanunu'nu elimizde, kucagımızda bulduk. Yeni Türk Ceza Kanunu kişisel kanımca, Avrupa Birliği Komisyonu Türkiye ilerleme raporu ve 17 Aralık zirvesine yetiştirilmesi için aceleye getirilmiş, Türk ceza hukuku öğretisinin ve Yargıtay uygulamalarının bir kenara atıldığı, dilinde özensiz, sistematığı var olduğunu iddia ettiği felsefeye ters, cezaları orantısız, kuram, kural ve kavramları çelişkili, hatalı, gerekçesi yetersiz, netice olarak bugünün Türk toplumuna layık olmayan bir kanundur. Tabii iş işten geçtikten sonra bunu söylemek fevkalade acı geliyor; çünkü 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren Türk toplumuna bir "1 Nisan şakası" gibi o toplumu ve ceza hukuku sistemini karmaşaya ve kargaşaya götürecek bir uygulamayla karşılaşmamız kaçınılmaz olacaktır. Tabii bu saatten sonra ne yapılabilir, bunu izin verirseniz, konuşmamın sonunda açıklamak istiyorum. Tabii bu safhaya nasıl geldik ve bu Yasa'nın çıkışı nasıl bir süreçte gerçekleşti, bunu da belirtmekte yarar vardır. 765 Sayılı artık eski Türk Ceza Kanunu dememiz gayet doğru olacak, bu yasa yeni kurulan cumhuriyetin laik yapısını kurma yönünde bir büyük atılım, bir büyük kabuldü. Büyük Türk devrimcisi, büyük hukukçu Mahmut Esat Bozkurt'u bir kere daha saygıyla rahmetle anarak belirtmeliyim ki yeni Türk Ceza Kanunu'nun araştırma safhasında çağının en ileri en uygar yasalarından biri olan Zanerdelli 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nın aynen tercüme edilerek kabulüyle 1926'da uygulanmasına başlanan bir yasaya kavuştuk ve bu yasa tam 10 sene hiç bir değişikliğe uğramadan o tarihte yetişmiş artık söz sahibi olmaya başlamış, Türk öğretim üyelerinin katkısıyla ve Yargıtay'ın, yargının kararlarıyla bir Türk ceza hukukunu oluşturmaya başladı. 1936 yılında ilk değişiklik İtalya'daki Rokko Kanunu diye adlandırılan yasayla döneminin baskıcı zihniyetinin bize alınması biçiminde gerçekleşti ve o tarih-

ten bu yana altmışiki defa daha değişikliğe uğradı. Şunu ifade etmek istiyorum, elbetteki bütün bu değişikliklerden sonra elimizdeki ceza kanunu insicamını kaybetti. Toplumun ihtiyaçlarına cevap verme durumundan çıktı. Bu yasayı bu tür değişikliklerle ayakta tutmak fevkalade zordu. İlk olarak yeni bir Türk Ceza Kanunu hazırlama düşüncesi 1954 yılında doğdu; ancak hazırlanan tasarı yasallaşmadı. İkinci girişim 1961 yılında Milli Birlik Komitesi'nin, İstanbul ve Ankara Üniversiteleri Hukuk Fakülteleri'ne vermiş olduğu görevle bir girişim halini aldı; fakat normal demokratik hayata geçilmeyle birlikte bu girişim de sonuca ulaşamadı. 1985 yılında artık iyice belirlenen bir gereksinim, rahmetli Sulhi Dönmezer başkanlığında bir komisyon kurulmasıyla çalışmalarına başladı ve bu komisyonun hazırladığı taslak, kamuoyunun bilgisine sunuldu. Yargı organları, akademik çevreler ve kamuoyu hazırlanan taslak üzerinde görüşlerini bildirdiler, eleştirilerini yaptılar ve 1987 yılında bir tasarı haline geldi. Bu tasarı 3 evreden geçti. 1997 ve 2000 yıllarında da yine aynı bilimsel kurulun hazırladıkları tasarılar yine aynı biçimde kamuoyunun bilgisine sunuldu ve 2000 yılında hükümete teslim edilen son tasarı Nisan 2003 yılında hükümet tasarısı olarak TBMM'ne sevk edildi. Bu hükümet tasarısı 500 maddeden oluşan bir tasarı idi. Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'na Ekim ayında ulaşan bu tasarı, kurulan alt komisyonda nedense tamamen bir kenara bırakıldı ve bu alt komisyon -kendisinin bu konuda etkinliğine diyeceğim yok-, ama yetkin görerek hükümet tasarısını bir kenara bıraktı ve çok kısa denilebilecek bir sürede; çünkü bu kodifikasyon böyle ayla ifade edebilececek sürelerde yapılabilecek bir iş değildir, 5 ayda yepyeni 345 maddeden oluşan bir tasarı hazırladı. Bu tasarı 2004 yılının Mayıs ayında basılı vaziyette ilgili çevrelere dağıtılmadan, sadece internet sayfalarında yayınlanarak kamuoyunun bilgisine ulaştırıldı. Bunun üzerine bir-iki panel düzenlendi; ama hızlı hareket etmek gerekiyordu ve yapılan eleştiriler dikkate alınmadan bu tasarı Adalet Komisyonu'na intikal ettirildi, Adalet Komisyonu'ndan hızla meclise ulaştı ve 26 Eylül 2004 tarihinde yasalastı. Resmi Gazete'de yayım tarihi de 12 Ekim 2004'tür. 26 Eylül'de bunun bu süratle hayata geçirilmesinin, başta da söylediğim gibi, Avrupa Birliği Komisyonu'nun Türkiye İlerleme Raporu'na ve 17 Aralık Zirvesi'nin öncesinde müzakere tarihi alabilmek uğruna gösterilen bir çaba olduğuna ilişkin hiç bir kuşku yoktur. Tabii aslında alt komisyonun kendisine bulduğu bilimsel takviyelerle kendisini bu işte yetkin görmesindeki garabeti bir kenara bırakalım; ama Türkiye'de 80 yılda yetişmiş ceza hukuk-

çularının görüşleri alınmadan, Yargıtay kararları ile oluşmuş bir uygulama dikkate alınmadan aceleye getirilişinin çok örneği vardır. Şimdi biraz sonra ben bunlara değineceğim ve benden sonra Sayın Hocam Mehmet Emin Artuk genel hükümleri irdeleyecek, Sayın Hocam Duygun Yarsuvat kişisel suçları inceleyecek ve Sayın Hocam Nur Centel de cezalar ve tedbirler konusundaki görüşlerini açıklayacak. Bu işbölümü içerisinde, zamanı da ekonomik biçimde kullanarak, tartışma, soru-cevap bölümüne zaman ayırmaya dikkat ederek oturumumuzu tamamlamaya çalışacağım.

Şimdi bir acelecilikten, dilde özensizlikten bahsettim. Sanırım çoğunuzda Yeni Türk Ceza Kanunu vardır. Söyleyeceklerimin yasa maddelerinin sizin tarafınızdan incelenmesiyle daha iyi anlaşılabilceğini zannediyorum. Dilde özensizliğin ilk çarpıcı örneğini 85. maddenin başlığında görürüz: “Taksirle öldürme.” Değerli katılımcılar, herhangi bir hukuk fakültesinde herhangi bir öğrenci “taksirle öldürme” dediği takdirde, girdiği ceza hukuku sınavından geçemez; çünkü taksirle öldürme olmaz, taksirle ancak ölme neden olunur. Ama bu kadar basit bir olayın böylesine bir iddialı yasada şu başlıkla yer alması özensizliğin en çarpıcı örneğidir. 6. maddeye bakarsanız tanımlar arasında (h) bendinde “itiyadi suçlu” tanımını görürsünüz. Yasanın hiç bir maddesinde itiyadi suç şeklinde gösterilen bir fiil, onunla ilgili bir madde bulamazsınız. Yasada yer almayan bir suç tipinin “itiyadi suçlu” olarak tanıma konmasındaki garabeti de anlamak mümkün değildir. Ancak işin en acı tarafı 219. maddedir. 219. maddeye baktığınız zaman 3. fıkrada şöyle bir ceza tertibini görürsünüz. “Şu şu fiili işleyenler baladaki fıkrada yazılı ceza tertip olunur.” Yeni bir dille, çağdaş bir dille, iddialı bir yasa ortaya koyduğunu iddia eden muhteremlerin “bala” sözcüğünü burada kullanmasının tek anlamı vardır: Özensiz bir biçimde eski Ceza Kanunu'ndaki hükmü oraya yamarken bunu görmemeleri. Ama 4 fıkraya baktığınız zaman vahamet daha da artmaktadır; çünkü suçlarda cürüm-kabahat ayrımını kaldıran bu Yasa, dikkat ederseniz, o fıkrada “bir cürüm işlerse” deyimini kullanmaktadır, siz hem cürüm-kabahat ayrımını kaldıracaksınız, ama getirdiğiniz yasada cürüme atıfta bulunacaksınız, bunun da açıklaması yoktur.

287. maddenin 1. fıkrasına baktığımızda genital muayeneye sanki hakimle savcının birlikte karar verecekleri anlamı çıkmaktadır. Hakim ve savcı kararından bahseder. Genital muayene ancak hakim kararıyla olur; buna rağmen yeni Türk Ceza Kanunu'nda savcı kararından bahsetmenin yine bir

özensizlik olduğunda hiç kuşku yoktur. Fakat acı olan tarafı tüm bunların bilimsel takviyeli alt komisyonda, Adalet Komisyonu'nda ve Meclis'teki görüşmelerde dikkat çekmemiş olmasıdır, acı olanı da budur. Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesi düzenleme dışı bırakıldığı için buna gönderme yapan özel ceza kanunlarındaki suçlar 1 Nisan'da yaptırımsız kalacaktır. Bu kabahatlerle ilgili özellikle suçlarla yaptırım koyan ayrı bir yasanın 1 Nisan'a kadar çıkarılmaması halinde, birçok suçun 1 Nisan'da yaptırımsız kalacağını bazı çevrelere müjdelemek gerekir.

224.maddede “münhasır ekonomik bölge” sözü vardır. Münhasır ekonomik bölgenin ne olduğunu ne ekonomik alana ilişkin yasalarda bulmak mümkündür, ne de gerekçede bunun ne demek olduğunun açıklaması vardır. 220 maddenin başlığı “suç işlemek amacıyla örgüt kurmak”tır. Madde metni kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla. Başlıkla madde metni arasındaki bu farklılık tarzında bir farklılığa, eski Türk Ceza Yasası'nda, ama bugün için hala yürürlükte olan Ceza Yasası'nda böylesine rastlamak mümkün değildi. 221 madde etkin pişmanlıkta yine “suç işlemek amacıyla örgüt kuranlar” ifadesi vardır, yani madde başlığı ile metinler arasında uygunluk yoktur. Üçüncü bölüm başlığı “Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi”. Ama 20. madde başlığı “Ceza sorumluluğunun şahsiliği”. Özensizliğin bir başka örneğidir. 292. madde başlığı “Hükümlü veya tutuklunun kaçması.” Ama birinci fıkraya baktığımızda tutukevinden, ceza infaz kurumundan, veya gözetimi altına bulduğu görevlilerin elinden kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında. Gerekçe “kanunen gözaltına alındıktan sonra kaçan kişilerde maddenin kapsamı altına alınmış; böylece örneğin karakol nezarethanesinden kaçan kimse hakkında da bu maddenin uygulanması sağlanmıştır” biçimindedir. Ama hiç kimse, burada tutuklu veya hükümlünün ayrı tutulduğunu, ancak gözaltına alınan kişilerin de bu maddeye dahil edildiğini bu madde metninden anlayamaz; çünkü bu tamamen bir çelişki meydana getirmektedir. İnsan ticareti 765 sayılı Yasa'da da vardı, hatta bu çağdaş ceza hukukunun gerektirdiği bir hüküm olarak Dönmezer Tasarısı'ndan bölüm olarak çıkarılıp Türk Ceza Kanunu'na konmuş bir hükümdü. Bu insan ticareti örgütlü yapıldığında bir arttırım öngörülüyordu, şimdi yeni TCK'da bu şekilde insan ticaretinin örgütlü olarak yapılması halinde arttırıma yer verilmiştir. Neden yer verilmemiştir? Bu belli değildir, gerekçesinde de yoktur. Bunun çıkarılmasının amacı nedir? O da belli değildir, unutulmuş mudur, bilerek mi yapılmıştır? Bunu anlamak mümkün olmamaktadır.

Sayın Hocam Artuk sanırım genel hükümleri sizlere anlattığı sırada 1., 2., 3. maddelerin anayasal hükümler olduğunu ve bunların Ceza Kanunu'nda yerinin olmaması gerektiğini söyleyecektir. Aslında zaten temel yasalarda amaç diye Anayasa'da tekrarlanan hükümlerin gösterilmesinin gereği de yoktur. Ancak eğer böyle bir yola giriyorsanız amaç diye gösterdiğiniz konuların hazırladığınız yasada suç olarak gösterilmesi ve yaptırımının buna bağlanması gerekir. Birinci maddeye baktığımızda “kamu düzen ve güvenliğini ayrıca toplum barışını korumak” kayıtlarına rastlıyorsunuz. Ancak Yasa'nın topluma karşı suçlar başlığını taşıyan 3. kısmının 5 bölümünün başlığı “Kamu Barışına Karşı Suçlar” olarak gösterilmiştir. Amaçtaki toplum barışı “kamu barışı” biçiminde ifade edilmiştir. Toplum barışı ile kamu barışının aynı şey olduğunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde kullanılan kavram “kamu düzeni”dir. Kamu düzeni toplumda barışı amaçlar, toplum barışı kamu düzeninin ulaşmak istediği sonuçtur. Siz buna “kamu barışı” dediğiniz takdirde, doğru olmayan bir ifade ortaya koyarsınız. Bu şekildeki yanlışlığın, herhalde yeni olduğunu iddia eden bir ceza kanununda yeri olmamalıydı.

Biraz da uygulama aksaklıklarını ifade ederek sözlerime devam edeceğim. Uygulama aksaklıklarının başında 5. madde gelmektedir. 5. madde çok iddialı bir hükümdür. 5. madde geçmiş yasalara ipotek koyan, hatta geleceğe de koymayı hedefleyen, ancak ne yaparsa yapsın gücü buna yetmeyecek olan bir maddedir. Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki genel hükümlerin bu yasalarda da uygulanacağını öngörmektedir. Bu şu demektir: Genel hükümler içerisinde bulunan cezalar dışında, özel ceza kanunlarında bulunan cezaların artık uygulanma olanağı yoktur. Bu tür cezaları, bu tür yaptırımları uygulamak mümkün değildir; ancak bir şey unutulmuştur. Bu özel ceza hükümlerini taşıyan kanunlar içerisinde, örnek olarak Askeri Ceza Kanunu vardır. Askeri Ceza Kanunu'ndaki oda hapsi, göz hapsi gibi cezaların artık uygulanamayacağı ortaya çıkar. Mesleksel birtakım gereksinimlerle konuşmuş ve elbetteki Türk Ceza Kanunu'ndaki genel hükümlere uygun düşmeyecek hükümleri de ortadan kaldırmak, 1 Nisan 2005'ten itibaren Türk Silahlı Kuvvetleri'ndeki askeri disiplini yok edici bir hükümdür ve maalesef özellikle alt komisyonun bilimsel takviyesini oluşturan ve o bilimsel takviyenin çeşitli örneklerini bu Yasa'da gördüğümüz kişilerce yeni Türk Ceza Kanunu'nun asla deldirilmeyeceği yolundaki ifadeler, bu Askeri Ceza Kanu-

nu'nun bu hale getirilmesindeki sakıncayı söyleyenlerce de ifade edilmiştir. Fakat ne yapılırsa yapılsın geçmişe ipotek konulabilir, ama geleceğe ipotek koyma olanağı yoktur; çünkü önceki kanun-sonraki kanun, özel hükümler-genel hükümler, ana ceza temelini ne hüküm getirirseniz getiriniz sağlayamazsınız. Yani kanunlar arasında hiyerarşik bir üstlük yapamazsınız. Onun için bu hükmün geleceğe ipotek koyma iddiası doğrudur; ancak söyledikleri gibi geleceği de ipotek altına alma olanağı yoktur.

Yeni Kanun'un 50/3. maddesi vardır: “Daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşuluyla, mahkum olunan 30 gün ve daha az süreli hapis cezasıyla fiili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış veya 65 yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği 1 yıl ve daha az süreli hapis cezası 1. fıkra yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.” Bu bir zorunlu çevirmedir; ancak 51. madde “erteleme sadece hapis cezasına uygulanabilir” hükmünü getirmiştir. Yani bir yenilik olarak hapis cezasının dışındaki cezalara erteleme hükmü uygulanamayacaktır. O halde 50/3'te yazılı hükümlerin erteleme olanağı kalmamıştır. 58/3' e göre “tekerrür halinde sonraki suçla ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse hapis cezasına hükmolunur.” 50. maddenin 2. fıkrasına göre “hakim seçenekli halde hapis cezasına hükmetmişse adli para cezasına çevrilmez.”

86. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen nitelikli yaralama, 88. madde kapsamında basit yaralama suçunun oluşması halinde şikayete bağlı olacaktır. Yani 88 .madde kapsamında kalan silahla yaralama da şikayete bağlı olacaktır. Nitelikli yaralamaya teşebbüs 86/2 alt sınırdan ceza verildiğinde, verilecek 2 yıl hapis, teşebbüs nedeniyle 35. madde gereğince _ nispetinde indirilince 6 ay hapis çıkacaktır. Ancak nitelikli yaralama gerçekleşir, 88. madde kapsamında sonuç alınır, verilecek ceza 4 aydır. Teşebbüs hali, tamamlanmış halden daha fazla cezayı gerektirmektedir.

116. maddede gündüzleyin konut dokunulmazlığını bozma şikayete bağlı iken, 116/3'te gündüzleyin işyerine girme şikayete bağlı tutulmamıştır. Oysa konutun, işyerine göre, kişinin özel alanı ve yaşamı açısından daha fazla korunması gerektiği açıktır. 172. maddenin 1. fıkrasının c bendinde silahla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan aynı yaptırıma bağlanmıştır. Tehlike yaratma bakımından aynı biçimde değerlendirilmesi son derece yanlıştır. 230. maddenin 5. fıkrasında resmi evlenme olmaksızın evlen-

menin dinsel törenle yaptırınlar hakkında iki aydan altı aya kadar ceza verilebilmekte; ancak nikah yapıldığında kamu davasıyla hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmaktadır. Bu hükümle imam nikahının önlenmesi olanak dışıdır. Ancak bir iyi tarafından bahsedilebilir, yakalanırsa cezadan kurtulması için medeni nikah yaptırmaya mecbur kılma. Fakat bu cezadan muafiyet dinsel töreni yapanlar hakkında tanınmamıştır. Evlendi diye dini nikah yaptırınları cezadan muaf tutacaksınız; ama bunun törenini yaparı böyle bir imkandan yoksun kılacaksınız.

Yaş küçüklüğü 31. maddede 12 yaşa çıkarılmıştır. 1926'da 11 yaş akli baliğ olmak, anlamak fark etmek bakımından yeterli görülürken bunun 12'ye çıkarılmasının nedeni gerekçede yoktur. Bu gerekçe gösterilmemiştir. Neden 12'ye çıkarılmıştır. Eşya ve kazanç müsaderesi yerinde olmakla beraber bazı ekonomik suçlarda, örneğin dolandırıcılık suçunda 5000 güne kadar adli para cezasına hükmedilecek olması kazançların müsaderesine yer veren sistemde adeta korkarım ki genel müsadereye benzer sonuçlar doğurabilecektir. Suç için anlaşma 316. madde bu kısmın 4 ve 5. bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişinin maddi olgularla belirlenen biçimlerde anlaşılması halinde 3 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasını öngörmektedir. Ancak 4. ve 5. bölümde süreleri bu yaptırımdan daha az olan suçlar vardır. Anlaşmanın fiili işlemeden daha fazla cezayı gerektirdiği bir duruma rastlamak mümkün değildir. Memura tokat atma yeni Türk Ceza Kanunu 88. maddesine göre şikayete bağlı vazgeçmeyle düşen bir suç haline gelmiştir. Ama memura görevinden dolayı hakaret şikayete bağlı değildir. Etkili eylemin şikayete bağlı olduğu ama hakaretin re'sen takip edilebileceği bir suç türüne herhalde başka ceza kanunlarında da rastlamak olanaklı değildir. Zincirleme suç yeni Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinde yer almaktadır. Ancak "cinsel saldırıda ve cinsel istismarda uygulanamaz" hükmü getirilmiştir. Bu cinsel saldırının eş tarafından yapılması hali de suç haline getirildiğinden, şikayete bağlı olmak kaydıyla, bu şekilde bir eşin bir gün içerisinde üç defa bu cinsel saldırı denen, eskiden ırza geçme diye nitelendirdiğimiz, ancak şimdi vücuda organ sokma biçiminde anlatma zorunda kalacağımız bu suçu işlemesi halinde şikayet varsa üç tane yedi yıldan 21 yıl ceza yaptırımına uğraması kaçınılmaz olacaktır. Şikayete bağlı 21 yıllık bir ceza, bırakınız Türkiye'yi, dünyanın hiç bir yerinde görülmemiştir. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle verilecek cezada indirim yapılabilece-

ği gibi ceza vermekten vazgeçilebileceği de belirtilmiştir. Yalnız indirim miktarı da söylenmemiştir, indirim miktarı belli olmayınca uygulamada birliğin nasıl sağlanacağı ve aynı fiili işleyen kişiler arasında değişik yaptırımların uygulanmasının toplumda yargıya olan güveni nasıl sarsacağı hiç hesap edilmemiştir. Hakimin takdir yetkisinin arttırılması bir dereceye kadar kabul edilebilir; ancak bu takdir yetkisinin kullanılma denetimini yine Yargıtay'a verirsiniz, birçok yerde karşımıza çıkan yargının işini azaltma amacını da, ki bu Yasa'da o da vardır; ama yazılı olmayan bir gerekçedir, ortadan kaldırırsınız; çünkü bu takdir yetkisinin denetimine girdiğinizde hakimler arasındaki değişik takdirlerin Yargıtay'a ulaşması durumunda işin ne miktarda artacağı yine belli olmaktadır.

Bunların dışında gerekçede birtakım hatalar da vardır bu hatalar nedir? Bu kanunun kendilerine göre en büyük özelliği eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımını ortadan kaldırması, ağır tahrik-adi(basit) tahrik ayırımını yok etmesi, böylece yeni bir sistem kurduğunu iddia etmesidir; ancak özellikle tam teşebbüs eksik teşebbüs ayırımını niye kaldırdıklarını açıklarken yasa koyucu aslında bilimsel takviyeli alt komisyon, onun ne kadar bilimsel olduğunu bu Yasa'da görmek mümkün ve gerçek bilimsel görüşleri bugün burada dinleyeceğiz, gerekçede örnek olarak olmayan Yargıtay kararlarını göstermiştir. Orada gerekçeye bakarsanız tek kurşun ateş edilmiş, isabet yok, Yargıtay'ın bunu tam teşebbüs olarak nitelendirdiği yazılı, yıllarca ağır ceza mahkemesi başkanlığı yaptım, yıllarca Yargıtay üyeliği, Yargıtay daire başkanlığı ve başsavcılık yaptım, bu şekilde bir içtihadı, gerekçe dışında, ne gördüm ne okudum, ne de genel kurullarda böyle bir olaya rastladım. Onun üzerinde başka bir örnek daha var: Ateş etti, isabet ettirdi ve engellendiği için bu nakıs teşebbüs derecesinde kaldı. Böyle bir örneğe de rastlamak mümkün değildir. İsbet ettirdikten sonra, o isabetin bölgesine göre, bu ya öldürmeye tam teşebbüstür veyahut yaralamadır, isabete rağmen nakıs teşebbüs yine bu süreç içinde rastlamadığım bir karardır. Ama olmayan kararların varmış gibi gerekçeye konmasındaki hatayı adlandırmakta zorluk çekiyorum.

Bu açıklamalarımı şöyle bağlamak istiyorum. İş işten hem geçmiştir hem geçmemiştir. Eğer, siyasi irade 1 Nisan'da doğacak karmaşayı ve karmaşayı dikkate alırsa, ki almalıdır, yapılacak tek şey vardır, bu Yasa'nın yürürlüğe giriş tarihini ertelemek. Eğer bu erteleme başarılı olur ise, yapılabilir ise, ki en az bir yıllık süre ister, bu bir yıllık süre içerisinde, alt komisyo-

nu gerçek bilimsel takviye ile oluşturup, bu Yasa'daki saydığım eksiklikleri yanlışlıkları bir dereceye kadar düzeltmek mümkün olur. Dileğim bu önerimin kabul edilmesidir. Ama olmayacak duaya amin dediğimi de biliyorum. Ben sözlerimi bu şekilde bağlıyorum. Şimdi Sayın Hocam Prof. Dr. Emin Artuk ceza hukuku genel hükümleri açısından yeni Türk Ceza Kanunu'nu irdeleyecek. Ben hepinize sevgiler ve saygılar sunuyorum.

YENİ TÜRK CEZA KANUNUNUN GENEL HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1- Giriş

Biz bu konuşmamızda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanması aşamasından ve genel hükümlere ilişkin bazı düzenlemelerinden bahsedeceğiz. Aşağıda özellikle kanunun amacı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile adalet ve kanun önünde eşitlik prensiplerini düzenleyen hükümleri inceleyecek ve Yasanın bütünü bakımından başlangıçta belirlenen bu esaslara ne ölçüde bağlı kalındığına ilişkin somut örnekler üzerinde duracağız.

2- Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanışı

1 Temmuz 1926 tarihinden beri yürürlükte bulunan “Türk Ceza Kanunu”nun günün ihtiyaçlarına cevap veremediği ve ceza hukukunda ortaya çıkan gelişmelere ayak uyduramadığı gerekçeleriyle¹ Adalet Bakanlığı tarafın-

1 Nitekim 12.05.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan

dan yeni bir ceza kanunu hazırlanması için 1940 yılında başlayan çalışmalar 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun 26.09.2004'te (RG.12.10.2004, Sy.:25661) kabulüyle sona ermiştir. Ancak hemen belirtelim ki, Hükümet Tasarısının 12.05.2003 tarihinde TBMM.ne gönderilmesiyle, söz konusu tasarıdan tamamen farklı yeni bir ceza kanununun kabulü arasında çok kısa bir süre geçmiştir. Nitekim 21.10.2003 tarihinde Hükümet Tasarısı üzerine çalışmalara başlayan Adalet Alt Komisyonu, 12.05.2004'te adeta yeni bir "Türk Ceza Kanunu Tasarısı" hazırlayarak mesaisine son vermiştir. 21-22.05.2004'te Gazi ve 25.05.2004 tarihinde Kültür Üniversitelerinde tartışmaya açılan tasarı üzerinde çalışmalarına başlayan (30.06.2004) Adalet Komisyonu, çalışmasını 14.07.2004'te bitirdi. 14.09.2004 günü TBMM'nin olağanüstü toplantısında ele alınan tasarı, 26.09.2004 tarihinde kanunlaştı. Tasarının bu kadar kısa bir süre içinde² kanunlaşmasının sebebi ülkemizin Avrupa Birliğinden tarih almayı beklemesi nedeniyledir. Tasarının süratli bir biçimde kanunlaşmasını yerinde bulmadığımızı ifade etmek isteriz. Gerçekten bu konuda yıllarca önce hiçbir kanunun ceza kanunu kadar kişi hürriyeti ile yakından alakalı olmadığını vurgulayan Erem³ ; "ceza kanunları uzun ve şu-

Hükümet Tasarısı'nın (Türk Ceza Kanunu Tasarısı) Genel Gerekçesinde 1926 Kanununun dilinin çok eskidiği, kanunun genel hükümlerinin önemli bir kısmının çağdaş gelişmelere uygun bulunmadığı -örneğin, teşebbüs, etkin pişmanlık, iştirak, ceza sorumluluğunda isnat yeteneğini etkileyen nedenler, çocuk ve küçüklerin ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler-, cezalar sisteminin infaz kanununun kabulüyle mutlaka gözden geçirilmesinin gerektiği, güvenlik tedbirlerinin çağdaş ceza biliminin esasları ile bağdaşır nitelikte olmadığı vurgulanmıştır. Genel gerekçe ve diğer noksanlar hakkında bkz. Tutanak Dergisi, S.Sayısı 664, Dönem:22, Yasama Yılı:2.

- 2 Tasarının kısa sürede kanunlaşması eleştirilere neden olmuştur. Bkz. Örneğin, Eraslan, Orhan, TBMM. Tutanak Dergisi, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Cilt:59, 119. Birleşim (Olağanüstü), 14 Eylül 2004, s.32; Akgüner, Tayfun, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı" konulu bilimsel toplantının açış konuşması, 25.05.2004, İstanbul, s.2 (yayınlanmamış konuşma). Karşılaştırmalı hukukta -Yeni Türk Ceza Kanununun aksine- ceza kanunlarının yapılması uzun çalışmaların sonucu olmuştur. Örneğin, 1889 İtalyan CK. Hazırlık çalışmaları, 1862'ye kadar gider. Bütün kantonlar için geçerli yeni bir ceza kanunu meydana getirilmesi çalışmalarının 1889'da başladığı İsviçre'de, çalışmalar sermesini 1937'de vermiştir. Bkz. Artuk, Mehmet Emin, 1926 Tarihli Türk Ceza Kanununun Hazırlanışı, İn: Artuk, M. Emin- Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, 2. Baskı, İstanbul 1999, s.49-70, 55-58.
- 3 Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.:1, Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1966, s.16.

urlu bir teknik çalışmayla hazırlanmalıdır” demiştir. Kanunun aceleye getirilmesi nedeniyle özensiz davranıldığına ilişkin bir örneği 35 inci maddenin 1 inci fıkrasında bulmak mümkündür. Madde gerekçesinde maddeye “uygun hareketler” kavramının dâhil edildiği belirtildiği halde, maddede bu ibareye rastlanmamaktadır.

Adalet Alt Komisyonu danışmanlarından biri⁴ “unutulmaması gereken bir husus, TCK. Tasarısının her hangi bir yabancı kanundan tercüme edilmemiş olmasıdır. Bu nedenle Tasarı, Türkiye'deki hukuk birikiminin bir ürünüdür” demektedir. Bu düşünceye kısmen katılmak mümkündür. Alt Komisyon Tasarısı'nın hemen hemen aynen kanunlaşan metni çeşitli kanunlardan faydalanılarak meydana getirilmiştir. Yeni TCK.nın her hangi bir yabancı kanundan iktibas edilmediği doğrudur. Ancak genel hükümler bakımından çeşitli kanunlardan bazen kelime kelime, bazen ise mealen faydalandığı da bir hakikattir. Örneğin TCK.m.1, 5.6.1996 Rus CK.m.2/1; TCK.m.2/3, 1994 Fransız CK.m.111-4; TCK.m.3, Rus CK.m.4,6; TCK.m.4, Fransız CK.m.122-3; TCK.m.23, Alman CK.m.18; TCK.m.21/2, Polonya CK.m. 9/1 (bu madde Polonya CK.'ndan eksik tercüme edilmiştir); TCK.m.27/2, Alman CK.m.33; TCK.m.30/1, Alman CK.m.16/1; TCK.m.36, Alman CK.m.24; TCK.m.37, Alman CK.m.25/2; TCK.m.38, Alman CK.m.26, örnekleri çoğaltmak mümkündür. Her kanun belli bir felsefeye, dünya görüşüne dayanılarak hazırlanır. Bu şekilde çeşitli kanunlardan hükümler alınması, kanunun yeknesaklığını bozar. Kanunu derleme bir kanun haline getirir.

Yine danışmanlardan biri “kanun herkesin okuyabileceği, anlayabileceği sadelikte düzenleniyor”⁵ diyebilmiştir. Her şeyden önce İspanyol CK.nun 11 inci maddesinden alınan 83 üncü maddeye karşılaştırmalı hukukta örneğin Alman CK.'nda genel hükümler arasında yer verilmiştir (m.13). İhmal suretiyle icra suçundan bahseden bu maddenin yeri genel hükümler olmalıydı (hareketin şekline göre suç tipleri). Ayrıca kanaatimce 83 üncü maddenin herkes tarafından anlaşılabilmesi de pek mümkün gözükmemektedir.

4 11.9.2004 tarihli Takvim gazetesi, Sy.3538, s.14.

5 25.04.2004 tarihli Radikal Gazetesi.

3- Yasanın Temel İlkelere İlişkin Düzenlemeleri

a) Ceza Kanununun Amacı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yer aldığı 2 nci maddenin de önüne geçen ve bu bakımdan kanunun en önemli maddesi olan “ceza kanununun amacı” başlıklı birinci maddede ceza kanununun amacının kişi hak ve özgürlüklerini, kamu sağlığını ve çevreyi korumak ve suç işlenmesini önlemek olduğu belirtildikten sonra kanunda bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar ve ceza ve güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde bu madde ile ceza kanununun özgürlükçü karakterinin vurgulandığı ve bireyin adalet ve güvenliğinin sağlandığı bir toplumda yaşama hakkının gereği olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesinin temel araçlar arasında sayıldığı belirtilmektedir. Gerekçede ayrıca ceza kanunlarının bireyin hak ve özgürlüğüne derin biçimde müdahale eden yaptırımları içermesi nedeniyle, bir ülkedeki ceza kanununa hakim felsefenin, değer ve ilkelerin o ülkedeki siyasi rejimin niteliğini gösterdiğini, nitekim totaliter devletlerin ceza kanunlarını, benimsedikleri siyasi rejim doğrultusunda, bireyin hak ve özgürlüğünü ortadan kaldırmak veya sınırlandırmakta araç olarak kullandıkları, demokratik hukuk devletlerinde ise ceza kanunlarının kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik temel ilkelerin uluslar arası sözleşmelerde yer aldığı ve böylece bireyi ceza kanunlarının keyfi uygulamalarına karşı güvence altına alan hükümlere yer verildiği ifade edilmiştir.

Doktrinde bazı yazarlar⁶ ceza kanununun amacına yönelik böyle bir maddeye kanunda yer vermenin gereksiz olduğunu ifade etmişlerdir. Denilmektedir ki, ceza kanununun amacı tüm hükümlerin genel bir değerlendirilmesi ile belirleneceğinden böyle bir hükme gerek yoktur. Kanaatimizce de karşılaştırmalı hukukta, 1.1.1997 tarihinden itibaren yürürlükte bulunan Rus CK.dan (m.2/b.1) başka bir kanunun (komünist rejimin geçerli olduğu dönemlerde 1961 şekliyle Macar, 16.03.1968 Bulgar ve 28.11.1961 Çekoslo-

6 Toroslu, Nevzat-Ersoy, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, 2. Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar. Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.7; Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK. Tasarısı Hakkındaki Raporu”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, 2. Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar. Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.329.

vak CK.ları ceza kanununun amacına yer vermişlerdir) bu tür bir maddeye yer vermediği, komünist bir yönetimden vazgeçerek demokratik bir toplum olma çabasına giren Rusya bakımından böyle bir maddeye ceza kanununda yer vermenin anlamlı ve önemli olabileceği, buna rağmen laik ve demokratik bir cumhuriyet olan ve bu konudaki temel prensipleri ve çerçeveyi anayasası ile belirtmiş bulunan Türkiye Cumhuriyeti bakımından bu hususların ceza kanununda ayrıca ve yeniden vurgulanmasının yerinde olmadığını ifade etmeliyiz⁷ . Anayasalarda yer alması gereken bu tür genel kuralların ceza kanununa alınmasının yorum yönünden de hatalı sonuçlara yol açabileceği belirtilmektedir⁸ .

Günümüz modern ceza hukukunun amacı, insanların toplum içerisinde birlikte yaşamaları için gerekli olan ve toplum, özellikle birey bakımından çok önemli bulunan yaşam, sağlık, özgürlük ve malvarlığı gibi hukuksal değerleri koruyarak bireylerin güvenli, sağlıklı, özgür ve demokratik bir ortamda yaşamalarını sağlamaktır⁹ . Böyle bir amacı gerçekleştirmek, insanların barış ve huzur içerisinde birlikte yaşamaları için gerekli hukuksal değerleri korumak, bireyin sahip olduğu bu değerlerin ihlalini önlemek aynı zamanda ceza hukukunun yegane ödevidir¹⁰ . Hiç şüphesiz ceza hukukuna yüklenen bu yegane ödev öngördüğü düzenlemelerden ortaya çıkacaktır. Bu itibarla ceza kanununa bir amaç maddesi koyarak bir takım ilkeleri tespit etmek tek başına hiçbir anlam ifade etmemektedir. Yasa koyucu, ceza kanununun amacını bir maddeyle sınırlandırmak suretiyle, kanununun bütününe belirtilen ilkeler doğrultusunda düzenleme sorumluluğundan kurtulamaz. Bir başka deyişle, kanunun diğer maddelerinde yapılan ve çağdaş ceza hukukuna hakim olan anlayış ve gelişmelerle bağdaşmayan hükümleri

7 Artuk, Mehmet Emin-Çınar, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, s.37-84, 69,70.

8 Bayraktar,Köksal- Öztürel, Önder- Memiş,Pınar, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri”, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004, s.31.

9 Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s.442-446; ayrıca bkz. Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, München 1997, m.1,2

10 Ünver, s.445; aynı yönde bkz. Özek, Çetin, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler”, İHFM., Cilt: LVI, Sy.:1-4, s.24, 27.

sevk etmeme görevinden yasa koyucu vazgeçemez ve bunu amaç maddesiyle yargıcın ödevi haline getiremez.

Birinci maddede belirtilen değerler dışında, örneğin yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı ve mal varlığı gibi hukuksal değerlerin maddede belirtilmemesi (nitekim maddeye kaynak teşkil eden Rus CK.nun 2 nci maddesinde, kanunun amaçları arasında mülkiyet ve suçlara karşı Rusya Federasyonunun anayasal düzenini koruma da sayılmaktadır ve bu hususlar Yeni Türk Ceza Kanununun 1 nci maddesine alınmamıştır), bu değerleri korumanın amaç olmadığı şeklinde yanlış anlamalara yol açabilecektir¹¹. Her suç en az bir hukuksal değeri korumak için ihdas edildiğinden kanundaki tüm bölüm başlıklarının maddeye alınması gerekirdi. Böyle bir düzenleme ise, oldukça geniş ve bilinen hususları yasaya koymak anlamına gelecektir. Sonuç olarak, bünyesinde belirsizlik arz eden ve bu niteliği ile suçta kanunilik ilkesiyle çelişen, kanunun amacı onun bütününden çıkan anlama göre belirleneceğinden ve maddede belirtilen değerler dışında kalan bazı değerlerin maddeye alınmaması ve bunun da imkansız olması nedeniyle, 1 inci maddenin kanunda yer almaması gerektiği kanaatindeyiz.

b) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

İdarenin suç ve ceza koyamayacağı, bu yetkinin sadece TBMM'de olduğu ikinci maddenin ikinci fıkrasında; "idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" şeklinde ifade edilmiştir. Esasında 2 nci maddede sadece ceza hukukunun değil, tüm hukuk düzeninin en önemli ilkeleri yer almıştır. İdarenin suç ve ceza koyamayacağına yönelik ilke, birinci fıkradaki kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin doğal bir sonucu olduğu için, kanaatimizce ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Diğer taraftan böyle bir düzenlemenin yasa koyucuyu bağlayabilmesi için ceza kanununda değil, anayasa-da yer alması gerekir. Zira ceza kanununda böyle bir hükmün varlığı daha sonra çıkarılacak bir özel kanunla hükümete düzenleyici işlemlerle suç ve ceza yaratma yetkisi verilmesine engel olmayacaktır¹².

Esasında 1982 Anayasası, TCK.nun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen netlikte olmasa da 38 inci maddesinin 1, 2 ve 3 üncü fıkralarında suç ve cezada kanunilik ilkesine yer vermek suretiyle, idarenin düzenleyici

11 Tezcan-Erdem, s.329.

12 Toroslu-Ersoy, s.7.

işlemleriyle suç ve ceza konulmasını yasaklamaktadır. Ayrıca Anayasanın 91 inci maddesinde normlar hiyerarşisinde kanundan sonra gelen kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza konulamayacağı belirtilmektedir. Keza Anayasanın 6. maddesinde egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu, Türk milletinin egemenliğini yetkili organlar eliyle kullanacağını ve hiç kimsenin veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı ifade edilmiştir. Anayasanın 7 nci maddesinde ise, yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM.ye ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği vurgulanmıştır. Tüm bu hükümler suç ve ceza koyma yetkisinin münhasıran yasa koyucuya ait olduğunu, yasa koyucunun bu yetkisini devredemeyeceğini öngörmek suretiyle, idari makamların bu alandaki tasarruflarına engel olmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası döneminde verdiği çeşitli kararlarında, idari makamların düzenleyici işlemleriyle suç yaratmasına müsaade etmemiştir¹³.

c) Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Kanunun felsefesini vurguladığı iddia edilen bir madde de, adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesini öngören 3 üncü maddedir. Anayasalarda (1982 AY.m.10), uluslar arası bildiri (İHEB.m.2,7) ve sözleşmelerde (İHAS.m.14) yer alan ve genel bir hukuk ilkesi olan adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesine ceza kanununda yer verilmesi gereksiz ve kanun yapma tekniğine aykırıdır.

Rus CK.'nın 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasından esinlenerek düzenlenen bu maddenin 1 inci fıkrasının adalet ilkesiyle bir ilişkisi bulunmamaktadır. Birinci fıkraya göre, faile verilecek ceza ve güvenlik tedbiri fiilin ağırlığıyla orantılı olmalıdır. Hemen belirtelim ki, suç işleyen kişiye, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza verilmesi doğru olmakla beraber, güvenlik tedbiri hakkında bu esas geçerli değildir. Nitekim işlenen fiil nedeniyle hükmedilen ceza, nevi ve süresi bakımından suçlunun manevi sorumluluk derecesi ve suçun ağırlığıyla orantılıdır. Bu nedenle, çoğu kez, kısa süreli de olabilir. Buna karşılık failin manevi sorumluluğu ve suçun objektif ağırlığının güvenlik tedbiri üzerinde bir etkisi yoktur. Güvenlik tedbirlerine failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin derecesine göre hükmedilir. Ted-

13 Bkz. AYMK., 18.01.1996, E.1995/28-K.1996/2 (RG.22.07.2000, Sy.:24117); aynı yönde AYMK., 15.10.1991, E.1990/29-K.1991/37 (RG.05.02.1992, Sy.: 21133).

birin süresi failin tehlike hali ile orantılıdır. Failin tehlikeli kişiliğine dayanan tedbir, tehlikelilik devam ettikçe tatbik edilir (örneğin, akıl hastalarına ilişkin emniyet tedbirine ilişkin 57 nci maddenin 2 nci fıkrası). Toplum için tehlike arz eden bir kimsenin tehlike halinin yok edilmesi gayesini güden tedbir, tehlike halinin ortadan kalkmasıyla yani amacın elde edilmesiyle sona erer. Bu bakımdan tehlike halinin devamına bağlı olan tedbirin süresi baştan itibaren tespit edilemez¹⁴.

Yargıca yönelik olan 3 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki hükmün burada değil, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin 61 inci maddede yer alması gerekirdi. Nitekim Kanunun 61 inci maddesinde hakim cezayı belirlerken hangi hususları göz önünde bulunduracağı tek tek sayılmıştır. Aynı hususun 3 üncü maddede belirtilmesi kanaatimizce hem sistematik açıdan hem de içerik açısından yerinde olmamıştır. Çünkü hakim somut cezayı belirlerken yalnızca fiilin ağırlığını değil, 61 inci maddede sayılan diğer hususları da dikkate alacaktır. Bunun başında da kusurun ağırlığı gelmektedir.

Diğer taraftan 3 üncü maddenin 1 inci fıkrası, esinlenen Rus CK.'nın 6 ncı maddesinden oldukça farklıdır. Rus CK.'nın 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında, non bis in idem prensibine, yani hiç kimsenin bir veya aynı suçtan dolayı iki kez cezai sorumluluğunun olmayacağına ilişkin ilkeye yer verilmişken, bu hüküm kanunumuza alınmamıştır. Ayrıca 6 ncı maddenin 1 inci fıkrası da yeni TCK'ya eksik alınmıştır. Şöyle ki, Rus CK.'nın 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında; “bir suç işleyen kişiye karşı uygulanan ceza ve ceza karakterli tedbirler adil olmalıdır, yani fiilin niceliğine, toplumsal tehlikeliğin derecesine, işlenme koşullarına ve suçlunun kişiliğine uygun olmalıdır” denilmektedir.

Sonuç olarak, yeni ceza kanununun felsefesini ortaya koyan maddelerden biri olduğu belirtilen 3 üncü maddenin birinci fıkrası, cezanın tespitiinde kusur ilkesine yer vermemesi ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına fiilin ağırlığını göz önüne alması nedeniyle hatalıdır.

14 Bouzat, Pierre-Pinatel, Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome: I, *Droit pénal général* par Pierre Bouzat, 2.Edition, Paris 1970, s.406; Hedayati, Mohammad Ali, *Les mesures de sûreté et la réforme moderne du droit pénal*, (Cenevre Doktora Tezi), Genève 1939, s.28; Donniedieu De Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3.Edition, Paris 1947, s.400.

Yeni Türk Ceza Kanununun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrası ceza kanununun uygulanmasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamayacağını ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamayacağını ifade etmektedir. Bu ilkeye anayasalarda, uluslar arası sözleşme ve bildirilerde yer verildiği görülmektedir. Yeni TCK.'da bu ilkeye tam anlamıyla riayet edildiği de söylenemez. Örneğin, “sınırdışı edilme” başlıklı 59 uncu madde, vatandaş ile yabancı arasında bir ayırım yapmaktadır¹⁵. Yine ikinci fıkraya aykırı başka bir hükme 12 nci maddenin 2 nci fıkrasında rastlamak mümkündür. Nitekim burada maddenin birinci fıkrasında koşulları belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişinin zararına işlenmesi halinde Türkiye'de yargılama yapılabilmesi için failin Türkiye'de bulunması, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve suçtan zarar görenin şikayeti aranmaktadır. Yabancıların işlediği suçun Türkiye'nin zararına olduğu takdirde no bis in idem kuralına geçerlilik tanımayan Kanun, suçun Türk vatandaşının zararına işlenmesi durumunda bu kurala geçerlilik tanımıştır. Kanunun bu yaklaşımı hem üçüncü maddenin ikinci fıkrasındaki eşitlik ilkesine hem de devleti değil insanı ön planda tuttuğu yönündeki iddiasına aykırı gözükmektedir. Çünkü maddenin 1 nci fıkrasında devlet korunurken, 2 nci fıkrasında vatandaş aynı şartlarla korunmamaktadır. Keza reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen 104 üncü maddenin 2 nci fıkrası, fail ile mağdur arasında beş yaştan daha fazla yaş farkının olması halini bir ağırlatıcı sebep olarak öngörmüş ve bu durumda suçun re'sen kovuşturulacağını belirtmiştir. Maddenin gerekçesinde beş yaş farkına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemektedir. Bütünüyle problemlili olan bu maddenin (fail ve mağdurun kim olduğu düzenlemeden anlaşılammaktadır) kovuşturma ve ceza bakımından getirdiği farklılık nedeniyle anayasanın 10 ve Yeni TCK.3/2 maddelere aykırı olduğunu düşünüyoruz. Sonuç olarak, Anayasal bir ilke olan eşitlik prensibinin Kanunun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına alınması yerinde olmadığı gibi, yukarıda verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere yeni TCK. içerdiği hükümlerle eşitlik prensibine riayet etmemiştir.

15 Levi, Selim, “Yabancılar Sınırdışı Edilecek mi?” Güncel Hukuk, Nisan 2005, sayı:16, s.46.

4- Yasanın Genel Hükümlere İlişkin Diğer Düzenlemeleri

Yeni Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine ilişkin olarak aşağıdaki düzenlemelerinin de yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

a) Özel kanunlarla ilişkiyi düzenleyen ve yasa koyucuyu sınırlama anlayışını aksettiren 5 inci maddenin bu şekilde kaleme alınması uygulamada büyük sorunlar yaratacaktır¹⁶. Yaratmıştır da. 1.4.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen Kanunun yürürlüğünün iki ay ertelenmesinin nedenlerinden biri de bu tür bir düzenlemedir. Hükmün tatbikatta yaratacağı sorunlar dikkate alınarak, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a, 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı Kanun ile geçici 1 inci madde eklenmiştir. Burada; “diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır” denmektedir. Böylece esasen Kanun koyucu 5 inci madde ile getirdiği ilkeye bizzat kendisi riayet etmemiş ve beşinci madde sonucu olmayan bir hüküm olarak kanunda yer almıştır.

b) Kanunda çelişkili hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin, 4/1, 30/1¹⁷.

c) Farklı müesseselerin (hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu etkileyen faktörler) aynı başlık altında yani “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” (m.24 vd.) başlığı altında toplanmasını yerinde bulmadığımızı ifade etmek isteriz¹⁸.

d) Tanımlara gerek olmadığı halde bunlara eksik, yanlış veya belirsiz bir biçimde yer verilmesine de kanunda rastlanmaktadır. Örneğin, Kanunun 21 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan “olası kast”ın tanımı hatalıdır. Kanaatimizce bu fıkrada “olası kast” olarak tanımlanan husus bilinçli tak-

16 Bayraktar, Köksal, “Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu. 2. Kitap, Türkiye Barolar Birliği. (Editör: Teoman Ergül), Ankara 2004, s.21-35, 28. Kanunun 5 inci maddesinin gerekçesinde hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturduğundan hükümet Tasarısının metninin (m.3) değiştirildiği vurgulanmıştır.

17 Bayraktar, a.g.m., s.32.

18 Aynı doğrultuda bkz. Toroslu-Ersoy, s. 10-11.

sirdir¹⁹. Kanunun gerekçesinde olası kasta ilişkin örnekler verildiği halde bilinçli taksirle ilgili misallere yer verilmemesi de ilginçtir. Bu tür bir düzenleme her iki müessesenin birbirinden ayırt edilmesini daha da zorlaştırmıştır, hatta imkânsız hale getirmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla karşılaştırmalı hukukta olası kast halinde ceza indiriminin kabul edildiğine rastlanmamaktadır. Teşebbüste icra hareketlerinin ne zaman başladığının ölçütü olarak kabul edilen ve Alman Ceza Kanununun 22 nci maddesinden alınan “doğrudan doğruya icraya başlama” kriteri de belirsizdir. 35 nci maddenin gerekçesi de yetersizdir.

e) Kanunun yaş küçüklüğü ile ilgili hükümlerinin uluslararası belgelerin ve hatta 1979 tarihli “Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”un gerisinde kaldığını belirtmek isteriz. Örneğin, 31 inci maddenin 2 nci fıkrasına göre, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmayanların işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde tedbir öngörülmeden sadece cezaya hükmedilecektir²⁰.

f) Kanunun ceza sistemi ve cezalara seçenek kurumlar bakımından da çelişkili ve eksik düzenlemeleri mevcuttur. Örneğin, 51 inci maddede düzenlenen erteleme kurumu hapis cezaları bakımından geçerlidir ve mukayeseli hukuktaki çağdaş düzenlemelerin aksine (kamu davasının, duruşmanın veya hükmün ertelenmesi gibi) sadece cezanın infazının yerine geçecek şekilde öngörülmüştür. Hapis cezasının ertelenebilip, adli para cezasının ertelenememesi de yerinde değildir. Nitekim bir suçun karşılığı olarak hem hapis hem de adli para cezası öngörüldüğü hallerde, Kanun; erteleme bölünmezliği ilkesiyle de çelişir şekilde, hapsin ertelenmesine cevaz vermekte, ama adli para cezasının infazını istemektedir. Yine yaptırım sistemiyle ilgili olarak, “hükmün ilanı”na yaptırımlar arasında yer verilmemesine rağmen, 267 nci maddenin son fıkrasında bir suçun ek yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Bu da bir eksikliklerdir.

19 Artuk-Çınar, s. 75-76; aynı doğrultuda bkz. “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, s.285-317, 294.

20 Aynı doğrultuda bkz. Sevik, Handan Yokuş, “Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın yaş küçüklüğüne ilişkin 31 inci maddesinin değerlendirilmesi”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, s.185-197, 194-195.

5- Sonuç

Sonuç olarak diyebiliriz ki; suç politikası çerçevesinde cezalandırma ya da cezalandırmama konusunda kurallar koyma yetkisi yasa koyucuya aittir. Ancak, bu yetki kullanılırken hukuk devleti ilkesinin gereği olarak adalet ve hak duygusuna uygunluk ölçüsü gözetilmelidir. Aksi takdirde, ceza adaletinin giderilmesi mümkün olmayacak sorunlarla karşı karşıya kalacağı muhakkaktır.

Yeni Türk Ceza Kanunu meydana getirilirken yeterince tartışılmamış ve yapılan eleştiriler de nazara alınmamıştır. İlk bakışta yukarıda açıkladığımız temel ilkelerin yasada yer alması bir yenilik olarak gözükebilir. Ancak kanunun bütününe ve bu ilkelerin esinlendiği yasalara bakıldığında söz konusu prensiplerin yeterli ve yerinde olmadığı açıktır. Ayrıca yasada kanun yapma tekniğine ve hukuk mantığına uygun olmayan hükümlere de (örneğin m.5) yer verilmiştir. Yasanın bu haliyle bir revizyona ihtiyaç gösterdiği kanaatindeyiz.

YENİ TÜRK CEZA KANUNU GENEL HÜKÜMLERİ, GENEL DEĞERLENDİRME, İLKELER VE GENEL KURALLAR

Prof. Dr. Duygun YARSUVAT
Galatasaray Üniversitesi Rektörü

Bu konuda sorulması gereken bazı sorular vardır. Bunlardan birincisi yeni bir Ceza Kanunu'nun yapılması gerekli midir? Yeni bir Türk Ceza Kanunu'nun bu hızda yapılması yerinde midir? Yeni Türk Ceza Kanunu bir reform niteliğinde midir?

Şunu hemen belirtelim ki, Türk Ceza Kanunu 1926 yılında İtalyan Zanardelli Kanunu'ndan iktibas edilmesi suretiyle yapılmış bir kanundur. Zanardelli Kanunu zamanının en ileri kanunu olması yanında, sistematik özellikler taşıyan iyi bir kanun idi. Bu kanun zaman içinde değiştirilmiştir ve özellikle 1980'lere gelindiğinde, eskimiş bir kanun olma niteliğini taşımaya başlamıştır.

Bunu göz önüne alan Adalet Bakanlığı, 1960'lardan bu yana Ceza Hukuku'ndaki yeni ve demokratik gelişmelere yer vermek amacıyla komisyonlar kurmuştur. Bu amaçla, 1) 1989 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan 14.1.1985 tarihinde kurulan komisyon, 2) 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan, 06.06.1996 tarihinde kurulan komisyon, 3) 2001 Türk Ce-

za Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan, 21.12.1999 tarihinde kurulan komisyon çalışmaları sonucunda ortaya çıkan Ceza Kanunu Tasarısı 12.05.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne hükümet tasarısı olarak gönderilmiştir.

Özellikle belirtmek isterim ki, gerek 1997, gerek 1989 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda yer alan bazı hükümler muhtelif zamanlarda 765 sayılı TCK'na ilave edilmiştir. Bugün 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan Kanun, daha önce yapılan kanun tasarılarına bir reaksiyon olarak yapılmış bir kanundur. Bu Kanun, Meclis Alt Komisyonu tarafından kurulan bir heyet tarafından bir yıl gibi kısa bir süre içinde hazırlanmış ve Meclise sunulmuştur.

Bu reaksiyonun sebebi, kanaatimizce, Kadın Haklarını Koruma Örgütleri'nin kamuoyunu telaşa vermeleridir. Hatırlanacağı üzere, kamuoyunda "töre cinayetleri" adı altında bir takım yazıların yazılması, cinsi hürriyete karşı işlenen suçlar bölümünde değişiklik yapılmasını istemişlerdir. Gerçekte "töre cinayeti" diye bir suç türü yoktur. Hepinizin bildiği gibi, töre cinayeti "taammüden adam öldürme" suçundan başka birşey değildir.

Bunun dışında bazı hükümlerin değiştirilmesi istenmesi karşısında, merhum hocamız Sulhi Dönmezer, kendi hazırlamış olduğu tasarının değiştirilmesine karşı çıkınca, tasarı Alt Komisyon'a geri gönderilmiş ve Alt Komisyonu oluşturan, "Bilimsel Takviyeli Kurul"un, üçüncü sınıf hukukçuların hazırladığı bu kanuna temel teşkil eden tasarı ortaya çıkmıştır. Vurgulamak gerekirse, bu kanuna temel teşkil eden tasarı, bir ilkokul öğrencisinin yaptığı resimdir.

Tasarı hakkında Galatasaray Üniversitesi'nden görüş sorulması üzerine, Adalet Bakanlığı'na yazdığımız yazıda şu satırlara yer verilmiştir. "*Raporumuzda özetle şu sonuca ulaşmaktayız ki, alt komisyon tasarısı herhangi bir şekilde kanunlaştığında Türkiye'de büyük Ceza Hukuku sorunları ortaya çıkacak ve büyük boşluklar meydana gelecektir. Bunun yerine mutlaka yeni bir ceza kanunu yapma gerekliliği ve zorunluluğu duyuluyorsa, Hükümet Tasarısına dönmek ve çalışmaları bunun üzerinde geniş bir heyetin katılımı ile gerçekleştirmek veya aciliyet söz konusu ise, bazı hata ve eksiklikleri bulunmasına rağmen, çok daha nitelikli bir düzenleme olan hükümet tasarısını yüce Meclise arz etmek en uygun hareket tarzı olacaktır.*"

Yeni bir Ceza Kanunu'nun yapılması, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, yerinde bir davranıştır. Ancak, Türk Ceza Kanunu gibi temel bir kanunun yangından mal kaçırıcısına bir yıl gibi kısa bir sürede yapılması, yanlışlıklara sebebiyet vermiştir.

Burada Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin değerlendirilmesi yapılacaktır.

Yeni Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı Ceza Kanunu'ndan farklı bir sistematığe sahiptir. Dönmezer tarafından yapılan Tasarı haklı bir şekilde 21. yüzyıla uygun olarak, insanı ön plana çıkartmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nu yapanlar da bu sistematığı değiştirmişlerdir.

Kişilere karşı suçlar “II. Kısım” başlığı altında 10 Bölüm halinde düzenlenmiştir. Ancak bu 10 Bölüm altında yer alan suçların ihdası ile korunan hukuki yarar ele alınmadan gelişi güzel bir düzenleme ile iktifa etmişlerdir. Örneğin hürriyet aleyhine cürümler, mal aleyhine cürümler ile ahlak ve aile düzeni aleyhine cürümlerin bu kısımda düzenlendiği tespit edilmektedir.

Temel bir kanunun yorumu bakımından da çok önemli olan sistematığı yanlış bir şekilde yapılmıştır.

Gerçi bu kanunun içindeki yanlışlıklar sadece sistematikle sınırlı değildir. Genel gerekçede aynen şöyle denmektedir:

“Her şeyden önce Kanunun dili üzerinde durmak gereklidir. Dil o kadar eskidir ki, değil günümüzde hukuk fakültelerinde okuyan gençler, hatta belirli bir deneyim kazanmış hukukçular bile Kanunda geçen bazı sözcükleri, anlamak şöyle dursun, doğru olarak telaffuz edememektedirler. Bir kısım hukukçuların artık anlayamadıkları bir dil ile yazılmış bir Kanunu, vatandaşların anlayıp algılayarak, hükümlerine uygun biçimde hareket etmesi, elbette ki, beklenemez.

Ayrıca şu hususa da işaret edilmelidir ki, Kanunun değişik tarihlerde geçirdiği değişikliklerde de, iktidarın anlayışına göre farklı bir dil kullanılmış, yerleşmiş hukuk terimlerinde bile değişiklik yapıldığı görülmüştür. Yürürlükteki 230 ve 240 ıncı maddelerin Türkçesi bu hususta çok belirgin bir örnek olarak verilebilir. Yine bu nedenle, Yargıtay kararlarında, yerleşmiş hukuk terimleri bile değiştirilmekte, bu bakımdan değişik dairelerin kararlarında farklı te-

rimler kullanılabilir. Bu hâl Ülkede hukuk birliği yönünden sakıncalar meydana getirebilir.”

Buna karşılık Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 219/2-3 maddesindeki hüküm 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 241. maddesindeki hükmün eşidir. Yalnızca para cezası adli para cezası şeklinde değiştirilmiştir. Madde aynen şöyledir:

Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma

Madde 219. - (1) İmam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresini ve Devlet kanunlarını ve hükümet icraatını takbih ve tezyif ederse bir aydan bir seneye kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır veya bunlardan birine hükmolunabilir.

(2) *Yukarıdaki fıkrada gösterilen kimselerden biri işbu sıfattan bilistifade hükümetin idaresini ve kanun ve nizam ve emirleri ve dairelerden birine ait olan vazife ve salâhiyeti takbih ve tezyife veya halkı kanunlara yahut hükümet emirlerini icraya veya memuru memuriyetinin vazifesi icabına karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik edecek olursa üç aydan iki seneye kadar hapse ve adlî para cezası ve müebbeden veya muvakkaten bilfiil o vazifeyi icradan ve onun menfaat ve aidatını almaktan memnuiyetine hükmolunur.*

(3) Kendi sıfatlarından istifade ederek kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya, bir kimseyi icbar ve ikna eden din reis ve memurları hakkında dahi balâdaki fıkrada yazılı ceza tertip olunur.

(4) Bunlardan biri dini sıfatından istifade ederek, birinci fıkrada yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı olan ceza ile mahkûm olur.

(5) Şu kadar ki kanun işbu sıfatı esasen nazarı itibara almış ise cezayı çoğaltmaya mahal yoktur. “

Görüldüğü üzere madde metninin dili, gerekçede ileri sürülen görüşe asla uygun değildir.

Buna benzer örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Kanunda yer alan suçlar karşılığında öngörülen cezaların da arttırıldığı saptanmaktadır. Ceza hukuku yerleşik müesseseleri karıştırılmış, “farklı

olacağım” diye ceza hukuku bilimi adına hatalar yapılmıştır. Söz gelimi; olası kast, şuurlu taksir birbirine karıştırılmıştır.

Kanun'un Genel Hükümleri; I. Kısım “Temel İlkeler, Tanımlar ve Uygulama Alanı” başlığı altında, 1 ila 75'inci maddeler arasında düzenlenmiştir.

Kanun'un 1. maddesine baktığımızda, Ceza Kanunu'nun amacı, 3'üncü maddesinde Adalet ve Kanun önünde eşitlik ilkesi gibi hükümlere yer verilmiştir. Bu gibi hükümler anayasalarda yer alması gereken hükümler olup, ceza kanunlarında yer alması yadırganmaktadır.

Kanunun 3'üncü maddesinde ise aynen;

“Ceza Kanunu'nun uygulanmasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri ve felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.” ifadeleri yer almaktadır.

Bu hüküm gerçekte, Avrupa Temel Haklar Şartı 3. Kısım “Eşitlik” başlığı altında düzenlenen 21'inci maddesinden alınmıştır. Bu alıntı yapılırken, maddede yer alan bazı kavramlara yer verilmemiştir. Söz gelimi yaş, maluliyet veya cinsel eğilim gibi kavramlara yer verilmemiştir.

Böyle bir maddeye karşılaştırmalı hukukta, hiçbir ceza kanununda rastlanmamaktadır. Bu adeta 1839 Tanzimat Fermanı düşüncesiyle yazılmış bir metindir. Böyle bir metin olsa olsa uluslararası insan haklarıyla ilişkili sözleşmelerde yer alan bir madde olabilir. Bir başka ifadeyle, şimdiye kadar ayırimcılık yaptığı kabul edilmekte ve fakat bundan sonra ayırimcılık yapılmayacağı konusunda adeta söz verilmektedir. Böyle bir ifadenin bir Ceza Kanunu'nda yer alması az gelişmiş bir hukuk düşüncesinin ürünüdür.

Kanun'un 1'inci maddesi, belki bir suç siyasetinin ana çizgileri olarak kabul edilebilir. Ancak, Kanun'da böyle bir amacın belirtilmesi, ileride değişen ihtiyaçlar açısından zorluk çıkartabileceği gibi, bugün de bu haliyle eksik kalmaktadır. Söz gelimi, bugün modern ceza hukuku mağdurun korunmasını da sağlamak zorundadır. Mağdurun korunması bu madde içinde öngörülmemiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 23 Haziran 1983 tarihli 361'inci toplantısında alınmış tavsiye kararı çerçevesinde kurulan özel ko-

mitenin meydana getirildiği ve 1984 yılında yayınlanmış bulunan Raporda, suç siyaseti şu suretle tanımlanmaktadır: “Suç siyaseti, suçlularla meşgul olarak ve suç mağdurlarının haklarını güvence altına alarak, toplumu suça karşı korumayı hedef alan cezai veya diğer nitelikteki değişik tedbirler ve araçlardan oluşan politikayı ifade eder.” Bir cümleyle belirtilmesi gerekirse, genel ve özel önleme dahil, suça karşı direnç ve mücadelede hedefleri belirlemek, araçları saptamak ve bunların ne suretle kullanılacaklarını göstermek, bunu yaparken insan haklarına saygıyı daima göz önünde bulundurmaya üzere oluşturulan stratejiler ve bunların uygulanmaları sanatı, suç ve ceza siyasetini oluşturur ve ceza kanunları ve mevzuatı söz konusu siyasetin en başta gelen uygulama araçlarını oluşturacağından mevzuatın, suç ve ceza siyasetinde saptanmış ilkelere ve hedeflere göre düzenlenmesi gerekir. Söz konusu madde hükmü sözü edilen görüşleri ihtiva etmekten çok uzaktır. Kaldı ki, temel bir kanun olması gereken Yeni Türk Ceza Kanunu'nun içeriğinin bu amacı gerçekleştirdiğini söylemek oldukça zordur.

Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi:

2'inci maddede yer alan bu hüküm, “suçta ve cezada kanunilik” prensibini 765 sayılı Ceza Kanunu'nda olduğu gibi belirtmiştir. 2'inci fıkrasında da idari işlemlerle suç ve cezaların korunamayacağını belirtmek suretiyle, 765 sayılı Kanun'un uygulanması süresinde mevcut olan yanlış bir uygulamaya da son vermiştir.

3'üncü fıkra ise, Kanun'un yorumu ile ilgilidir. Kıyas, ceza normunun bir yorum şekli olamaz ve burada Kanun'un kıyasa yol açacak biçimde geniş olarak yorumlanamayacağına işaret edilmiştir. Bunun sonucu olarak, Ceza Kanunu'nun dar yorumu yapılacaktır.

Kanun'un bağlayıcılığını öngören 4'üncü maddede “Ceza Kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm uygulamada bir takım problemlere yol açacak şekildedir. Bilindiği gibi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44'üncü maddesinde de aynı türden hüküm vardır. Bu hüküm, “Kanunu bilmemek mazeret teşkil etmez” şeklinde idi. Şimdi aradaki fark Kanun ve Ceza Kanunu'dur. Dolayısıyla kişiler “Ceza Kanunları”nı bilmemesi halinde bu mazeret teşkil etmeyecektir. Ama Ceza Kanunu dışında yer alan özel hukuka ait bir kanunu bilmemek mazeret teşkil edecektir. Ör-

nek olarak, hileli iflas suçunu verebiliriz. Bir konunun iflas teşkil edip, etmediği İcra İflas Kanunu'nda belirtilir. İcra İflas Kanunu bir Ceza Kanunu değildir, dolayısıyla bunu bilmemek mazeret teşkil edebilecektir.

Anılan maddenin 2'inci maddesinde daha ilginç bir hüküm vardır. Bu hüküm Türk Hukuku'na ilk defa ithal edilmektedir. *“Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz”* hükmüdür. Yaptığımız araştırmalara göre bu hüküm, İsviçre Ceza Kanunu ve Fransız Ceza Kanunu'nda yer alan hükümlerin karıştırılarak elde edilen sonuçtur.

Fransız Ceza Kanunu'nun 122-3'üncü maddesi *“Fiili kaçınmayacağı bir hukuki hata nedeniyle, meşru olduğunu düşünerek işlediğini haklı gösteren kişinin ceza sorumluluğu yoktur.”*

İsviçre Ceza Kanunu'nun 20'inci maddesinde *“Bu şekilde hareket etmeye hakkı olduğu düşünüldüğü hususunda yeterli gerekçesi olan kişiye verilecek ceza hafifletilir”* hükmü yer almaktadır.

Kanun metninde yer alan *“ancak sakınamayacağı”* kelimesinin *“kaçınamayacağı”* şeklinde olması gerekir. Ayrıca, Kanun'un gerekçesinde kaçınılamayacak hatadan söz edilmektedir. Dolayısıyla sakınamamak değil, kaçınmamak söz konusudur. Kaçınılamaz hata yine gerekçeye göre, *“kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim,”* şeklinde açıklanmaktadır. Bu kişileri sorumsuzluğa iten bir düşünce tarzıdır. Gördüğü eğitim dolayısıyla, içinde bulunduğu sosyal ve çevre koşulları gözönünde bulundurularak içinde bulunduğu sosyal ve kültürel şartlara göre, bir fiilin suç sayıldığını ileri bilmediğini söyleyebilecek çok kişi vardır.

Bu maddeyle düzenlenen hukuki hatanın Fransız Hukuku'ndaki uygulaması iki esasa dayandırılmıştır. Bunlardan biri yetkili makam tarafından bu konuda bir görüş alınmış ve o görüş üzerine davranılmış ise, buradaki hukuki hatadan fail yararlanabilir. Diğeri ise, ceza normunun usulüne uygun olarak yayınlanmamış ya da usulüne uygun olarak yapılmamış olmasına dayanmaktadır. Başka bir ifadeyle, ceza normunun herkes tarafından bilinmesi aranmaktadır. Çok sınırlı olarak kullanılabilir bir hüküm olarak kabul edilmelidir. Halbuki metinden çıkan anlam ve gerekçede belirtilen görüşler, kaçınılmaz hatanın birçok hallerde sözkonusu olabileceği sonucuna varabilmektedir ki, uygulamada önemli sorunlara sebebiyet verilecektir.

Kanun'un 5'inci maddesi, Kanunlar ihtilafını halleden 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 10'uncu maddesinde yer alan hükmün bir değişik şeklidir. Hatırlanacağı gibi, 765 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi, "*Ceza Kanunu'nda ayrı hüküm bulunmayan hallerde özel Ceza Kanunları ve ceza içeren kanunlar hakkında da uygulanır*" hükmü yer almakta idi. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5'inci maddesinde bu kanunlar ihtilafını düzenleyen madde tamamen alt-üst edilmiştir. Bu kanuna göre, ceza Kanunu'nda yer alan temel hükümler, özel ceza kanunları ya da ceza hükmünü ihtiva eden kanunlar hakkında uygulanacaktır. Başka bir ifadeyle, özel ceza kanununda genel hükümlerle ilgili bir düzenleme varsa, bu kanun yürürlüğe girdikten sonra bu hükümler uygulanmayacaktır. Sözgelimi bazı kanunlarda cezanın ertelenmeyeceğine dair hükümler yer almaktadır. Bu hükümler artık uygulanmayacaktır. Bunun amacının uygulamada hukuk birliğini sağlamak olduğu ifade edilmektedir (!).

Tasarı'nın 6'ıncı maddesinde, Ceza Kanunu uygulamasındaki tanımlara yer verilmektedir. Burada dikkati çeken, Kanunun tümü incelendiğinde, burada yer alan tanımların dışında da tanımların verildiği görülmektedir. Ayrıca, maddenin (d) bendinde "yargı görevi yapan" deyiminden Yüksek Mahkemeler ve Adli, İdari ve Askeri Mahkemeler Üye ve Hakimleri ile Cumhuriyet Savcısı ve Avukatlar ifadeleri kullanılmıştır. Gerçekte savcı ve müdafii, yargı görevini yapmazlar. Yargı görevini yapan, hakimlerdir. Cumhuriyet savcısı iddia makamıdır, avukatlar da müdafaa makamıdır.

Tasarı taslak halinde iken Cumhuriyet Savcısına yer verilmesi ve bunun karşılığında da müdafiiye yer verilmemiş olmasının eleştirilmesi karşısında, avukat da buraya ilave edilmiştir. Doğru olanı, cumhuriyet savcısı ve avukatların, yargı makamı olmadığı için burada yer almamasıdır. Ayrıca belirtelim ki, ceza yargılamasında kullanılması gereken sözcük (avukat) değil (savunucu ya da müdafii) olmalıdır.

Aynı maddede "İtiyadi suçlu" tanımı verilmiştir. Bu tanım tamamen yanlıştır. İtiyadi suçlu değil, tanımlanması gereken "İtiyadi suç"tur. Kanun içinde İtiyadi suçluyu düzenleyen, öngören herhangi bir hüküm de yoktur. İtiyadi suç, bir suçun oluşabilmesi için hareketin İtiyad derecesinde yapılmış olmasıdır. 765 sayılı Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, sarhoşluğun İtiyad haline getirilmesi gibi bir fiil tanımlanmamıştır.

Zaman Bakımından Uygulama:

Ceza Kanunu'nun zaman ve yer itibariyle uygulama alanı belirlenmektedir. Özellikle dikkatimizi çeken, 7'inci maddenin 3'üncü fıkrasında yer alan "güvenlik tedbirleri hakkında infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır" hükmü eksiktir. Hüküm zamanı değil, kesin hüküm zamanında denmesi daha uygun olacak idi.

Maddenin 4'üncü fıkrasında geçici veya süreli kanunların yürürlükte buldukları süre içinde, işlenmiş olan suçlar hakkında ileriye dönük olarak uygulanabilmesi öngörülmektedir. Kanun değişmiş ise, o kanun zamanında işlenen suçun cezalandırılmasında, kanun koyucunun bir yarar görmediği sonucu çıkar. Bu nedenledir ki, bu şekilde bir düzenleme eskide kalmış olan, bugün terkedilmiş bir kuraldır.

9'uncu maddede yer alan Türkiye'de işlemiş olduğu bir suç nedeniyle yabancı ülkelerde yargılanmış olan kişinin Türkiye'de yeniden yargılanması "non bis in idem" kuralının ihlali niteliğindedir. Bir kimsenin işlediği fiilden dolayı bir kere yargılanabilir prensibi, uygar ülkelerin iç hukuklarında kabul edildiği gibi, uluslararası ceza hukukunda da uygulanabilir olması bir zorunluluktur. Bu husus kanunun uygulanması ile ilgili diğer maddelerinde de yer almaktadır. Özellikle 13'üncü maddenin 2'inci fıkrasında, "1'inci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla, yabancı bir ülkede mahkumiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılır" demek suretiyle, bu kural bir kere daha çiğnenmiştir.

Burada dikkat çekici olan; kanunun genel gerekçesinde "Kanunun (765 sayılı Türk Ceza Kanunu) genel hükümlerinin önemli bir kısmının çağdaş gelişmelere uygun bulunmadığını söylemek doğru olur; ilk maddelerinde yer alan ve yabancı memleketlerde işlenen suçların Türkiye'de kovuşturulmasına ilişkin bulunan hükümler, "non bis in idem" kuralına aykırı nitelikler taşıdığı ve adalete aykırı çok ağır cezaların verilmesine götürdüğü için, zaman içinde....), ve de 13. maddenin gerekçesinde "yabancı ülkede mahkum olunan ceza, bu ülkede tamamen veya kısmen infaz edilmişse, infaz edilen bu ceza miktarının mahsup hükümlerine göre Türkiye'de hükümlenen cezadan mahsup edilmesi gerekir" şeklinde bir mütalaaya yer verilmektedir. Maddenin içeriğinde böyle bir hüküm olmamakla beraber, gerekçesinde bunun yazılmış olması Kanunu yapan "bilimsel takviyeli Alt Komisyonun" tebrik edilmesi gerekli bir eylemidir(!)

Ceza Sorumluluğunun Esasları:

Kanun'un I'inci bölümünün 2'inci kısmını oluşturan 20'inci maddede, ceza sorumluluğunun şahsiliğinden söz edilmekte ve tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı, ancak güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlara muhatap kalacağı belirtilmektedir. Bununla beraber, Kanunda tüzel kişiler hakkında öngörülmüş olan güvenlik tedbirleri, ceza müeyyidesi niteliğindedir. Dolayısıyla, tüzel kişiler için öngörülen tedbirlerin niteliği açısından cezalar arasında fark yoktur. Tüzel kişilerin sorumlu olmayacağı belirtilmiş olmakla beraber, tüzel kişiler hakkında da uygulanan güvenlik tedbirleri ceza niteliğindedir.

60'ıncı maddedeki “Güvenlik tedbirleri, kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ ve temsilcilerinin iştiraki ile iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişinin yararına işlenen kasıtlı suçlarda mahkumiyet halinde iznin iptaline karar vererek, müsadere hükümleri yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır” denmektedir. Buna baktığımızda 54'üncü maddede yer alan müsadere ile ilgili hükümlere tüzel kişilerin de maruz kalacağı anlaşılmaktadır.

54'üncü maddenin gerekçesinde, müsadere “fer'i” ceza olarak düzenlendiği açıklanmış, ayrıca genel gerekçede, “ceza niteliğindeki bir yaptırıma bir kimsenin mahkumiyeti olmadan başvuramayacağı açıktır” ifadesi kullanılmıştır. Tüzel kişiler hiçbir yargılama işlemine karıştırılmadan savunması alınmadan, gıyaplarında yapılacak muhakemeden sonra izni elinden alınacak, malları müsadere edilecektir. Bunun ne biçim bir adil yargılanma hakkı olduğu düşünülmelidir.

Kusurluluk, Kast ve Taksir

Kast

Kanun'un 21'inci maddesi “kast”ı düzenlemiştir. 21'inci maddedeki temel prensip, maddenin 1'inci fıkrasında ifade edilmiş, “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” denmiştir.

2'inci fıkrada ise; “Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların ger-

çekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır” denmiştir. Burada büyük bir yanlışlık vardır. Bu kanunu hazırlayanlar Hükümet Tasarının gerekçesini okumuş olsalardı, gayrimuayyen kastla karıştırılan, Fransız yazarlarının “bilinçli taksir” tanımını için kullandıkları tabirin “olası kast” olduğunu öğrenebilme imkanı yakalayacaklardı. Bu nedenle, “olası kasttan” bahsedilmek ve unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde olası kast vardır demek yanlıştır. Bu bilinçli taksirin tanımlanmasıdır. Nitekim, olası kast için gerekçede verilen örnek, bilinçli taksiri açıklayan örnektir. 21'inci maddede ifade edilmesi istenen, “gayrimuayyen kast”tır. Gayrimuayyen kast, neticeye göre tespit edilir. Netice olmadığı hallerde, olası kastla işlendiği öngörülen fiile hangi suç işlendiği için ceza verilecektir. Netice gerçekleşmediğine göre, fail acaba suça teşebbüsten mi cezalandırılacaktır?

“Olası kast” ile murad edilen herhalde “belirli olmayan kast” (gayrimuayyen kast) olacaktır. Belirli olmayan kast ise ancak meydana gelen netice ile tayin edilebilir.

Bu madde altında gerekçede verilen örnekler, 21'inci maddedeki bilinçli taksiri tanımlayan örneklerdir.

Taksir

Kanun'un 22'inci maddesinde taksir tanımlanmaya çalışılmıştır. Herhalde Tasarıyı hazırlayanlar taksirin ceza hukukunda yerleşik klasik tanımından bıkmış olmalı ki, kendilerine özgü, garip bir tanım vermişlerdir. Buna göre, klasik taksir tanımından uzaklaşarak, “*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*” denmiştir.

Oysa, taksir istisnai bir kusur şeklidir. Taksirden dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için (1) bu konuda kanunda açıklık bulunması;(2) failce yapılan bir icra veya ihmal şeklinde gerçekleşebilen eylem ve bu eylemin iradi olması;(3) neticenin öngörülebilen bulunması (4); taksirin esasını da öngörülmeyen neticenin dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, kanun nizam ve emirlere ve yersiz nedeniyle meydana gelmesi gerekli şartlardır. Oysa, maddede dikkat ve özen yükümlülüğünden sözedilmek suretiyle, şimdiye kadar uygulanan kanun, emir ve nizamlara riayetsizlik, acemilik halleri kaldırılmış bulunmaktadır.

Maddenin 3'üncü fıkrasında yer alan bilinçli taksir ile olası kast yukarıda da belirttiğimiz, Kanun'un uygulanmasında problem yaratacak niteliktedir. Taksirle ilgili maddenin 4'üncü fıkrasında, “taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.” 5'inci maddede de “Birden fazla kişinin taksirle suç işlemesi halinde, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir” demek suretiyle, daha akılcı bir düzenleme yapılmıştır. 765 sayılı Kanun'da taksirle ilgili hükümde yer alan karşılıklı kusur ve 8/8 oranında kusurluluğun öngörülmesi düzeltilmiştir.

Gene son fıkrada, Hükümet Tasarısında yer alan, “Taksirli hareket sonucu neden olunan netice münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez. Bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan 6/1'e kadar indirilebilir” hükmüne yer vermiştir ki, bu Kanun'un en doğru dürüst hükümlerinden biridir.

Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

Kanun'un 23'üncü maddesinde, “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç” başlığı altında, “Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir” denmektedir. Bu tanım yanlıştır. Kastın aşılması suretiyle işlenen suç ile netice sebebiyle ağırlaşmış suç birbirine karıştırılmıştır. Hareketin en azından taksirle işlenmiş olmasını söylemek de Ceza Hukuku temel ilkelere aykırıdır. Bir yandan birinci cümlede kasıttan bahsedilmekte, diğer yandan hareketin sonucu bakımından taksirle hareket etmesi aranmaktadır. Netice sebebiyle ağırlaşmış müessir filler düzenlenirken 87. maddenin 4. fıkrasında kasdın aşılması hali düzenlenmektedir. Bu tanım, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 452. maddesindeki hükmün eşidir. Her ne kadar maddenin gerekçesinde 23. maddeye “netice sebebiyle ağırlaşmış suç” başlığı altında yapılan düzenlemeye yollama yapılmış olmasına rağmen “kasdın aşılması” müessesesi değişmez. Kast ve taksir bir araya gelmez.

Kastı aşan suçlar; failin bir icra ya da ihmal hareketinden, kastettiğinden daha ağır bir sonuç meydana gelmişse, suç kasdı aşan bir suçtur. Kasdı

aşan bir sonuç dolayısıyla cezalandırma halinde, ceza sorumluluğunun genel kurallarına bir istisna konulduğu için yasanın açık bir hükmü olmadıkça, hiç kimse kasdını aşan bir suç nedeniyle ceza görmez.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar ise suçun varlığı için aranandan başka ve ondan daha ağır bir neticenin meydana gelmesi nedeniyle ağırlaşmış suçlar adı verilir. Bu daha ağır netice sırf vuku bulmuş olduğu için faile isnad edilir. Failin böyle bir neticenin meydana gelmesinde kusurlu olup olmadığı araştırılmaz. Yalnız, ilk netice bakımından kast ya da taksirle hareket etmiş olması gerekir.

Netice sebebiyle ağırlaşan suçları kasdı aşan suçlarla karıştırmak lazımdır. Çünkü, kasdı aşan suçlarda, istenen netice ile meydana gelen netice arasında yalnız ağırlık farkı olup nitelik farkı olmadığı halde, netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda iki netice arasında bir nitelik farkı vardır. İkinci bir fark da şudur: Kasdı aşan netice, işlenmek istenen suçun hukuki ismini değiştirdiği halde netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, ağır netice suçun ismini değiştirmez yalnız cezayı etkiler. Son olarak, kasdı aşan suçlarda netice doğuran hareketin kasden işlenmesi gerektiği halde netice nedeniyle ağırlaşan suçların taksirli biçimlerinin var olduğu unutulmamalıdır.

Bu kanunu yapanlar kast ile taksiri bir arada görmektedirler. Ceza hukuku doktrininde bu şekilde düşünenler de vardır. Sayıları çok azdır.

Bu görüşü ileri sürenler “failin müessir fiil işlemek için kasdı vardır, ölüm neticesinin doğabileceğini öngörmesi taksir teşkil eder” demektedirler. Bu yazarlara göre, aşırı neticeden dolayı failin sorumlu tutulmasının sebebi taksirin bulunmamasıdır. Kastın aşılması halinde hiç değilse bir taksir bulunmadıkça fail aşırı neticeden sorumlu tutulamaz. Yeni Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde “netice bakımından en azından taksir ile hareket etmesi gerekir” bu kanunu yapanların bu görüşün etkisi altında kaldıkları tespit edilmektedir. (Battaligni-Maggiore) .

Bu görüş eleştirilmeğe çok müsaittir. Kastın aşılması halinde taksirden söz edilemez. Aşırı neticeyi meydana getiren hareket kastlı bir harekettir. Kastlı hareketi yapan taksirden sorumlu olamaz. Birden fazla neticeye sebebiyet verilmesi halinde hem kast hem taksir olabilir.

Kastın aşılması halinde ortada tek netice vardır. Gerçekte YTCK m 87/4 fıkrası uyarınca failin aşırı neticeden sorumlu tutulabilmesi için, aşırı neticeyi öngörmesini aramamaktadır. Ölüm neticesinin failce öngörülmüş olması aranmamaktadır. Aşırı neticeden failin sorumlu tutulabilmesi illiyet bağıyla alakalıdır, bir objektif sorumluluk halidir.

Özellikle bu madde Türk Hukuk Uygulaması'nda büyük sorunlar yaratacaktır. Sözgelimi, bir kimseye yumruk atan kişi, yumruk attığı kişinin yere düşüp başını çarpmasından dolayı ölmesi halinde sadece hafif müessir fiilden sorumlu tutulabilecektir. Uygulamacıların bu konu üzerinde düşünmesi gerekir.

Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

Yeni Türk Ceza Kanunu 19'uncu yüzyılın ceza anlayışına sahip olduğu için, hukuka aykırılık unsurunu kaldırmış, "*hukuka uygunluk nedenlerini*" "ceza sorumluluğunu kaldırın nedenler" olarak belirtmiştir. Gerçekte, 20'inci yüzyılın birinci yarısında, özellikle Fransız yazarlar hukuka uygunluk nedenlerini mazeret sebebi ya da suçu ortadan kaldırın objektif sebepler adı altında ifade etmekteydiler. Oysa hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırın ve eylemi hukukun meşru saydığı bir hareket haline getiren sebeplerdir. Bu sebepler, genel olarak suç sayılan bir eyleme hukuken işleme hakkı tanımakta ya da bunu bir görev haline soktukları için, eylem daha işlenmeye başladığı anda meşru olarak vücut bulur. Bu sebepten dolayıdır ki, hukuka uygunluk nedenlerinin eylemin tamamlanmasından sonra hukuka aykırılığı ortadan kaldırdıkları savı yanlıştır. Nitekim bir fiil aynı zamanda suç, aynı zamanda meşru bir hareket olamaz.

Bu sebeptedir ki, Kanun'da yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin, ceza sorumluluğunu kaldırın sebep olarak gösterilmesi, hukuk bilimi açısından yanlıştır. Ceza sorumluluğunu kaldırın sebepler içine meşru müdafaa, ıztırar hali, kanun hükmünü ve amirin emrini icra yanında, mağdurun rızası da ilave edilmiştir.

Haksız Tahrik

29'uncu maddede "haksız tahrik"ten söz edilmektedir. Haksız tahrik,

haksız bir fiilin meydana getirdiği hal olarak düzenlenmiştir. Oysa gerekçe-
de de belirtildiği gibi, haksız bir hareketin bulunması gerekir, haksız bir fi-
il değildir. Haksız fiil dendiği vakit, Borçlar Kanunu'nun 41'inci maddesin-
deki haksız fiil anlaşılır. Maddenin, “haksız bir tahrikin meydana getirdiği
hiddet ve şiddetli eylemin etkisi altında” şeklinde düzeltilmesi gereklidir.

Dönmezer, Hükümet Tasarısındaki gerekçeler alınarak, Kanun'un ge-
rekçesi olarak kullanılmıştır. Buna karşılık değişiklik yapma arzusu ile mad-
de metni Ceza Hukuku'na uygun olmayan bir şekilde düzenlenmiştir.

30'uncu maddede “hata” hali düzenlenmiştir. Ondan önce de 28'inci
maddede “cebir ve şiddet”, 29'uncu maddede de “haksız tahrik” hali yer al-
maktadır. Sistematik açıdan yanlıştır. Aynı zamanda hatanın düzenlenmesin-
de fiili hata ile hukuki hata karıştırılmıştır. 30'uncu maddedeki hüküm ile
Kanun'un bağlayıcılığıyla ilgili 4'üncü maddenin 2'inci fıkrasında yer alan
hüküm, adeta karıştırılmıştır.

Ceza sorumluluğu ile ilgili ana kavramları teşkil eden “yaş küçüklü-
ğü, akıl hastalığı, sağır dilsizlik ve arızı sebepler”, 31-34. maddeler arasın-
da düzenlenmiştir. Bu maddelerde, sadece kavramların açıklanması ile yeti-
nilmiştir. Madde metninde de Türkçe hataları mevcuttur. “Sağır ve dilsizlik”
yazılmıştır. Bu şekilde yazılımın sonucu, “sağır” olmak ve “dilsiz” olmak
ayrı ayrı haller olarak algılanabilir.

Suçta teşebbüs başlıklı üçüncü bölümde, teşebbüste, yürürlükteki Ka-
nunumuzun sistemine ve yerleşmiş uygulamaya tamamen aykırı şekilde iki-
li ayırımın kalktığı görülmektedir. Kısaca, tam teşebbüs ve eksik teşebbüs
ayırımı kaldırılmış, ihtiyari ile vazgeçme ile faal nedamet aynı hükme bağ-
lı tutulmuştur. Ceza politikası yönünden bunun sonuçlarını şimdiden söyle-
yebilmek çok güçtür. Ancak, bu durumun ileride sosyal karışıklık ve adalet-
sizlikler yaratabileceği hususu dikkate alınabilir.

Suçta teşebbüs ile ilgili olarak gerekçe verilen örnekler dahi, suçta te-
şebbüsün tasarımı yapanlar tarafından bu müessesenin anlaşılmadığının bir
göstergesidir. Verilen örnekte, silahla yapılan ve tekrarlanan hareketlerle ger-
çekleştirmek istenen adam öldürme suçunda, “tabancadaki mermilerden sade-
ce birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen fail, icra hareketleri bit-
mediği için adam öldürmeye eksik teşebbüsten dolayı, buna karşılık silahın-
daki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bittiği

için tam teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktadır” şeklinde bir örnek verilmiştir ki, bu örneğin uygulamacıları ne kadar tatmin edeceğini bilemiyoruz.

Gene gerekçede, “adil olmayan bu ayırımın ve bunun sonucu cezalandırma, sırf hareket suçlarında uygulanamamaktadır” denmektedir ki, sırf hareket suçu ceza hukukunda yoktur. Her hareketin bir neticesi vardır. Olsa olsa burada sırf hareket suçundan bahsedilmesini, “neticesi harekete bitişik suçlar” demek istenmiştir.

Teşebbüs

Teşebbüsün tarifinde, kastedilen bir suç, “elverişli hareketlerle icraya başlamak”tan söz edilmektedir. Elverişli hareket değil, “elverişli vasıta ile ve kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketlerle icraya başlamak” şeklinde yazılması gerekir. Elverişli hareketin şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkması, Kanun'un gerekçesinde “Kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılacak bir uygulamaya yol açacaktır” denmektedir. Gerekçenin aksine, elverişli hareketler ile suçun işlenmesine başlanması uygulamada büyük tartışmalara yol açacaktır. Vasıta kullanmadan suçun nasıl işleneceği anlaşılamaz ve hazırlık hareketlerinin bitişini açık ve seçik olarak bilinmemesi, gerekçedeki düşüncenin aksine, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Bunun yerine doğrudan doğruya icraya başlama ölçütünün kabul edilmesi, teşebbüste icra hareketinin başlaması konusundaki kanun metninde yazılı hareketin yapılması karşılığındadır. Kanundaki yazılı hareketin henüz yapılmaması halinde, teşebbüs sözkonusu olmayacaktır. Oysa ki, bir kişiyi öldürmek için pusu kuran şahsın, kastının yöneldiği kişi gelmeden yakalanması halinde bu düşünceye göre suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır.

Diğer yandan, Kanun metninde “elverişli hareketler”den bahsedilmekle birlikte, gerekçede “suça teşebbüste kullanılan araç, suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır” denmektedir. Yine devamla, “elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır”, devamla “nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden

'uygun hareketler' kavramı dahil edilmiştir" denmektedir.

Oysa, maddenin içeriğinde uygun hareketler yoktur. Elverişli hareket, elverişli vasıtayı içine almaz. Uygulamada da elverişlilik, vasıta açısından aranmaktadır. Bu da işaret edilmesi gereken bir yanlışlıktır.

Gönüllü vazgeçme, kanunun bu şekliyle, yani tam teşebbüs ve eksik teşebbüs ayırımının kaldırılması sonucunda ihtiyariyle vazgeçme, faal nedamet gönüllü vazgeçme şeklinde ifade edilmiştir.

İştirak

Suçta iştirak 37'inci maddede yer alıyor. Ancak, burada 765 sayılı Kanun'da yer alan "asli ve fer'i iştirak" tamamen ortadan kaldırılmış ve yerine 37'inci maddede "dolayısıyla faillik ve iştirakte failler" belirlenmiştir. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri faildir. Bu kişilerin hareketlerinin tümü eşit olarak kabul edilmiştir. İkincil derecede bir hareket dahi 765 sayılı Kanun'da "asli maddi fail" olarak öngörülmüştür.

38'inci maddede ise, 765 sayılı Kanun'daki asli manevi iştirak, "azmettirme" adı altında düzenlenmiş, fer'i manevi iştirak halleri de kaldırılmıştır. Böylece suçu işlemeye katılan herkes, eyleminin derecesine bakılmadan sorumlu tutulmaktadır. Gerekçeye göre, asli iştirak, fer'i iştirak ayırımı, adil ve eşit olmayan bir cezalandırılmayı sonuçlamaktadır. Bu düşüncenin değerlendirilmesi size aittir.

39'uncu maddede de "suçun işlenmesine yardım eden" demek suretiyle, 765 sayılı Kanun'daki fer'i maddi ve fer'i manevi şeriklerin cezalandırılacağı de öngörülmektedir. Esasında, gerekçede yer alan asli ve fer'i iştirak ayırımının ortadan kaldırıldığıнын söylenmesi, kocaman bir yalandır. Asli manevi ve fer'i manevi iştirak halleri, değişik maddelerde aynen muhafaza edilmiştir.

Suçların İçtimai

Kanun'un 5'inci bölümü, "Suçların İçtimai" başlığını taşımaktadır. Bileşik suç (mürekkep suç), zincirleme suç (müteselsil suç), fikri içtima gibi haller düzenlenmiştir. Özellikle zincirleme suç düzenleyen hüküm, 765 sa-

yılı Kanun'un 80'inci maddesindeki müteselsil suçtan ayrılmıştır. Bu maddede aynı suçun birden fazla işlenmesinden söz edilmektedir, ama aynı suç tabiri ne tanımlarda, ne maddede yer almamıştır.

Hatırlanacaktır ki, Çek Hamilinin Korunmasına Dair Kanun, verilen her çek yaprağının ayrı bir suç oluşturduğunu öngörmüştür. Böylece zincirleme suç kavramına karşıdır. Verilen çek ancak belli bir borcun kapatılması için birden fazla çek olarak verilmiş ise, bunun bir suç işleme kararı icrasından olduğu açıktır. Ceza Kanunu'ndaki hükümlerin tüm özel ceza kanunlarına uygulanacağı gözönüne alındığında, bu hükmün de değiştirildiği sonucuna varılır.

Fikri içtima hakkında, "işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kimse, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" hükmü getirilmiştir. Burada, 765 sayılı Ceza Kanunu'nda yer alan fikri içtima hükmünün dışında bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekte fikri içtima hükmü, kanunlar çatışmasını önleyen bir hükümdür. Bu maddenin gerekçesinde verilen örnekler yanlıştır. Bu örneklerde kendilerinin icat ettiği "olası kast" hükmü unutulmuş görülmektedir. Herşeyden önce fikri içtimanın gerçekleşmesi için, suçun oluşması gerekir. Suçun teşebbüs halinde kalması, söz konusu değildir. Verilen örnekteki suçlar fikri içtima içinde değildirler, ayrı ayrı cezalandırılmaları gerekir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun I. Kısmını oluşturan bölümlerinde yer alan hükümlerin incelenmesi sonucu (Yeni) Türk Ceza Kanunu adını taşıyan bu kanunun yeni olmadığı gibi temel bir kanunun yapılmasında gösterilmesi gereken özen, dikkat ve özellikle hassasiyetin bulunmadığı görülmektedir. Yapılan tanımlar, amaç maddeleri, adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi gibi bir ceza kanununda yer alması gerekli olmayan hükümler olarak görülmektedir. Yenilik yapma amacı ile doktrinde terk edilmiş ve şiddetle eleştirilmiş bulunan kast, olası kast, şuurlu taksir gibi müesseselere yer verilme sureti ile muhtelif kurumlar karıştırılmıştır. 1 Nisan 2005 tarihinde hukuken yürürlüğe girecek bu kanunun uygulamada bir kaos yaratmamasını dilerim.

YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA CEZALAR VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ SİSTEMİ

Prof. Dr. Nur CENTEL

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Giriş

Teşekkür ederim Sayın Başkan, değerli katılımcılar.

Bu sempozyumda benim konum, yeni Türk Ceza Yasası'nda cezalar ve emniyet tedbirleri sistemidir. Yeni Yasa'nın hükümlerini kısaca anlatırken, eleştirilerimi de sizlere aktarmak istiyorum.

Biliyoruz ki, ceza devlet tarafından suç karşılığında uygulanan yaptırımdır. Toplumda düzeni sağlamak için, kuralları ihlâl edenlere ceza, özellikle hapis cezası uygulanmasını ortadan kaldıracak daha elverişli bir yaptırım henüz bulunabilmiş değildir. Günümüz uygarlıklarında, toplumun ve hukukun devamı için ceza verilmesi vazgeçilmez görülmektedir.

Cezalar, başlıca “hapis cezası” ve “para cezası” olur. Ayrıca, cezaların yanında ya da onların yerine uygulanacak olan “güvenlik tedbirleri” vardır. Cezanın verilmesinde failin kusurluluğu, emniyet tedbirine hükmedilmesinde ise failin tehlikeliliği esas alınır.

II. Cürüm-kabahat ayrımı

Yeni Yasa'da cürüm-kabahat ayrımı terk edilmiş; bu yaklaşım, cezalara da yansımıştır. Cürümler ve kabahatler için ayrı cezalar öngörülmesi gereği kalmamıştır. Kabahatler Türk Ceza Yasası'ndan çıkartılmış, az sayıda ka-

bahate suç tanımları arasında yer verilmiştir. Bu değişikliğin etkili yansımaları olacaktır. Cezalar sistemi ve cezaya hükmedildiğinde doğacak hukuki sonuçlar bir yandan sadeleşmiş, ancak diğer yandan da ceza seçeneklerinin azalması sonucu ortaya çıkmıştır. Avrupa'da yeni yapılan Ceza Yasalarında ise cezaların daha fazla çeşitlendirildiğini görmekteyiz. Bu çeşitlendirmenin, cezanın bireyselleştirilmesine daha uygun olduğu kuşkusuzdur.

III. Asli-fer'i ceza ayrımı

Yeni Yasa'da asli ceza-fer'i ceza ayrımı kaldırılmıştır. Güvenlik tedbiri adı altında bazı fer'i cezalara da yer verilmiştir. Asli ceza, suç karşılığında doğrudan doğruya öngörülen cezadır. Fer'i ceza ise asli ceza yanında kendiliğinden hüküm ifade eden ya da hakimın hükmetmek zorunda olduğu cezalardır. Hakimın hükmedip etmemekte serbest olduğu fer'i cezalara ise mütemmim ceza diyoruz. Fer'i ceza artı mütemmim ceza eşittir ek ceza diye bir kavramdan söz ediyoruz. Yeni Yasa'nın gerekçesinde, fer'i cezaların da kaldırıldığı belirtiliyor. Ancak, kanımca fer'i cezalar başka ad altında devam ediyor. Buna neden gerek duyulduğunu bilemiyorum. Herhalde, sadeleşmiş ya da güvenlik tedbirlerini artırmış görünmek için. Oysa, biraz önce değindiğim gibi, Avrupa ceza yasalarında bu çeşitlilik devam ediyor. Örneğin, Alman Ceza Yasası'nda özgürlüğü bağlayıcı ceza, para cezası yanında fer'i cezalar da bulunmaktadır. Örneğin, motorlu taşıt araçlarını kullanma yasağı gibi. Öte yandan, 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nda cezanın sonucu olarak gösterilen, haklardan yoksunluk gibi kurumlara yeni Yasa'da güvenlik tedbiri denilmektedir. Güvenlik tedbiri denilince, akla gelen tedavi amaçlı, iyileştirme amaçlı kurumlardır. Oysa, yeni Yasa'da cezanın sonuçları olacak yaptırımlara, güvenlik tedbiri denilmekte; güvenlik tedbiri kavramı teknik anlamda kullanılmamaktadır. Bununla hedeflenenin ne olduğu anlaşılmamaktadır. Bence bu düzenleme doğru olmamıştır. Çeşitli hükümleri bizim yeni Ceza Yasa'mıza aktarılan yeni Polonya Ceza Yasası'nda, asli ceza-fer'i ceza ayrımı kaldırılmış; ancak, "ceza tedbirleri" kavramı altında güvenlik tedbirlerinden farklı yaptırımlar getirilmiştir.

IV. Cezanın belirlenmesi

Cezalar, yeni Yasa'da nasıl belirlenmiş? Cezalar, yasakoyucu tarafından önce soyut olarak belirlenir, "ben hukuk sistemimde şu şu cezaları gösteriyorum" denilir. Sonra, suç tanımları yapılırken soyut özel cezalar gösterilir. Hakim de, somut olarak karşısına gelen olaya ceza takdir eder, onun için de hükümler konular, sınırlar, çerçeveler belirtilir. Yeni Yasa'da soyut genel cezalar ikiye ayrılıyor: Hapis cezası ve adli para cezası. Her ülkede cezalar sisteminin belkemiğini, hapis cezaları oluşturur. Hapis cezası, ağırlaştırılmış

müebbet, müebbet ve süreli olarak üçe ayrılıyor. Süreli hapis cezası, bir ay-la yirmi yıl arasında olabilir, deniliyor. Yeni Yasa'da cezalarda genel olarak bir hafifleme var; ancak, Avrupa yasalarına göre yine de cezalar çok ağır. Sonra, örneğin şöyle bir yenilik yapılmamış, bence yapılmalıydı. Kamu yararına çalıştırma. Evet, kısa süreli hapis cezası yerine seçenek olarak gösteriliyor; ancak bu yaptırım artık asli ceza olmalıydı. Diyebilirsiniz ki, "zaten işsizlik var ülkemizde, alt yapı da müsait değil". Ancak, örneğin, hastalara bakma, engellilere hizmet etme gibi kamu yararına ve karşılıksız olarak yapılacak çalışmalara hakim doğrudan hükmederse, böyle bir sistem getirilirse, bence bir reformdan, yenilikten söz edebiliriz. Yine Avrupa'da yeni yasalar-daki özellik, zorunlu çalışma yaptırımının kısa süreli hapis cezası yerine de-ğil, bağımsız ceza olarak gösterilmesidir. Polonya hukukunda çalışma yükümlülüğü getirilmiş, bir ayla oniki ay arasında, ücret almadan, gözetim al-tında, sosyal amaçlı çalışma öngörülmüştür. Ayrıntılara girmiyorum.

Yasakoyucu cezaları soyut-genel biçimde gösterdikten sonra, sıranın soyut-özel belirlemeye geleceğini söyledik. Her maddede suç tanımı yapı-larak ceza gösterilir. Yeni Yasa'da bu belirlemelerde orantıya dikkat edilme-miş, orantısızlıklar meydana gelmiş. Bir çok gözden kaçırılan husus var. Örneğin, kasten yaralamanın cezası 1-3 yıl haptir. Buna karşılık, rüşvetin ce-zası ise 4-12 yıl hapis olacaktır.

Soyut-özel cezaların belirlenmesinde üç sistem bulunmaktadır. Bun-lar, mutlak ceza veya seçenekli ceza ya da alt üst sınırlı ceza öngörülmesi-dir. Yeni Yasa'da eskiye oranla daha çok alt-üst sınırlı cezalara yer verilmiş. Alt-üst sınırlı cezalar, cezadan beklenen amacı gerçekleştirmeye daha elve-rişlidir. Ancak, yeni Yasa'da alt-üst sınırlar arasında bazı maddelerde çok fazla ağırlık farkı bulunmaktadır. Bundan da yarar değil, zarar doğacaktır. Örneğin, "taksirle öldürme suçu", yani "ölüme sebebiyet suçu"nda birden çok kişi ölmüş veya ağır yaralananlar olmuşsa, cezanın 3 ila 15 yıl arasında olabileceği gösteriliyor. Bakın, yelpaze ne kadar geniş. Kasten yaralama su-çunda kemik kırılırsa, kırığın yaşam fonksiyonlarındaki etkisine göre ceza 1 ila 6 yıl arasında olacaktır. Bunlar sakıncalı düzenlemelerdir. Alt-üst sınır-lı cezaların bireyselleştirme açısından yararlı olduğunu söylüyoruz, ancak, yelpazenin bu kadar açılması da sakıncalıdır. Neden? Çünkü, birbirine çok benzeyen eylemlere çok farklı cezalar takdir edilmesi sözkonusu olacak, bi-reyselleştirme zorlaşacak ve muhtemelen de alt sınırlardan ceza verme alış-kanlığı devam edecektir. Güçlü gerekçe gösterilmezse, alt sınırın yukarisına çıkılması halinde Yargıtay hükmü bozacağından, hep alt sınırdan ceza veri-lecek, bireyselleştirme yine sağlanamayacaktır. Benzer olaylarda farklı ce-zalar verilmesi, eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

Somut özel cezaların belirlenmesinde, alt-üst sınırlı ceza sistemi daha çok tercih edilmekle birlikte, yeni Yasa'da bazı seçenekli cezalar da vardır.

Ancak, hapis cezası ile adli para cezası genellikle birlikte uygulanamayacaktır. Kuşkusuz, istisnalar vardır. Ya biri ya öteki seçilecektir. Eski sistemde ise özellikle ağır hapis yanında ağır para cezası da bulunmaktaydı. Yeni Yasa'da ya biri ya diğeri seçilecek, ancak istisna olarak ekonomik kazanç elde etme amacı güdülen suçlarda, ikisine birden hükmedilebilecektir.

V. Cezanın takdirinde ilkeler

Hakim alt-üst sınırlar arasında cezayı tespit ederken nelere dikkat edecektir? Bu konuda çağdaş hukuk sistemlerinde üç ilke vardır: Birisi kusur ilkesi, ikincisi iki kez değerlendirme yasağı, üçüncüsü aleyhte ve lehte durumların tartışılması gereğidir. Üçüncü ilke, eski Yasa'da da, yeni Yasa'da da bulunmaktadır. Asıl önemli olan "kusur" ilkesidir. Yeni bir yasa, bir reform yasasında, cezanın takdirinde kusur ilkesinin açıkça ifade edilmesi gerekirdi. O yola gidilmemiş. Eski Yasa'da olduğu gibi, kullanılan bazı ifadelerden çıkarım yapmamız gerekiyor, yine. Oysa, Alman Ceza Yasası'ndan çok esinlenildiğine göre, şu hüküm de alınsa iyi olurdu: "Cezanın tayini için temel ilke, failin kusurlu olmasıdır". Böyle bir kesin-mutlak cümle. Bizde ise ne deniliyor? "Kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı göz önüne alınır", deniliyor; yani dolaylı bir ifade. 765 sayılı Kanun'da da bu vardı. Diğer ilkeler ise dikkate alınmış ve alt-üst sınırlı cezalar arasında tercih yapılırken, temel ceza belirlenirken hangi hususlara dikkat edileceği, hemen hemen eski sistemdeki gibi gösterilmiştir. Farklı olarak, failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışları gibi hususların, yeni Yasa'da başka aşamalarda gözönünde tutulması öngörülmüştür. Amaç, aynı hususun iki kez dikkate alınmış olmasını engellemektir.

VI. Erteleme

Yeni Yasa'nın sistematüğinde hata yapılarak ertelemeye yer verilmiş, bu kurumun düzenlenmesi İnfaz Yasası'na bırakılmamıştır. Para cezasına geçmeden buna değinmek istiyorum. Yeni dönemde, sadece hapis cezaları ertelenebilecek, para cezaları ertelenemeyecektir. Gerçi para cezalarında sistem değiştirilmiş, gün para cezası sistemine geçilmiştir. Ancak, daha ağır olan özgürlüğü bağlayıcı ceza ertelenebilirken, para cezaları ertelenemeyecektir. Bu durum, Anayasa'daki eşitlik ilkesini ihlal etmez mi? Yasa'nın Gereğesinde nedeni de belli edilmiyor. Şimdi, bir konuşmacı "bu yasanın felsefesi yok", dedi, belki bu durum da ona bir örnek teşkil ediyor, diyebiliriz. Para cezalarının çeşitleri vardır, biliyoruz. Kamu para cezalarında amaç tenkil etmedir; hazinenin veya bir kurumun zararını gidermek, telafi etmek değildir. Böyle düşününce, sanki yeni Yasa'da para cezalarının tenkil değil de

tazmin amacının bulunduğu varsayımıyla hareket edilmiş gibi bir görünüm ortaya çıkıyor. Nasıl ki, tazminatın da ertelenmesi söz konusu olamazsa, o halde para cezasını da erteleyemeyiz gibi bir görünüm ortaya çıkıyor. Bence, bu yanlış bir yaklaşımdır.

Ertelemede sistem değişiklikleri var tabii; ağır hapis-hapis-hafif hapis ayırımı kalktığı için, ortalama iki yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı cezalar ertelenebilecektir. 18 yaşından küçük, 65 yaşından büyükler için üç yıla kadar hapis cezalarının ertelenmesi mümkündür. Daha önce, adliye mahkemelelerinden para cezasından başka bir ceza almamış olanların cezası ertelenebilirken; yeni Yasa'ya göre, üç aya kadar kasıtlı suçtan ceza almış olanların da cezası ertelenebilecektir. Bu durum, daha lehte oluyor. Adliye mahkemeleri ile diğerleri arasında ayırım da yapılmamış. O halde, adliye mahkemeleri dışındaki mahkemelerden alınan cezalar da ertelemeye engel olabilecektir.

Ertelemenin sübjektif şartı olarak, eski sistemdeki ölçüt, failin geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine göre cezası ertelenirse gelecekte suç işlemekten kaçınacağına hakimın kanaat getirmesiydi. Şimdi, geçmişteki haline, suç işleme hususundaki eğilimine değil; yargılama sürecinde pişmanlık göstermesine bakılacak. Fail, yargılama sürecinde pişmanlık göstermişse, tekrar suç işlemeyeceği kanaati hakimde uyanmışsa, ceza ertelenebilecektir.

Ertelemede deneme süresi bakımından çok önemli bir değişiklik var. Eski sistemde beş ve bir yıllık deneme süreleri vardır; cürüm-kabahat ayırımına göre. Bu sistem, sabit süre sistemidir. Yeni Yasa'da ise Çocuk Mahkemeleri Yasası'nda olduğu gibi, takdiri süre sistemine geçilmiş, hakim 1-3 yıl arasında deneme süresi belirleyecektir. Hakim cezayı ertelerken, faile "şu kadar süre suç işleme, şunları yapma" diyecek, ancak, örneğin ceza iki yıl ise deneme süresi iki yıldan az olamayacaktır. Deneme süresi ne zaman başlayacak? Bir açıklık yok. Deneme süresi, bence hükmün kesinleştiği değil, verildiği tarihten başlamalıdır. Ve yine çok önemli bir değişiklik: Eski sistemde, (çocuklar hariç) deneme süresinde suç işlememe dışında faile hiç bir yükümlülük yüklenemezdi. Şimdi hakim, yükümlülük koyabilecek; şunları yapma diyebilecek. Ancak, hemen istisna hüküm getirilerek, yine hiçbir yükümlülük öngörülmemesine de olanak tanınmıştır. Tabii uygulamada bence hep ikinci seçenek seçilecektir; çünkü, bu sistemin alt yapısı yoktur ve oluşturulması da kolay değildir. Örneğin, cezası ertelenen kişiye rehberlik edecek bir uzman kişi görevlendirilecek, bu uzman kişinin birçok yükümlülüğü var: Üç ayda bir mahkemeye rapor verecek, o kişi bakalım ne yapıyor diye denetleyecek veya meslek sahibi değilse sen çalış meslek öğren denilecek. Meslek sahibi olsa bile, ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verilebilecek. Bunlar çağdaş hükümler kuşkusuz, ancak, alt yapı eksik bizde, bu sistemin hemen hayata geçirilebileceğini sanmıyorum. O nedenle, istisna hükmü tercih edilerek, eski sistem devam ettirilecektir.

Ertelemede başka önemli bir değişiklik var. Eski sistemde Yasa'da, suç işlemeden deneme süresinin geçirilmesi halinde mahkûmiyetin vaki olmamış sayılacağı öngörülmekteydi. Yani, bu hüküm failin çok lehineydi. O suçu, hiç işlememiş gibi oluyordu. Oysa, yeni Yasa'da "ceza infaz edilmiş sayılır", deniliyor. Dolayısıyla, ertelenmiş ve deneme süresi suç işlemeden geçirilmiş cezalarda da tüm infaz edilmiş cezaların hukuki sonuçları doğacak, örneğin cezanın adli sicilden silinmesi hemen istenemeyecek, genel prosedür uygulanacak, bu ise belli bir süre sonraki cezaların ertelenmesini engelleyecektir.

VII. Para cezaları

Para cezalarına gelecek olursak, para cezalarında sistemin tamamen değiştirilmiş olduğunu görüyoruz. Yeni Yasa'da gün para cezası sistemi getirilmiştir. Önce İskandinav ülkelerinde uygulanan, sonra diğer Avrupa ülkelerine yansıyan "gün para cezası sistemi"ne geçilmiştir. Bu sistemde, istisnalar dışında, para cezaları 5 ila 730 gün arasında olacaktır. Yani Yasa'da eylemin karşılığı, örneğin 60 ila 100 gün para cezası denilecektir. Hakim, suçun işlendiğini tespit ettiğinde, kusura göre 60 gün para cezasına takdir ederse, bunu failin ekonomik durumuna göre 20 ila 100 yeni Türk lirası arasında tercih edeceği bir miktarla çarparak, sonuç cezayı bulacaktır. Yani 60'la örneğin 50 YTL çarpılarak, para cezası 300 YTL olarak bulunacaktır. Bu sistemde, her bir failin ekonomik durumu ayrıca göz önüne alınacağından, suç ortaklarına veya aynı suçu işleyenlere farklı para cezaları verilebilecektir. Birlikte suç işleyen iki failden biri diyelim bin lira, diğeri belki 500 lira para cezası alacaktır. Evet bu güzel, çağdaş ülkeler bunu uyguluyorlar, ama bizde herkes vergi ödemiyor, kayıt dışı kazanç çok fazla, failin gelirini nasıl tespit edecek mahkemeler? Bundan kim zararlı çıkacak? Bordrolu çalışanlar zararlı çıkacak. Kayıt dışı kazancı olanların gelirleri belirlenemeyecek, çok küçük cezalarla kurtulacaklar. Avrupa ülkelerinde sistem oturmuş, kolaylıkla vergi kaçırılmıyor, kayıt dışı gelir elde edilemiyor. Herkesin geliri belli, onun için Avrupa'da bu sistem uygun bence. Dolayısıyla, yeni sistem amacına uygun biçimde hayata geçirilemeyecek, uygulama rutinleşecektir. Para cezasının, genellikle hapis cezasıyla birlikte uygulanmayacağını ve ertelenemeyeceğini tekrar belirtelim.

Yeni Yasa'da soyut para cezası 5 ila 730 gün olarak gösterilmiştir. Bu sınır yüksektir. Örneğin, bu sınır Alman hukukunda 5 ila 360, Polonya hukukunda 10 ila 360, Danimarka hukukunda ise 1 ila 60 gündür.

Ayrıca, Yeni Yasa'da ayrı hükümler vardır. Örneğin, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunda bin güne kadar adli para cezası öngörülmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunda hapis cezası yanında onbin güne kadar adli para cezası verilecektir.

Yeni Yasa'da bazı suçlarda para cezasının alt ve üst sınırı gösterilmeyecek sadece "para cezasına hükmolunur" denilmiştir. Örneğin, basit yaralama, taksirle yaralama, çocuk düşürme ve düşürme, cinsel taciz suçlarında bu yöntem izlenmiştir. Bu suçlarda hakim, 5 ila 730 gün arasında para cezasına hükmedebilecektir. Bu kadar geniş bir takdir hakkının, çok farklı uygulamalara sebebiyet vermesi, adalet duygusunu incitmesi sözkonusu olabilir.

VIII. Tüzel kişiler

Tüzel kişilerin durumuna gelince: Yeni Yasa'da tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı öngörülmüştür. Tasarı'da tüzel kişilerin ceza sorumluluğu vardı. Komisyon Başkanı Dönmezer Hoca, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmasından yanaydı. Fransız Ceza Yasası'ndan esinlenilerek tüzel kişiler için birtakım cezalar getirilmişti. Yeni Yasa'da, bunun tam tersi olmak adına sanıyorum ya da bilimsel görüş farklılığı dolayısıyla, "tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz, güvenlik tedbiri uygulanır" denilmiştir.

Güvenlik tedbirlerine bakıyoruz, neler uygulanabilir diye: Birincisi izin iptali, ikincisi müsadere. Tüzel kişi izne bağlı çalışıyor ise izni iptal edilecektir. Müsadere ise yararına işlenen suçta özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacağı yasada açıkça belirtilmişse uygulanacak, yoksa uygulanamayacaktır. Bu tedbirler arasında para cezası gösterilmemiş. Oysa, özel ceza yasalarında tüzel kişilere uygulanması öngörülen çok sayıda para cezası bulunmaktadır. Bu cezaların, yeni Yasa yürürlüğe girdikten sonra ne olacağı belli değildir. Yeni Türk Ceza Kanunu m. 5'te, "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" diyor. O zaman, bu konuda bir kaos oluşacak. Sözkonusu hükümler artık uygulanamayacak mı yoksa bunlar idari para cezasına mı dönüştürülecek? Ancak, henüz öyle bir faaliyet bulunmadığını görüyoruz. Ayrıca, bunların tümünün idari para cezasına dönüştürülmesi de mümkün değildir. Çünkü, yargılama yapılması, maddi gerçeğin bulunması veya zararın-haksız kazancın tespit edilmesi gereken haller vardır. Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun'da pek çok hüküm var, tüzel kişilere uygulanacak para cezaları konusunda. Bunların tümünün kısa sürede elden geçirilmesi, umarız gerçekleştirilebilir.

Öte yandan, güvenlik tedbiri failin tehlikeliliği ile orantılı olur; kusurla değil. Islah edici nitelik taşır. Tüzel kişilere böyle tedbirlerin uygulanacağını öngörmek, tüzel kişilik kavramı ile bağdaşmıyor. Bir kere yeni Yasa'da, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz denilmekle, tüzel kişilerde kusur yeteneği, iradi hareket etme yeteneği bulunamayacağı, tüzel kişilerin bir varsayım olduğu, suç işleyemeyecekleri kabul edilmiş oluyor. Öğretideki iki görüşten, bu kabul edilmiş oluyor. Ancak, öte yandan failin teh-

likeliliği ile orantılı olarak uygulanabilecek güvenlik tedbirleri öngörülüyor. Bu kez de, tüzel kişilerin tehlikeli olabilecekleri varsayımı kabul edilmiş oluyor. Böylece iki düzenleme birbiriyle çelişkili oluyor. Tehlikeli olana iyileştirme, tedavi etme tedbiri uygulanır zaten. Bu nedenle, gösterilen yaptırımların bence güvenlik tedbiri olma niteliği yok; bu bakımdan çelişkiler, soru işaretleri ortaya çıkmaktadır. Bu yaptırımların, güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmemesi yerinde olacaktır.

IX. Güvenlik tedbirleri

Gelelim güvenlik tedbirlerine: Güvenlik tedbiri, suçlunun sosyal yaşama tekrar uyum sağlaması amacıyla uygulanan eğitim ve tedavi programlarıdır. Pozitivistlerin görüşlerine göre, suçlunun kişiliği ön plana alınmalı, güvenlik tedbirleri uygulanmalıdır. Bunlar XIX. yüzyıldan itibaren ceza yasalarına da yansımıştır. Güvenlik tedbiri, tehlike haliyle orantılı olur. Güvenlik tedbirlerinde cezalandırma amacı yoktur, kusurla orantılı olmazlar, kefaret, tenkil niteliği taşımazlar, geleceğe yöneliktirler, geçmişe yönelik olmazlar. Acı verme niteliği bulunmaz; ancak, özgürlüğü bağlayıcı güvenlik tedbirlerinde, özgürlüğünden yoksun kalmanın acısı, ister istemez bulunur, hissedilir.

Yeni Yasa'da asli ceza-fer'i ceza ayırımı, ceza mahkûmiyetinin sonuçları olan yaptırımlar kaldırılmıştır. Öngörülen güvenlik tedbirlerine bakıyoruz. Aslında bunlar ceza mahkûmiyetinin sonuçlarını da içeriyor, yani sadeleştirme adına biraz çelişkili düzenlemeler yapılmış oluyor. Yeni Yasa'da güvenlik tedbirleri başlığı altında şunlar yer almaktadır: Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsadere, kazanç müsadere, (ilgili yasada gösterilecek olan) çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular, sınır dışı edilme, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri.

Güvenlik tedbirlerinde tek bir olumlu gelişme gözlemlemek mümkün, bu da öğretilerde hep eleştirilen bir hususun düzeltilmiş olmasıdır. Şöyle ki, 765 sayılı Yasa'da kısmi akıl hastaları için sağlık kurumunda muhafaza ve tedavi altına alınma olanağı öngörülmemişti. Yeni Yasa'da bu olanak getirilmiş, bu konuda hakime takdir yetkisi verilmiş, umarım bu sık sık kullanılır. Çağdaş hukuk sistemlerinde şöyle bir slogan var artık: "Mümkün olduğu kadar az ceza, mümkün olduğu kadar çok sosyal yardım". Bunu slogan olarak kullanıyorlar. Ama yeni Yasa'da kısmi akıl hastaları için öngörülen tedavi seçeneği dışında, güvenlik tedbirleri adına bir ilerleme gözlemlenmiyor. Yani, yeni güvenlik tedbirleri, seçenekler yok. Başka kurumların "güvenlik tedbiri" olarak nitelendirilmesi sözkonusu. Örneğin, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma. Bu yaptırım, cezanın sonucudur. Bunu güvenlik tedbiri adı altında düzenediğimizde, güvenlik tedbiri olmaz. Eşya müsadere, kazanç müsadere, bunlar nasıl güvenlik tedbiri oluyor? Eskiden henüz suç işlenmemişse bu-

lundurulması yasak birtakım eşyanın müsadere edilmesini tedbir olarak nitelendiriyorduk Bu bir önlemdir, ancak, failin suçu işlediği anlaşıldığı için suçta kullanılan ya da suçtan kaynaklanan bir eşyanın müsadere edilmesi cezadır veya cezanın sonucu olan bir yaptırımdır. Yeni Yasa'da bunu güvenlik tedbiri olarak nitelendirmek yerinde olmamıştır. Güvenlik tedbiri olarak nitelendirilenler, her hukuk sisteminde akıl hastalarına, uyuşturucu bağımlılarına uygulanan muhafaza, tedavi, bağımlılık terapisi, küçükleri ıslah etme, yetiştirme gibi kurumlardır. Alman Ceza Yasası'nda, "Cezalar, cezanın takdiri, cezanın ertelenmesi, adli tedbirler, emniyet tedbirleri" diye başlıklar var. Müsadere, üçüncü bölümde, yedinci başlıkta bağımsız bir şekilde düzenleniyor. Güvenlik tedbirlerinin arasına alınmıyor. Yeni Yasa'daki düzenlemenin hangi yasadan esinlendiğini bilemiyorum.

Öte yandan, tekerrür hükümleri de emniyet tedbirleri arasına alınmıştır. Tekerrürde cezanın arttırılması, ağırlaştırılması çağdaş sistemlerde artık terk edildi. Yeni Yasa'da, tekerrürde cezanın ağırlaştırılmasının öngörülmesi yerinde olmuştur, buna katılıyorum. Tekerrürde ceza ağırlaştırılmayacak; ancak denetimli serbestlik uygulanacaktır. Denetimli serbestliğin ne şekilde uygulanacağı, kapsamının, içeriğinin ne olacağı konusunda ise İnfaz Yasası'nda da bir ayrıntı bulunmamaktadır. Umarız, bu konu Tüzükle düzenlenmez. Tekerrür için öngörülen bir başka husus da, seçenekli cezalardan ağır olanının seçilme zorunluluğunun öngörülmesidir. Ancak, bunun güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmemesi gerekirdi. Önce başka bir bölümde bu kavram düzenlenip sonra ne yapılacağı gösterilmeliydi.

X. Kısa süreli hapis cezaları

Kısa süreli hapis cezaları yerine, yeni Yasa'da da seçenekler gösterilmektedir. Bu konuda, sistemde bir değişiklik yoktur. Yine bir yıla kadar hapis cezaları, kısa süreli sayılmakta ve bunların suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecine vs. göre çeşitli seçeneklere çevrilmesi öngörülmektedir. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma da bu arada gösterilmiştir. Ancak, daha önce de söylediğim gibi, bence bu ayrı bir ceza olmalıydı, bağımsız olmalıydı. Veya şöyle bir şey yapmak belki reform olurdu: Kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezayı kaldırmak. Karşılığında sadece para cezası öngörülmesi, yani kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın olmaması, hapis cezalarının bir yıldan başlaması. Bence bu sistem değişikliği olurdu.

XI. Sonuç

Evet, son sözümü söylüyorum. Umarım, sizlere yeni Yasa'daki cezalar ve güvenlik tedbirleri sistemi hakkında açıklayıcı bilgiler aktarabilmişimdir. Bazı eleştirilerime yukarıda değindim. Genel olarak değerlendirmek gerekir-

se, batılı yasalarla geçen seksen yıllık deneyim, Yargıtay içtihatları birikimi ve yirmi yıla yaklaşan Tasarı hazırlama çalışmaları sonucunda hazırlanan yeni Türk Ceza Kanunu bu kadar eleştiriye açık bir yasa olmamalıydı, diye düşünüyorum. Daha iyisi yapılamayacak idiyse, 765 sayılı Yasa'nın ıslahı tercih edilmeliydi. O zaman, en azından yeni ve mükemmel bir yasa yapılması hedefimizi halen koruyor olurduk. 1920'li Yıllarda, genç Cumhuriyet yönetimi yüzünü batıya döndüğü, sistem değiştirmek istediği için yeni yasalar yapılmıştı. Oysa şimdi, bu anlamda yeni yasalar yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır, reformları ise mevcut yasalar üzerinde en ekonomik biçimde gerçekleştirmek de mümkündür. Türkiye'nin önceliği, insan hakları ihlallerinin, işkencenin önlenmesi, demokratikleşmenin ve yargının hızlanmasının sağlanmasıdır. Yeni yasaların dönem kapatıp dönem açacak nitelikte oldukları kanaatinde değilim. Avrupa Birliği'ne girme, aceleye getirilmiş özensiz yasalar yürürlüğe konulmasının mazereti yapılmamalıdır.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Sabih KANADOĞLU: Teşekkürler Sayın Centel. Efendim konuşma bölümünü kapatmadan ben Sayın Artuk Hocama bir katkıda bulunmak istiyorum. Haklı olarak yasanın genel hükümlerini inceledikten sonra "bu yasanın felsefesi yok" dedi. Ancak yasanın yürürlük maddesine bakarsa, bu yasanın bir felsefesinin olduğunu anlayacağını ifade etmek istiyorum. Yürürlük maddesi aynen şöyle diyor: "Çevrenin kasten kirletilmesi başlıklı 181. maddenin 1. fıkrası ile çevrenin taksirle kirletilmesi başlıklı 182. maddenin 1. fıkrası yayımı tarihinden iki yıl sonra yürürlüğe girer." İşte bu yasanın felsefesi budur. Çevrenin kasden veya taksirle kirletilmesinin suç olduğunu kabul edeceksiniz, ve iki yıl daha buna devam edilmesini yürürlük maddesi ile kabul edeceksiniz. İşte bu yasanın temel felsefesi budur sevgili hocam. Efendim konuşmalar faslını tamamlamış bulunuyoruz. Soru cevap bölümü var. Fakat sabrınızı fena halde taşırdığımızın ben de farkındayım. İsterseniz bir iki soruyla bu bölümü sorular da çok kısa olmak kaydıyla tamamlayalım çünkü öğleden sonra da toplantı devam edeceğine göre sabrın daha fazla taşırılmasına gerek olmadığını düşünüyorum. İsterseniz bir oylamaya koyayım ve soru cevap bölümünün tamamen ortadan kaldırılmasını kabul edenler diye sorayım. Kabul edilmiştir. Bazılarının çok kullandığı ve ama komik gelen bir sözcükle söyleyeyim. Nasıl kabul edilmiştir? Kahir çoğunlukla kabul edilmiştir. Efendim sabrınız için, bizi dinlediğiniz için teşekkürler ediyorum ve sempozyumun birinci oturumunu kapatıyorum.

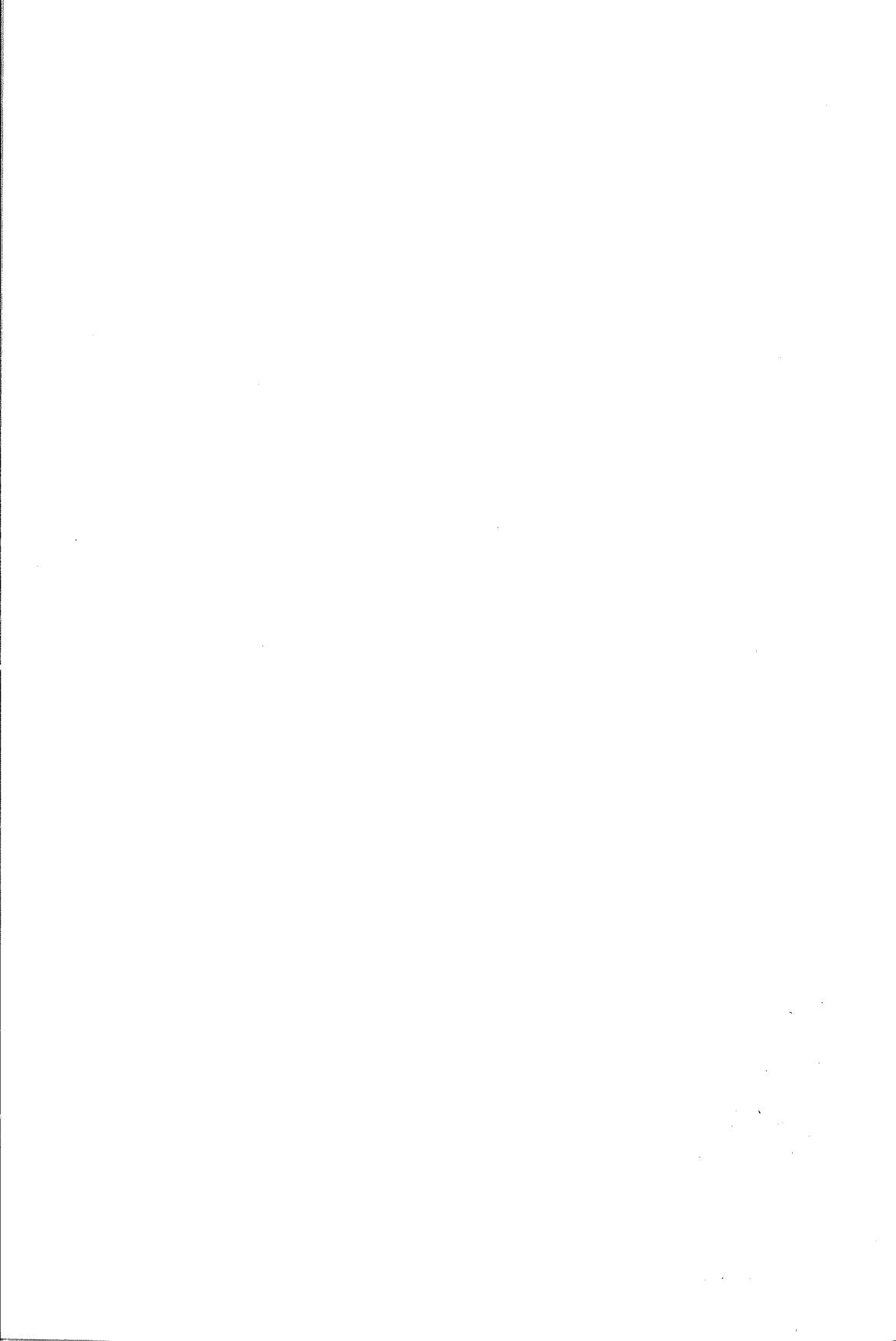
İKİNCİ OTURUM

Zuhal ÇOKAR

Yeditepe Üniversitesi Mütevelli Heyeti Üyesi,

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Eski Üyesi- Oturum Başkanı

Sayın konuklar. Sabahki oturumda yeni ceza yasamızın gerek dil, gerek yasa tekniği, gerekse felsefesi bakımından birçok eleştirilerle dolu, yani çağdaş bir ceza yasası dememize olanaksız kılan birçok eleştiriler yapıldı sayın hocalarımız değerli Kanadoğlu tarafından. İkinci oturumda özellikle yine bana göre ceza yasasının çok güncel olan konuları ele alınacak. Bunlar hürriyete karşı suçlar, bilişim alanında suçlar ve haberleşme alanındaki suçlar ve hürriyete karşı işlenen suçlara ilişkin olarak değerli akademisyenler, sayın hocalarımız da olumlu ve olumsuz eleştiriler yapacaklar. Güzel bir oturum olacağı inancındayım. Sayın hocam Köksal Bayraktar. Buyurunuz efendim.



YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN MİLLETE VE DEVLETE KARŞI SUÇLAR

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giriş

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun suçlara ayrılmış ikinci kitabının son kısmı, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlığını taşımaktadır.

Bu kısımda, önceki kanunda yer alan “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler”, “Adliye Aleyhine İşlenen Cürümler” ve “Devletin Arsıulusal Şahsiyeti Aleyhine Cürümler”in yer aldığı görülmektedir. Eskiden 174 madde içerisindeki düzenlemelerin bugün 96 maddeye sıkıştırıldığı da saptanabilmektedir.

Kanunun sistematığı içerisinde belirlenen nitelikteki suçların son bölümünde yer almasının, **Dönmezer**'in deyişi ile, bireye amaç olduğunu belirtmek, devletten önce bireyin ön planda geldiğini ortaya koymak olduğunu, yeniden açıklamak gerekmektedir.

I- Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar :

Bölümün hemen zimmet suçu ile başladığı ve fail olarak da artık me-

murun değil, kamu görevlisinin öngörüldüğü belirtilmelidir. Kamu görevlisi deyiminin 6/c'de tanımlandığını, klasik kamu görevi - kamu hizmeti ayrımının yerini kamu faaliyetine bıraktığını, bu tanımın da yeni sorunlar yaratacağını şimdiden belirtmek olanağı bulunmaktadır.

Bu suçla ilgili olarak 765 Sayılı Kanunda belirlenen para, para yerine geçen senet, evrak terimi yerine “mal” teriminin kullanılması ve malı açıklayan gerekçede taşınır ve taşınmazların bunun kapsamı içinde yer alması, doğaldır ki, büyük sorunlar yaratabilecektir.

YTCK. 251. maddedeki ihmali hareketteki kusurluluğun ağırlığı tartışmaların devamına neden olabilecektir.

Bu değişik düzenlemeler içerisinde maddedeki yaptırım miktarının eskisine oranla daha hafiflediğini, irtikapta da aynı tutumun izlendiğini belirtmek gerekmektedir.

YTCK. 252. maddede düzenlenen rüşvetin tanımı, suçun unsurlarından sonra verilmiş; basit ve ağırlaştırılmış rüşvet ayırımı ortadan kaldırılmış; rüşvet verenin de, haklı sebep öngörülmeden, cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında failin görevli olabileceği kuruluşların alanı genişletilerek belirtilmiştir. Aynı eğilime, maddenin son fıkrasında da rastlamak olanağı bulunmaktadır.

Rüşvet yönünden, zimmetin aksine, cezanın daha ağırlaştırıldığına değinmek yararlı olacaktır.

Görevi kötüye kullanmak ve görevi ihmal suçlarında, 765 Sayılı Kanundaki, unsurların belirli olmadığı yolundaki eksikliğin kısmen giderildiğini belirtmek yerinde olacaktır.

Bölüm içerisinde yer alan, “göreve ait sırrın açıklanması, kamu görevlisinin ticareti, kamu görevinin terki, usulsüz tasarruf, kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi, kanuna aykırı eğitim kurumu açılması, resmi işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma, kamu görevlisine karşı direnme” gibi suçlar, eski düzenlemelerle benzerlik taşımaktadır.

II- Adliye Karşı Suçlar :

YTCK'nun önemli değişiklik ve yeniliklerinden bazılarının bu bölümde yer aldığı saptanabilmektedir. İftiranın alanının genişletilmesi ve basın

yayın için de öngörülmesi; suç üstlenilmesinde muhatap makamın sınırının arttırılması; yargı görevi yapanı etkileme suçu gibi yeni bir suçun oluşturulması ilk ve önemli yenilikleri oluşturmaktadır.

Yargı görevini yapanı etkileme (m.277)'nin yanı sıra suçu bildirmeme de (m.278) ikinci önemli yeni suç biçimini teşkil etmektedir. YTCK 278'deki suç biçimi, olumsuz yönlerinin ağırlığı ile ileride herhalde çok tartışılacaktır. Kamu görevlisinin, sağlık mensuplarının suçu bildirmemesi, suç delillerini gizleme gibi daha önce de düzenlenmiş suç biçimlerinden sonra YTCK 282'de "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama" gibi yeni bir suç biçimi ile karşılaşılmaktadır.

Karaparanın aklanması gibi bir suçun Ceza Kanunu içerisinde geliştirildiği bu kural, önsuçun bulunmayışı gibi bir özellik taşımaktadır.

YTCK. 285. maddesinin başlığı, gizliliğin ihlalidir. Buna göre, soruşturmanın ihlali suç sayılmakta ve fiilin basın yayın ile işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmektedir. Ses ve görüntülerin kayda alınması (m.286), adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (m.288) suçları, yeni suç biçimleri olarak ortaya çıkmaktadır.

Adliyenin baskı altında kalmadan, tarafsız ve yansız çalışabilmesi, bu suçlarla sağlanmak istenmiştir.

Genital muayene (m.287), infaz kurumuna ve tutukevine yasak eşya sokmak, hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme (m.298) (m.297) gibi suçlar da yeni düzenlemelerin ya da genişletilmiş düzenlemelerin örneklerini oluşturmaktadır.

Yıllarca Türk hukukunda en çok rastlanan suç biçimlerinden, kendiliğinden hak alma suçunun artık geçmişte kaldığını, bu halin yağma suçunun hafifletici nedeni biçiminde uygulanacağını belirtmek gerekmektedir.

III- Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar :

Bu bölüm içerisinde Cumhurbaşkanı'na hakaret, aleniyet ve basın yayın gibi ağırlatıcı nedenlerle öngörüldükten sonra (m.299), devletin egemenlik alametlerini aşağılamada, İstiklal Marşı'nın aşağılanması gibi yeni bir suç biçimi, güncel olayların etkisi ile düzenlenmiş bulunmaktadır

(m.300/2). TCK. 159. madde, Adalet Bakanlığı'nın izni öngörülmezsizin 301. maddede genel hatları ile düzenlenmektedir.

IV- Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar :

765 Sayılı TCK 125 ve devamı maddelerinde yer alan suçlar içinde YTCK. 304. alanının eskiye oranla daha geniş olduğunu ve Yeni Kanun'un 305. maddesinin gerekçesi ve madde metni itibariyle çok tartışmalara neden olabileceğini açıklamak gerekmektedir.

Bölümün son maddelerinde yer alan yabancı devlet aleyhine asker toplama, askeri tesisleri tahrip etme, düşman devlete karşı yardım etme suçları yönünden de TCK'daki düzenlemenin tekrar edildiğini belirtmek uygun olacaktır.

V- Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar :

YTCK. 309-316. maddeleri arasında yer alan bu bölüm, 765 Sayılı TCK ilgili maddelerinin tekrarı niteliğindedir. Anayasa'yı ihlal, Cumhurbaşkanına suikast, yasamaya karşı suç, hükümete karşı suç, silahlı isyan, silahlı örgüt, silah sağlama, suç için anlaşma gibi suçların, eski düzenlemelerin devamı niteliğini taşıdığını belirtmek yanlış olmayacaktır.

VI- Milli Savunmaya Karşı Suçlar :

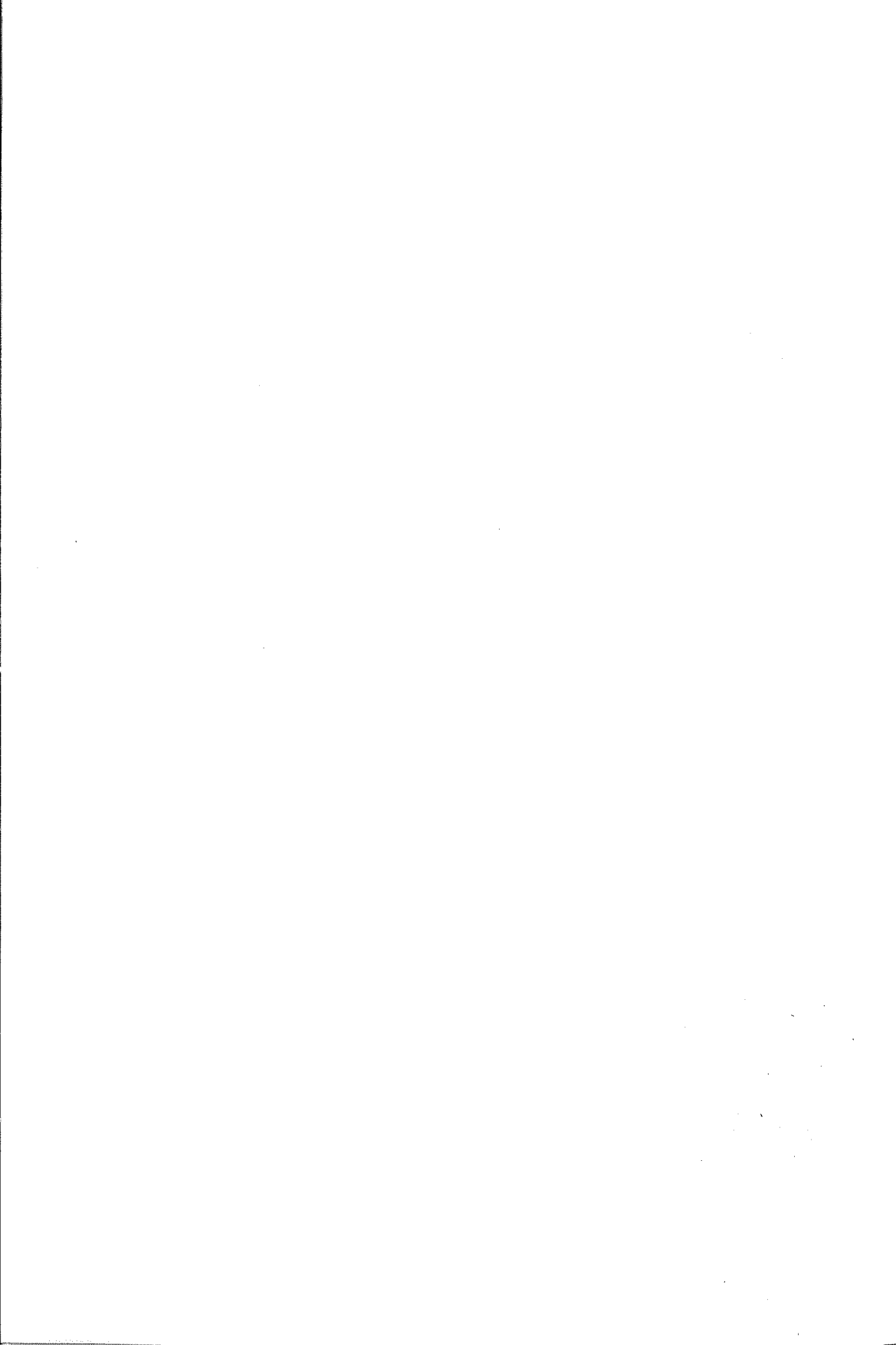
Bu bölümde yer alan suçlarda, bir önceki bölümde yer alan özellik bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen suçlar tekrarlanmaktadır.

VII- Devlet Sırlarına Karşı Suçlar :

Devletin güvenliği ile yakından bağlı bu suç biçimlerinde sır, gizli bilgi, devlet bilgisi gibi kurumlara açıklık getirilmediği, eski sistemin korunduğu görülmektedir. Devlet sırrı ve bu sırrı ifşaya yönelik hareketlerin, daha somut ve belirgin biçimde ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Sonuç

Bu kısım, özellikle adliyeye karşı işlenen suçlar bölümü itibariyle yenilikler içermektedir. Diğer yandan kamu idaresine ilişkin suçlarda bazı yenilik ve değişiklikler saptanmaktadır. Devletin varlığına doğrudan bağlı suçlarda ise değişiklik bulunmamaktadır.



HÜRRİYETE KARŞI İŞLENEN SUÇLAR

Prof. Dr. Ersan ŞEN

İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Tüm katılımcılara saygılarımı sunuyorum. Zamanı iyi kullanabilmek için, mümkün olduğu kadar notlara bağlı kalmak suretiyle anlatım yolunu tercih edeceğim. Ancak öncesinde, sabah toplantısıyla ilgili iki hususta açıklama yapmakta fayda görüyorum. Kanunla ilgili yoğun eleştirilerin yapıldığı bu ortamda iyi taraflarını da söylemek gerekir diye düşünüyorum. “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.” Hükmünün, Kanunun 2. maddesinde düzenlenmesi, kanunilik ilkesi bakımından önemli ve bizim de arzuladığımız bir gelişmedir. Hükmün bu Kanuna konulmasıyla, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu'nun 3. maddesi gibi, idareye, yürütme organına birtakım tüzük ve yönetmeliklerle suç hükmü koyabilme imkânı sağlayan düzenlemelerin yürürlükten kalkması sağlanabilecektir. Bu tespit, getirdiği yenilik açısından 5237 sayılı Kanun için olumlu bir gelişmedir. Ümit ederiz ki, bu sistem ve anlayışa bağlı kalınır.

Onun dışında bir ekleme daha yaptıktan sonra konuya başlayacağım. O da tüzel kişilerin suç faili olması, yani cezai sorumluluklarının kaldırılmasına ilişkin 20. maddesidir. 20. madde, ceza sorumluluğunun gerçek kişilere ait olacağını ve tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun olmayacağını belirtmiştir. Ancak hüküm, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olmadığına göre,

yerlerine kimlerin sorumlu olacağını göstermemiştir. Burada sorun şudur: Suçta ve cezada kanunilik prensibini benimsediğimize göre, 5. maddesinde de 5237 Kanunun genel hükümlerinin, diğer özel kanunlar hakkında da geçerli olduğunu düşündüğümüzde, 3167 sayılı Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 16. maddesinde düzenlenen karşılıksız çek keşide etmek suçundaki failin tüzel kişi olduğu durumda, çekte kaşe ve imza koyan gerçek kişi temsilcilere acaba cezai sorumluluk yüklenebilecek midir? Kanaatimizce, 5. ile 20. maddelerin bu şekliyle mümkün değildir. Bu da, karşılıksız çek suçları ile tüzel kişiler bakımından 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren ilginç durumların yaşanmasına yol açabilecektir. Önemli olması bakımından bu hususlara kısaca değinmek istedim.

Şimdi hürriyete karşı suçlar dediğimizde, Yeni Ceza Kanunu'nun 106 ile 124. maddeleri arasında hükümlerin başlığının “Hürriyete Karşı Suçlar” olarak öngörüldüğünü ve düzenlendiğini görmekteyiz. Yeni Ceza Kanunu'ndan bahsediyorum. Başlığı geniş, ancak kapsamı dar tutulmak suretiyle öngörülen bu düzenleme, örneğin özel hayata karşı suçları, kişinin şeref ve haysiyetine karşı suçları kapsamamış, başka bölümlere bırakmıştır.

1982 Anayasası'nın kişi hak ve hürriyetlerini düzenleme tekniğini dikkate aldığımızda, esas itibariyle hürriyete karşı suçlar içerisinde, özel hayatın, şeref ile haysiyetin de kişilik haklarının korunması kapsamında “Hürriyete Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Hürriyete karşı suçları ceza özel hükümlerinin baş tarafına almak, övünülen bir husus olarak dile getirildiğinden söylüyorum, acaba 5237 sayılı Kanunu hürriyetçi ve bireyci yapmış mıdır? Buna bakmak lazım. Kanun koyucu şekil açısından kişi hürriyetine başta yer vermekle, demokrasiye yeni geçiş yapan Rusya, Hırvatistan ve Polonya'yı örnek almıştır. Bu noktada demokratik bir düzene yeni geçen bir toplum gibi, hâkimlerimize, savcılarımıza, uygulamacılarımıza “efendim, kişi hürriyetlerinin korunması önemlidir, buna dikkat edin, o yüzden bunu baş tarafa alıyoruz” gerekçesinden hareketle bir düzenleme yapılmışsa yanlış yapılmıştır. Çünkü bu Anayasanın işidir, Ceza Kanunu'nun işi değildir. Anayasanın işidir, doğrudur. Biz onun için Anayasayı eleştiririz. Özellikle “Başlangıç” kısmına bu eleştirilerimizi yöneltiriz.

Kanunu hazırlayan Alt Komisyona katılan bilim adamlarımız, Alman Hukuku'nun esas alındığını, hükümlerinin buralara eklendiğini, yararlanıldığını söylemiştir. Ancak Alman Hukuku'na baktığımızda, Alman Ceza Ka-

nunu “hürriyete karşı suçlar”la başlamaz, kamu düzeninin korunması, vatanın ihanet gibi suçlarla başlar. Böyle bir iddianın arkasında durmak yanlıştır. Ayrıca, siz “hürriyete karşı suçlar”a ceza özel hükümlerinin baş tarafında yer verdiğinizde, o Kanunu daha modern, gelişmiş, bireyci, demokratik hale getiremezsiniz. Önemli olan, hükümlerin içeriği ve ne anlam taşıdıklarıdır. Buna bakmak lazım.

Arkadaşlar Kanununun 106.maddesinde “tehdit” suçu düzenlenmiştir. Baktığımızda, “Bir başkasını kendisinin veya yakınının hayatına vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi cezalandırılır” ve devamında, “Malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit ise mağdurun şikayetine bağlı tutularak cezalandırılır.” hükümlerine yer verilmiştir. Şimdi 765 sayılı Kanunda, yani şu an için yürürlükte bulunan Kanunumuzda 188. maddesinde şartlı tehdidin, şarta bağlı tehdidin yani bir şeyi yapıp yapmamanın tehditte fail tarafından mağdura yönelik olarak bir araç olarak kullanıldığı durumun, 191. maddede de adi tehdidin düzenlendiğini görmekteyiz. Şimdi ise, adi tehdit ve şartlı tehdit ayırımı artık kaldırılacaktır. 106. maddenin içerisinde biz bağımsız olarak, yani mücerret olarak tehdit suçunu görmekteyiz. Bunun önemi ne diyeceksiniz? Daha iyi olmuş, toparlanmış. İşte efendim, 188 ve 191. maddeleri bundan sonra birlikte göreceğiz.

Önemi şudur: Eğer tehdit adi yapılmamışsa, yani şarta bağlı olarak gerçekleşmişse, bu fiilin sonucunda ne elde edildiğine bakmak gerekir. Eğer şarta bağlı tehdidi yapan tehdidin sonucunda amacına ulaşmışsa, burada Kanununun 188. maddesinde düzenlenen yağma suçu gündeme gelecektir. Ama sonuca ulaşmadığında ne olacaktır? O takdirde elbette bakmamız gereken hüküm, Kanununun 35. maddesi, yani yağma suçuna teşebbüs olacaktır. Artık bundan sonra şarta bağlı tehdit yapıldığında, yani birisine telefon edilip, bir sebeple ciddi korku verecek derecede tehdit edildiğinde, burada kişi “ben burada 106. maddeden, yani 765 sayılı Kanununun 188. maddesinde düzenlenen şartlı tehdit suçundan yargılanıp, cezalandırılacağım” diyemeyecektir. Burada belki kanun koyucu, şartlı tehdit ile yağma suçları arasındaki karışıklığı ve kendisince tespit ettiği adaletsizliği gidermek maksadıyla tehdit suçunu 106. maddede yer alan biçimde düzenlemiş olabilir. Eğer fail istediği paranın ödenmemesi halinde, mağdurun hayatına yönelik ciddi bir zarar vereceği tehdidinde bulunur, fakat mağdur bu duruma boyun eğmez veya tehdit aşamasında fail yakalanırsa, Yeni Kanununun 35. maddesi çerçeve-

sinde “yağma suçuna teşebbüs”ten bahsedilip, failin cezalandırılması mümkün olabilecektir. Tehdidin mağduru somut olayda mecbur bırakmaması durumu esas sorundur, çünkü yağma suçunun oluşabilmesi için menfaatin elde edilmesi ve yağma suçuna teşebbüsten sözedebilmek için de tehdidin mağduru mecbur bırakacak derecede olması gerekir. Zaten yağma ile tehdidin arasındaki fark budur. Yağmadaki ağırlık, ağır suç sayılmasının sebebi de, daha önceki 765 sayılı Kanunda bu mecburiyetin belirtilmesinden kaynaklanmaktadır. Mecbur bırakmaması durumunda yağma suçuna teşebbüsün oluşmayacağı, sadece tehdit suçunun varlığının tartışılabileceği iddia edilebilecektir. Yeni Kanun yürürlüğe girdiğinde, şarta bağlı tehditte, eğer bu şarta bağlı tehdit mağdura yönelik ciddi şekilde onu mecbur bırakacak derecede yapılmamışsa, sizin o faili 148. maddeden cezalandırmanız mümkün değil, ne yapmanız gerekecek? 106. maddeden sorumlu tutmanız gerekecektir. Arkadaşlar şartlı tehdidin kaldırıldığı ve yağma suçunun unsuru haline getirildiği yeni düzenlemede, kanaatimizce bu sebeplerle karışıklıklar ortaya çıkabilecek ve adaletsiz sonuçlar doğabilecektir. Bu sebeple, yağma suçu ve bu suça teşebbüs aşamasına varmayan şartlı tehdit ile adi tehdit arasındaki farkın korunması gerektiği düşüncesindeyiz. Sebebe ve amaca bağlı tehdit olmasından kaynaklanan tehdit ile herhangi bir sebebe bağlı olmaksızın, örneğin basit bir tartışmadaki tehdidin söz konusu olmasından kaynaklanan cezalar arasındaki farkının korunmasının iyi olacağı düşüncesindeyiz. Ancak şu andaki düzenleme artık adi tehdit ile şartlı tehdit anlamındaki ayırımın kaldırıldığı noktasındadır.

Kanununun 107. maddesinde, “şantaj” başlığı altında bir düzenleme getirmiştir. Bu yürürlükteki 765 sayılı Kanununun 192. maddesinin karşılığı zannedilebilir. 192. madde, tehdit ve menfaat suçunu düzenlemektedir. Ancak yeni 107. maddeye baktığımızda, “Haklı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya çalışan kişi cezalandırılır.” demektedir. Peki, hakkı olmadığına, yükümlü olmadığına ne olacak? Buradaki “hakkı olmak, yükümlü olmak” kavramlarını anlatmakta fayda var. Şikâyet hakkınız var, ihbar hakkınız var, şahitlik yapma hakkınız var. Bunları yaparım, benim yapmamı istemiyorsan şu kadar para vereceksin demek, bu suçu gündeme getirecektir. Bu suçun unsurlarını tartışacağız. Böyle bir hakkı yoksa, örneğin; bir gazeteci hukuka aykırı yoldan elde etmiş olduğu kişinin özel hayatı, meslek ha-

yatıyla ilgili bilgileri basın hürriyetinin kapsamına girmemesine rağmen, yayınlacağı tehdidinde bulunursa, bu takdirde maalesef 107. maddenin uygulanmayacağını düşünmekteyiz. Burada uygulanacak madde olsa olsa arkadaşlar, o da tabii şartları uymakta ise, 106. madde olacaktır. 106. maddenin uygulanması mümkün müdür? Bu verdiğim örnekte, yani kişinin hakkı olmadığı halde elde etmiş olduğu bilgiyi kamuoyuna duyurmak, duyurmasının karşılığında bedel talep etmesi durumunda 107. maddenin gerçekleşmeyeceği, 106. maddenin o durumda tehdit hükmü uygulanır denebilecektir, böyle bir şey söyleyebileceksiniz. Bu mümkün mü? Buna bakmak lazım. Arkadaşlar baktığınız zaman, 106. madde bir başkasının, kendisinin veya bir yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik saldırı gerçekleştirme tehdidinden bahsetmektedir. Gereğesini okuduğunuzda bu saldırı, fiili saldırdır, şantaj anlamında saldırı değildir, zarar vermek anlamında saldırdır. Zarar vermek anlamındaki saldırıyı, kanunilik prensibi çerçevesinde dar yorumladığımızda, şantaj içeren bir fiilden dolayı ceza tayin edilemeyeceğini düşünebileceksiniz. Örnek verdiğimiz fiil, unsurları bakımından da 107. maddeye uymadığından, fail cezasız kalabilecektir.

Arkadaşlar 106. maddeyle ilgili iki hususu söylemekte fayda var. “Malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya sair kötülük edeceğinden bahisle” kavramına değineceğiz. Şimdi siz suçta ve cezada kanunilik prensibini benimseyeceksiniz, ondan sonra “veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle” hükmünü koyacaksınız. Nedir “veya sair kötülük edeceğinden bahisle”? Gereğe bakıyorsunuz bir şey yok. Yani bu kötülüğün tayinini kim, nasıl ve hangi somut kritere göre yapacak. Elbette hâkim yapacak. Hâkim yapacak denildiğinde, kanaatimce kanunilik prensibine ters düşecektir. Belki de yerine göre kıyasa yol açabilecek bir takdir imkânı vermiş oluyorsunuz ki, kanaatimizce hüküm kanunilik prensibi bakımından doğru olmamıştır.

106. madde ceza miktarının tabanını iki yıla indirmek suretiyle ağırlaştırıcı olanlar bakımından söylüyorum, silahla işlenmesi durumunda, örgütün oluşturduğu korkutucu güçten faydalanmak maksadıyla işlendiğinde, cezanın iki yıldan beş yıla, tabanının iki yıl ve tavanının beş yıl olacağını göstermiştir. Eski Kanunda bu süre üç yıldır. Bunun önemi nedir? Artık siz bu suçun ağır derecesinde dahi cezayı ertelenebilir hale getiriyorsunuz. Ülkemiz bakımından özellikle asayişin bozulmaya yüz tuttuğu yerlerde, erte-

lemenin yapılıp yapılmayacağını hâkim takdir edecektir. Ertelemeyebilir dediğimizde, kimse kimseyi kandırmasın, erteleme nasıl uygulandığını, tatbik edildiğini ve nasıl denetlendiğini az çok biliyoruz. Bu bakımdan tehdit gibi bir suçun, şartlı tehdidi adi tehdidin içine sokup da 106. madde düzenlemesini çıkardığınızda ve taban cezasını iki yıla getirdiğinizde, o suçun cezasını artık bu Ülkede ertelenebilir hale getireceksiniz demektir.

Arkadaşlar şimdi esas soruna geliyoruz. Kanaatimizce, bu sorun 106. maddeye ilişkin olarak ortaya çıkan bir sorun değildir, ancak ilgisi nedeniyle mecburen Kanunun daha sonraki bölümlerine bakmak zorunda kaldık. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 498. maddesinde bir suç vardır, o da “korkutarak faydalanmak” suçudur. Okuyorum size maddeyi, lütfen dikkatli dinleyin. “Bir kimse her ne suretle olursa olsun hayat veya ırz veya mal hakkında büyük bir zararla korkutularak yahut hükümet tarafından verilmiş gibi bir emir göstererek başkasının para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet göndermeye veya bir mahalle koymaya veya bunların kendi eline geçmesine temin etmeye mecbur kılsa 15 seneden 20 seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur”. Bu bir, ikincisi “adam kaldırmak” cürümü, şu an cürüm kalktı, artık suç kavramı var. 499. madde okuyorum, “Her kim para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet almak için bir kimseyi hapseder yahut dağa veya تنها bir mahale kaldırırsa, maksadına nail olmamışsa 15 seneden 20 seneye kadar ağır hapis cezasıyla, maksadına nail olmuşsa cezanın yukarı haddi verilir”. Hatta ağır nitelikte olanlarında müebbet ağır hapis cezası vardır. Artık bu iki suç kalkmıştır. Bundan sonra bu suçların failleri sadece 106. maddeden sorumlu tutulacaktır.

Yağma suçunu düzenleyen 148 ve 149. maddelere baktığınızda, hepiniz neşeli bir şekilde bu da olur mu, 498 ve 499. maddeler kapsamındadır diyorsunuz! Değil, suçta ve cezada kanunilik prensibini kabul ettiğinizde şunu biliriz; fiil suç olarak tanımlanmışsa, o suç kabul edilir ve normda gösterilen ceza verilir. Eğer kanundaki tanıma uygun bir fiil yoksa, hiç bir şey yapamazsınız, sadece seyredersiniz. Dolayısıyla ben size tespitimi söylemek istiyorum; artık bundan sonra bu suçların failleri, yani korkutarak faydalanmak fiilini icra eden, etmeye çalışan ve adam kaldırmak suretiyle o suç işleyenler, 6 ay veya 2 yıl gibi böyle bir suçta uygun düşmeyen hafif cezalarla muhatap olabileceklerdir. Yeni Kanun, asayişin bu derece bozulmaya yüz tuttuğu bir yerde bu iki düzenlemeyi, hem de çok önemli olan iki düzenlemeyi Ülkemizde rafa kaldırmakla, kanaatimizce mafyaya hizmet ede-

cektir. Şimdi 498. ve 499. maddeleri işlemek isteyenleri siz cesaretlendireceksiniz. Bunları cezalandırabilmek için 148 ve 149. maddelerden biz yine de cezalandırılırız derken, o kişilerin savunma haklarının olduğunu, avukatlarının bulunduğunu ve bunların tartışıldığında kanunilik prensibine uymayan fiillerden dolayı siz ne kadar toplum olarak hoş karşılamazsanız karşılamayın, faillerin cezalandırılmayacağını da göreceksiniz.

Arkadaşlar Malvarlığına Karşı Suçlar bölümünde yine bir 150. maddemiz vardır. Yani oraya giderek yine kendi bölümüme döneceğim. Malvarlığına karşı suçların içinde olmakla beraber, ihkak-ı hak bağımsız olarak düzenlenmemiş olmakla beraber, kendiliğinden hak alma suçunun burada bir miktar tanımlandığını ve gösterildiğini görmekteyiz. Başlığı da, “ihkak-ı hak” değil, “daha az cezayı gerektiren hal” olarak gösterilmiştir. Yani, “yağma suçundan daha az cezayı gerektiren hal” olarak gösterilmiştir. Şimdi bir defa ihkak-ı hak suçu bağımsız olarak düzenlenmemekle ve hükümde cezayı açık bir şekilde göstermemekle, bu nevi suçların yine toplumda fazlaca işlendiğini düşündüğünüz ortamda yine siz kişileri cesaretlendireceksiniz. Bu Ülke, demokratik, ama bir hukuk devleti olarak ayakta kalan, Anayasasında sistemini bu şekilde yürüten bir ülkedir. Bu Ülkede siz ihkak-ı hak suçunu ceza normlarınızda açıkça göstermek zorundasınız. “Daha az cezayı gerektiren hal” başlığı altında böyle bir düzenlemeye yer verdiğinizde, suç işlemek isteyen kişileri cesaretlendirirsiniz. Dolayısıyla biz, şekil açısından da başlık açısından da hükmün doğru olmadığını söylüyoruz. Neden 150. maddeye gittim, çünkü “tehdit suçunun cezası uygulanacak” denilmektedir. Dikkat edin “tehdit cezasının suçu uygulanacak” ifadesi yer almaktadır. Eğer tehdit suçunun cezası uygulanacaksa, bu hükme neden gerek vardır, çünkü 106. madde demiyor ki, “hak olduğu zaman tehdit suçu oluşmaz”. Düzenleme mantığı bakımından bakıldığında, yine bunun 150. maddenin doğru bir madde olmadığı görülmektedir. Köksal Hocamın da söylediği üzere, ancak bu şekilde tehdit suçuna gönderme yaparak, müessir fiil suçuna gönderme yaparak bu işler olmaz, kanun düzenleme tekniği de iyi işletilmiş olmaz. Zaten oralarda düzenlenen suçlar o kapsama giriyorsa, bu fiiller oralarda cezalandırılacaktır. Burada, yani 150 maddede bunun tekrar etmenin bir anlamı yoktur.

Arkadaşlar 108. maddemiz vardır. Maddede cebir kullanma suçu, “Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde kasten yağmalama suçundan

verilecek ceza üçte birden yarısına kadar arttırılarak hükmolunur.” Şeklinde tanımlanmıştır. Esasında bu yağma suçunu çağrıştırmaktadır. 148. maddede yağma suçuna baktığımızda, bu düzenlemenin çok benzediğini göreceksiniz. Ayrıca bu düzenlemeye, müessir fiil suçunu düzenlediğinizde çok da ihtiyaç yoktur. Müessir fiil suçunu, yani adam yaralama suçunu düzenlemişseniz eğer, saike önem verip, sebebe önem verip suçun işlenmesindeki sebebe önem verip, ağırlatıcı sebep saymak istiyorsanız, bunu insan yaralama suçunda yaparsınız, ama burada değil. “Yeni suç ihdas ettim” diyerek, cebir kullanma suçu şeklinde 108. maddeyi koyup, burada yağma suçu içinde düzenlenebilecek veya biraz önce söylemiş olduğum gibi müessir fiilin ağır şekli sayılabilecek bir suç şekli ihdas etmeniz yanlış olmuştur.

Onun dışında başka bir husus daha söyleyeyim size, müessir fiil suçlarının birçoğu sebebe bağlıdır. Bir şeyi yapmasını istersiniz veya yapmamasını istersiniz. Şu vereceğim örneğe bakın, aracımı dükkânın önüne park etmesini istemediği kişiye yumruk atan failin fiilini ne olarak değerlendireceksiniz. Müessir fiil mi, yoksa cebir kullanma suçu mu? Şimdi biz 765 sayılı Kanunda bunu ne olarak değerlendirmekteydik, elbette müessir fiil suçu olarak değerlendirmekteydik. Ancak artık biz burada cebir suçunun varlığını dikkate alacağız, müessir fiil kabul edeceğiz, ama cezasını üçte birden yarısına kadar arttıracamız. O zaman her müessir fiil suçu bir sebebe bağlı olduğuna göre, tüm suçlarda ceza artırıma gidilecektir.

Biraz önce anlatırken merak etmişsinizdir, acaba adam kaldırma suçu tamamen kalktı mı? Yani onbeş ve yirmi sene hapis cezalarını gösteren hüküm 499. maddeden kalktı mı?. Hayır kalkmamıştır. Söyleyeyim, eğer bir kişi bir maksadına nail olmak amacıyla adam kaldırmışsa, dikkat edin oraya 109. maddedeki cezai sorumluluk, o cezai sorumluluğun da miktarını buradan bakıp söylemekte fayda vardır; bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla ağır hallerinde de bir kat arttırılmak suretiyle cezalandırılması söz konusu olacaktır. Biz şimdi neyi savunuyoruz, hangi düşüncedeyiz ve suça uygun ceza nerede? Hâkim alt ve üst sınırlar arasında belirleme yapabilir. Onda şüphe yok, ama biz ceza normlarımızda suça ve suçta korunan menfaate uygun cezalar göstermek durumundayız. Toplum ihtiyaçlarına ve düzenine uygun düşen düzenlemeler yapmak zorundayız.

Arkadaşlar 109. maddenin üçüncü fıkrasının “e” bendinde, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, önceki Kanunda da vardı, üst soy alt soy

veya eşe karşı işlenmiş olması durumunda cezai sorumluluk devam ettirilmişdir. Eğer kişi on sekiz yaşını doldurmamışsa, Medeni Hukuktan kaynaklanan velayet hak ve yetkisi ortaya çıkacağından, bu bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul görecektir. Anne baba ayrılırsa, bu durumda velayet kimdeyse onun söz hakkı olacak, ama velayet hakkı elinde bulunmayan ayrılmış eşin, çocuk üzerinde hürriyetinden mahrum bırakma suçunu işleyebilmesi mümkün haldedir.

Arkadaşlar bazı maddeleri süreyi kısa tutabilmek için geçiştirerek anlatmak zorundayım. 114. maddede “siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi” başlığı altında bir düzenlemenin getirildiğini görmekteyiz.

“Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi” başlığı kullanılmıştır. Dikkat buyurun lütfen, başlıkla içerik arasındaki çelişkiye bakın. “Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi bir kimseye karşı bir siyasi partiye üye olmaya veya olmamaya” ifadesi kullanılmıştır. Bu siyasi haklar açısından doğrudur. Birinci fıkranın (b) bendine geliyorsunuz, ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. “Seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya” hükmü öngörülmüştür. Var mı burada bir siyasilik! Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 114. maddesinde, başlıkla uygun bir içerik madde metninde yoktur. Gerekçelere bakalım, gerekçede bulamazsınız. Kamu görevi, burada genel anlamda, siyasi açıdan üstlenilen kamu görevlerini aşacak şekilde kullanılmıştır. Bunun faydası ve zararı nedir? Faydası vardır. Netice itibariyle, sadece siyasi hakların kullanılmasıyla hükmün etkisinin kısıtlanmaması gerekir. Ancak seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya zorlamanın, belirli noktalarda sıkıntı çıkartacağını düşünmekteyim. Örneğin, rektör adaylığında veya dekan adaylığında, ki dekanlık biliyorsunuz seçimle olmaz, eğilim belirleme gibi bazı üniversitelerimizin uyguladığı bir yöntem vardır. Rektörlükte kısmi seçim, kısmi atama usulüdür. O noktada bu nevi suçlar işlendiğinde acaba bu hükmün tatbiki mümkün olabilecek midir? Olması gerekir, fakat hükümde “seçim” kavramına yer verildiğinden, seçimle gelinmeyen kamu görevleri hüküm dışında değerlendirilecektir.

Kanunun 115. maddesinde yeni bir hüküm getirilmiştir. “İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme” fiili suç sayılmıştır. Bu hüküm Yeni Ceza Kanunu'nun orijinal hükümlerden birisi olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten 1982 Anayasası'nın 24. maddesinde öngörülen vic-

dan ve kanaat hürriyetini destekleyen ve koruyan bir düzenlemedir. Ancak şunu söylemek istiyorum ki, 115. maddenin özellikle ikinci fıkrasıyla birlikte kamuoyunda da konuşulduğu, gazete ve televizyonlara yansıdığı için, bu hükme göre apartman dairelerinde dini ibadet ve ayinler artık yapılabilir hale getirilmiştir. Dini ibadet ve ayinin türü ve hangi din gereğince yapıldığı hususunda da herhangi bir sınırlama ve engelleme söz konusu olmayacaktır. Her ne kadar madde içinde “hukuka aykırı başka bir davranış” denilse de, biz bunun uygulamasının son derece geniş olacağını göreceğiz. Diyebilirsiniz ki, 115. madde her dini kapsayan bir düzenlemedir. Ağırlıklı olan dinlerde ibadetini ayinini yapmak için, istediği yeri istediği gibi belirlediğinde kendine özgü kıyafetleri giyip de sokağa çıktığında veya başka toplanma yeri yani o ibadetini, ayinini yapacağı yerin dışındaki yerlerde toplandığında ibadet yapmaya ayin yapmaya çalışıldığında ve bunu da bir gösteriye dönüştürdüğünde ayırımını yapamazsınız. O takdirde kimse müdahale edemeyecektir. Müdahale edildiği takdirde, 115. madde bir cezai sorumluluk almak kaydıyla müdahale edenin karşısına çıkacaktır.

116. maddede, “konut dokunulmazlığı hakkının ihlali” suçu düzenlenmiştir. Önceki düzenlememiz burada da takip edilmiştir. Bir iki yeni eklemeye birlikte, ki bu eklemenin en önemlisini ikinci fıkrayla düzenlenen, “Evlilik birliğinde aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.” Hükmü teşkil etmektedir. Sorun yok. Arkadaşınız geldi, eşinizden izin almak durumunda değilsiniz. Sizin izniniz varsa, tamam veya anneniz- babanızla birlikte kalıyorsunuz, erkek veya kız arkadaşınızı eve aldınız. Hükmü okumaya devam ediyorum, “Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir”. Bu meşru amaç nedir? Şimdi ben size buradan bir örnek söylemek istiyorum. Eşinin, dikkat edin lütfen, fal bakan arkadaşının eve girmesini istemeyen kocanın bu açık karşı koymasına rağmen, bu durumu bilmeden eve gelen ve sohbette içilen kahve falına bakarak, “yakın vakitte boşanmanın gözüktüğünü” söyleyen komşunun bu davranışı konut dokunulmazlığını ihlal sayılacak mıdır, sayılmayacak mıdır? Kocanın da böyle bir kişinin evinde bulunmasına rızası yoksa, hatta bu nedenle kavgada ediyorlarsa ne olacak? Farklı bir görüntü ortaya koyayım. Gereğe baktığımızda göreceksiniz meşru olmayan amaç için “zina” fiili örnek olarak gösterilmiştir. Yani zina yapmak maksadıyla girmişse, diğer eşinin rızasının olmadığı düşünülür, ki zina yap-

mıyorlar, sadece kucaklaşmışlar veya el ele tutuşmuşlarsa veya mutfakta birlikte kardeşçe yemek yapıyorlarsa ne yapacaksınız? Zina benzeri hareket veya fiil mi sayacaksınız? Bunun ayırımını ne şekilde yapacaksınız? Kanaatimizce, Bu sorunu uygulama çözecektir. Elbette mahkeme kararları, Yargıtay kararları bunun tespitini yapacak, ama yine de uygulama bakımından sıkıntılar ortaya çıkacaktır.

Arkadaşlar 116. maddeyle olumlu bir düzenleme de getirilmiştir, onu söylemekte fayda vardır. 116. maddenin üçüncü fıkrası bir eksikliği gidermiş, kamu görevleri bakımından değil, herkes bakımından artık “işyeri dokunulmazlığı” kavramı da güvence altına alınmıştır. 765 sayılı Kanununun 193. maddesinde yer almayan işyerleri “dokunulmaz alanlar”, yani birilerinin elini kolunu sallayarak giremeyeceği alanlar olarak tespit edilmiştir. Elbette, 1982 Anayasası'nın 21. maddesi konut dokunulmazlığını kapsamaktadır. Ancak herkesin, başkalarına açık olmayan, herkesin girip çıkamayacağı, istemediği kişilerin kalamayacağı, mesleki hayatını birileriyle paylaştığı işyerleri vardır. Buralara da herkesin girememesi veya içeride istenmediği halde kalamaması gerekir. Artık bu noktadaki eksikliğin bu şekilde giderildiğini söylemekte fayda vardır.

Arkadaşlar ilginç bir maddemiz vardır. “Haksız arama” suçu başlığıyla düzenlenen 120. maddeye işaret etmek istiyorum. Bu hüküm esasında 765 sayılı Kanununun 183. maddesinde de mevcuttur. Ancak bu Kanun daha iyiyi getiriyor ya, toplum için daha iyi getirmesi gerekiyor ya, daha modern, kusur esasına önem veren, mahsus suçu tanımlayan düzenlemeler içeriyor ya, elbette bu söyleneler bir şüpheden ibarettir! 120 maddeye göre, “Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”. Kamu görevlisi değilseniz, durmayın herkesin üstünü arayın. Böyledir, baktığımız zamanda kanunilik prensibi bunu böyle söylemektedir. Ayrıca, kamu görevlisi hangi kamu görevlisi, belediye başkanı mı, polis mi, savcı mı, müsteşar mı? Yani düşününüz, belediyede birisinin üstününü aradınız kamu görevlisisiniz, bitti cezalandırılacaksınız, ama sen kamu görevlisi değilsin, aradın üstünü cezalandırılmayacaksın. Hüküm, kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği fiil sınırlaması da yapmamıştır. Bu yanlıştır! Konut dokunulmazlığını suç saydığınız bir yerde, 1982 Anayasası'nın 20. maddesinde düzenlenen üst araması gibi çok önemli bir konuda sınırlayıcı düzenlemeler ortaya koyduğunuz takdirde, bu düzenlemenin mutlaka içine kamu görevlisi olmayanların arama yapması

durumunda cezai sorumluluğunu getirmek, göstermek ve güvence açısından geniş düzenleme yapmak zorundasınız. Ayrıca, görevi gereği arama yetkisi olup da haksız üst arayan kişinin de cezai sorumluluğunu ağırlaştırıcı sebep olarak göstereceksiniz.

Ben birkaç cümleyi burada çok önemli olduğu için söylemek istiyorum Şimdi bir sorun var, ciddi sorun devam etmekte ve 120. maddeyle perçinlenecektir. Biliyorsunuz 1982 Anayasası'nın 20. maddesi 2001 yılında enteresan bir şekilde değişti. Yeni düzenlemeye göre, "Hâkim kararı olmadan, yetkili makamın yazılı emri olmadan gecikmesinden zarar umulan hallerde bile kimsenin üstünü arayamayacaksınız". 120. madde burada ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu orada duruyor. Bakın şimdi örnek vereceğim size aranan bir kişi, şüpheli hareketlerde bulunan bir kişi üzerinde siyah palto caddede dolaşiyor, aşağı yukarı ve bomba eyleminden aranıyor. Şimdi siz polise ihbar ediyorsunuz. Polis gelmiyor, gecikiyor, müdahale etmiyor, biz kızarız, "efendim polis müdahale etmedi", "o nasıl güvenlik görevlisi müdahale etmesi gerekir" deriz. Ama 120. maddeyi koyuyorsunuz. Kimsenin konutuna girip, arama kararı olmadan, sebep olmadan arama yapılması taraftarı asla değiliz, kolaylıkla mümkün de olmamalıdır. Doğrudur, bu bir demokrasi gereğidir. Ama siz dünyanın en modern hukuk sistemlerinin izlendiğini söylediğiniz Almanya'da, Amerika'da, İngiltere'de, polisin duyduğu şüphe üzerine bir kişinin kimliğini sorarak üst aramasına izin veriliyorsa ve bunu makul karşılıyorsanız, bu yetkiyi Türkiye Cumhuriyeti'nde de polisin elinden alamazsınız. Yanlış olur. Bunun sonucu ağır olur. O polis, çevresinin güvenliğini sağlamak, kendi güvenliğini temin etmek, suç unsurlarını o anda elde etmek zorundadır. Dön arkasını der, gerekirse yere yatırır, insanca muamele yapmak suretiyle o an aramayı gerçekleştirir. Bunun önünü kestiğinizde, siz idari ve adli kolluğu açmaza götürürsünüz, asayiş bozulma tehlikesiyle karşı karşıya bırakırsınız, sorun çıkar. Bugün bana polis arkadaşlar, görevliler, savcılar soruyor biz nasıl üst arayacağız? Dedim ki, hüküm "yazılı" diyor değil mi? Cepten mesaj atın, o da yazılı ya cepten mesaj atın dedim. Evet, başka çare yok! Onun dışında bir yol var, siz arama yapmayı bir meşru müdafaa hali olarak kabul edebilirsiniz. Tüm bu söyleneler ve şimdi söyleyeceğim husus, soruna zorlukla çözüm bulma amacını taşıyan tartışmalı konulardır. Kanun hazırlayanlar, "üzerinde bomba varsa, silah varsa, bunu da elde etmişse, suç aletini elde etmiş olacaksınız, dolayısıyla arama yapın" demektedirler, ya çıkmazsa! Bu bir. İkincisi, hukuka aykırı

delil olmadığını bir kişi söyleyemez bana burada, bu delil hukuka aykırı elde edilmiştir. Üst ve yanında bulunan eşyayı şüphe üzerine doğrudan doğruya kolluk kuvvetinin arayabilmesi hususunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'na hüküm dahi koysanız, 1982 Anayasası'nda 20. maddesinin mevcut hali ve öngördüğü sınırlama devam ettiği müddetçe, hiç kimse bana yazılı emir olmadan o kişinin üzerinde yapılan aramayı ve sonuçlarını hukuka uygun saydıramaz. Biz sayılması taraftarıyız, o yolları da bulmaya çalışıyoruz. Ancak Anayasanın 20. maddesi karşısında, inanın çok zorlanmaktayız. Dolayısıyla, gecikmesinde ciddi tehlike veya zarar umulan hallerde, Anayasanın 20. maddesinde yer bulan “yazılı emir” şartını kaldırmak gerekmektedir. Asayişin sağlanması için buna ihtiyaç vardır. Elbette, kolluk kuvvetinin bu yetkiyi kötüye kullanmamasını takip etmek, eğitim vermek ve kaliteli personel yetiştirmek de şarttır.

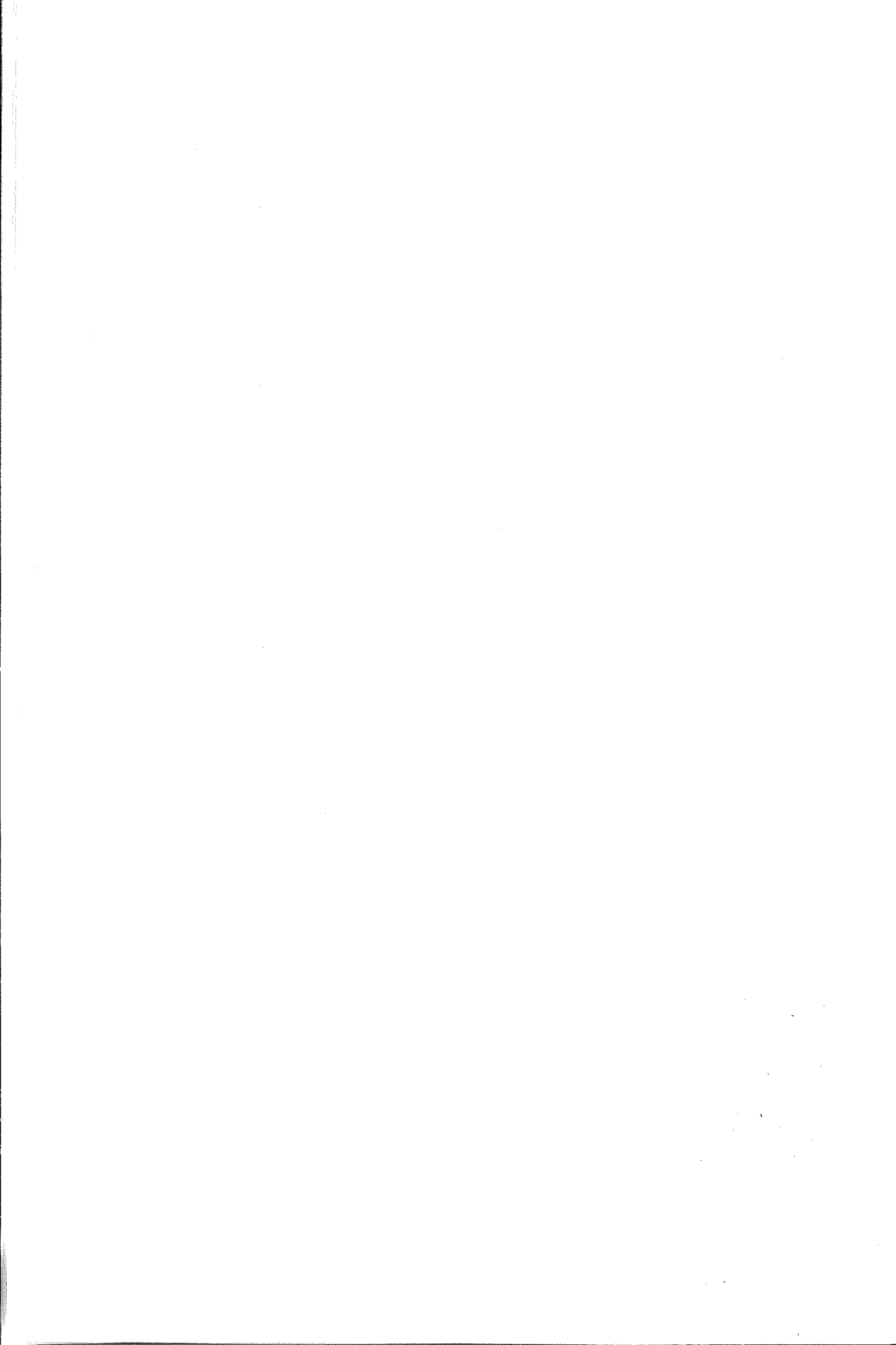
121. maddedeki “dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi” hükmünü inceleyelim. Hükme bakıyorsunuz çok güzel. Dilekçe hakkınız var, bunu kullanabileceksiniz, güvence altına alınmış. Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde, suç oluşacaktır. Lütfen dikkat edin, dilekçe vereceksiniz, hukuki neden varsa adam kabul etmeyecek, “meşgulüm” hukuki neden, “geçici görevlendirildim” hukuki neden! Hükümde, “haklı neden” kavramına yer verilmeli idi. Haklı neden olmaksızın dilekçe kabul edilmediğinde, cezai sorumluluk kabul edilmeliydi. Benim inancım budur, iddiam şudur, her zaman söylüyorum kimsenin kimseyi kandırmasına gerek yok. Eğer siz bir düzenlemeyi getirmek istiyorsanız, hürriyeti korumak istiyorsanız, bunu gerçekten yapacaksınız; bunu bireye hizmet için yapacaksınız. Elbette sınırlamalarını da göstereceksiniz. Doğru, demokrasi demek herkesin istediği her şeyi yapabilecek olması değildir. Sınırları olmalıdır; ama o hürriyetin de özüne müdahale etmemek gerekir. Hürriyetin özüne müdahale içeren “hınzır cümleler” koymayacaksınız, çünkü koyduğunuz zaman bu kötüye kullanılır, kendinizi kandırılmış ve otoriteye gereğinden fazla güç vermiş olursunuz.

Arkadaşlar son olarak 122. maddeden sözlerimi bitirmek istiyorum. Yine 122. madde derya deniz bir maddedir. Yenidir bu madde, “ayırımcılık” suçunu getirmiştir. Bu ülkede artık bundan sonra hiç kimse kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri zevklerle ayırım yaparak mal satmazlık yapamayacaktır. Böyle bir şeyin im-

kânı ihtimali kalkmıştır. Diyeceksiniz ki bu bir engelleme suçudur. Gereğesini okuduğunuzda göreceksiniz ki “sen şu dindensin” diyerek mal satmadığımızda, cezalandırılacaksınız. Şimdi sorun şudur. Efendim güzel. İhtiyaç var mıydı bu ülkede? Onu bilmiyorum. İhtiyaç var mıydı, böyle bir ızdırıp var mıydı bizde? Ben tahmin etmiyorum; ancak böyle bir maddeyi koyduğunuzda siz, bunu birileri çok istemiştir, bu maddeyi ve biraz önce söylemiş olduğum bu 115. maddeyi ısrarla Avrupa Birliği'nin peşinden koştuğu iki hükümdür bu; olmazsa olmazlarıydı bu hükümler ve konulmuştur. İşte ayrımcılık yasağını getirdiğinizde, dikkat edin ben size daha kötüsünü söyleyeceğim, kişiler arasındaki dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve “benzeri sebepler”. Adam geldi “sen Almansın vermiyorum sana” diyemeyeceksin. Düşünce açıklama hürriyetim benim. Demiyor muyuz ki, biz düşünce açıklama hürriyeti şiddete çağrı içermedikçe biz kimseyi cezalandırmak zorunda değiliz, cezalandırmamalıyız. Onun için bütün mücadeleler veriliyor. “Demokratik toplumda düşünce açıklama hürriyeti” diyorsunuz siz ve “benzeri sebepler” gibi bir hüküm koyarak kanunilik prensibine aykırı bir şekilde ayrımcılık suçunu öngörüyorsunuz.

123. madde “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu”nu düzenlemiştir. Bu da yeni bir hükümdür, olmayan bir düzenlemedir. Arkadaşlar artık bundan sonra sürekli bir kişiye bakmak, hatta tacizkar bakmak, imalı bakmak, takip etmek, evini veya işyerinin önünde beklemek, sürekli durmak, onu gözetlemek fiili o kişinin psikolojisini bozacağından bahisle suç haline getirilmiştir. Şimdi iyi tarafı var ben eleştirmiyorum. Bakın tarzım itibariyle hükümleri eleştiriyor gibi geliyorsa da, katılmam gereken hükme katılmak durumundayım. 123. madde esas hatlarıyla, genel itibariyle iyi bir maddedir. Çünkü bugüne kadar adli görevlilerimiz, savcılarımız telefonla taciz edeni hangi suçtan cezalandırmaktaydı? Biz birbirimizi kandırmayalım, ya hakaretten, ya sövmeden, ya tehditten. Yoktu hüküm. Esasen adamın yaptığı şu: Manyak ya açıp kapatıyor, açıp kapatıyor. Ve siz gidip şikâyet ediyorsunuz. Ne diyeceksiniz? Suç yok çünkü. Bana hakaret etti, sövdü, tehdit etti. Şikâyet eden de soruyor. Bize de soruyor çünkü. “Ya hocam böyle bir şey yapmadı esasında, sadece açıp kapatıyor.” Diyorsunuz ki “Böyle yapacaksın, başka türlü suçun tanımının içine sokamazsın bunu.” Artık bu 123. maddeyle kişilerin huzur ve sükûnunu böyle birtakım manyaklıklar yaparak bozmak suç haline getirilmiştir. Psikolojik rahatsızlığa sebep verecek insanları huzursuz edecek davranışlar cezalandırılacak. Sadece telefon tacizi suretiyle değil,

internet yoluyla da olabilir bu taciz, onun dışında imalı bakmak, sürekli bakmak, tacizkar bakmak... Elle sarkıntılık yapmaya gerek yok. Netice itibariyle o şekilde de bakılmışsa ve birisi de bundan rahatsız olmuşsa, bundan şikayet etme hakkına bağlı olmak suretiyle bir düzenleme Kanunu'muzda yapılmıştır. Ben bana tahammül ettiğiniz için teşekkür ederim.



YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ BİLİŞİM SUÇLARININ GENEL DEĞERLENDİRMESİ*

Yard. Doç. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bilindiği üzere, 1 Nisan 2005 tarihinde, 1926 yılından beri uygulamada olan ve sayısız değişiklik geçirmiş bulunan 765 s. Türk Ceza Kanunu yerine, 5237 s. Yeni Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girecektir. Özellikle 1985 yılından itibaren¹ Türkiye'de yoğun bir yeni Ceza Kanunu yapma gayret ve girişimleri sonunda² 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununu meydana geti-

* (İşbu metin Mart 2005 tarihinde Yeditepe Üniversitesinde sunulan tebliğin orijinal (değiştirilmemiş) halidir.

- 1 Adalet Bakanlığı'nın 14.1.1985 tarihli Mucipnamesi ile teşkil edilen Komisyon ve katılan üyeler için bkz. **Türk Ceza Kanunu Öntasarısı**, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara, 1989, s.III.
- 2 Böylece 14.1.1985 tarihli komisyondan sonra 1989 Türk Ceza Kanunu Tasarısını hazırlayan ve 14/1/1985 tarihinde kurulan Komisyon, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısını hazırlayan ve 6/6/1996 tarihinde kurulan Komisyon ve 2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısını hazırlayan ve 21/12/1999 tarihinde kurulan Komisyon olmak üzere dört komisyon temeli 1987 Ceza Kanunu Öntasarısı olan çalışmaya şekil vermiş bulunmaktadır.

rilmiş bulunmaktadır. Bu Kanunla birlikte, özellikle 21 inci yy suçu olarak adlandırılan bilişim suçları da yeni bir yapılandırma içine girmektedir. İşte bu tebliğin konusunu Yeni Türk Ceza Kanunundaki bilişim suçlarının genel bir değerlendirmesi teşkil etmektedir.

Hukukumuzda bilişim alanındaki suçlara ilişkin ilk düzenleme, 1991 yılında 3756 s. Kanun ile CK.numuza “bilişim alanında suçlar” başlıklı 11 inci bab ile birlikte 525 a, b, c ve d maddeleri ilâve edilmek suretiyle gerçekleştirilmiştir. Bu düzenleme, Fransız Ceza Kanununa 5 Ocak 1988 tarih ve 88-19 sayılı Kanun ile eklenen 462-2 ilâ 462-9 maddeleri esas alınmak suretiyle meydana getirilen 1989 Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki (TCKT.) hükümlerden aynen alınmak suretiyle meydana getirilmiştir. Zaman içinde şimdiki Ceza Kanununa dayanak teşkil eden tasarılarıdaki bilişim suçları konusundaki düzenlemelere ise 1994 yılında Fransa'da yürürlüğe giren Yeni Fransız Ceza Kanununun bilişim suçlarına ilişkin 323-1 ilâ 323-7 maddeleri model teşkil etmektedir³. Her ne kadar 5237 s. CK.nundaki bilişim suçları konusundaki hükümler tasarılarında yer alanlara oranla farklılıklar arz etmekte ise de temelini 1997 tasarısının oluşturduğunu ifade edebiliriz.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki 765 s. CK.unumuzun bilişim suçlarına yönelik uygulama sırasında Türk Hukukunda, zaman içinde, yanlış olarak telsiz telefona saplantı yapmanın⁴, TV seyretmenin dahi bilgisayar su-

3 DÖNMEZER Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Suçlar, 16. Bası, İstanbul 2001, s.613; YAZICIOĞLU R. Yılmaz, Bilgisayar Suçları, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukukî Boyutları ile, İstanbul, 1997, s.207.

4 Bayındır ACM 24.1.1995 t. ve E.160, K.9, kararına ilişkin Yarg. 6.CD.sinin, 21.12.1995 t., 13913 E. Sayılı bozma kararı bkz. YAZICIOĞLU, s.216 dn.423; Y.C.G.K. 25.6.1996,1996/6-151-152: “Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluk,sanığın sabit görülen eyleminin TCK.nun 491/ilk maddesindeki hırsızlık suçunu mu,yoksa TCK.nun 525/b-2.maddesinde düzenlenen bilişim suçunu mu oluşturduğu hususundadır.6.4.1990 tarih ve 2/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı'nın gerekçesi ve tüm yargı mercilerini bağlayıcı nitelikteki kabulü karşısında;somut olayda sanığın,telsiz telefonuyla müdahilin frekansına girmek suretiyle konuşma yapmak eyleminin “Bilişim alanında suçlar” başlığı altında 3756 sayılı Yasayla yeniden düzenlenen TCK.nun 525.maddesine göre değil, 491/ilk maddesine göre cezalandırılması gerekmektedir. Esasen,TCK.nun sonradan değişik biçimde düzenlenmiş 525.maddesinde,telsiz telefon vasıtasıyla yapılan kaçak konuşmaların bu madde metnine dahil edilip yaptırma tabi tutulduğuna ilişkin bir ibare de mevcut değildir”.

çu olarak kabul görmesinin istenmesi⁵ veya kredi kartları marifetiyle bankalardan haksız edim edinilmesinin bilgisayar suçu değil ve fakat hırsızlık suçu içinde değerlendirilmesi⁶ gibi durumların ortaya çıkmasının yanında, diğer taraftan da hacker (sisteme müdahale edenler) faaliyetlerinin en önemlilerinden olan hukuka aykırı olarak bilgisayar ve verilere girilmesi veya ulaşılmamasının yaptırımsız kalması, bilgisayar şebekelerinde işlenen bazı eylemler⁷ karşısında mevzuatın yetersiz bulunması⁸, spam göndermenin (istenmeyen elektronik postalar), password (şifre) dağıtımının, çocuk pornografisine yönelik çeşitli eylemlerin karşılanamaması, İnternet Servis Sağlayıcılarının (İSS) sorumluluklarının öngörülmemesi gibi bazı hukukî noksanlar ortaya çıkmış bulunmaktadır⁹.

Bu arada çeşitli Devletler bilişim suçları konusunda hukuk mevzuatlarını yenileyip düzenlerken bir yandan da 2001 yılında Avrupa Konseyi Si-

-
- 5 DÖNMEZER Sulhi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a sunulmak üzere hazırlanan 30.11.1996 t.li rapor (Kadıköy 4. ACM.nin 96/556 E. s. Dosyası), İstanbul Barosu Dergisi, C.71, S.1, 1997, s.26; PAZARCI Melih, Şifreli Yayınların Hukukî Konularını aydınlatan iki Önemli Görüş, İstanbul Barosu Dergisi, C.71, S.1, 1997, s.28 vd.; YENİDÜNYA Caner - DEĞİRMENCİ Olgun, Bilişim Suçları, İstanbul 2003, s.31; aksi görüş için bkz. ÜNVER Yener, Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi, İÜHF.M., C.59, S.1-2, 2001, s.84; aksi görüş ve bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. YAZICIOĞLU R. Yılmaz, Şifreli Yayınların Bilişim Suçları Karşısındaki Konumu, Yargıtay Dergisi, C.25, S.12, 1999, s.64 vd.; aynı eser in, Selahattin Sulhi Tekinay Armağanı, İstanbul 1999, s.645 vd.; aynı eser in İstanbul Barosu Dergisi, C.72, S.2, Haziran 1998, s., 257 vd..
- 6 6.CD., 22.4.1998 t. ve 1998/3880 E., 1998/4044 K (YKD., Eylül 1998, s.1393); 6. CD., 26.11.1998 t. ve 1998/10848 E, 1998/10939 K., (YKD., Şubat 1999 s.269); 6.CD. 3.12.1998 t. ve 1998/11178 E., 1998/1223 K., (YKD., Nisan 1999, s.561); 6.CD., 26.4.1999 t. ve 1999/2418 E., 1999/2370 K., (YKD., Haziran 1999, s.865); 6.CD., 24.3.1999 t. ve 1998/12638 E., 1999/1628 K., (YKD., Temmuz 1999, s.1003).
- 7 ÖZBEK Veli Özer, İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2002, s.106 vd..
- 8 ÜNVER, s.77
- 9 Gerçekten Tasarımı hazırlayanlar da bilişim alanındaki suçların yeniden kaleme alınmasını "... aradan geçen süre içinde bu suçlar konusunda Batı hukukunda değişiklikler olduğu gibi bizde de metinler ve suçların oluşması yönünden bazı duraksamalar meydana geldi. Bu nedenle Tasarıdaki maddelerin bütünüyle yeniden ele alınması uygun sayılmıştır" gerekçesi ile izah etmektedirler (Bkz. 1997-1999 ve 2001 tasarılarının Bilişim Alanındaki Suçlar Bölümüne ilişkin gerekçe).

ber Suç Sözleşmesini, 2000 yılında Birleşmiş Milletler 10. Suçluların İyileştirilmesi ve Suçların Önlenmesi Hakkındaki Viyana Kongresinde bilgisayar ağlarının ve burada işlenen suçların önlenmesi için çeşitli düzenlemeleri deklare ettiğini de belirtmek gerekir.

Bilişim alanındaki suçlar bakımından Ceza Kanunumuzdaki hükümlerde, bazı eksiklik ve bilgisayarı ifade etmek için “bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş sistem” demek gibi sorunlar mevcutsa da, aşağıda daha ayrıntılı olarak ifade olunacağı gibi, kanaatimizce Yeni Ceza Kanunu bilişim alanındaki suçlara ilişkin hükümlerinde ciddi sayılabilecek problem ve eksikliklere yer vermektedir.

Hemen belirtelim ki, Yeni TCK.da yer alan bazı bilişim suçlarına ilişkin düzenlemeler, gerek suçun hukukî konusunu esas alan kanun sistematığına, gerek özel hükümlerde ayrı bir bölüm oluşturma fikrine, gerekse temel ceza hukuku prensiplerine aykırılık oluşturmaları sebebiyle, kanaatimizce, her ne kadar Dönmezer Tasarısı'nın başta formülasyon olmak üzere bazı yanlışlarını ortadan kaldırıyorsa da, yeni yanlışlara ve kaoslara sevk edici niteliktedir.

Bilişim alanındaki suçların düzenlenmesi bakımından mukayeseli hukuka bakıldığında iki temel sistem görülmektedir¹⁰ : Kanunkoyucular bu alandaki suçları karşılamak için mevzuatlarında ya ayrı özel bir kanun yapmakta, ya da mevcut ceza kanunları içinde düzenleme gerçekleştirmektedir. Sonuncular yani mevcut ceza kanunlarını bu konuda rehabilite edenler, bu alandaki suçları, genelde ihlâl ettikleri hukukî yararlar uyarınca o hukukî yararı koruyan maddelere, bilişim ve getirilerini (özellikle veri kavramı gibi) ilâve ederek veya bu maddeleri yeniden düzenleyerek yahut bizde bugün yürürlükte olduğu üzere, Ceza Kanunu içinde ayrı bir bölüm içinde değerlendirmektedir. Ancak, Yeni Ceza Kanunu, bir yandan “Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar” bölümü adı altında bir bölümde bilişim suçlarını düzenlemeye çalışmakta diğer yandan da, bilişim suçlarını, suçta ve cezada kanunilik ve kıyas yasağı gibi ilkeler karşısında uygulama olanağı bulunmayacak olmasına rağmen hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlar içinde değerlendirmek istemektedir. Kanaatimizce bu düzenleme tarzının, yerinde olduğunu iddia edebilmek pek mümkün değildir.

Bilişim suçları olarak adlandırılan suç grubu ile bir yandan “bilişim sistemlerine izinsiz girilmesi” (m.243), “bilişim sistemlerindeki verilere

10 YAZICIOĞLU, s.167-204.

müdahalelerde bulunulması” (m.244), “bilişim sistemleri marifetiyle haksız menfaat temini” (m.244/4) gibi bilişim sistemlerinin özelliğinden kaynaklanan ve yeni hukukî yarar alanlarında gerçekleştirilen özellikle key logger, screen logger, dialler veya virus gibi programlar marifetiyle işlenen ve doğrudan bilişim suçları ya da dar anlamda bilişim suçları şeklinde adlandırılan gerçek bilişim suçlarını, diğer yandan “bilişim teknolojilerinin getirdiği imkânlar dolayısıyla ortaya çıkan “haberleşmenin gizliliğini ihlâl” (m.132), “haberleşmenin engellenmesi” (m.124), “eğitim ve öğretimin engellenmesi” (m.112), “kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi” (m.113), gibi dolayısıyla bilişim suçlarını ve de “hakaret ve sövme” (m.125), “müstehcenlik” (m.226), “kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması” (m.228) suç işlemeye tahrik (214) gibi, bilişim teknolojileri marifetiyle işlenen klâsik suçlar kastedilmektedir. Ayrıca yeni CK. hırsızlık (m.142/2) ve dolandırıcılık (m.158/1) suçlarının bilişim teknolojileri marifetiyle işlenmesini kanaatimizce uygulama imkânı olmamasına rağmen bu suçların ağırlatıcı sebepleri olarak nitelendirmektedir.

Böylece 5237 s. Ceza Kanunu 1-“Bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme veya orada kalma (m.243/1)” suçu; 2- sistemin içeriğine veya sistemdeki verilere sisteme girilmesinden dolayı zarar verme suçu (m.243/2) (netice nedeniyle ağırlaşmış suç), 3-“Bir bilişim sisteminin hardware/donanım yanının işleyişini engelleme veya bozma” suçu (m.244/1); 4- “Bir bilişim sistemindeki verileri bozma, yok etme, değiştirme, engellenme, veri yerleştirme, veri nakletme olarak belirlenen verilerin manipüle edilmesi” suçu (m.244/2); 5- “Bilişim sistemi marifetiyle haksız menfaat temini suçu” (m.244/4); 6-“Başkasına ait kredi kartının kullanılması suretiyle haksız menfaat elde edilmesi” suçu (m.245/1) ve 7-“Bir kredi kartı üzerinde manipülasyon yapılarak haksız menfaat elde edimi” suçu (m.245/2) olmak üzere 7 çeşit doğrudan veya dar anlamda adlandırılabilir bilişim suçlarına, “haberleşmenin gizliliğini ihlâl” (m.132), “haberleşmenin engellenmesi” (m.124), kişisel verilerin kaydedilmesi (m.135), kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu (m.136), verilerin yok edilmesi suçu (m.138), “eğitim ve öğretimin engellenmesi” (m.112), “kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi” (m.113) gibi dolayısıyla bilişim suçlarına ve klasik suç tiplerinden sadece hırsızlık ve dolandırıcılık suçunda bilişim sistemlerinin kul-

lanılmasını bu suçların ağırlatıcı sebebi olarak değerlendirme altına almaktadır. Halbükî, uygulama imkânı bulunmayan bu son iki düzenleme yerine sahtecilikten müstehcenliğe, hakaret ve sövmeden, kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması suçuna kadar bir çok klasik suçta bilişim sistemlerinin kullanılması ayrıca göz önüne alınmamaktadır.

Kanunun hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının bilişim sistemlerinin kullanılması marifetiyle işlenmesini bu suçlar bakımından ağırlatıcı sebep olarak düzenlemeye çalışmasını bilişim sistemini kullanarak haksız menfaat elde etme suçunu düzenleyen Kanunun 244/4 maddesi karşısında, başka bir ifade ile özel hüküm genel hüküm karşılaştırmasında, bu iki hükmün uygulama imkânı gereksiz bir iki örneğin dışında nerede ise imkânsız bulunmaktadır. Bu iki hükmün suçta ve cezada kanunilik ile kıyas yasağı gibi ilkeler karşısında uygulanması, bize göre, önce bu ilkeleri doğrudan düzenleyen Kanunun 2 inci maddesine sonra İHEB.ne, İHAS ve AY.mıza aykırılık teşkil edecek, uygulamada da büyük haksızlıkların ve problemlerin yaşanmasına sebebiyet verecek niteliktedir.

Ayrıca, Kanunun hırsızlık ve dolandırıcılık suçuna ilişkin bu yaklaşımı kendisi ile de çelişki teşkil etmektedir. Kanuna göre, hırsızlık suçu, ancak "... taşınabilir bir mal" (bkz. md.141/1) üzerinde işlenebilir. Gerekçe'de açıklandığı üzere, örneğin "... başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması durumunda, hırsızlık suçu oluşmaz. Çünkü, ortada taşınabilir bir mal yoktur (bkz. 163. md. Gerekçesi)". Kanunda veri taşınabilir bir mal olarak tanımlanmadığına göre, veriyi temel almak suretiyle bilişim sistemleri kullanılarak elde edilen haksız edinimleri hırsızlık suçu ile karşılayabilmek mümkün olmayacaktır. Kaldı ki örneğin bir bilgisayar sistemine yanlış veri girerek veya mevcut veriler değiştirilerek kişi kendine haksız yarar sağlayacak olsa, örneğin birisine ait bir bankadaki mevduatı kendi hesabına aktaracak olsa ortada yine taşınabilir bir mal bulunmadığı için hırsızlık suçundan bahsedilemeyecektir (bu konuda bkz. AET, AT ve Birleşmiş Milletler raporları). Hırsızlık suçuna ilişkin bu düzenleme ancak bilgisayar kullanarak bir depunun veya kasanın yahut kapının açılmasında söz konusu olabilir ki bunun ağırlatıcı sebep olmasının mantiki bir izahını bulmak pek mümkün olamaz. Diğer taraftan dolandırıcılık suçunun söz konusu olabilmesi için ise, "hilenin varlığı için muhatabının mutlaka insan olması gerekir (bkz 163 üncü maddenin gerekçesi)." Dolandırıcılık suçunu düzenleyen Kanunun 157

inci maddesi “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp*” demek suretiyle doğrudan mağdurun insan olması gerektiğini sarıh bir şekilde düzenlemiş bulunmaktadır. Halbuki mevcut veriler değiştirilerek veya yeni veriler girilerek bir manipülasyon yapıldığında bu nevi hileler insana karşı değil bilişim sistemine karşı gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple bilişim sistemleri marifetiyle haksız çıkar elde edilmesi suçları bakımından kişinin rolü suçta araç teşkil etmekten öteye gidemez. Bununla beraber bilişim sistemleri kullanmak suretiyle dolandırıcılık suçunu gerçekleştirebilmek, dialler programların artık pek tercih edilmeyen bir usulünde olduğu üzere, az bir olasılıkla olsa bile mümkündür. İşte yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere Kanunkoyucular ya yukarıdaki ihtimalleri karşılaması için Kanunun 244/4 maddesinde olduğu üzere daha kapsamlı bir hüküm koymakta ya da hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının bu nevi eylemleri karşılayabilmesi için ona göre formüle etmektedirler: örneğin veriyi de taşınabilir bir mal saymak ve 244/4 benzeri ayrı bir hüküm koymak gibi.

Kanun ayrıca, sahtecilik suçu, ihkak-ı hak suçu bakımından bilişimin getirilerini dikkate almadığı gibi iletişime müdahaleyi ve bir bilişim sistemine veya programına girme imkânı veren şifrelerin dağıtımını engelliyen veya hukuk dışı olarak bir bilgisayar sistemi veya programının sunularından istifadeyi sağlayacak cihaz veya programları satmayı veya tedarik etmeyi müeyyide altına alan bir hükmü de ihtiva etmemektedir.

Kanun Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin 7 inci maddesi ile taraf Devletlerce «bilgisayarla ilişkili sahtecilik eylemlerinin» yaptırım altına alınmasına yönelik öngörülen düzenlemeyi göz ardı etmiş bulunmaktadır. Kanun günümüzde resmi veya özel kurum ve oluşumların artık nerede ise tamamıyla bilgisayarlar marifetiyle belge hazırladıklarını dikkate almayaarak, bu nevi belgelerde yapılan eylemler sonucu resmi veya özel evrakta sahtecilik suçu söz konusu olması gerekecekken Kanunun failleri verileri değiştirme veya yok etme suçuyla ödüllendirilmesi mevzubahis olacaktır. Diğer bir ifade tarzı ile resmi evrakta sahtekarlığı bilişim sisteminde manipülasyonlar yapmak suretiyle elde etmek, bu fiil için öngörülen ceza miktarı göz önüne alındığında fail bakımından daha avantajlı olmaktadır.

Ayrıca Kanun, bazı suçlarda (örn. Hırsızlık, dolandırıcılık, yağma suçları gibi) kişinin bir hukukî alacağını tahsili amacıyla hareket etmesini hafifletici sebep sayarken, bu durumu bilişim suçlarında öngörmemesi de anlaşılır

değildir. Kişi sattığı bilgisayarı zorla alsın veya çalsın bu eylemlere ilişkin suçlarda (hırsızlık veya yağma gibi) bu durum indirim sebebi iken böyle yapıp satıp ta parası ödenmeyen bilgisayar programını bilgisayar şebekeleri üzerinden silecek veya geçici olarak kullanılmaz kılacak olsa sistemi ve verileri bozma suçunun tam cezasıyla cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Yeni Türk Ceza Kanununa bilişim suçları bakımından genel olarak bakıldığında bir yandan mukayeseli hukuktaki gelişmelere yeterince paralel olmadığı, bir yandan da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 109. oturumunda kabul edilip imzaya açılan 23 Kasım 2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde öngörülmekte olan düzenlemelere uygunluk arz etmediği ifade olunabilir. Ayrıca bilişim suçları bakımından Kanundaki hükümlerin kendi içinde ciddi çelişkiler içerdiğini ve gerek Siber Suç Sözleşmesinde gerekse Birleşmiş Milletler 10. Suçluların İyileştirilmesi ve Suçların Önlenmesi Hakkındaki Viyana Kongresinde özellikle bilgisayar ağlarının ve burada işlenen suçların önlenmesi için öngörülen bazı düzenlemelerin eksik bulunduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, Avrupa Konseyi Siber Suç sözleşmesinin 6 inci maddesinde¹¹ cihazların kötüye kullanılmalarının en-

11 *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi m.6 (Cihazları Kötüye Kullanma): "Kasıtlı bir şekilde ve haksız olarak işlenen suçlarda benimsenecek bir yasa ve diğer lokal lüzumlu olan kanunların tesisi edilmesini sağlanacak, buna göre:*

a. i)2 ilâ 5. maddelerdeki suçları işlemek amacıyla tasarlanmış ya da uyarlanmış, bir program da olabilecek bir aracı;

ii) 2 ilâ 5 maddelerdeki suçları işlemek amacıyla bir bilgisayar sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi sağlayan şifre, giriş kodu, ya da benzer verinin, üretimi, satımı, kullanımı, izni, ihracı, dağıtımı ya da başka şekilde ulaşılabilir kılma.

b.Yukarıda paragraf a. i ve ii de değinilen vasıtaların 2 den 5 inci maddelerde belirtilen suçlara teşebbüs etme amacıyla kullanma niyetiyle bulundurulmasını gerekli yasal ve benzeri önlemlerle uç hukukunda birer suç eylemi olarak ortaya koymalıdır. Bir taraf Devlet, bu tür vasıtalara suç sorumluluğun yüklenmesinden önce sahip bulunulması gereken bir sınırı gerek görebilir.

2.Bu madde, bu maddenin birinci paragrafında değinilen bu vasıtaların üretimi, satımı, ithali, dağıtımı, temin edilebilir hale getirilmesi veya sahip olunmasına yönelik suç sorumluluğunun empoze edilmesinin, bir bilgisayar sisteminin yetkili olarak test edilmesi veya korunmasında olduğu gibi, bu anlaşmanın 2' den 5 inci maddesine kadar olan maddelerinde ortaya konmuş bir suça teşebbüs etme amacına yönelik olmadığı şeklinde yorumlanamaz.

3. Her bir taraf Devlet, paragraf 1(a)(ii) de değinilen vasıtaların temin edilebilir hale getirilmesine, dağıtımına, satımına tesir etmiyorsa bu maddenin birinci paragrafını uygulamama hakkını muhafaza edebilir".

gellenmesine yönelik olarak öngörülen ve bazı ülkelerce düzenlenen (örn. bkz. İtalyan CK. 615-quater. *Bilişim ve telematik sistemlerin giriş kodlarını hukuka aykırı olarak elde etme ve dağıtma*; 615-quinquies. *Bir bilişim sistemine zarar vermeye veya engellemeye yönelik programların dağıtımı*)¹² bir bilişim sistemine veya programına girme imkânı veren şifrelerin dağıtımını engelliyen veya hukuk dışı olarak bir bilgisayar sistemi veya programının sunularından istifadeyi sağlayacak cihaz veya programları satmayı veya tedarik etmeyi müeyyide altına alan bir hükmü de içermemektedir.

Ancak Kanun Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin 9 uncu maddesi ile taraf Devletlerce bilgisayar şebekeleri marifetiyle gerçekleştirilen çocuk pornografisinin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasına ilişkin isteminin, müstehcenliği düzenleyen 226 ıncı maddesinde öngörülen ceza miktarı itibariyle¹³ yeterince kafi olduğu yine Kanunun, Avrupa Konseyi Si-

12 «**madde. 615-quater** (Bilişim ve telematik sistemlerin giriş kodlarını hukuka aykırı olarak elde etme ve dağıtma). Her kim, kendisine veya bir başkasına bir menfaat sağlamak veya başkalarına zarar vermek kastıyla emniyet tedbirleri ile korunan bir bilişim veya telematik sisteme girmeye yarayan kodları, anahtar kelimeleri veya diğer araçları yahut aynı amaca yönelik açıklamaları veya bilgileri hukuka aykırı olarak elde eder, üretir, dağıtır, iletir veya tedarik ederse bir seneye kadar ağır hapis cezası ve on milyon lirete kadar da ağır para cezası ile cezalandırılır».

«**madde. 615-quinquies** (Bir bilişim sistemine zarar vermeye veya engellemeye yönelik programların dağıtımı). Her kim, bir bilişim veya telematik sisteme veya orada yer alan veya ilgili olan veri veya programlara zarar vermek veya kısmen veya tamamen çalışmasını engellemek veya bozmak amacıyla kendisi veya bir başkası tarafından yazılmış bir bilişim programını yayar, iletir veya tedarik ederse iki yıla kadar ağır hapis ve yirmi milyon lirete kadar da ağır para cezası ile cezalandırılır».

13 (madde 226 Müstehcenlik): “(1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten, b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten, c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arzeden, d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arzeden, satan veya kiraya veren, e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan, f) Bu ürünlerin reklamını yapan, kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya

ber Suç Sözleşmesinin 3 inci maddesinde¹⁴ öngörülen bilgisayarlar marifetiyle yapılan iletişime müdahaleyi 124 üncü maddedeki “haberleşmenin engellenmesi” suçu ile kısmen de olsa karşılamasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

2.(Tercih Edilen Usul). Temel olarak Yeni Ceza Kanununda da “bilişim alanındaki suçlar” yürürlükteki Ceza Kanunumuzda olduğu üzere ayrı bir bölüm içinde düzenlenmektedir. Bilişim alanındaki suçların düzenlenmesi bakımından mukayeseli hukuka bakıldığında¹⁵ iki temel sistem görülmektedir: Kanunkoyucular bu alandaki suçlar için ya ayrı özel kanun yapmakta ya da mevcut ceza kanunları içinde düzenlemektedirler. Sonuncular da, bu alandaki suçları, genelde ihlâl ettikleri hukukî yararlar

yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3)Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arzeden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4)Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arzeden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5)Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(6)Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.

(7)Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.

14 Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi m.3 (Kanunsuz Araya Girme): “Her bir taraf Devlet kamuya açık olmayan elektromanyetik emisyon da dahil olmak üzere bilgisayarlar arasında gerçekleşen bir iletişimin arasına bilerek, isteyerek ve haksız olarak arasına girmeyi kanunda suç olarak tanımlamalı ve diğer gerekli tüm önlemleri almalıdır. Taraf Devlet bu suçun oluşmasını kötü niyet şartına bağlı kılabilir”.

15 Bilişim alanında suçların mukayeseli hukuktaki düzenlemeleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU, s.167-204.

uyarınca o hukukî yararı koruyan maddelere ilâveler yaparak veya bu maddeleri yeniden düzenleyerek yahut bizde olduğu üzere, Ceza Kanunu içinde ayrı bir bölümde değerlendirmektedir. Suçların korudukları hukukî yararlar gözetilerek tasnif olunmuş bir Ceza Kanununda çeşitli hukuki yararın bir arada korunmaya çalışıldığı ayrı bir bab yapılmasının lehine ve aksine görüşler mevcut olmakla beraber, bilişim suçları konusunda 5327 s. CK.nunda, yürürlükteki Ceza Kanununda olduğu gibi, ayrı bir bölüm oluşturulmuştur. Burada en dikkati çeken husus, Kanunun bu tür suçları artık mal aleyhine suçlar içinde değil ve fakat topluma karşı suçlar içinde mütalaa ediyor olmalarıdır.

3.(Başlık ve bilişim sistemi kavramı). «Bilişim suçlarının» hüküm altına alındığı Ceza Kanununun İkinci Kitabının Üçüncü Kısımının Onuncu Bölüm başlığının “*Bilişim Alanında Suçlar*” şeklinde düzenlenmesi son derece yerinde olmuştur. Zira bilişim alanı sadece bazı bilgisayar suçlarını değil bununla birlikte bilgisayar şebekelerinde ve/veya onlara karşı işlenen suçları da kapsayan bir nitelik arz etmektedir. Diğer bir ifade ile bilişim alanı bilgisayarları ve bilgisayarlar marifetiyle gerçekleştirilen iletişimi de kapsayan üst başlık teşkil etmektedir. Bilişim kelimesi¹⁶ Fransızca “*informatique*” kelimesinin Türkçeleştirilmiş halidir; bu kelime de Fransızca “*information*” (=bilgi) ve “*automatique*” (=otomatik) kelimelerinin birleşiminden türemekte ve bilginin otomasyona tabî tutulması sonucunda işlenmesini yani verinin saklanması, organize edilmesi, değerlendirilmesi, nakledilmesi, çoğaltılması anlamlarını içermektedir.

Bu sebeple bilişim alanında suçlar başlığı, bir yandan yukarıdaki işlemlerin yapılabilmesinin temelini oluşturan bilgisayarı, unsurlarını ve bunlarda gerçekleştirilen işlemleri kapsarken bir yandan da bilgisayar marifetiyle veri iletişimi ve naklini de koruma kapsamına almaktadır.

16 Bilişim: “*bilginin saklanması ve iletilmesini konu alan akademik ve mesleki disiplin. Bilginin işlenmesine (saklanması, denetlenmesi ve yeniden elde edilmesi) yardımcı yöntem ve aygıtların geliştirilmesine yönelik olarak kütüphanecilik,dilbilim, siberetik, veri işlem gibi çeşitli disiplinlerin kavram ve yöntemleri ile bazı teknolojileri bir araya getirilmesini*” amaçlamaktadır (bkz. Anabritannica, C.5, İstanbul, 1994, s.330); “*insan bilgisinin, teknik, ekonomik ve sosyal alanlardaki iletişimin, otomatik makinelerde akılcı olarak işlenmesini konu alan bilim*” (bkz. Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C.4, İstanbul 1986, s.1645).

Ancak, Kanunun gerekçesinde **bilişim alanından maksadın**, “verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağı veren manyetik sistemler”¹⁷ olarak anlaşılması gerektiğinin belirtilmesi, bu tanımın, hem bilişim alanını tanımlamaktan uzak olması, hem gerçekte bilişim alanını değil ve fakat bilgisayarı tanımlanıyor olması bakımından isabetli olduğunu ifade edebilmek pek mümkün değildir. Zira bilgisayarların mutlaka manyetik olması gerekmediği gibi yegane özelliği de manyetiklik değildir; diğer taraftan, gerekçedeki bu tanım sebebiyle sadece manyetik özellikli bilgisayarları kapsam içine alma riski doğmaktadır. Genelde Kanunkoyucular bilgisayarı tanımlamaktan kaçınmaktadır: özellikle bir yandan gelişen teknoloji karşısında yetersiz kalmamak bir yandan da tanımdaki zorluk nedeniyle bilgisayar olmayan cihazları da kanun kapsamı içine sokmak riskine girmek istememektedirler.

Ceza Kanunumuzda yer alan “bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş sistem” ibaresi yerine, İtalyan Ceza Kanununda da kullanıldığı gibi, “bilişim sistemi” (sistemi informatici) sözcüklerinin kullanılması yerindedir. Ancak ister, “bilişim sistemi”, isterse “bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş sistem” tabiri kullanılsın bununla ifade olunmak istenen genel amaçlı kullanıma müsait¹⁸ bilgisayarlardır. Zira «bilişim sistemi» tabiri Kanundaki «bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş sistem» tabiri yerine tercih edildiğine, bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş sistem tabiri de Fransızca metinden bilgisayarı ifade etmek için alındığına göre, «bilişim sistemi» tabiri ile ancak genel amaçlı kullanıma özelliğine sahip bilgisayarlar kastediliyor olabilir. Diğer bir ifade ile, sanıldığı aksine¹⁹ otomatik çamaşır makineleri, cep telefonları, dalış bilgisayarları, jimnastik aletlerindeki bilgisayarlar, elektronik ev aletleri, TV’ler, decoderler²⁰ vs. YTCK.nu ile mevcut Kanundaki tanım içinde mütalaa edilemezler, meğer ki bunlar marifetiyle genel amaçlı kullanım olanağına sahip bir bilgi-

17 Bkz. Tasarının 346 ıncı maddesinin gerekçesi

18 Bilgisayarın ne olduğu ve bilgisayardan ne anlaşılması gerektiği konusunda bkz. YAZICIOĞLU, s.24 ve 124 vd.; YAZICIOĞLU, Şifreli Yayınların Bilişim Suçları Karşısındaki Konumu, s.65 vd..

19 YENİDÜNYA-DEĞİRMENCİ, s.31.

20 DÖNMEZER, Prof.Dr. Köksal Bayraktar’a sunulmak üzere hazırlanan 30.11.1996 tarihli rapor, s.26 vd.; PAZARCI, s.28 vd..

sayar veya bilişim sistemi etkileniyor olsun²¹ . İşte kanaatimizce sadece tek amaçlı çalışan bilgisayar destekli veya bilgisayar özelliklerinin bir kısmına haiz aletler bilişim sistemi tabiri içinde değerlendirilemez.

4.(Hükümler).Kanundaki “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altında 243 ilâ 246 ıncı maddeler arasındaki dört ayrı maddede, 1- *Bilgisayar ve sistemlerine hukuk dışı girme veya girilen sistemde kalma (hacker faaliyetleri) (m.243/1)*, 2- *Sistemin içeriğine veya sistemdeki verilere sisteme girilmesinden dolayı zarar verme (m.243/2) (netice nedeniyle ağırlaştırılmış suç)*, 3- *Bilişim sisteminin donanımına yönelik zarar verme (nâsı ızrar) (m.244/1)*, 4- *Bilişim sistemindeki verilere (software) zarar verme (m.244/2)*, 5- *bilişim sistemi marifetiyle haksız yarar sağlama (m.244/4)*, 6- *başkasına ait kredi kartının kullanılması suretiyle haksız menfaat elde edemi suçu” (m.245/1)* ve 7- *“bir kredi kartı üzerinde manipülasyon yapılarak haksız menfaat elde edimi” suçu (m.245/2)* olmak üzere toplam yedi adet suç öngörülmektedir. Bundan ma da az evvel eleştirisini yaptığımız hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının bilişim sistemleri marifetiyle işlenmesi bu suçların ağırlatıcı sebebi olarak düzenlenmektedir (m.142/2-m ve 158/1-f).

5.(m.243/1: Bilişim sistemine girme,)²² . Kanunun 243/1 inci maddesinde hukuka aykırı olarak bir bilişim sistemine kısmen dahi girilme-

21 “Sanıkların Yapı Kredi Bankasına ait bankamatiğin paranın çıkmakta olan bölümüne yapışkan bant yapıştırmak suretiyle paranın çıkmasını engellemek ve sonradan buradan almak üzere yakında beklemekten ibaret eylemlerinin bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş sisteme teknik anlamda bir müdahale sayılmayacağı gözetilmeden ve bankamatiğin bulunduğu yerin bina vafında bulunup bulunmadığı da araştırılıp sonucuna göre;TCK.nun 492/1,491/İlk maddelerinin tatbiki olanağı da karar yerinde tartışılmadan aynı Yasanın 525/b.maddesi ile uygulama yapılması yasaya aykırıdır” (Y.6.C.D. 11.3.1997 1997/2358-2515).; “Sanığın yarar sağlamak amacı ile çalıştığı bankada bilgileri otomatik işleme tabi sistemde prestige card limitini yükseltip temin ettiği kart ve şifresi ile ATM’lerden birden çok para çektiği,kredi limitini yükseltmek suretiyle sistemi değiştirip yanlış işlemlerini sağladığı dosya kapsamından anlaşılmasına göre kül halindeki eylemlerin TCK.nun 525/b-1,525/d,80.maddelerine uyduğu gözetilmelidir” (Y.6.C.D. 23.5.1995 1995/4699-5273) karar örnekleri için bkz. ÖZEL Cevat, Bilişim İnternet Suçları, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilim_internet_suclari.htm, 14.04.2003, s.5.

22 (m.243): (1)“Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2)Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler

si ve orada kalınması ve üçüncü fıkrası ile de bu girme veya kalma neticesi sistemdeki verilerin zarar görmesi yaptırım altına alınmaya çalışılmaktadır²³.

Böylece artık sistemdeki veriler ele geçirilmeksizin verilere yetkisiz erişim suç haline getirilmektedir. Ancak Kanun bu sefer 765 s. CK.nun 525 a/1 ve a/2 de öngörülen verilerin ele geçirilmesini ve ele geçirilen verileri zarar vermek üzere kullanılmasını ayrıca dikkate almamaktadır. Eğer ele geçirilen veriler kişisel nitelikte ise kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesini yaptırım altına alan 136 ıncı madde eğer veriler sistemden kaldırılarak ele geçirilecek olunursa bu sefer 244/2 gündeme gelebilecektir. Tasarıda yer alan bu eylemlere teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün kanunlaşmaması kanaatimizce çok yerinde olmuştur. Ayrıca şahsımızın özel gayreti sonucu dikkate alındığını düşündüğümüz bu fiillerin bedeli karşılığı hizmet sunan sistemlere karşı işlenmesinin cezada indirim sebebi olarak düzenlenmesi de o oranda isabetli olmuştur.

Bilişim sistemlerine hukuk dışı girilmesini yaptırım altına almayı amaçlayan bu düzenleme bugün hukukumuzda bulunmayan ve 23.11.2003 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin 2. maddesiyle²⁴ öngörülmemekte olan hukuka aykırı erişimi²⁵ diğer bir ifade ile hacker (sistemlere

hakkında işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

- 23 Tasarıda yer alan, bu suçlara teşebbüs halinin tamamlanmış suç olarak kabul edilip cezalandırılacağı hükmünün Kanunlaşmaması, telafisi imkânsız zararlara sebebiyet vereceğinden, çok yerinde olmuştur.
- 24 Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (Budapeşte 23.11.2001) m.2: “Her bir taraf Devlet bir bilgisayar sisteminin tamamı veya herhangi bir bölümüne haksız ve kasıtlı olarak erişilmesini suç kapsamına almak için gerekli kanunî düzenlemeyi yapmalı gerekli önlemleri almalıdır. Taraf Devlet bu suçun oluşması için erişimin güvenlik önlemleri ihlâl edilerek ya da bilgisayar sistemine bağlı diğer bir bilgisayar sistemi aracılığıyla bilgisayar verisini almak ya da başka kötü niyetlerle kullanmak şartına bağlayabilir” (Sözleşme metninin çevirisi için bkz. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi -Convention on Cybercrime-, Ankara Emniyet Müdürlüğü, Ankara, 2002 veya www.ankaraemniyet.gov.tr.
- 25 SOKULLU-AKINCI Füsün, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi, İÜHFİM., C.59, S.1-2, 2001, 14-15.

izinsiz müdahale edilmesini)²⁶ faaliyetlerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Burada sistemin donanımsal yanı değil ve fakat soyut yanı olarak da nitelendirebileceğimiz, verilerine, programlarına veya yazılımlarına girilmesinin, müdahale edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Hükmüm ile, temelde hukukumuzdaki önemli bir boşluk doldurulacak gibi ise de, maddenin kaleme alınış şekli itibariyle hükmün sınırları yeterince çizilmediğinden yani bilişim sistemine ne maksatla olursa olsun hukuka aykırı olarak girilmesi suç haline getirildiğinden, sistemdeki verilere ulaşılmaya yönelik olarak gerçekleştirilen her tür müdahale veya teşebbüs eylemi yaptırım altına alınabilecektir.

Ancak Kanunun özellikle ücreti karşılığı hizmet veren sistemlere girilmesini ayrıca düzenleyerek cezada indirim sebebi olarak düzenlemesi bu maddenin uygulamasının genişliğinden doğacak sakıncaları gidermesi bakımından çok isabetli olmuştur zira ücret karşılığı kullanıma sunulan herhangi bir günlük veya resmi gazeteye veya kütüphaneye erişilmesi, hatta ulaşılmaya teşebbüs edilmesi dahi ceza tehdidi içerdiğinden bu ikinci fıkra çok yerinde olmuştur. Özellikle tasarıya oranla cezada ciddi bir indirimin söz konusu olması özellikle marazi merak duygularını tatmin etmek veya hiçbir zarar vermeksizin teknolojik gelişmelere karşı meydan okuma amacıyla bile olsa bir sisteme girilmesi gibi ihtimallerde hakime ceza vermede çeşitlilik tanınması bakımından çok olumludur. Diğer taraftan hükmün uygulanırılığı için, gerek metnin gerekçesindeki açıklama uyarınca ve gerekse madde metninin kaleme alınış şeklinden sisteme giren kişinin verileri elde etmek amacı taşımasına lüzum bulunmamaktadır.

Bu maddedeki suçlardan sorumlu olmak için fiilin kasten işlenmesi gerekir.

Maddede hukuka özel aykırılığı vurgulayan “*hukuka aykırı olarak*” girme veya girilmiş bir sistemde kalınmasının düzenlenmiş olması ise, kusuru olmaksızın yaptığı eylemin suç teşkil ettiğini bilmeyenler bakımından bir ayrıcalık oluşturacağından yerindedir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise, netice sebebiyle ağırlaşan bir suç öngörülmektedir. Buna göre, sisteme giren veya girdikten sonra rıza dışı kal-

26 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU, s. 113 vd; YENİDÜNYA-DEĞİRMENÇİ, s.56 vd.

maya devam eden kimsenin bu fiili nedeniyle eğer veriler kısmen de zarar görecektir veya hiçbir zarar olmaksızın dahi değişecek bulursa da altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

Hiçbir zarar doğmaksızın sadece verinin değişmesinin veya verilerin tamamen değişmesi ile kısmen değişikliğe uğraması arasında bir ayırım yapılmadan yaptırım altına alınmasını yerinde bulmamaktayız.

6.(m.244: *Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme -haksız yarar sağlama-*)²⁷ . Kanunun bu maddesiyle bilişim sisteminin donanım kısmına zarar verme suçu yani özel bir nâsı ızzar suçu (m.244/1), bilişim sistemine hukuka aykırı veri yükleme, değiştirme veya yok etme yani verilere yönelik zarar verme suçu (m.244/2) ve bilgisayarla ilişkili dolandırıcılık yahut başka bir ifade ile bilgisayar marifetiyle haksız yarar sağlama suçu (m.244/4) olmak üzere toplam üç tür suç düzenlenmektedir.

Bu üç suç tipi, Avrupa Konseyinin Siber Suç Sözleşmesi ile taraf Devletlerden hüküm altına almalarını istediği bilişim suçlarından ve esasen Ceza Kanunumuzun 525.b/1 ve 525 b/2 maddeleri ile yaptırım altına alınmaktadır. Kanunun 244 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları özel bir nâsı ızzar suçu niteliğindedir ve Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin “verilere müdahale” başlıklı 4 üncü maddesi²⁸ ve “sistemlere müdahale”

27 Tasarı m.347: “Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üçmilyar liradan onbeşmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak veriler soğan veya sistemin içerdiği verileri yok eden veya değiştiren kimseye üç yıldan altı yıla kadar hapis ve onmilyar liradan otuzmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen eylemlerle fail, başkasının zararına ve kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlarsa iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasına hükmedilir.

Bu suçlara teşebbüs hâlinde faillere tamamlanmış suç cezası verilir.

28 Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi m.4 (Veriye Müdahale): “1- Her bir taraf Devlet, bir kimsenin bilgisayar verisine hakkı olmadığı halde, bilerek ve isteyerek zarar verme, silme, bozma, değiştirmeye ya da ortadan kaldırma fiillerinin işlenmesini suç olarak düzenlemek üzere gerekli kanunî düzenlemeyi yapmalı ve gerekli gördüğü önlemleri almalıdır.

2- Taraf Devlet 1. paragrafta belirtilen durumun oluşmasını ciddi zarar oluşma olasılığına bağlı tutma hakkına sahiptir” .

başlıklı 5 inci maddesi²⁹ ile³⁰ taraf devletlerden mevzuatlarında öngörülmesini istediği düzenlemelere uygundur. Kanunun 244/1 inci maddesi ile temelde bilişim sisteminin işleyişi, özellikle sistemin kendisi yani donanımsal yanı³¹ koruma altına alınmışken maddenin ikinci fıkrası ile de sistemde yer alan veri ve veriyle ilgili unsurlar koruma altına alınmaya çalışılmaktadır.

Maddede, sistemin ister veri yoluyla olsun isterse fizikî hareketlerle olsun işleyişinin engellenmesine yönelik fiillerin farklı yaptırımlar altında düzenlemesi kanaatimizce yerinde olmamıştır yani bilgisayarın, bilişim sisteminin fizikî yanının işleyişinin engellenmesine yönelik ızzar fiilleri için öngörülen ceza miktarı ile bilişim sisteminin verisel yani yazılımsal yanına yönelik ızzar fiilleri için öngörülen ceza miktarının farklı olması uygulamada sorun çıkarabileceğinden bu düzenlemedeki ceza politikasının pek yerinde olduğunu düşünmemekteyiz. Zira fail sistemin donanımsal yanına zarar vermek amacıyla verilere ilişkin fiillerde bulunsa, hangi hüküm uygulanacaktır ? Kanunun 244/1 inci.maddesi mi, yoksa Kanunun 244/2 inci maddesi mi? Keza bilişim sistemine yönelik ızzar hareketleri bazen sistemin içerdiği verilerin de yok olmasına veya zarar görmesine sebebiyet verebilir ki, örneğin veri saklanan disklerin (harddisk) yok edilmesi aynı zamanda verinin de yok edilmesini sonuçlayacağından maddenin birinci fıkrasını mı, yoksa ikinci fıkrasını mı, veya her ikisini de ayrı ayrı mı uygulamak gerekecektir sorunu ortaya çıkaracaktır. Yine bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek için bazen sistemi elektrik prizinden çekmek yeter iken bu harekete sisteme girerek oradaki verileri özel bilgi gerektiren usullerle yok etmeye oranla daha fazla ceza öngörülmesinin de suç siyaseti ile bağdaştığı pek ifade olunamayacaktır.

“Bilgisayarla İlişkili Dolandırıcılık Eylemlerinin” taraf devletlerce yaptırım altına almalarını isteyen Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin

29 Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi m.5 (Sistemlere Müdahale): “Her bir taraf Devlet veri yükleyerek, aktararak zarar vererek, silerek, bozarak, değiştirerek veya müdahale ederek bilgisayar sisteminin kullanımında hakkı olmadığı halde bilerek ve isteyerek bilgisayarın sistemin çalışmasını sekteye uğratma fiilini ulusal kanununda suç olarak düzenlemeli Ove gerekli diğer düzenlemeleri yapmalıdır” .

30 Bu konuda geniş bilgi için bkz. SOKÜLLU-AKINCI, s.18-21.

31 “Fiiller, aracın fizik varlığını ve işlemlerini sağlayan bütün diğer unsurları kapsamaktadır” (bkz. TCK 2001 Tasarısı, 347 inci maddenin gerekçesi)

8 inci maddesine³² uygun bir düzenleme Kanunun 244/4 üncü maddesi ile öngörülmektedir. Esasen yürürlükteki Ceza Kanunumuzun 525.b/2 de öngörülmekte olan bilişim sistemi kullanılmak suretiyle haksız menfaat temini suçu, Kanunun 244/4 üncü maddesinde bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması veya sisteme veri yerleştirilmesi, var olan verilerin başka yere gönderilmesi, erişilmez kılınması, değiştirilmesi ve yok edilmesi suretiyle haksız menfaat elde edilmesi yaptırım altına alınmaktadır.

Ancak maddenin dördüncü fıkrasında yer alan haksız çıkar sağlama suçunun yukarıda belirtilen suçlarla birlikte aynı madde içinde düzenlenmesini suçun koruduğu hukuki yararın bir önceki fıkralarda düzenlenen suçlardan farklı olması sebebiyle yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Ancak Kanunun Dönmezer Tasarısındaki büyük haksızlığa sebebiyet verecek yanlış ceza uygulamasını düzelttiğini de ifade etmemiz gerekir. Zira tasarıda fail ikinci fıkrada belirtilen eylemler neticesi bir de haksız çıkar elde edecek olursa cezası azalmakta idi. Diğer bir ifade ile fail haksız çıkar elde etmeye yönelmezse daha ağır bir yaptırımla karşı karşıya kalırken amacını haksız menfaat elde etmeye yönelirse mükafatlandırılıyormuş gibi bir sonuç çıkmakta idi bu çarpıklığın Kanunda düzeltilmiş olması çok isabetli olmuştur. Keza Tasarıda teşebbüsü tamamlanmış suç gibi öngören düzenlemenin de Kanunlaşmaması yerinde olmuştur.

Maddede kastedilen “haksız çıkar” ise yalnızca maddî çıkarılara hasredilmektedir³³. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin 8 inci maddesi ile de maddî çıkarların, malvarlığının kaybına yönelik zararların kapsam dahiline alınması istenmektedir³⁴, ancak, bizce manevî yararlar da madde kapsamında mütalâa edilmelidir³⁵.

32 Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi m.8 (Bilgisayarla İlişkili Dolandırıcılık): “Her bir taraf Devlet, bir hak olmaksızın kasıtlı olarak yapılan kendi veya başkasına ekonomik bir menfaat temin etmek kötü niyetiyle veya dolandırıcılık niyetiyle diğer bir kişinin mal kaybına sebep olan,

Her türlü bilgisayar veri girişi, değiştirilmesi ve yerinden kaldırılması (silinmesi), Bir bilgisayar sisteminin çalışmasına yönelik her türlü müdahale fiillerini gerekli yasal ve benzeri önlemlerle iç hukukunda birer suç eylemi olarak ortaya koymalıdır”.

33 “Fıkra da geçen «haksız bir çıkar» sözcükleri maddî yararları ifade etmektedir” (bkz. TCK 2001 Tasarısı 347 inci madde gerekçesi).

34 Bkz. SOKULLU-AKINCI, s.26-27.

35 Aynı yönde ÜNVER, s.123.

7.(m.245: Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması). Kanaati-mizce böyle bir düzenleme özellikle yargıda yaşanan ikilemi gidermek bakı-mından faydalı olacak niteliktedir. Ayrıca, bütün dünyada olduğu üzere, banka ve kredi kartlarının kullanımının yaygınlaşmasının ortaya çıkardığı yeni ihlâl sahalarını karşılamak üzere böyle bir hükmün sevk edilmesini de yerinde bulmaktayız.

Kanunda böyle bir hüküm yer almasa da banka ve kredi kartlarının kötüye kullanımlarının Ceza yasasındaki dolandırıcılık suçu (TCK. 157) ve bilgisayar marifetiyle haksız menfaat temin edilmesini düzenleyen 244/4 maddesiyle karşılanacağı kanaatindeyiz ki bugüne kadarki uygulama da böyle olmaktadır. Ancak, sorun ne zaman dolandırıcılığın ne zaman ise bil-gisayar marifetiyle haksız menfaat sağlama suçuna ilişkin hükümlerin uy-gulanacağında çıkmaktadır.

Bilindiği üzere, dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için suç mağdu-runun iradesinin hile ve desise sonucu kandırılması, etkilenmesi gerekme-ktedir³⁶, halbuki eylem bir bilgisayara, bir bilişim sistemine karşı gerçekle-ştirildiğinde bilgisayarın iradesi diye bir şey söz konusu olamayacağından yani ortada etkilenen bir irade bulunmayacağından eylem dolandırıcılık su-çunu değil ve fakat bilgisayar marifetiyle haksız menfaat sağlama suçunu oluşturabilecektir. Eylemde eğer, banka kartı veya kredi kartı kullanmak su-retiyle bir bilişim sistemi kullanılmaksızın, örneğin slip makinelerinin kul-lanılması gibi, mağdurun iradesini etkileyecek surette hile ve desiseler söz konusu olursa, bu takdirde eylem bir bilişim sistemine karşı işlenmiş ola-maz, zira daha henüz bir bilgisayara veri yüklemek veya mevcut verileri manipüle etmek söz konusu olmamıştır bu sebeple burada sadece mağdurun iradesi etkilendiğinden dolandırıcılık suçu söz konusu olacaktır³⁷.

36 "Sanığın kamu kurumundan sayılan Ziraat Bankası ile özel banka niteliğindeki Vakıf-lar Bankasının muhtelif şubelerindeki banka görevlilerini hile ve desiseler yaparak ha-taya düşürüp daha önce hayali isimlerle açtığı hesaplara havale yoluyla para aktarı-lmasını sağlayarak karşılığını vezneye yatırmadan sahibi olduğu bankamatik kartı ile çekmek suretiyle gerçekleştirdiği dolandırıcılık eylemlerinin TCK.nun 504/7,80. ve 503/1,80.maddelerine uyan suçları oluşturduğu gözetilmeden aynı Yasanın 525/b.maddesi ile yazılı şekilde uygulama yapılması yasaya aykırıdır" (Y.6.C.D. 11.11.1996, 1996/11031-10933, bkz. ÖZEL, s.7)

37 Yerinde olarak: "Dava konusu olayda, sanığın çalıntı kredi kartı ile ve kart sahibinin imzasını taklit ederek değişik mağazalardan alışveriş yapmak suretiyle kendisine ve

Kanun artık iki tip kredi kartı yolsuzluğu suçu öngörmektedir. 245/1 de başkasına ait kredi kartının haksız olarak ele geçirilmesi sonucu haksız menfaat temini suçu ve 245/2 de kredi kartı üzerinde yapılan manipülasyonlar sonucu haksız menfaat edimi suçu. Burada şu ifade olunabilir sahte bir kart oluşturulması yetmemekte aynı zamanda sahtecilik suçunda olduğu üzere bunun kullanılması da gerekecektir. Sahte kredi kartı oluşturmak suç teşkil etmeyecektir bu yaklaşımın pek yerinde olduğunu ifade edemeyeceğiz.

11.(Sonuç).Netice itibariyle bilişim alanındaki suçlara ilişki nolarak Kanuna genel olarak bakıldığında bir yandan mukayeseli hukuktaki gelişmelere paralel olduğu, bir yandan da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 109. oturumunda kabul edilip imzaya açılan 23 Kasım 2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde öngörülmekte olan düzenlemelere uygunluk arz ettiği kanaati oluşabilirse de, kanundaki hükümlerde hem kendi içinde ciddi çelişkiler bulunmakta hem de gerek Siber Suç Sözleşmesinde gerekse Birleşmiş Milletler 10. Suçluların İyileştirilmesi ve Suçların Önlenmesi Hakkındaki Viyana Kongresinde özellikle bilgisayar ağlarının ve burada işlenen suçların önlenmesi için öngörülen bazı düzenlemelerin eksik olduğunu hemen ifade edebiliriz.

suç ortağına hukuka aykırı yarar sağladığında kuşku bulunmamakla beraber, kredi kartı gösterilmek ve bu kartın geçerliliği belirlendikten sonra sahte imza atılarak yapılan alışverişte TCK.nun 525/b. maddesindeki suçun teşekkülü için aranan sistemi kullanma şartının yerine getirildiğini söylemek mümkün değildir.Eylemin bilişim suçu kabul edilebilmesi için aranan husus sistemin kullanılması olup, olayımızda kredi kartının verdiği güvenden istifade ile mağazanın dolandırıldığı, kredi kartının bir kimlik kartı gibi kullanıldığı, yoksa kanun vazının amaçladığı anlamda bir sistem kullanılmamasının söz konusu olmadığı görülmekle itirazın kabulü ve itiraza atfen ikinci eylem için suç vasfının dolandırıcılık olacağı kanaatine varılmıştır.”

(Askeri Yargıtay Daireler Kurulu Kararı 13.10.1994 97/106 bu örnek için bkz. ÖZEL, s.6.)

TOPLUMA KARŞI SUÇLAR

Av. Hasan Fehmi Demir

İstanbul Barosu

Bu tebliğin konusunu 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (=YTCK)'nın İkinci Kitap, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı Üçüncü Kısmında yer alan; Birinci Bölüm “Genel Tehlike Yaratan Suçlar (I)”, İkinci Bölüm “Çevreye Karşı Suçlar (II)”, Üçüncü Bölüm “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (III)”, Dördüncü Bölüm “Kamu Güvenine Karşı Suçlar (IV)”, Beşinci Bölüm “Kamu Barışına Karşı Suçlar (V)”, Altıncı Bölüm “Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar (VI)”, Yedinci Bölüm “Genel Ahlaka Karşı Suçlar (VII)”, Sekizinci Bölüm “Aile Düzenine Karşı Suçlar (VIII)” ve Dokuzuncu Bölüm “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar (IX)” oluşturmaktadır.

I. BİRİNCİ BÖLÜM “Genel Tehlike Yaratan Suçlar” (M:170-180)

Bu bölümdeki benzer suçları düzenleyen 765 sayılı TCK (=ETCK)'nın kırka yakın maddesinin bir çoğu birleştirilerek tek madde haline getirilmiş, bir kısım kabahatler tamamen kapsam dışına çıkarılmıştır. Ayrıca 172. madde ile “Radyasyon yayma” ve 173. madde ile “Atom enerjisiyle patlamaya sebebiyet verme” başlıklı iki yeni suç tipi getirilmiştir.

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulmasını düzenleyen 170. maddedeki suç tipinin olası kast ile işlenmesi de olanaklıdır. Bu durumda 21/2. madde uyarınca cezada yapılabilecek %50 oranındaki indirim sonucu ortaya çıkan alt sınırdaki ceza (üç ay), aynı fiilin taksirle işlenmesini düzenleyen 171. maddedeki cezanın alt sınırı ile eşit olmaktadır. Aynı durum fiilin bilinçli taksirle işlenmesi olasılığında 171. maddedeki cezanın artırılması halinde de söz konusudur. Bu ihtimallerde fiilin taksirle veya olası kastla işlenmesinin ceza miktarı bakımından bir farkı kalmayacaktır. Böyle bir durumun ise ceza hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşamayacağı açıktır. Sadece bu örnek dahi olası kastın tanımına ve YTCK'da müstakil olarak yer almış olmasına ilişkin getirilen eleştirilerin ne denli haklı olduğunu göstermektedir.

172 ve 173. maddelerde düzenlenen “Radyasyon yayma” ve “Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme” suçları ceza kanunumuza yeni giren suç tipleridir. Esasen bunların değişik düzenleme ile bu kısmın ikinci bölümünde yer alan “Çevreye Karşı Suçlar” bölümünde yer alması daha isabetli olabilirdi.

Bahis konusu maddeler incelendiğinde; 172. maddenin 1., 2., ve 3. fıkralarında yer alan suç tiplerinin 22/1. madde hükmü gereği kasden işlenebileceği anlaşılmaktadır. Birinci ve ikinci fıkralarda özel kast, başkasının sağlığını zarara sokmak amacı aranırken, üçüncü fıkrada genel kast yeterlidir. Her üç fıkrada düzenlenen suçlar, birer somut tehlike suçudur.

172. maddenin 4. fıkrasında ise suçun taksirli şekli düzenlenmiştir. Bu fıkradaki en önemli hususlardan biri suçun, taksirle işlenebilmesinin “bir laboratuvar veya tesisin işletilmesi sırasında” meydana gelmiş olmasını zorunlu kılmasıdır. Başka bir anlatımla, radyasyon yayılmasına veya atom çekirdeklerinin parçalanması sürecine etki edilmesine laboratuvar veya tesis işletilmesi dışında taksirle sebebiyet verilmesi halinde, bu eylem insan sağlığını, malvarlığını tehdit edebilecek elverişlilikte olsa dahi faile ceza verilemeyecektir.

Tıpkı 170 ve 171. maddeler ile ilgili bölümde belirttiğimiz gibi, 172. maddenin 3. fıkrasının olası kast ile işlenmesi halinde yarı oranda yapılabilecek indirim sonucu faile verilecek ceza ile, 4. fıkrasındaki suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde yapılabilecek yarı oranındaki artırma sonucunda faile verilecek ceza miktarları (bir yıl) aynı olmaktadır. Yani fiilin bilinçli taksirle işlenmiş hali ile olası kast ile işlenmiş hali aynı miktarda ceza ile cezalandırılabilecektir.

175. madde, akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihmalini cezalandırmaktadır. Maddenin gerekçesinde, bu ihmal neticesinde başkasının sağlık veya hayatı zarar görmüş ise ortaya çıkan netice bakımından bakım ve gözetimle yükümlü kişinin kast veya taksirine göre cezalandırılacağı belirtilmektedir. Önemle belirtelim, esasen madde metninde bulunmayan gerekçedeki bu düşünce YTCK'nın 20. maddesinde düzenlenen “*Ceza sorumluluğunun şahsiliği*” prensibine açıkça aykırıdır. Diğer yandan norm zaten ihmal, savsama, dikkatsizlik ve özensizliğe bağlı hafif kusurla işlenebilecek şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla normun bu şekilde ihlali neticesinde ortaya çıkan dolaylı neticeden bakım ve gözetimle yükümlü kişiyi kasten veya taksiri nedeniyle sorumlu tutabilmek imkansızdır.

II. İKİNCİ BÖLÜM Çevreye Karşı Suçlar (M:181-184)

Anayasamızın 56. maddesi ile güvenceye alınan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, bu güne kadar 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun bir iki istisna dışında idari yaptırımlar içeren son derece yetersiz hükümleri ile sağlanmaya çalışılmıştır. Dünyadaki gelişime paralel olarak YTCK'da çevrenin bozulmasına neden olan eylemlerin ceza hukukunun gelişen bir dalı olarak cezai yaptırıma bağlanması son derece olumludur. Böylece Türkiye aynı zamanda Katılım Ortaklığı Belgesi ile AB Ortak Çevre Politikasına uyum yükümlülüğünün bir tanesini de yerine getirmiş olmaktadır. Avrupa Birliği bünyesinde 22.11.1973 tarihinde başlayan Çevre Eylem Programından itibaren yapılan bir çok yasal düzenlemelerin yanı sıra son olarak 27.01.2003 tarihli “*Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkında*”ki Avrupa Birliği Konseyi yönergesi yürürlüğe girmiştir. Yönerge, sağlığa zarar veren, ölümlere neden olan veya havada, toprakta veya sudaki uzun süreli etkileri nedeniyle tüm canlılara veya mallara zarar veren maddelerin, havaya, suya, toprağa bırakılması, zarar verecek şekilde işlenmesi, depolanması veya bırakılması, ozon tabakasına zarar veren maddelerin ticareti, nükleer tesislerin hukuka aykırı işletimi gibi son derece kapsamlı bir alandaki eylemlerin taksirli halleri de dahil olmak üzere ceza yaptırımı ile karşılanması yükümlülüğünü getirmektedir.

181. maddenin 1. fıkrasındaki “*kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak*” ibaresinin, bu konudaki düzenlemelerin neredeyse tamamının yönetmeliklerle yapıldığı gözetilerek, kanunlara dayalı çıkarılan yönet-

melikleri de kapsadığı şeklinde yorumlanması gerekir. Aksi takdirde bu eylemlerin neredeyse tamamını cezalandırabilmek imkansız hale gelecektir.

Maddenin 3. fıkrasındaki “*kalıcı etki*” ibaresinin “uzun süreli etki” şeklinde anlaşılması gerekir.

4. fıkrasındaki “*tedavisi zor hastalıklar*” ibaresi belirsizdir. Oysa suçun oluşması için sağlığa zarar verilmesi yeterli görülmeliydi.

5. fıkradaki tüzel kişiler için öngörülecek tedbirlerden 1. fıkrada yazılı suçu işleyen failerin dışarıda tutulması manidardır.

Yeri gelmişken belirtelim; YTCK'nın 60. maddesinde tüzel kişiler için öngörülen yaptırım, sadece “bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisi” bakımından öngörülmüştür. Oysa yeni Türk Ticaret Kanunu tasarısında, banka, sigorta ve benzeri özel izinle kurulacak şirketler dışındaki sermaye şirketleri için bakanlık izni aranmaktadır. Bu durumda YTCK'nın 60. maddesi hükmü de sadece banka, sigorta ve benzeri şirketler bakımından işlerlik kazanacaktır. Sadece bu durum dahi temel kanunlar yapılırken komisyonların işbirliğinin ne denli zorunlu olduğunu ortaya koymaya yeterdir.

Madde depolamayı suç saymamıştır. 174. maddenin birinci fıkrasının, 181. maddede sayılı “*atık ve artıkları*” da kapsadığını söyleyebilmek zordur.

182. madde suçun taksirli halini düzenlemektedir.

181 ve 182. maddenin yürürlüğünün 12.10.2006'ya ötelenmiş olması, çevre konusunda gerekli önlemlerin alınması bakımından umut kırıcıdır. Yetersiz dahi olsa, bu maddelerin de tıpkı 184. madde gibi derhal yürürlüğe girmesi gerekirdi.

183. maddede güdültünün cezalandırılabilmesi için getirilen “*sağlığın zarar görmesine elverişli*” eylem kriteri, bu maddeyi işlemez kılacaktır.

184. madde “*İmar kirliliğine neden olma*” başlığını taşımaktadır. Ceza kanununun kapsamına ilk kez YTCK ile alınmıştır. Maddenin tasarısındaki “*yapı kullanma izni alınmamış binalara elektrik, su, telefon, veya gaz bağlantısı yapan veya bu hizmetlerden yararlanılmasına müsaade eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklindeki 3. fıkrası yasa metninden çıkarılarak içi boşaltılmıştır. Bu da yetmemiş, 5. fıkra ile suç oluşturan binanın yasal hale dönüştürülmesi halinde kamu davasının

açılmayacağı, açılan davanın düşeceği veya mahkum olunmuş ise mahkum olunan cezanın bütün sonuçları ile ortadan kalkacağı hükmü getirilerek maddenin caydırıcılığı neredeyse tamamen ortadan kaldırılmıştır.

Pratikte büyük çoğunlukla, maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen “*yapı ruhsatiyesi*” -ki bundan temel ve temel üstü ruhsatını anlamamız gerekecektir- alınarak inşaata başlanıldığı, asıl hukuka aykırı davranışın temel üstünde ve ruhsata aykırı inşaat dolayısıyla sözkonusu olduğu düşünüldüğünde, ikinci fıkranın sadece gecekondularında uygulanabileceği, asıl ruhsata aykırı binalara elektrik, su veya telefon bağlantısı yapan yerel yönetim yetkililerinin ise sorumluluğuna hiçbir şekilde gidilemeyeceği tartışmasızdır.

184. maddede aydınlatılması gereken çok önemli bir husus da, maddenin yürürlüğe girdiği, 12.10.2004 tarihinden önce yapılmış olup da halen hukuka aykırılığı devam eden binalar bakımından durumun nasıl değerlendirileceğidir. Kanaatimizce hukuka aykırı sonuç sürdüğüne ve madde ile korunan hukuki yarar imar kirliliğinin önlenmesi olduğuna göre bu binalarla ilgili olarak da 184. madde uygulanabilecektir. 184. maddenin bu şekilde uygulanması ise hiç kuşkusuz onbinlerle ifade edilebilecek sayıda dava açılmasına sebebiyet verecektir.

Anamuhalefet grubunun 184/5 ve 344/b maddesinin iptali amacıyla yürütmenin durdurulması istemli olarak Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuruda Yüksek Mahkeme, E:2004/92, K:2004/11 sayılı kararı ile yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir. Esas hakkında henüz bir karar verilmemiştir.

III. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (M:185-196)

Bu bölümde yeni olarak nitelendirilebilecek en önemli hüküm, ETCK. m.404/3 de uyuşturucu madde kullanan kimse hakkında tahkikata başlamadan önce başvurması halinde tedavi uygulanacağı ve bu nedenle kovuşturma yapılmayacağı hükmüne karşılık getirilen, YTCK m.191/2 hükmüdür. Buna göre, “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestliğe hükmolunur*” Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süre ile devam olunur. Bu sürenin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak bu durumda toplam süre üç yılı geçemeyecektir. Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin

gereklerine aykırı davranan kişinin cezası infaz olunur, etkin pişmanlıktan yararlanmış ise davaya devam olunarak cezaya hükmedilir.

Denetimli serbestlik, 5275 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun” un 104. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “Cezaları ertelenen, salıverilen veya haklarında hapis cezası dışında her hangi bir tedbire hükmedilen hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, iyileştirilmesi, psiko-sosyal problemlerinin çözülmesi, salıverme sonrası korunması ve yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere denetimli serbestlik ve yardım merkezleri kurulur” (M:104/1). Maddenin üçüncü fıkrasında, birinci fıkrada sözü edilen kurum ve ilkelerin kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Sözü edilen kanun henüz çıkarılmamıştır.

Ayrıca 189. madde ile tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri öngörülmüş, 192. maddede “Etkin Pişmanlık” hükmüne yer verilmiştir.

IV. DÖRDÜNCÜ BÖLÜM Kamu Güvenine Karşı Suçlar (M:197-212)

Bu bölümde yer alan hükümlerin büyük bir kısmı 765 sayılı Kanunun düzenlemesine paraleldir.

204. madde de düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçunun oluşması için umumi veya hususi bir zararın doğumu aranmamaktadır. Bu suçun görevi gereği bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde ceza artırılmaktadır. Keza sahteciliğe konu belgenin kanun gereğince sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgelerden olması halindedir ki verilecek ceza yarı oranında artırılmaktadır.

“Resmi belge hükmünde belgeler” ise 210. maddede tahdidi olarak sayılmıştır. ETCK'nın 349/2. maddesinde bu belgeler; “emre veya hamile yazılı olarak tanzim edilen kambiyo senetleri, emtiayı temsil eden evrak yahut ortaklık veya alacaklılık sağlayarak belli bir meblağı temsil eden hisse senetleri, tahviller ve hazine bonoları gibi kıymetler ile bunlar dışında kalan kıymetli evrak ve mali değerleri temsil eden veya ihraç edenin mali yükümlülüklerini içeren her türlü evrak ...” şeklinde isabetli olarak sayılmıştır. 210. maddede ise sadece “emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname” resmi belge

hükmündeki belgeler olarak gösterilmiştir. Bu tanım son derece yetersizdir. İntifa senedi, banka bonosu, yatırım fonu katılım belgesi, ilmühaber ve ipotekli borç senedi maddede yer almayan ilk akla gelen kıymetli evraklardır. Vasiyetname özel hukuk belgesi olduğu halde neden resmi belge hükmündeki belgeler arasında sayılmıştır, anlamak mümkün değil.

207. maddede düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunda ETCK'da özel belgeyi kullanmış olmak suçun maddi unsurları arasında yer alırken YTCK'da bu unsura yer verilmemiştir.

Ayrıca 212. maddedeki içtima hükmü uyarınca sahte resmi veya özel evrakın başkaca bir suçta kullanılması halinde, sahtecilik suçunun bu suçun unsurlarından olup olmadığına bakılmaksızın fail, sahtecilik ve bununla amaçladığı diğer suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

IV. BEŞİNCİ BÖLÜM Kamu Barışına Karşı Suçlar (M:213-222)

ETCK m.312 de açıkça yer almamasına rağmen, özellikle son dönem içtihadlarda bu suçun oluşumu için tehlikenin “yakın” ve “açık” olması aranmaktaydı. ETCK 312. maddenin karşılığı olarak YTCK m.216 metninde suçun oluşumu için “açık” ve “yakın” tehlikenin varlığının aranmasının zorunlu kılınması düşünce özgürlüğünün sınırlarının geniş yorumu bakımından son derece önemlidir.

220. madde ile düzenlenen “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunda, örgütün varlığına hükmedebilmek için, “üye sayısı”, “araç ve gereç” bakımından amaç suçları işlemeye “elverişli” olmasının açıkça aranması uygulama bakımından önemlidir. Ancak 2. fıkrada örgüte üye olanlara ilişkin yaptırım getirildikten sonra, 6. fıkrada; “örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden” kişinin de ayrıca örgüt üyesi olmaktan cezalandırılması, aynı şekilde 5. fıkraya ile örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde katılmadıkları suçlardan dahi sorumlu tutulmaları, YTCK'nın 20. maddesinde yer alan “cezaların şahsiliği prensibi” ile suçun varlığı için zorunlu olduğu belirtilen 21. maddedeki “kast” ilkesine de açıkça aykırıdır.

222. maddenin TBMM'ne gelen şeklinde 2596 sayılı “Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun” madde metnine dahil iken, TBMM'de metinden çıkarılarak yasalaştırılmıştır.

VI. ALTINCI BÖLÜM Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar (M:223/224)

Bu bölümde 224. madde ile düzenlenen “*Kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali*” suçu, 5237 sayılı Yasa ile getirilen yeni suçlardandır.

1982 “*Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*” (=BMDHS) 1994 yılında yürürlüğe girmiştir. BMDHS'nin 211. maddesi ile yeni bir kavram olan “*münhasır ekonomik bölge*” tanımlanmıştır. Buna göre; münhasır ekonomik bölge, kıyıdan 200 mil açığa kadar uzanan alandır.

VII. YEDİNCİ BÖLÜM Genel Ahlaka Karşı Suçlar (M:225-229)

“Hayasızca hareketler” başlıklı 225. madde ile “alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi” cezalandırılmaktadır. Madde gerekçesinde, hüküm ile korunan yararın, “halkın ar ve haya duyguları, toplumun ortak edep ve ahlak temizliği” olduğu belirtilmektedir. Yasa koyucu, cinsel ilişkiden “cinsel arzuların tatmini amacına yönelik her türlü davranış”ı, teşhircilikten ise sadece cinsel organların değil, vücudun her hangi bir bölgesinin “madde metni ile korunması amaçlanan hukuki değeri ihlal niteliğindeki teşhiri” ni anladığını gerekçede açıklamaktadır. Bu madde ile elele tutuşan, öpüşen gençleri alenen cinsel ilişkide bulunmaktan cezalandırmak olanaklı olduğu gibi, mini etekli, bikinili, bel bölgesini açıkta tutan giysi giyen hanımları da teşhircilikten cezalandırmak mümkün olabilecektir. Madenin ne denli çağdışı olduğunu ayrıca belirtmeye gerek yoktur.

Yasa koyucunun 226. madde ile düzenlediği “müstehcenlik” suçunun içeriği irdelendiğinde, Kanununun 1. maddesi ile belirtilen amacın sadece bir söylemden ibaret olduğu, asıl amacın ise, İslam kurallarının yozlaştırılmış yorumunun topluma dayatılmak istendiği apaçık ortadadır.

Madde gerekçesinde, müstehcenliğin içeriğinden neyin anlaşılması gerektiği hususunda “toplumda egemen olan değerler” ile 225. maddenin gerekçesine atıfta bulunmaktadır. Böylece müstehcen kavramı son derece genişletilmiştir.

Madde ile son derece ağır cezalar öngörülmektedir. Bazı fıkralar ile getirilen cezalar, dolandırıcılık, resmi belgede sahtecilik, halkı kin ve düş-

manlığa tahrik ve aşığılama, imar kirliliğine, çevrenin kirlenmesine, radyasyon yayarak halkın sağlığını bozulmasına, atom enerjisinin patlamasına sebebiyet vermek suçları için öngörülen cezalardan daha fazladır.

Maddenin son fıkrası, sanatsal ve edebi değeri olan eserleri dahi açıkça cezalandırmaktadır. Her ne kadar maddede “üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” sanatsal ve edebi değeri olan eserler için madde hükmünün uygulanmayacağı belirtilmekte ise de bu, gelebilecek tepkileri önlemeye yönelik bir aldatmacadan başka bir şey değildir. Şöyle ki; YTCK. 6. maddesi ile çocuk deyiminden, onsekiz yaşını doldurmayan bireyleri anladığını belirtmektedir. On yaşının üstündeki her çocuğun, bağımsız olarak tiyatroya gidebileceği, film izleyebileceği, kitap satın alabileceği düşünüldüğünde, bu maddenin tanımına uygun “müstehcen” sayılabilecek tüm sanatsal ve edebi eserleri oynatan, yayınlayan, yayınlatan, okutan, aracılık eden, gösteren, dinleten herkes cezalandırılacaktır. Madde ile toplumun kulakları sağır, gözleri kör edilmek, sanatı ve edebiyatı yasaklayarak yaşam damarları kesilmek istenmektedir.

225. maddede yazılı fuhuş suçuna ilişkin cezalar, ETCK'nın bu konudaki düzenlemesine göre olağanüstü artırılmıştır. YTCK'nın 39 ve 220. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, fuhuş yapanla ilişkiye giren kişinin de bu suçtan dolayı cezalandırılacağı olasılığının mevcut olduğunu belirtmek isteriz.

ETCK'nın 567 ve devamı maddelerinde kabahat olarak düzenlenen “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama” suçu YTCK.nda 228. maddede düzenlenmiştir. Maddenin 4. fıkrasındaki kumara ilişkin tanımlama, yasal talih oyunları bakımından tereddüt yaratacak içeriktedir.

VIII. SEKİZİNCİ BÖLÜM Aile Düzenine Karşı Suçlar (M:230-234)

Bu bölümünün 230. maddesi ile, birden çok evlilik, hileli evlenme ve evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yapanlar ve/veya yaptıranlar cezalandırılmaktadır.

Maddenin 5. fıkrasında, evlenme olmaksızın evliliğin dinsel törenini yaptıranların bilahare medeni nikah kıymaları halinde cezalandırılmayacakları, cezalandırılmış ise cezanın bütün sonuçları ile ortadan kalkacağı be-

lirtilmekle beraber, bu durumdan dinsel nikahı kıyanlar istifade ettirilme- miştir. Böylece evvelce evliliğin dinsel törenini yaptıran fakat sonradan me- deni nikah kıyan çiftler cezalandırılmazken, dinsel töreni yapan kişi ceza- landırılmış olacaktır.

Bu bölümde yer alan, “Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülü- ğün İhlali” başlıklı 233. madde yeni bir hükümdür. Maddenin birinci fıkra- sında yazılı suç, şikayete bağlı bir suçtur. Madde gerekçesinde, “aile huku- kundan kaynaklanan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün kap- samını, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlemek” gerektiği belir- tilmektedir. Bunun kapsamının son derece geniş olduğu kuşkusuzdur.

Diğer yandan itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması neticesinde eğitim, bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması da 3. fıkra ile cezalandırılmaktadır. YTCK 191/2. madde hükmü ile bu durumdaki kişiler için tedavi ve denetimli serbestliğe hükmo- lunacağıının belirtilmesi karşısında, 233/3. fıkranın yerinde olup olmadığı tartışılmalıdır.

DOKUZUNCU BÖLÜM Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar (M:235-242)

“İhaleye fesat karıştırma” suçunu düzenleyen 235. maddede yapım ihaleleri unutulmuş, 31.03.2005 gün ve 5328 sayılı Yasa ile bu ibare de met- ne ilave olunmuştur. Diğer maddeler ETCK hükümlerine paralel olarak dü- zenlenmiştir. 241. madde ile yeni bir hüküm olarak “Tefecilik” suçu getiril- miş, ancak iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasını öngören bu hüküm, bir kez dahi olsa kazanç temini maksadıyla borç verilmesini tefecilik suçunun oluşumuna yeterli görerek adeta Borçlar Kanunu'nun 306. maddesinde yer alan karz akdi suç haline getirilmiştir.

SOYKIRIM VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR

Av. Fikret İlkiz

İstanbul Barosu

Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda İkinci Kitap “Özel Hükümler”dir. Birinci kitapta yer alan “Genel Hükümler”den hemen sonra gelen özel hükümlerle ilgili olarak İkinci Kitap Birinci Kısımda verilen ilk başlık ise “Uluslararası Suçlar”dır.

Uluslararası suçlar bakımından Birinci bölümde “Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar” başlığı altında ise 76 ıncı maddede “soykırım” suçu düzenlenmiştir. “İnsanlığa karşı suçlar” ise 77 inci maddenin konusudur. 78 inci madde ise “örgüt” suçu olarak karşımıza çıkmaktadır.

İkinci Bölüm ise “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti”dir. TCK Madde 79 “Göçmen Kaçakçılığı” ve Madde 80 ise “İnsan Ticaret” suçuna ayrılmıştır.

I- SOYKIRIMIN ADRESİ TOPLAMA KAMPLARI

“Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar” Türk Ceza Kanuna giren yeni suç tipleridir. Ancak bu suçların geçmiş tarihine göz atmakta yarar görüyoruz.

27 Ocak 2005 tarihi itibariyle; Auschwitz ve Birkenau toplama kamplarının kapatılmasının üzerinden 60 yıl geçti. 27 Ocak 1945 tarihinde kapatılan Auschwitz Toplama Kampı'nda 4 milyonu Yahudi olmak üzere 6 milyon insanın öldürüldüğü tahmin edilmektedir. 1944 sonlarına doğru Kızıl Ordu yaklaşırken SS'ler arşivleri yakıp gaz odalarını imha ettiğinden rakamlar ancak tahmini olarak verilebilmektedir.

İkinci Dünya Savaşı'nın "toplama kampları" kesiti vahşeti, işkenceyi ve her türlü ölümü kapsamaktadır. Toplama kampları Hitler tarafından 1921'de öngörülmüştür. İlk kez 1933'te Almanya'da politik muhaliflere karşı uygulamaya konulmuştur. Hitler'in iktidara geldiği 1933 yılının Mart ayında SS ve Bavyera Siyasi Polisi Dachau kampını faaliyete geçirdiler. Dachau ilk Toplama Kamplarından birisiydi.

Kampın girişinde ise şöyle yazıyordu: "Arbeit macht frei" (çalışmak özgür kılar/ çalışan özgür olur). Kamptakiler köle gibi çalıştırıldılar. Mahkûmların ölüm oranı çalıştıkları işkoluna duyulan ihtiyaca bağlıydı. Fazla işgücü gerektiğinde Himmler SS'lere "daha az öldürün" diye talimat veriyordu.

Soykırım, Almanların Polonya'yı işgaliyle birlikte başladı. 1939 yılının Eylül ayına kadar Almanya ve Avusturya'da bulunan Yahudilerin üçte ikisi sürgüne gönderilmişti.

1935 yılının Haziran ayına gelindiğinde kamplarda 3.500 mahkûm bulunuyordu. Başlangıçta sadece Alman rejimine muhalif olanların yargılanmadan evvel tutuklanarak konulduğu bu kamplara savaşın başladığı 1939 yılından itibaren Almanya'nın işgal ettiği topraklardan da mahkûmlar gönderilmeye başlanmıştı. İlk işlevi suçluların yargılanmadan önce tutuklandıkları ve tutuldukları yerler olmasıydı.

22 Haziran 1941'de Hitler'in Rusya'yı işgaliyle kamplardaki esir sayısı birden bire artmaya başladı. Hitler'in emriyle kamplardaki Sovyet subayları öldürüldü. Bunun dışında kalan birkaç bin Rus askeri ve subayı da barakalarda tecrit edildiler ve açlıktan öldüler. SS'ler özellikle Auschwitz ve Dachau kamplarındaki mahkûmların üzerinde tıbbi deneyler yaptılar.

Himmler, yardımcısı Reinhard Heydrich'e en kısa zamanda Yahudi sorununa kesin bir çözüm bulmasını emretti. Yani "Nihai Çözüm." Heydrich, Ocak 1942'de mevcut toplama kamplarını genişletme ve ölüm kamplarına dönüştürme kararını aldı.

20 Ocak 1942'de yapılan Wansee Konferansı'nda Yahudilerin sistematik olarak öldürülmesi kararı alındı. Bu nedenle Doğu'da Belzec, Sobibor ve Treblinka ölüm kampları kuruldu. Diğer kampların da "toplama kampı" olarak adlandırılması hiçbir anlam taşımıyordu. Artık hepsi ölüm kamplarıydı...Bu kamplardan Sobibor, Treblinka en acımasız ölümlerin yaşandığı yerlerdi. Auschwitz ise İkinci Dünya Savaşı toplama kamplarının, ölümün, iğrençliğin, işkencenin, vahşetin ve insanın aklına hayaline gelmeyecek ölüm şekillerinin simgesi haline gelmişti...

1942-1943 yılları arasında diğer kamplar da SS'lere devredilmişti. 1942-1944 tarihleri arasında gaz odalarında Ziklon-B gazı kullanıldı. Toplama kamplarının son safhası olan 1944-45 yılları kitlesel ölümlere tanık oldu. 1944 yılında Auschwitz ölüm kampında çoğunluğu Yahudi günde ortalama 10.000 mahkûm aynı yöntemlerle yok ediliyordu.

Auschwitz Toplama Kampı'nda İkinci Dünya Savaşı sırasında 4 milyon Yahudi olmak üzere 6 milyon insanın öldürüldüğü tahmin edilmektedir. 1944 yılının sonlarına doğru Kızıl Ordu yaklaşırken SS'ler bütün arşivleri yakıp gaz odaları ve krematoryumları imha ettiğinden rakamlar ancak tahmini olarak verilebilmektedir.

Müttefikler Alman sınırlarına yaklaştıkça SS'ler çılgın bir şekilde mahkûmları öldürdüler. 27 Ocak 1945'te Auschwitz, 11 Nisan 1945'te Bergen- Belsen ve 30 Nisan'da da Dachau kamplarındaki insanlar Nazi katliamından Müttefikler tarafından kurtarıldı.

Önce çalışma kampları ve toplama kampları olarak düzenlenen ve bu esaslara göre faaliyet gösteren, ama 1939 yılında savaşın başlamasından itibaren giderek ölüm kamplarına dönüştürülen ve çok büyük çoğunluğu Yahudilere ait olmak üzere yaklaşık 12 milyon insanın can verdiği bu ölüm merkezleri dünya durdukça Nazi Almanyası'nın alnından silemeyeceği bir leke olarak kalacaktır.

II- SOYKIRIM, ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE MADDE 76

Soykırım, II. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası'nın 'nihai çözüm' adı altında Yahudileri yok etmesiyle gerçek boyutlarına ortaya çıktı.

Soykırım suçunun kelime olarak kökeni Yunanca ve Latince'ye dayanmaktadır. Genocide olarak ifade edilen bu kelime “kavim” manasına gelen “genos” ile Latince'de öldürmek anlamına gelen “cid” (caedere) fiilinden alınmıştır.

'Genocide' sözcüğü bir Polonya Yahudisi olan Raphael Lemkin tarafından icat edildi. Lemkin'in soykırım anlayışı çok geniştir. Azınlıkların siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, moral, fizik ve biyolojik olarak yok edilmesini kapsıyordu. Sonradan gelişen hukuk, her grubun değil, sadece bazı grupların ve sadece fiziki ve biyolojik olarak yok edilmesi amacıyla işlenen fiilleri soykırım saydı. Yani Lemkin'in tanımını çok daralttı.

Jenosit, Nazi Almanyası'nın sekiz milyon kişinin ölümüne neden olan II. Dünya Savaşı sonrasında Amerika Birleşik Devletleri, Rusya, İngiltere ve Fransa tarafından oluşturulan Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve görev alanına giren “insanlığa karşı işlenen suçlar” temel alınarak oluşturulan ve “insan öldürme” den farklı bir suçtur.

Birleşmiş Milletler “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi” Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 9 Aralık 1948 tarihli ve 260 A (III) sayılı Kararıyla onaylanarak imzaya açılmış ve Türkiye bu Sözleşmeye 23.3.1950 tarih ve 5630 sayılı Kanun uyarınca çekince koymaksızın onaylamıştır. Sözleşme 29.3.1950 tarihli ve 8199 sayılı Resmi gazetede yayınlanmıştır.

Sözleşmenin 1 inci maddesinde “Sözleşen taraflar, soykırımın, ister barış ister savaş zamanında işlenmiş olsun, bir devletler hukuku suçu olduğunu tasdik ederler ve bu suçu önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ederler” ifadesine yer verilmiş olup, 3 üncü maddesinde, cezalandırılması gereken fiiller belirtilmekte, 5 inci maddesinde ise taraf devletlerin, Sözleşmenin hükümlerinin yürürlüğe konmasını ve özellikle 3 üncü maddede belirlenen suçları işlemekten sanık kişiler için etkin cezaların verilmesini sağlamak üzere gerekli kanunları, anayasaları çerçevesinde, yürürlüğe koymaları gereğine işaret edilmektedir.

Sözleşmenin 5 inci maddesinin devletlere getirdiği yükümlülüğe göre; her devlet sözleşmeye etkinlik kazandıracaktır. Özellikle soykırımdan veya 3 üncü maddede suçlu bulunanlara etkili cezalar verilmesi sağlanacaktır.

3 üncü maddeye göre:

Madde 3: Aşağıdaki eylemler cezalandırılır:

- a) Soykırımında bulunmak,
- b) Soykırımında bulunulması için işbirliği yapmak,
- c) soykırımında bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak,
- d) Soykırımında bulunmaya teşebbüs etmek,
- e) Soykırıma iştirak etmek.

Bunun için her devlet Anayasa ve yasalarında gereken değişiklikleri yapacaktır.

Yeni TCK'de Soykırım suçu aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

MADDE 76. - (1) Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, irki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

- a) Kasten öldürme.
- b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.
- c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.
- d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.
- e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

(2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.

Millî, etnik, irkî ve dinsel bir grubu veya herhangi bir grubu yok etmek maksadı, suçun manevî unsurunu oluşturmaktadır.

Suçun maddi unsuru ise, grup azalarının öldürülmesi, grup azalarının bedensel ve aklî melekelerinin ciddî surette haleldar edilmesi, grubun tümü ile veya kısmen yok edilmesini sonuçlayacak nitelikte varlık koşullarına zorlanması, çocukların zorla başka yerlere gönderilmeleridir.

Suçun oluşması için gerekli maksadın yanında maddî unsurların da bir özellik taşıması gerekmektedir: Maddî unsurların, oluşması yönünden, hareketlerin “bir planın icrası” sonucu gerçekleştirilmeleri gerekmektedir.

Sözleşme 2. maddesinde soykırımı “bir insan grubunun imha niyeti” ile belirlemekte ve böylece **sübjektif bir ölçüt** kullanmaktadır. Maddede ise “**bir planın icrası suretiyle**” denilerek objektif bir ölçüt kullanılmıştır. Böylece suç girişiminin **planlı ve sistematik karakteri vurgulanmış olmaktadır**. Kaldı ki, bu koşul Nürnberg Mahkemesi Statüsünün 6 ncı maddesinde de yer almaktadır.

1948 Sözleşmesinde **sadece belirli gruplar yer aldığı hâlde**, madde içinde diğer gruplarda eklemek suretiyle, suç daha da genişletilmiştir.

Soykırım suçunun millî, etnik, ırkî veya dinsel veya herhangi bir grubun tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması amacıyla işlenen bir suç olduğu açıktır.

Bu suçun mevzuatımıza dahil edilmesi, 1948 tarihli Jenosit Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerimizin gereğidir. Sözleşme ile maddî ve maneî unsurları açıkça belli olan farklı bir suçu ihdas etme yükümlülüğü getirilmiştir. Roma'da düzenlenen diplomatik bir konferans sonucu kabul edilen ve jenosit dahil insanlığa karşı işlenen suçların cezalandırılması amacıyla kurulması öngörülen Birleşmiş Milletler Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü düzenlemelerinde de konu irdelenmiş bulunmaktadır.

Bu suçlarla ilgili olarak Sözleşmeye taraf ülkelerin bazıları konuyu iç mevzuatlarına sokmuşlardır. Söz gelimi Fransa 1992 yılında kabul ettiği yeni Ceza Kanununda insanlığa karşı suçlar başlığı altında, soykırım suçunu düzenlemiş, konu Avusturya Ceza Kanununun 321 inci maddesinde, Alman Ceza Kanununun 220a maddesinde yer almıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında bu suçlardan dolayı özel hukuk tüzel kişileri hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirine hükmolunacağı; son fıkrada ise, bu tür suçlardan dolayı zamanaşımının işlemeyeceği kabul edilmiştir.

Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur. En önemli unsur ise soykırım suçunda zamanaşımı işlemez.

Bu suçun kabulünün kaynağı uluslar arası sözleşmelerdir. Bu suçun yabancı bir ülkede işlenmesi durumunda failin Türk vatandaşı veya yabancı olduğuna bakılmaksızın, Türkiye'de 1 Nisan 2005 tarihinden sonra¹ Türk kanunlarına göre yargılama yapılabilecektir. Yani, uluslar arası bir yargı yetkisi de kabul edilmiştir. Uluslararası Ceza Divanı, yani uluslararası ceza mahkemesinin yargı yetkisi kabul edilir ve sözleşmeye taraf olursak, taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere Türk vatandaşı böyle bir suç nedeniyle yabancı bir ülkeye verilmeyecektir.

III-MADDE 77 VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR

Yeni TCK Madde 77'nin başlığı "İnsanlığa karşı suçlar" dır. Bu suç "soykırım" suçuna çok benzemekle birlikte tamamen başka bir fiildir.

MADDE 77. - (1) Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur:

- a) Kasten öldürme.
- b) Kasten yaralama.
- c) İşkence, eziyet veya köleleştirme.
- d) Kişi hürriyetinden yoksun kılma.
- e) Bilimsel deneylere tabi kılma.
- f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı.
- g) Zorla hamile bırakma.
- h) Zorla fuhşa sevketme.

1 31.3.2005 tarihinde TBMM'de kabul edilen 5328 Sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile ; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu , 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun yürürlük tarihleri "1 Haziran 2005" olarak değiştirilmiştir.

(2) Birinci fıkranın (a) bendindeki fiilin işlenmesi halinde, fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına; diğer bentlerde tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde ise, sekiz yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükümlenir. Ancak, birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükümlenir.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımını işlemez.

Madde 77'de düzenlenen "İnsanlığa Karşı Suçlar" hakkındaki gerekçeye göre bir planın uygulanması suretiyle ve

- siyasal, felsefî, irkî veya dinsel saiklerle
- nüfusun sivil bir grubuna karşı,
- sürgün etme, esir hâline getirme, kitle hâlinde ve
- sistematik olarak kişileri öldürme,
- insanların kaçırıldıktan sonra yok edilmeleri,
- işkence veya insanlık dışı işlemlere veya biyolojik deneylere tâbi kılma,
- zorla hamile bırakma, zorla fuhuşa sevk etme fiillerinin işlenmesi halini yasa koyucu "insanlığa karşı suç" sayılmıştır.

Bu madde, Nürnberg Mahkemesi Statüsünün 6 (c) maddesinden esinlenerek kaleme alınmıştır. Nitekim yeni Fransız Ceza Kanunu da 212-1 inci maddesi yönünden aynı surette hüküm getirmiştir. Dikkat edilmelidir ki, bu maddedeki hareketler bir grubun, grup olarak imha edilmesi amacıyla işlenecek olursa soykırım suçuna dönüşür. Bu suçun işlenmesi için örneğin siyasi, felsefi veya dinsel saikler aranmaktadır. Soykırım suçunda ise böyle bir "saik" aranmamaktadır. Kişilerin siyasal nedenlerle düşman oldukları kişileri buldukları yerlerde baskınla öldürmeleri bu suçu meydana getirebilir.

IV- ÖRGÜT

Türk Ceza Kanununun 76 ncı maddesindeki "Soykırım" veya 77 inci maddesindeki "İnsanlığa Karşı Suçlar"ı işlemek için örgüt kurulması veya

örgütü yönetmek ayrıca suç sayılmıştır.

MADDE 78. - (1) Yukarıdaki maddelerde yazılı suçları işlemek amacıyla örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu örgütlere üye olanlara beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(3) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.

Madde gerekçesine göre; gerek soykırım suçunun gerek insanlığa karşı suçların örgüt şeklindeki bir yapılanmayla işlenmesi hâlinde bu tür suçları işlemek amacıyla örgüt kurulmasını ve bu örgütlere katılmayı ayrıca cezalandırmaktadır.

V-DİĞER ÜLKELERDE SOYKIRIM ve İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR

İngiliz ve Kanada Hukukunda “İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları Yasa”ları kabul edilmiştir. Bu yasalar Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Roma Şartı hükümlerinin uygulanabilir hale gelmesi için kabul edilmiştir.

24.6.2000 tarihli Kanada Yasası en kapsamlı olan yasadır. Bu yasada soykırım suçları ve insanlığa karşı suçlar aynen uluslar arası sözleşme hükümlerine göre düzenlenmiştir.

Kıta Avrupasında ise; Finlandiya Ceza Kanunu'nun 11/6 inci maddesine göre soykırım 4 yıl ile ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

İspanyol Ceza Kanunu'nda 1971 yılında giren soykırım suçu ülke dışın-da işlense bile 1985 yılından beri İspanyol mahkemeleri sanıkları yargılayabilmektedir. İspanyol Ceza Kanunu'nun 607 inci maddesinde düzenlenen soykırım suçunun bölüm başlığı “Uluslar arası Topluluğa Karşı İşlenen Suçlar”dır.

Fransa'da soykırım suçu Ceza Kanununun 211/1 maddesinde “Kişilere Karşı Suçlar” başlığı altında “İnsanlığa Karşı Suçlar” başlığı altında yer almıştır.

İtalya'da ise bu suç 1967 tarihli “Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Kanun” ile ayrıca düzenlenmiştir.

Almanya'da ise; Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Statüsününün 10 aralık 1998 tarihinde imzalanmasından sonra, iç hukukla uyum sağlanması amacıyla “Uluslar arası Hukuka Karşı İşlenen Suçlar” başlıklı kanun 30 Haziran 2002'de yürürlüğe girmiştir. 2.1.6 ncı maddeye göre suçun cezası yaşam boyu haptir.²

VI- Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda İkinci Kitap “Özel Hükümler” ve Birinci Kısımda verilen “Uluslararası Suçlar”ın ikinci bölümü ise “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” suçlarına ayrılmıştır.

Göçmen kaçakçılığı

MADDE 79. - (1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan

kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(3) Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Maddenin gerekçesine göre; Türkiye tarafından da onaylanan “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere TCK'da bu suçlara yer verilmiştir.

2 Türk Ceza Kanunu Tasarısı. Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı 10 Temmuz 2004-İstanbul Barosu TCHD Toplantısı 10 Eylül 2004 Ortak Yayın İstanbul 2004 İnsanlığa Karşı Suçlar, Av.Dr. Şükrü Alpaslan -Av.Turgay Demirci, Sayfa 39. (Not: Bu yazı anılan bu tebliğden yararlanılarak yazılmıştır)

Maddî menfaat sağlamak üzere, genellikle suç örgütleri marifetiyle göçmenler başka ülkelere kaçırılmakta, yasal olmayan yollarla ülkeye sokulmakta ve bu örgütlerin eline düşen çaresiz insanlar, büyük ve bazen yaşam ve beden bütünlükleri bakımından onarılamayan zararlara uğrayabilmektedirler.

Maddenin birinci fıkrasında **göçmen kaçakçılığı suçunu** oluşturan seçimlik hareketler tanımlamaktadır:

Tanıma göre, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla bir yabancıyı ülkeye sokmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak ya da Türk vatandaşı veya yabancıнын ülke dışına çıkmasına imkan sağlamak, seçimlik hareketli suç olarak tanımlanmıştır.

Bu itibarla, yasal olarak yurda girmiş olmakla beraber, Türkiye'de sürekli olarak oturmalarına yetkili mercilerce karar verilmemiş yabancıların ülkede kalmalarına imkan sağlamak da, bu suçu oluşturacaktır.

Suçun manevî unsuru, fiilin “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî bir yarar elde etmek maksadıyla” işlenmesidir.

Suçun oluşması için, bu maksadın varlığı gerekli ve yeterlidir; ancak menfaatin elde edilmiş olması gerekmez.

Bu unsur, suçun örneğin terör maksadıyla bazı kişileri ülkeye sokmak fiillerinden ayırmak olanağını vermektedir. Kaldı ki, bu suçta asıl mağdurlar, çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çırpınan insanlardır.

İkinci fıkrada, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek cezaların yarı oranında artırılması öngörülmüştür.

Maddenin son fıkrasında, bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenacağı öngörülmüştür.

İnsan ticareti ile ilgili düzenleme ise 80 inci maddede yer almaktadır.

MADDE 80. - (1) Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde et-

mek suretiyle kişileri tedarik eden, kaçırılan, bir yerden başka bir yere götürülen veya sevk eden, barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

(3) Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.

(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

1990'lı yıllardan itibaren suç örgütlerinin, etkinliklerini sınırlar ötesi alana genişleterek, özellikle kadın, çocuk ve insan ticaretini örgütledikleri ve insanları bu uygar dünyada âdeta esarete tâbi kıldıkları görülmektedir. İşte bu nedenle, söz konusu Sözleşme ve Protokolün öngördüğü suçlara hukuk sistemimizde de yer verilmesi uygun görülmüştür. Türkiye tarafından da onaylanan “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ek İnsan Ticaretinin, Öncelikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere TCK'de bu suçlara yer verilmiştir.

Maddenin öngördüğü maddî unsurlar, kadın, çocuk veya diğer insanların tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmalarıdır.

Ancak bu hareketler kişileri zorla çalıştırmak, bazı hizmetleri vermeye mecbur kılmak, adı geçenleri esaret veya benzeri uygulamalara tâbi kılmak yahut beden organlarından bazılarının verilmesine razı etmek amacıyla icra edilecektir.

Maddenin birinci fıkrası, söz konusu maksatlarla gerçekleştirilecek maddî unsurların belirli araç fiillere başvurulması suretiyle gerçekleştirilmesini suçun oluşması bakımından gerekli koşullar olarak saptamıştır.

Bu fiiller tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulama, nüfuzu kötüye

kullanma, kandırma, mağdurların çaresizliklerinden yararlanma veya mağdurlar üzerinde sahip olunan denetim olanaklarından yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle gerçekleştirilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, belirtilen amaçları elde etmek üzere girişilen ve suçu oluşturan yardımcı fiiller varsa artık, mağdurun rızasının yok sayılacağı belirtilmiştir. Örneğin bir kimsenin organlarını vermek hususundaki rızası, yukarıda belirtilen fiiller sonucunda elde edilmiş ise, suçun oluşması bakımından bu rıza yok sayılacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla; tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri yahut barındırılmaları hâlinde, suçu oluşturan araç fiillerden herhangi birisine başvurulması da, faile birinci fıkrada belirtilen cezaların verileceği açıklanmıştır. Bu suretle onsekiz yaşını doldurmamış çocukların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla maddenin öngördüğü hareketlere konu kılınmaları suçun oluşmasına olanak verecektir.

Maddenin son fıkrasında, bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı öngörülmüştür.

SON DİPNOTU YERİNE DÜZELTME NOTU:

<http://www.yeditepe.edu.tr/7tepe/> adresinden ulaştığım Sempozyumla ilgili haber/yazıyı 20.06.2005 tarihinde okuyuncaya kadar böyle bir bilgi notu yazmayı düşünmemiştim.

Gerçekten web sayfasında yazılı olduğu üzere “*Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinin, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu ve Ceza Hukukçuları Derneği (Türk Ceza Hukuku Derneği doğrusudur) işbirliğiyle düzenlediği Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu 5 Mart 2005 Cumartesi günü Yeditepe Üniversitesi İnan Kıraç Konferans Salonunda gerçekleştirildi.*”

Yine devam eden yazıda aynen şu satırlar yer almaktadır: “İstanbul Barosu Yönetim Kurulu üyesi Av. Ömür Dedeoğlu başkanlığında gerçekleştirilen üçüncü ve son oturumda ise sadece uygulamacı olarak değil ceza hukukunun değişik yönlerine ilişkin değerli çalışmaları ve yoğun sivil toplum

etkinlikleriyle tanınan Türk Ceza Hukuku Derneği'nin üyelerinden Av. Fehmi Demir ve Av. Fikret İlkiz, "Topluma Karşı Suçlar" ve "İnsanlığa Karşı Suçlar" konularında ilgiyle izlenen tebliğler sundular. İlk iki oturumda TCK yı genelde mukayeseli hukuk ve teorik noktalardan irdeleyen tebliğlerden sonra uygulamaya yönelik soruların, bir süre sınırı olmadan tartışılabilmesine imkan tanımak üzere yapılan bu düzenlemeyi olumlu karşılayanlar olduğu gibi sona kaldıklarından yakınan bir tebliğ sahibinin eleştirisel açıklamalarda bulunduğu da gözlemlendi." Öncelikle olanların üzerinde durmamaya karar vermiştim. Ama internet sayfasında böyle bir yazı yayınlanınca; Fakültenin etkinliğini yazan "yazarına" yanıt vermek gerektiğine inanıyorum.

Yazıyı kaleme alan yazar incelik göstermiş. Övgülerini hak etmediğim halde teşekkür ederim. Ayrıca adımı vermeme nezaketi de göstererek "...sona kaldıklarından yakınan bir tebliğ sahibinin eleştirisel açıklamalarda bulunduğu da gözlemlendi." satırlarına da teşekkür etmem gerekiyor mu bilmiyorum. Ancak "yakınan tebliğ sahiplerinden" birisi benim. Yazar "yakınma" diyor ama ben yakınmadım. . "Eleştirisel açıklamalarda" bulunmadım. Sözlerim "eleştirel açıklama" değildi. Açıklama yapmadım. Açık açık eleştirdim. Ancak yazıldığı gibi; "sona kaldığımız" için eleştirmedim.

Türk Ceza Kanununun sistematığı bakımından Birinci Kitap "Genel Hükümler" olup; İkinci Kitap Özel Hükümlerdir. Özel Hükümler Birinci Kısım Uluslar arası Suçlar başlığı altında Birinci Bölüm'de "Soykırım ve İnsanlığa Karşı suçlar" yer almaktadır ve 76 ıncı maddede düzenlenen "Soykırım" suçu ile başlamaktadır. İkinci Kitap Özel Hükümler Üçüncü Kısım ise "Topluma Karşı Suçlar" başlığı altında "Birinci Bölüm" / "Genel Tehlike Yaratan Suçlar" başlığı altında 170 inci madde ile başlamaktadır ve Türk Ceza Kanunu 345 maddeden ibarettir. O halde Sempozyum düzenlenirken Türk Ceza Kanununun kendi sistematığı içinde konu başlıklarının düzenlenmesinin daha yararlı olacağını ve bilimsel olmanın böyle bir gereği bulunduğunu dile getirdim. Eleştirim bundan ibarettir.

Sadece Avukat olduğumuz için "sona" alınmış ise doğru olmadığını dile getirmeye çalıştık. Çünkü yazarın yazdığı gibi "sona kaldığımızdan dolayı" değil; Av..Fehmi Demir ile birlikte böyle bir sistematik içinde yapılan düzenlemenin hatalı olduğunu, hiç kimseyi akşam saat 18'00-19'00'a kadar sarkan bir saatten sonra yapacağımız konuşmalarla sıkıya hakkımız bulunmadığını ve dinleyicilerin çok yorulduğunu düşünerek konuşma yapma-

mayı düşündük. Fakat böyle bir karar verip uygulamamız halinde dinleyicilere karşı saygısızlık olacaktı ve bizi çağıran Prof.Dr.Köksal Bayraktar hocamızı da çok kıracağımızı düşünerek vazgeçtik. Son oturumda sonuna kadar konuştuk. Dinleyiciler de sonuna kadar kaldılar.

Yine yazar “İlk iki oturumda TCK yı genelde mukayeseli hukuk ve teorik noktalardan irdeleyen tebliğlerden sonra uygulamaya yönelik soruların, bir süre sınırı olmadan tartışılabilmesine imkan tanımak üzere bu düzenlemeyi olumlu karşılayanlar olduğu gibi” diyor... Kimsenin böyle bir “süre sınırı olmadan tartışma” düzenlemesinden bilgisi yoktu. Böyle bir duyuru da yapılmadı. İlk iki oturumda sunulan tebliğlerin son oturumda ve son oturumda bizlerin de konuştuğunu düşünecek olursanız bizlerden sonra; “tartışmasına imkan tanımak üzere olumlu karşılayanlar” - onlar kimlerse - hiçbir soru sorulmadığı gibi; kimse de soru soracak hal de kalmamıştı zaten...

Yapılan düzenleme nedeniyle bu Sempozyumu düzenleyenlerden sonra kalan; “son oturumu” dinleyen ve izleyen ve sonra da “olumlu bularak” süre sınırı olmadan tartışma olanağına kavuşan” olmadığı halde; avukatların sona bırakılmasının Türk Ceza Kanunu sistematığına uygun düşmediğini, böyle bir düzenlemenin bilimsel olmadığını açıkça eleştirdik. Ama yakınmadık. Konuşmaların kaydedildiğini biliyorum. Kayıtları dinlemek olanaklıdır. Avukat arkadaşlarımıza ve kalan dinleyicilere sonuna kadar kaldıkları için teşekkür ettik.

Tekrarlıyorum; Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinin böyle bir program düzenlemesini eleştirdik. Yakınmadık. Bu vesileyle sonuna kadar Sempozyumda kalarak bizi dinleme zahmetini çeken dinleyicilere, profesör ve diğer bilim adamlarına ve meslektaşlarımız avukatlara yeniden teşekkür ediyorum. Ayrıca son oturumu açarak bizleri dinleyicilere tanıtan ve konuşmalarımızdan sonra son oturumu kapatan yöneticimiz Av.Ömür Dedeoğlu'na da teşekkür ediyorum.

Eleştirilerim sırasında son oturumu dinleyenlere bir konuda teşekkür etmeyi unutmuştum. Son oturuma kadar kalarak biz avukatlar Av. Fehmi Demir ve Av. Fikret İlkiz' i çok geç saatlerde dinleme zahmeti çeken tüm dinleyicilere aslında bizim konuşmalarımızı sabırla dinlediklerinden dolayı değil; ayrıca “avukatlık” ve “savunmaya” olan saygılarından dolayı Sempozyumu son oturuma kadar kalarak çok geç saatlere kadar izledikleri için yürekten teşekkür ederim. Saygılarımla.

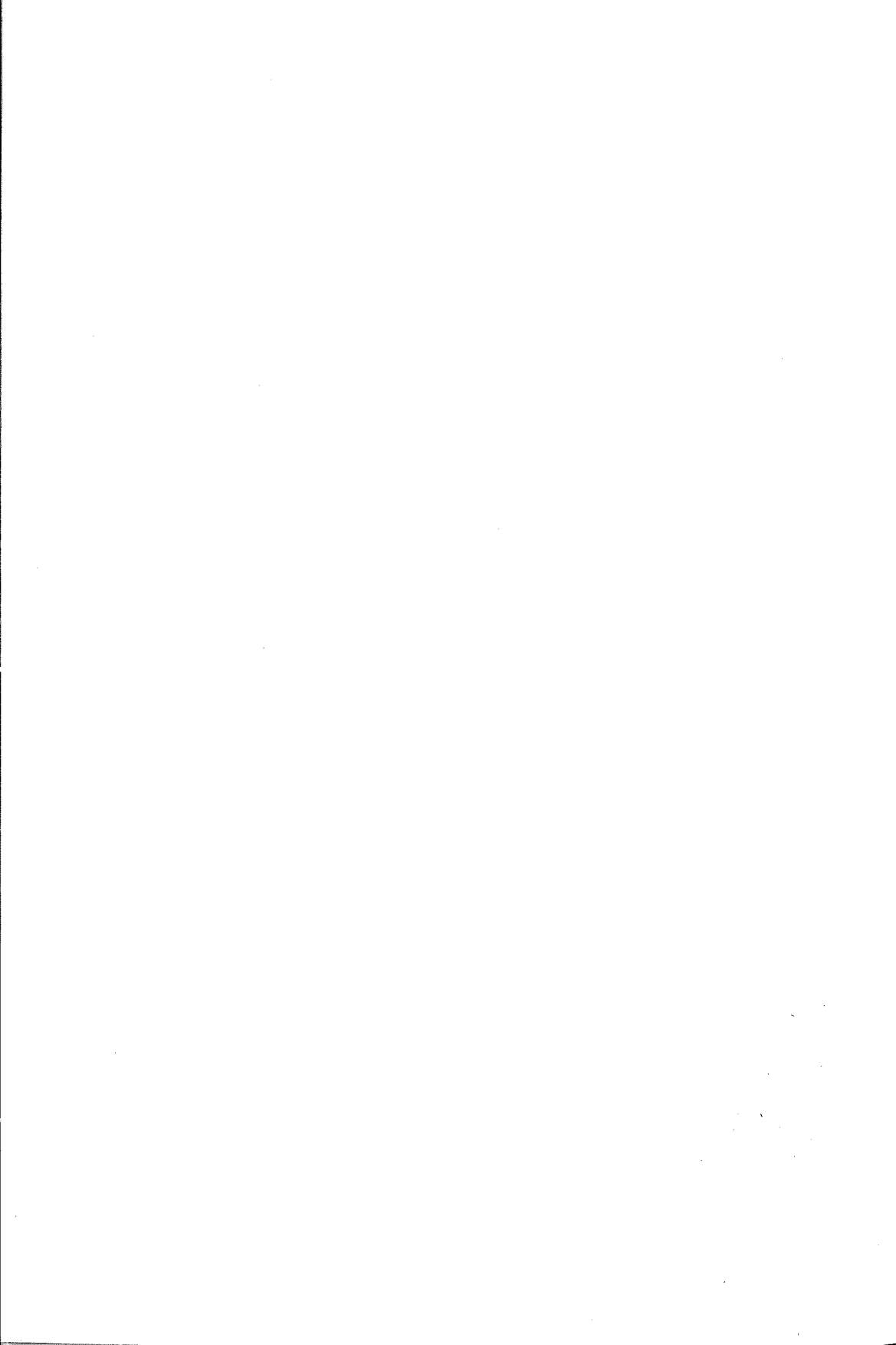


İstanbul Barosu ve Yeditepe Üniversitesi tarafından
21 Kasım 2005 günü Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE ADİL YARGILANMA HAKKI SEMPOZYUMU

Tebliğler ve Soru-cevap Tutanakları

Tebliğler, sempozyumdaki sırasına göre sıralanmıştır ve
21 Kasım 2005 tarihindeki hukuki durumu yansıtmaktadır.



AÇILIŞ KONUŞMALARI

Kazım KOLCUOĞLU

İstanbul Barosu Başkanı

Bugün burada sizlerle paylaşacağımız, tartışacağımız konu “Yargı Bağımsızlığı ve Adil Yargılanma Hakkı”. Bu başlıkta konuşmacılarımız görüş ve düşüncelerini açıklayacaklar. Tabii bunun tartışmasını burada yeniden yapmanın önemi, aslında son zamanlarda ülkemizdeki yargılamayla ilgili gelişmelerin ve yargı kararlarının bağlayıcı olup olmadığı konusundaki tartışmaların yeniden gündeme gelmiş olması ve bu konuda gerçekten biraz da bilenler değil de, bu konuda duygularını ifade etmek isteyenlerin ön plana geçerek açıklamalar yaptığı ve yorumlar getirdiklerini görüyoruz. Onun için bu toplantının bu nedenle büyük önemi var. Bu konuda yetkin olan değerli konuşmacılar bu konudaki görüşlerini, hukuki olarak bakış açılarını sizlerle paylaşacaklar.

Yargı Bağımsızlığı ve Adil Yargılanma Hakkı dediğimiz zaman, tabii ki bağımsız bir yargıcın görev yapması, adil yargılanma hakkının içinde zaten yer almaktadır. Çok büyük önem taşıyor tarafsız ve bağımsız bir yargıcın önünde yargılanma hakkı. Tabii ülkemizde bu konuda yargının bağımsız olup olmadığı, yargılamanın bağımsız yargıçlar tarafından yapılıp yapılmadığı tartışması zaman zaman olaylarla birlikte geliyor ve bunun belki en son ve trajik bir sonuçla sonuçlanan örneği, Van’daki Yüzüncü Yıl

Üniversitesi'nin rektör ve genel sekreter yardımcısı hakkında yapılan soruşturma ve yargılama safhası. Bütün bunlar burada konuşmacılar tarafından değerlendirilecek ve yargının bağımsız ve tarafsız olması konusundaki hem Anayasa'mızda hem mevcut yapımızdaki hukuki düzenlemelerin gerçek bir bağımsız yargı oluşturup oluşturmadığını da açık olarak burada tartışacağız. Biliyorsunuz adil yargılanmanın kuralları içerisinde, tabii birçok kuralı var. Bunları da çok değerli konuşmacılar sizlere ulaştıracaklar veyahut da anlatacaklar ve böylece toplantımızı bu konuşmalarla, bu tartışmalarla bitirmiş olacağız.

Şimdi bu toplantımıza katılan çok değerli konuşmacıları sizlere tanıttığım; tabii görüyorsunuz hepsi de çok tanınan bilinen, sizler tarafından da bilinen kişiler, ama tekrar ben isimlerini okuyacağım: Prof. Dr. Duygun YARSUVAT, aynı zamanda benim de hocamdı, yaşı o kadar görünmüyor tabii, beraber görünüyoruz da, şu anda biliyorsunuz aynı zamanda Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü görevini ve öğretim üyeliği görevini yürütüyor. Zuhâl ÇOKAY, Yeditepe Üniversitesi Mütevelli Heyeti üyesi şu anda. Ama eski Danıştay üyemiz, Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığı da yaptı İstanbul'da. Sabih KANADOĞLU, hepimizin çok yakından tanıdığı ve bildiği, gerçekten takdir ettiğimiz değerli bir hukukçu, bundan önceki Başsavcımız. Yine Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU, Marmara Üniversitesi ve Yeditepe Üniversitesi öğretim üyesi, hatta adil yargılama konusunda güzel de bir kitabı var.

O bakımından çok yetkin hukuki açıklamalar yapacak bu konuşmacılara, sizler adına, katıldıkları için teşekkür ediyorum. Aynı zamanda bu toplantıyı İstanbul Barosu ile birlikte Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi birlikte düzenledikleri. Sayın Rektörümüze ve Dekanımıza da huzurunuzda teşekkür etmek istiyorum, böyle bir konunun burada tartışılmasını ve çalışılmasını yapma fırsatını hep birlikte elde etmiş olduk. Katılımcılara şimdiden teşekkür ediyoruz hem Yeditepe Üniversitesi hem İstanbul Barosu adına. Hemen konuşmalara geçelim diye düşünüyoruz. İlk konuşma hakkını, zannediyorum işi olduğu için biraz erken aramızdan ayrılacak olan Sayın Prof. Dr. Duygun YARSUVAT'a vermek istiyorum. Buyurun Sayın Hocam.

SUNULAN TEBLİĞLER

Prof. Dr. Duygun YARSUVAT
Galatasaray Üniversitesi Rektörü

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Sevgili öğrenciler, hanımlar, beyler. Bugün ev ödevimiz bizim adil yargılanma, dürüst yargılanma hakkı. Nereden çıktı bu dürüst yargılanma? Bu esasında insan haklarının gelişmesi ve ortaya çıkması, insanın obje olmaktan kurtulup, ceza yargılamasında süje haline gelmesi ve birtakım haklarının olması dolayısıyla ortaya çıkmıştır. Menşei Amerikan hukukudur. “Fair trial” diye bu hukuk düzeni içinde ortaya atılmıştır. “Due process of law” şeklinde belirtiliyordu ve “fair trial” şeklinde Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu seri kararlarda bu konu yerleşmişti. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de bu “fair trial” ın unsurları, hangi hallerde olacağı “adil yargılanma hakkı” şeklinde belirtilmiştir. Son Anayasa değişikliğinden sonra, adil yargılanma hakkı Türk hukukunda da Anayasa’nın bir hükmü haline getirilmiştir. Strasburg Mahkemesi, adil yargılanma ile müteaddit kararlar vermektedir ve özellikle üye ülkelerin uygulamasında ortaya çıkan ihlaller, yani Konvansiyon’un ihlalleri üzerinde kararlar vermiştir. Bu kararlardan Türkiye’de nasibini almıştır ve almaya da devam edecektir.

Avrupa Birliği’ne giriş hevesi içinde, ki ben buna heves diyorum, çünkü bu heves yüzyıllardan beri devam etmektedir. Osmanlı ile başlamıştır.

Osmanlı Avrupa'nın bir parçası olmak istemiştir. Bunu hep defalarca anlattığım gibi at üstünde giderek fetih yoluyla ele geçirmek istemiştir, geçirmiştir de. Ancak üçyüzyıl matbaanın gecikmesine sebep olan zihniyet, bu başarıyı kapatmıştır ve sonuçta da ilerleme durunca, özellikle fende ilerleme durunca, bu kez birtakım reformlarla Avrupalı olmayı istemiştir. İşte 1839 Tanzimat Fermanı yapılmıştır. Arkasından Kırım Harbinden sonra Paris Konferansı yapılmıştır ve bir dizi reformlar getirilmiştir. Ben iki olay arasında bir benzerlik görüyorum, yani Osmanlı ve sonrasında Türkiye Cumhuriyeti devamlı Avrupalı olmak düşüncesiyle hareket etmiştir. Bu düşüncenin Atatürk tarafından değiştirildiğini görüyorum. Atatürk "muasır medeniyet seviyesine yükselmek olarak" hedefi koymuştur. Hedefi, Avrupalı olmak değil, muasır medeniyet seviyesine yükselmek olarak koymuştur. Ama hatırlayacaksınız 3 Ekim 2005 tarihinde Türkiye ile müzakereye başlanabilir kararı verildiğinde, ertesi gün gazetelere bakınız: "Artık Avrupalı olduk" "Biz artık Avrupalıyız". Böyle çılgınlar gibi yazıların yazıldığını görüyoruz. 1856 Paris Konferansından sonra düvel-i muazzamanın, Osmanlı İmparatorluğu'nun sınırlarını kontrol ettiğini ve tanıdığını söylemesi ile birlikte Osmanlı Paşaları aynı sevinci göstermiş, "artık biz Avrupalı olduk" şeklinde görüşlerini çılgın bir şekilde ortaya atmışlardır.

Bu Avrupa Birliği'ne giriş süreci içerisinde de Kopenhag Kriterlerine uygunluk sağlayabilmek için, Türk mevzuatında, özellikle insan haklarıyla ilgili konularda bir dizi değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler kanunlaşma tekniğinin de dışında, "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" şeklinde, Kırkambar Kanunları gibi kanunlar yapılabilmektedir. Şimdi bu kanunlar yapıldıktan sonra yurtdışındaki yeni ortaklarımıza "Bak biz mevzuatımızı değiştirdik, görüyor musunuz. Sizinkiler gibi. Aynı mevzuat." demişlerdir. Cevap olarak gene 1876 yılında yapılan Tersane Konferansı'ndaki cevabı almışlardır. Tersane Konferansı başlarken 1876 Anayasası ilan edilmişti, toplar patlamıştı ve o zamanki Hariciye Nazırı'nın "Artık bu toplantıya gerek yok, bizim Anayasamız var, bütün haklar da garanti altına alınmıştır" sözüne karşı, İngiliz temsilcisi olan ve Osmanlı'da görev gören İngiliz Büyükelçisi "Siz Anayasa'yı bir kenara koyun da, biz işimize bakalım. Siz Anayasa'yı nasıl uygulayacaksınız, biz onu görelim" demiş ve işine devam etmeye başlamıştır.

Şimdi burada kanunları yapmak yetmiyor; çünkü bütün ortak olacağımız yabancı ülkeler ve bizi kontrol eden Avrupa Komisyonu'nun komiser-

leri “Tamam, yaptınız ama; uygulamayı bir görelim. Nasıl olacak?” demektedirler. Evvela garipsemiştim; çünkü bu uyum yasalarını anlatabilmek için bir dizi konferanslara, Türkiye’nin muhtelif yerlerindeki konferanslara bizzat katıldım. Fakat bunları anlatırken reaksiyonları gördüm ve bu kanunların uygulanmasının son derece güç olduğunu hissettim. Nasıl olabilir? Şunu söyleyeyim ki açıkça: Kırk ve üstü yaşa bunları anlatmak fevkalade güç. Kabulünü sağlamak da güç. Kırk ve altı yaş grubuna da bunları benimsetmek ve “fair trial” dediğimiz, özellikle hepimizi çok ilgilendiren bir yargılama sistemine kavuşmamız mümkün olabilir. Bu da en aşağı bir on sene, on beş sene, hatta yirmi sene sürebilir.

Öyle bir toplumda yaşıyoruz ki, bu toplum bazı kavramlara yabancı. Sadece yolda yürüyen vatandaşlarımız değil, bu konuda bilgi sahibi olması gereken, belli bir eğitimi almış kişiler dahi, belli düşünceleri ileri sürmekten çekinmiyorlar. Bir: Tutuklamayı bir ceza olarak görüyorlar. Eğer bir kimse tutuklanmamışsa, “Vay bu adamı da tutuklamadı hakim” diyorlar. Dolaşırsanız, yolda giderseniz, bakıyorsunuz etrafınızda “Aaa, bak tutuklandı, iyi. Trafik kazasını yaptı, tutuklandı.” Trafik kazasını yapan kişi altı ay tutuklu kalır, sonunda da verilecek karar -zamanımız icabı da budur- para cezasına çevrilir. “Trafik canavarları kurtuldu” denmektedir. Bu da tabii siyasi iktidarları da etkilemektedir. Onlar da popülist bir politika takip etmek suretiyle, cezaların artırılmasına ve tutuklamanın da olağan hale gelmesine sebep olmaktadır. Uygulayıcılar da bu arzuya uygun olarak hareket etmektedirler. Şimdi iki tane yeni kanun yapıldı. Biri yeni Türk Ceza Kanunu. Hani yeni Türk Lirası falan gibi. Öteki de, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu. Adında “usul” vardı, “usul” kaldırıldı, “muhakeme” korundu.

Ben burada Konvansiyon’un 5. maddesinden, yani tutuklama ile ilgili olan hükümlerinden söz etmek istiyorum. Savcılarımız önüne gelen bir olayı değerlendirirken, kendilerine en uygun olan maddeyi uygulamayı tercih ediyorlar ve bunu yapabilmek için de birtakım zorlamalara girişiyorlar. Onlar için insan hakları önemli değil; onlar için kendi düşüncelerini gerçekleştirebilmek önemli. “Sonra ne olursa olsun” şeklinde bir düşünceye sahipler.

Gene biliyorsunuz bu Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda 250, 251 ve 252. maddeler var. Bu 250. madde Devlet Güvenlik Mahkemelerinin ortadan kaldırılması sonucunda, özel yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin kurulması ile ilgilidir. Çünkü Avrupa’daki dostlarımız Devlet Güvenlik Mahke-

melerinin kaldırılmasını istemiştir. Bizim kanun koyucu da “Tabii, lebbeyk, kaldırıyoruz” demiştir; özel yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri kurmuşlardır. Esasında bunlar Devlet Güvenlik Mahkemelerinin eşidir ve aynı sistem kabul edilmiştir ve aynı hakimler, yani ilga edilmeden önce Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev gören aynı hakimler, özel yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri savcıları, hakimleri olarak yeni bir göreve eski mahkemede devam etmişlerdir. Kanun yeni, ama kafa eski. Esasında şu kelime ile bunu ifade edebilirsiniz, ben ifade ediyorum daha doğrusu. Buna ben bir “şark kurnazlığı” diyorum. “Bak, yaptık, gördünüz.” İşte yabancı, Türkçe’de bilmiyor. “Biz Devlet Güvenlik Mahkemelerini kaldırdık.” Yabancı şimdi Türkçe’de biliyor. Türkçe bilen tercümanları da var. Gene bu Ceza Muhakemesi Kanunu’nda adli kolluk kuruldu deniyor, savcı adli kolluktan yararlanır deniyor, fakat adli kolluk kurulmamıştır Türkiye’de. Kim kuruldu diyorsa gelsin, onunla görüşelim. Adli kolluk yok. Avrupalı dostlarımız adli kolluğun kurulması gerektiğini söylüyorlar. Hatta tasarıda da vardı adli kolluk, fakat sonradan çıkartılmıştır. Çünkü İçişleri Bakanlığı ile Adalet Bakanlığı arasındaki sürtüşme sonunda geri çekilmiştir.

Bunlara nereden geldim? Çünkü savcılar dava açarken rahat edebilmek için, 250. maddede yer alan imkândan yararlanmak istemektedir. Yani savcılar artık bir suç isnadı varsa, bunun iştirak hükümlerinin uygulanması ile çözülebileceğini nazarı itibaren almamaktadırlar. Onlar için en kolayı “çete kurmak”tır. Çete kurmak suçu ayrı bir suçtur, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu vardı. Bu Kanun yürürlükten kaldırılmıştır yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile. Fakat 250. maddeye baktığımızda ekonomik menfaat elde etmek amacıyla çete kurmak suçundan dolayı, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmektedir. Kanunda böyle bir şey yok. Böyle bir suç türü ortadan kaldırılmış. Çete kurmak ayrı bir suç, kurduğunuz çetenin de ekonomik çıkar sağlamak için kurulmuş olması gerekir. Hakimlerimiz de olmayan bir suç varmışçasına tutukluluk kararı verebilmektedirler. Bunun dışında gene işi kotarabilmek amacıyla ve özellikle kendilerine “bu işi hallet” emri verenlere daha yakın olabilmek için, 1 Haziran 2005 tarihinden evvel işlenmiş olan suçlara dahi yeni Türk Ceza Kanunu’nun hükümlerini uygulamak suretiyle dava açabilmektedirler.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100. maddesi tutuklamayı anlatır ve aynı şekilde Türk Anayasası’nın 19. maddesi kişi hak ve hürriyetlerini düzenlerken tutuklamadan söz eder. Birincisi, yani Anayasa “kuvvetli emare-

den” söz eder. Emare, maddidir, elle tutulacak olan şeylerdir. Ne var ki Ceza Muhakemesi Kanunu’nu yapanlar, ki Sayın Başsavcımın bir sözü vardı, onu çok seviyorum, ondan sonra hep kullanmaya başladım: “Bilimsel Destekli Komisyon” bunu, “şüphe haline” çevirmiştir. Şüphe, tamamen kişisel bir davranıştır. “Olgularla desteklenen şüphe” deniyor. Hangi olgu? Şimdi 19. madde “emare”, burada “şüphe”. Demek ki iç hukuk açısından bir uygunsuzluk mevcut. Ancak bu şüphenin var olmasını da iki hale bağlamış 100. madde. Kaçma şüphesi olacak, delilleri değiştirme, şahitlere etki yapabileme hali olacak. Bu birinci kısım. İkinci kısımda ise daha önemli bir husus var. O da “listesi verilen bazı suçların işlenmesi halinde tutuklanabilir” deniyor. Şimdi siz düşünün. Hangi hakim önüne böyle bir suç gelmişse “Ben tutuklayamam” desin. Dolayısıyla “mecburi tutukluluk” sistemi getirilmiş olunuyor. Ayrıca her tutuklama kararının, özellikle Kanun’da yazdığı şekliyle, gerekçeli olması gerekir.

Bu 100. maddenin birinci fıkrası esasında Anayasa’ya aykırı. İkinci fıkrasında yer alan “zorunlu tutuklama”, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları ile çelişmektedir. Bakınız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi neler söylüyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki: “Evvvela 5. maddeye göre, tutuklamanın kanuna uygun olup olmamasına bakılır. Kanun dediğimiz vakit, iç hukukta bunun şartları gösterilmiş mi, gösterilmemiş mi? anlamına gelir ve özellikle 1979 Winterberg-Hollanda davasında bu konuyu esaslı bir şekilde ve bundan sonraki kararlarına esas teşkil edecek biçimde vermiş bulunmaktadır. Bu karardan sonra devam eden birçok kararında bu konu üzerinde durmuştur. Ancak iç hukukta böyle bir yöntemin belirtilmiş olması, mahkemeye göre yeterli değildir, ikinci incelemeye geçilmesi gerekir. Bu düzenlemenin içerik açısından, bunları kullanan kişilere bir keyfi uygulama hakkı verip vermediği açısından da araştırılması gerekir. Şimdi yürürlükte olmayan bir kanuna göre, çıkar amaçlı suç örgütleriyle ilgili kanunun yürürlükten kalkmasına rağmen, öyle bir suçun mahkemenin görevi içine girdiğini ileri süren bir zihniyetin yapmış olduğu işlemin herhalde bir keyfilik olduğunu söylemek, büyük bir âlimlik değildir. Muhtelif yerlerde bunu söylediğimiz vakit, “Eee, ne yapalım. Ondan kaçabilmek için böyle bir yol tuttuk.” Hukukçu böyle bir şey söyleyemez. Hukuk bir etik, karar verirken de bu etik kurallarına uygun davranmamız gerekir. Söz gelimi Ayşe Tepe-Türkiye davasında da aynı husus ileri sürülmüş, hürriyeti kısıtlanan kişinin bu karara karşı kanun yollarının bulunması gerektiği belirtilmiştir. Türkiye, Ayşe Tepe davasında tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.

Yine İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu bazı kararlara baktığımızda; İtalyancası şöyle bir terim kullanılıyor “pantito”. “Pantito”, dedi-kodu. Buna dayanarak bir kimse tutuklanamaz denilmektedir. “Pantito”, İtalya'ya karşı açılmış bir davadır. Mafyanın kasası olarak çalıştığı söy-lendiği bir adam tutuklanmıştır ve bu tutuklama iki buçuk sene sürmüştür. Bu adamın tutuklanmasına sebep de, birisi “Bana falancının dediğine göre, bu adam mafyanın kasasıdır” demiştir. Bunu söyleyen adam da ölmüştür da-ha sonra ve iki buçuk sene bu adam tutuklu kalmıştır. Demek ki Avrupa İn-san Hakları Mahkemesi'nin görüşüne göre de, elle tutulacak delillerinin ol-ması gerekir.

Şimdi geliyoruz bu kanunu uygulayanların görevlerini ve yetkilerini kötüye kullanıp kullanmadığına. Kanun açıkça diyor ki, tutuklama kararına gerekçe göstereceksiniz. Türkiye'nin mahkum olduğu muhtelif kararlar var. Sargın kararı bunların en meşhurdur. Sargın kararında diyor ki: “Kanunda-ki tabirlerin tekrarı, gerekçe sayılmaz.” Ne der bizim hakimlerimiz. “Kaç-ma şüphesi olduğuna göre, delil durumuna göre, tahliye talebini reddine”. Adam kendisi gelmiş, kaçma yok. Yurtdışındaymış kalkmış gelmiş. Sen za-ten bütün delilleri toplamış, davayı açmışsın; buna rağmen delillerin duru-muna göre tutuklamayı devam ettiriyorsanız, peşin hükümlüsünüz, tarafsız değilsiniz ve mahkum edeceksiniz, bunu beyan etmiş oluyorsunuz. Bu da adil yargılama prensiplerine uygun değildir. Bunu maalesef bizim uygulayı-cılarımız hep yapmaktadır ve mahkemelerimizin kararları hep gerekçesiz-dir. Temyiz Mahkemesinin çok ender kararlarında gerekçe vardır. “Dosya incelendi, dosya muhtevasına göre kararın onanmasına” Niye onanmasına? Veya “kararın bozulmasına”. Niye karar bozulur? İki satır yazılır ve karar bozulur. Bunu söylediğimiz vakit de, özellikle Yargıtay'da bana verilen ce-vap: “Ne yapalım? Vaktimiz yok. Zaten iyi hukukçu bir sayfa yazar.” Avru-pa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye kararlarında en fazla üstünde dur-duğu husus, gerekçenin bulunmamasıdır. Anayasa hükmüdür, Ceza Muha-kemesi Kanunu hükmüdür. Kanunlarımızda her şey var; ama baktığımız va-kit uygulamaya, bunu göremiyoruz.

Ben çok genç hukukçu iken, 1961 yılında babamın yanında işe başla-dığım zaman, babam bir sayfa yazardı. “Aman baba, böyle yazılır mı? Bı-rak ben yazayım” dediğimde, babam “Haydi oğlum sen de, teori mektepte, burası pratik, bu böyle yazılır” der, dilekçelerini verirdi. Sonra meslekte ilerleyince, ben gene uzun uzun yazmaya çalıştım; ama babam kadar da ba-

şarılı olamadım; çünkü o pratikten gelmişti ve biliyordu kimlerin ne istediğini. Şimdi bunların da değişmesi lazım. Uygulama başka, teori başka değil. Teori uygulamaya yol gösterecek alettir. “Efendim bizim vaktimiz yok”. Her insanın 24 saati var. Hakimin de 24 saati var, savcının da 24 saati var, hocanın da 24 saati var, dişçinin de 24 saati var, bakkalın da 24 saati var, kasabın da 24 saati var. Hepsi bu işlerini 24 saat içinde ayarlayarak yapması gerekir. Eğer verimli bir şekilde 24 saatinizi ayarlayabilirsiniz, çok işler yapabilirsiniz.

Esas olan hukukun uygulanabilmesi. Bizde tutuklama bir ceza olarak öngörülmüştür, kafalara öyle yerleşmiştir ve buna ben “ceza hukukunun popüler hale getirilmesi” diyorum. Suçlar işlendikçe “vay bu ceza yargılaması neler yapıyor? Adamı neden tutuklamıyor?” Adamı tutuklar tabii, cezalandırır da; ama siz bir nüfusun %20’ni aç bırakırsanız, işsiz bırakırsanız; sadece polisiye tedbirlerle, koşanları yakalamak suretiyle suç işlenmesini önlemeye kalkarsanız başarısız olursunuz. Aç olan insan her şeyi yapar ve bunun yanında da suçlular ordusu türer. Evvela ekonomimizi düzeltmemiz gerektiğini düşünüyorum, eğer suçun önlenmesini istiyorsak. “Ceza verelim, biz bu işi kurtarırız” yok. Tutuklama bir cezaya dönüştürülmüştür.

Dünkü Radikal Gazetesini getirdim: “Yetmiş bin tutuklu ve hükümle var, bunun % 50’si tutuklu.” Şimdi ceza davasında esasında tutuksuz yargılanma lazım; çünkü silahların eşitliği var. Bir adamı tutukladığınız vakit, o adam müdafaasını zaten yapamaz. “Delilleri değiştirirse?” “Sen devletsin, her şey senin elinde, aciz misin ki sen adamı tutuklayasın? Serbest bırak, savunmasını yapabilmek için belli imkânlardan faydalansın. Hani diyoruz ya, masumiyet karinesi var ve tutukluluk da bu karineyi ortadan kaldıran bir tedbir, amacına ulaştığı zaman derhal kaldırılması gerekir.

Şimdi yeni düzenlemede tutukluluk süresi var, “makul süre”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan makul süre. İki yıla kadar olan hapis cezasını gerektiren hallerde bu süre altı ay. Eğer mahkeme bunu uzatmak isterse, dört ay daha uzatabilir. Diğer suçlarda iki yıl ve üç yıla kadar uzar. Şimdi bu popülist zihniyet hemen tartışmaya açıyor. “Efendim bu üç yıla kadar uzar, yani iki artı üç, beş yıl olmuş oldu.” “Hayır efendim, bu iki artı üç değil, iki artı birdir, üç yıla kadar uzar.” Madem ki birincisinde “dört ay daha ilave edilir” deniyor, bunu bu şekilde anlamak lazım. Özellikle ağır cezalı işlerde, “mahkeme isterse duruşmanın sonuna kadar

da uzatabilir” deniyor. Ama en çarpıcı olan örnek, Türkiye’de aşağı yukarı ağır ceza mahkemesine giden herkesin tutuklu olarak yargılanmasıdır. Kafalara da öyle yerleşmiş. Uygulama, pratik de öyle görüyor, bizim teorileri bir kenara bırakıyorlar, “uygulama böyledir” diyorlar ve böyle yapıyorlar. Ama bunda bazen kendi işlerine uygun şekilde yorum yapabiliyorlar.

Söz gelimi bir mahkeme, karakolu basan, polisleri hırpalayan, orada gözaltına alınmış, adamı kaçıran ve kendisi de belli maddelerin kaçakçılığını yapan kişi, yargılamada mahkumiyetine karar verilince, mahkumiyetle beraber salıverilmesine karar veriyor.

Aynı mahkeme belli bir konumda olan kişiyi, zorlama ile çete kurmak suçunun içine sokup, onu da tutuklayıp, beş ay dava açmayıp, ölmesini bekliyor. İşte bu, nereden emir alınmışsa, çevreden olur, yüksek ağabeylerinden olur, bu uygulama keyfi bir uygulamadır. Biz ceza adaletinde keyfi uygulama istemiyoruz. Ceza hukukunun yerleşik prensipleri vardır. Bu yerleşik prensiplere hepimizin ihtiyacı vardır. Sizin, benim, yolda yürüyen insanımın, baro başkanımın, başsavcımın, hepimizin ihtiyacı vardır. Eğer keyfilik bir kere ortaya çıkarsa, bu keyfilik ilelebet devam eder, hepimize uygulanabilir, polis devleti haline dönüşebiliriz. İşin ilginç, ben bu sabah buraya gelmeden önce, iddianameyi aldım ve geldim. Suçun 1 Haziran 2005’ten evvel işlendiği açık olmasına ve üstünde de 2003’te şunu yapmış, bunu yapmış diye yazmasına rağmen, yeni Türk Ceza Kanunu’nun maddeleri konularak mahkumiyet istenmektedir. Bunu görünce, bunu Hukuk Fakültesi ikinci sınıf öğrencisi dahi yapmaz. Hukuk fakültesi ikinci sınıf öğrencisi bunlardan daha bilgilidir. Ama onların da bilgisiz olduğunu söylemiyorum, söyleyemem de. On senelik savcı bu konuda bilgisiz olamaz; ama demek ki yargının siyasallaşması gibi bir durumla karşı karşıyayız demek istiyorum. Şimdi çok vaktinizi aldım galiba, dinlediğiniz için, hepimize çok teşekkür ediyorum.

Zuhal ÇOKAY

Yeditepe Üniversitesi Mütevelli Heyeti Üyesi

Eski Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Danıştay Üyesi

Sayın Başkan, değerli konuklar, sevgili gençler,

Ben yargı bağımsızlığı ve adil yargılama ile ilgili konuyu, hukuk devleti ve yargı reformuna ilişkin görüşlerimi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu asil üyesi olarak görev yaptığım dönemdeki gözlemlerime dayanarak ve biraz da somut örnekler vererek açıklamak istiyorum.

Hukuk devleti bilindiği gibi, idare edilenlerin, yani vatandaşın hak ve hürriyetini güvence altına alan devlettir. Kamu gücünü elinde bulunduran idarelerin, tüm işlemlerini, çağdaş bir Anayasa ve evrensel hukuk normlarına uygun olarak yapması zorunludur; başka bir anlatımla hukukun üstünlüğü ilkesine yürekten inanması gerekir. Sadece kamu idarelerinin değil, yasa organının da tüm tasarruflarında hukuk devleti ilkesine uyması gerekir; aksi halde yargı devreye girecek ve hukukun üstünlüğünü, bağımsız mahkemeler ve güvenceli hakimlerle sağlayacaktır. Acaba ülkemizde mahkemeler bağımsız mı? Yargıç güvencesi var mı?

Biraz önce Sayın Rektörümüz yargı ile ilgili “güzel” sözler söyledi. Ben de katılıyorum. Şimdi biraz daha detaya girmek istiyorum. Anayasa'nın bu konudaki ilgili hükümlerine baktığımızda, yargıçların bağımsız olduğu, kanuna hukuka uygun karar vereceği, hiç bir merci ve makamın emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği gibi kurallara yer verilmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun da bağımsızlığı hakkında hükümler vardır, mahkemelerin bağımsızlığı kuralına göre oluşturulacağına dair. Buraya kadar güzel. Ancak Anayasamızın 140. maddesine baktığımızda, hakim ve savcılarının idari yönden Adalet Bakanlığı'na bağlı olduğu, 159. maddesinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumu belirtilmiş, “Yüksek Kurulun başkanı Adalet Bakanıdır” denmiş ve Adalet Bakanının emrindeki müsteşar ise, Yüksek Kurulun tabii üyesi. Yüksek Kurul yedi asil üye ile karar verir. Bunun üçü Yargıtay'dan, ikisi Danıştay'dan, biri de başkan ve yardımcısı. Dolayısıyla yedi kişilik kurulun iki üyesi siyasi otoriteden.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. Aynı siyasi otorite ile atanmış bulunan müsteşarın kurulda bulunması, yargı açısından yargı bağımsızlığına gölge düşürmektedir ve yargı idareden gelebilecek müdahale ve baskı şüphesi altında bırakılmaktadır.

Öte yandan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan kuvvetler ayrılığı açısından baktığımızda, ülkemizde Adalet Bakanı'nın yasama, yürütme ve yargı gücünü elinde bulunduran tek makam olduğu, yani kuvvetler birliğine sahip bir adalet bakanı olduğu görülecektir. Bu da yetmezmiş gibi, son yıllarda Sayın Adalet Bakanı hükümet sözcülüğü görevini de üstlenmiştir. Bu Anayasa'dan, kanundan kaynaklanan bir şey değil, Başbakanın emriyle hükümet sözcülüğü yapmaktadır. Siyasi, sosyal, ekonomik, kültürel konularda, hatta yargıya intikal etmesi muhtemel konularda, hatta daha ileriye gidersek yargıya intikal etmiş konularda yorumlar yapmakta, fikir beyan etmektedir.

Nitekim devletimizin yüksek menfaatini ilgilendiren konuda yapılacak bir sempozyum için, önce "Bizi sırtımızdan hançerleyecekler" yorumunu yaptı; daha sonra idare mahkemesinin verdiği yürütmenin durdurulması kararı üzerine, ilgililerin bir üst mahkeme olan Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz hakları varken, "sempozyumun başka bir üniversitede yapılmasına engel yoktur" beyanı ile, yargı kararının hiçe sayılmasına neden oldu. Keza Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Genel Sekreteri'nin intiharı üzerine yaptığı ilginç yorumlar da belleklerimizdedir. İdari yargıda bir tarafın devlet, yani bakanlıklar, Başbakanlık, Bakanlar Kurulu'nun kararları, idari tasarrufları olduğuna göre, her zaman idari dava konusu olabileceğine göre, bu tür yorumların tüm yargıçlarımız için ne denli önemli sonuçlar doğuracağı da açıktır.

Madem ki mahkemelerin bağımsızlığından bahsedeceğiz, biraz da Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun genel işleyişi ve görevleri hakkında kısa satır başı bilgiler vermek istiyorum. Yüksek Kurul, Yargıtay ve Danıştay üyelerini seçer. Daha sonra bu Yargıtay ve Danıştay üyeleri, Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilirler ve Anayasa Mahkemesi'nde büyük bir çoğunluğu oluştururlar. Hakim ve savcıların mesleğe kabul edilmesi, atanması ve nakledilmesi, hakimlere geçici yetkiler verme -ki bu tabii hakim ilkesi yönünden geçici yetki son derece önemli sonuçlar doğurur- her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayrılma, disiplin cezaları verme, kınama

cezası, maaş kesimi, terfi durdurma, meslekten ihraç kararına kadar, ayrıca geçici görevden uzaklaştırma cezalarını verir. Bu görevlerin önemini gözönüne aldığımızda, hakimlerin ve savcılarının sadece siyasi otoritenin etkisi altında değil, tüm etkilerden uzak olması gerektiği açıktır.

Biraz önce Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu başkanının Adalet Bakanı olmasının, yargı bağımsızlığına etkisinden, yargıya gölge düşüreceğinden bahsetmişim. Genelde bu konu üzerinde durulur. Oysa hakim ve savcılarının denetim şekil ve şartlarına baktığımız zaman durum daha da vahimdir. Şöyle ki: Anayasamızın 144. maddesinde, hakim ve savcılarının, Adalet Bakanı'nın izni ile, Adalet Bakanlığı müfettişlerince denetleneceği ve Adalet Bakanlığı'nda bir teftiş kurulu oluşturulacağı hükme bağlanmıştır. Aynı zamanda 2802 sayılı Yasa'nın 59. maddesinde hakim ve savcılarının her biri için gizli sicil raporuyla müfettişler tarafından düzenlenen hal kâğıtlarının Bakanlıktaki gizli dosyalarına konulacağı kuralına yer verilmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu atanması, yükselmesi Adalet Bakanınca yapılan ve bu nedenle tanımadığı bu müfettişlerin düzenlediği hal kâğıtlarındaki gizli belgelere dayanarak hakim ve savcılarını tanımaya çalışmakta, tüm özlük hakları üzerinde nihai tasarruflarda bulunmaktadır. Hakim ve savcılarının, içeriğinden haberdar olmadığı bu gizli belgelerin olumsuz olması halinde, bir yandan kendilerini savunmaları ya da olumsuz yönlerini düzeltme imkânı bulunmamakta, diğer yandan da, ileriki yıllarda atanmalarında, yükselmelerinde, Danıştay ve Yargıtay üyeliklerine seçilmelerinde, olumsuz etkileri olmaktadır. Bu gizlilik denetimin daha iyiye gidişi sağlamak amacına ters düştüğü gibi, demokrasinin açıklık kuralı ile de bağdaşmamaktadır.

Öte yandan daha önemli bir husus hakim ve savcılar hakkında soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi Adalet Bakanı'nın iznine tabidir. Siyasi iradenin bu önemli yetkiyi ne şekilde kullanacağı bilinemez. Gerek hakim ve savcılar, gerek kamuoyu bu durumdan son derece rahatsızdır; dolayısıyla Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumunun yenilenmesi, kurumsal bir değişikliğe gidilmesi zorunludur.

Bu önereceğimin kurumsal değişikliklerin yapılmasının zorunluluğunu somut bir örnek vererek anlatmak isterim. Zaman zaman bu örneği konuşmalarımda tekrarlıyorum. Bu Yüksek Kurul'da geçen olayları, bilgi ve belgeleri, görevden ayrılısak dahi açıklama yasağı var. Ama, anlatacağım

olay Anadolu Ajansı kanalıyla kamuoyuna duyurulmuştu; bu somut olaydan Yüksek Kurul'da yapılması gereken değişiklikler tek tek anlaşılmaktadır:

Stajyer hakimler Adalet Bakanlığı tarafından açılan sınavdan sonra staja başlarlar, stajı bitirdikten sonra bunlar hakkında düzenlenen raporlar olumlu ise, olumlu raporu olanlar Kurul'a arz edilmez, olumsuz raporu olanlar Kurul'a arz edilir, hakim ve savcı olup olamayacağına Kurul karar verir.

1997 yılında iki stajyer bayan hakim hakkında başlarını türbanla kapattıkları, yaşam biçimleri ve dünya görüşlerinin çağdışı olduğu yolunda Staj Eğitim Başkanı ve Başkan yardımcısının düzenlediği olumsuz raporlar, zamanın Adalet Bakanı'nın bilgisi dahilinde, tetkik hakimi tarafından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na sunulmamış, Kurulca mesleğe kabullerine karar verilmişti. Durum birkaç gün sonra "Yüksek Kurul türbana geçit verdi" şeklindeki yayınla öğrenildi.

Konunun yeniden gündeme getirilmesini zamanın Adalet Bakanı'ndan istedik. Kurul gündemi Adalet Bakanı'nca hazırlandığı için, Kurul'un ayrı bir sekreteryası olmadığı için üç kez gündeme alınmadı. Tarafından önerge verilerek, konunun Kurul'un gündemine alınması sağlandı. Anılan Bakanın "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararları kesinidir, yeniden görüşülemez, türban takanların inanç özgürlüğüne müdahale ediyorsunuz" savına karşı, "Cumhuriyet Devrimleri ve Atatürk İlkeleri sayesinde kadınlarımız, özgürlük, eğitim ve öğretim ve yurttaşlık haklarını elde ettiler. Buna rağmen devlet yönetimini dini kurallara dayandırmak özlemi içinde olan bazı çevrelerin etkisi ile, kadınlarımızın ve kızlarımızın Cumhuriyet Devrimlerine, Atatürk İlkelerine ve İnkılaplarına, laikliğe karşı olma eyleminin simgesi olarak başlarını kapattıkları, kırsal kesimde veya şehirde geleneksel olarak başını kapatma olarak başını kapatma şekliyle, siyasal simge olarak, belirli bazı çağrışımlara neden olacak şekilde kamusal alanlarda veya kamu görevi yapanlar arasında fark olduğu, bu konuda Danıştay'ın yönetmelikle ilgili, Anayasa Mahkememizin kanunlarla ilgili açılan davalarda kararları bulunduğu ve bu kararlara uyulması zorunluluğunu" belirttim. Bu nedenle özellikle hakim ve savcı olamayacakları şeklindeki uzun tartışmalardan sonra, olumsuz raporda belirtilen hususların araştırılması, Adalet Bakanı'nın emrindeki üç müfettişe verildi.

Oysa olumsuz raporlar Staj Eğitim Merkezi Başkanı ve Başkan Yardımcısı olan deneyimli hakimler tarafından düzenlenmişti. Adalet Bakanı,

anılan başkan ve başkan yardımcısını, bu olaydan kısa bir süre sonra görevden aldı. Danıştay bu görevden alınma işlemi ile ilgili olarak yürütmenin durdurulması kararı verdi; fakat Bakan o zamanın, 1997 yılının ortamı içinde kararı uygulamadı. Bir süre sonra Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, üç adalet müfettişinin raporunu belirsiz ve yetersiz bularak, soruşturmanın genişletilmesi için, müfettişlere raporu iade etti. Aynı gün, aynı Adalet Bakanı mahkemelere bir genelge göndererek, avukatların mahkemelere türbanla girebilmelerine hakimlerin karar verebileceklerini bildirdi. Bu genelge de Danıştay 8. Dairesinde iptal edildi. Benim de imzam var bu genelgenin iptalinde.

Bu süre içinde iki bayan hakim, başlarını açarak görevlerine başladılar. Öte yandan anılan belgeyi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bilgisinden gizleyen tetkik hakimi hakkında soruşturma açma yetkisi olmayan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, belgeyi gizleyen Adalet Bakanı'ndan tetkik hakimi için soruşturma açılmasını istemek durumunda kaldı. Hukuk devletinin güvencesi olan yargı adına gerçekten üzücü bir durum.

Mahkemelerin güvencesini ve yargıç bağımsızlığını sağlamak için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda değişiklik yapılması zorunludur. Hakimler Yüksek Kurulu ve Savcılar Yüksek Kurulu adı altında iki ayrı kurulun oluşturulması, Hakimler Yüksek Kurulu'nun atama ve ceza dairesi olmak üzere iki bölüme ayrılması, itirazların iki kurulun birlikte oluşturacakları bir genel kurulda görüşülmesi, Savcılar Yüksek Kurulu'na Yargıtay Başsavcısının, ya da Sayın Kanadoğlu'nun önerisi ile Türkiye Başsavcısının başkan olması, yargıyı siyasal erkin etkisinden kurtarabilmek için Adalet Bakanı ve emrindeki müsteşarın Kurulda bulunmaması, Hakimler Yüksek Kurulu üyelerinin seçim usullerinin değiştirilerek, Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarından doğrudan ve nihai olarak seçilmeleri ve yedek üyelik müessesinin kaldırılarak üye sayısının artırılması, ayrı bir sekreteryası ve bütçesi olması, genel bütçeden otomatik pay ayrılması şeklinde bir mali muhtariyet kazanması, hakim ve savcı adaylarının şimdi olduğu gibi Adalet Bakanlığınca açılacak bir sınavla alınmaması, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Staj Eğitim Merkezi aracılığıyla doğrudan bu sınavları yapması, keza Teftiş Kurulu'nun da, batı ülkelerinde olduğu gibi, Hakimler ve Savcılar Kurulu'na bağlı denetim şekliyle yapılması önerimizdir.

Sabih KANADOĞLU

Eski Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Değerli konuklar. Sizlerin hiç katkınız olmadığınız olmayan olaylardan dolayı sıkıldığınız üzüldüğünüz anlar oldu mu? Benim oldu. Şimdi o duygular içindeyim.

Sevgili Hocam Yarsuvat'ı hep beraber dinledik. Ondokuz yılı Yargıtay'da geçmek üzere kırküç yıl hizmet vermiş biri olarak, son günlerde ceyran eden olaylardan üzüntü duymamak, sıkılmamak hatta mahcup olmak mümkün değil. Peki biz bu hale nasıl geldik?

12 Eylül 1980 günü televizyonlarını açarak ne olduğunu anlamaya çalışırlar, darbe liderinin Türk yargısını suçladığı, hayret, dehşet ve ibretle gördüler. "Asmayalım da besleyelim mi?" sözünün mucidi, "Biz götürüyoruz, onlar serbest bırakıyorlar" diyerek, anarşinin sorumlusu olarak gördüğü yargıyı kuşa çevirdi ve 1961 Anayasasının yargıya sağladığı bağımsızlığı, birden bire 1982 Anayasası ile ortadan kaldırdı.

1961 Anayasasının Yüksek Hakimler Kurulu ve yargı erkinin gerçek bir kuvvetler ayrılığı ilkelerinin uygulandığı bir ülkede olduğu gibi, bağımsız bir biçimde Anayasa'da yer alması, kurullarının kurulması, kurallarının yerleştirilmesi, o tarihlerde benim gibi birçok hukuk fakültesi mezununu mesleğe intisap etmek iştiafına sevk etmiştir.

1961 ile 1980 arasında bu bağımsızlık birçok darbe yemesine asıl darbeyi 1982 Anayasası ile gördü. "Biz götürüyoruz, onlar bırakıyorlar" mantığı, yargıyı hakimiyle savcısıyla Adalet Bakanı'nın yönetimine terketti. Şimdi Sayın Cumhurbaşkanı'mızın 29 Ekim Cumhuriyet Bayramı mesajında da açıkça belirttiği üzere hiç kuşku yok ki Adalet Bakanı'nın ve Müsteşarı'nın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda bulunması yargı bağımsızlığına ve hukuk devleti ilkelerine aykırıdır ve bir an önce düzeltilmesi gerekir. Yine hiç kuşku yoktur ki, önümüzde örnekleri var, bu husus bağımsızlığa aykırıdır diye Avrupa Birliği İlerleme Komisyonu'nun son raporunda da belirtilmiştir. Belki birtakım düzeltmelere gidilecektir.

Ancak, biraz önce Sayın Yarsuvat'ın söylediği gibi bizde eğer hukukun üstünlüğüne saygı, hukuk devleti ilkelerine bağlılık yok ise, biz bunun

da çaresini buluruz. Neden buluruz? Şimdi biraz önce sevgili Çokay bir örnek verdi, bir şey söyledi. Çok doğru. Anayasa'ya bakarsanız bugün mesleğe kabul kararı Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'na aittir. Mesleğe kabul kararı bu Kurul tarafından verilir. Verilir de, bunun öncesinde yasalarda yapılmış olan değişikliklerle ne hale getirilmiştir; onu şimdi sizin bilginize sunacağım. Bir kere olay ikiye ayrılmıştır. "Adaylığa kabul kararı", doğrudan doğruya adalet yüksek bürokratlarından oluşan bir kurul tarafından yapılmaktadır. Bu kurulda bir müsteşar yardımcısı görevlidir. Genel müdürler ve yahut vekilleri görevlidir. Ama çok enteresan bir şey, bu genel müdürlerin, yani yüksek bürokratların, buldukları mevkiye atanmaları ve bu görevde kalmaları doğrudan doğruya Adalet Bakanı'nın iradesine kalmaktadır. Yani, Adalet Bakanı'nın seçtiği bir kurul, adaylığa kabul kararı vermektedir. Yazılı sınav doğru yapılmaktadır. Ondan sonra yapılacak olan mülakattaki sorulara ve o sınavlara giren öğrencilerin sonradan söylediklerine göre bir trajikomik olaydır. Hiç kimse Adalet Bakanı'nın bizzat seçtiği kişiler eliyle tercih ve isteklerini onlara dikte ederek hakim adaylığına kabul kararının verilmediğini söyleyemez. Bu çok zayıf bir olasılıktır. Biliyorum ki elde listeler bulunmaktadır, Adalet Bakanı'nın listeleridir ve Adalet Bakanı'nın isteği üzerine birçok hakimliğe kabul kararı verilmektedir. Siyasallaşmanın ilk noktası buradadır.

Yine, Sayın Çokay söylediler, mesleğe kabul kararı şöyle olmaktadır; ben o aday eğitim merkezinde verilen dersleri ve oradaki Adalet Bakanlığı'nın hiyerarşik baskısını gözümle gördüm. Orada bu adaylar yetiştirilmektedir. Neye göre yetiştirilmektedir? Adalet Bakanlığı'na bağlılık üzerine yetiştirilmektedir. Hakimlikte, hakimlik mesleğinde bu şekilde baskıya, bu şekilde dikteye kesinlikle yer yoktur. Bu olasılık dedik; aslında bağımsızlık olasılıklarla bağdaşmaz. Eğer bağımsız ve her türlü siyasi etkiden uzak bir yargı istiyorsak Bakan'ın ve Müsteşar'ın çıkmasının ötesinde yapılması gereken işler vardır. Bu Kurul'un, bu oluşumu ile, hakim bağımsızlığını sağlaması mümkün değildir. Bu yedi kişinin kurulduğu tarihten itibaren az veya çok bu hale gelmemizde büyük etkisi olmuştur. Niye etkisi olmuştur? Hiçbir zaman seçimlerde ehliyet, liyakat ölçü olmamıştır. Ölçü, doğrudan doğruya kendi aralarında liyakat üzerine yapılmış olan tartışmalar hatta ileri giderek söyleyeyim, pazarlıkların sonucudur, kontenjan ayırmaların sonucudur ve alıştırmıştır. Neye alıştırmıştır? Bakana kontenjan tanıma usulü getirilmiştir. Bakana kontenjan tanıma usulünü getirirseniz, siyasallaşma

yalunda düşüncesi olmayan Bakanlar tarafından oraya liyakatin üzerinde tartışma yapabileceğiniz kişilerin gelme ihtimali vardır. Ancak, belirli bir kadronun elindeyse bu iş ve belirli bir dünya görüşünün emrinde ise bu kişiler, Yargıtay'a yapılacak olan atamaların, doğrudan doğruya Bakan kontenjanı yoluyla bir siyasallaşmaya yol açacağından kuşku yoktur. Bunun örnekleri çoktur. Bu örnekleri şöylece anımsamanızı sağlamak bakımından söylemek istiyorum.

Biraz önce adaylığa kabulün yüksek bürokratların, Adalet Bakanı'nın arzusuyla yapıldığını, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bu işte bir yetkisinin bulunmadığını söylemiştim. Bu yeni Adalet Bakanı -yeni dediğim yine üç seneyi buldu da- döneminde kendisinin bizzat seçerek vekil olarak Ankara'ya getirdiği Yüksek Bürokratlar'ın kararnameleleri o idari göreve uygun bulunmadıkları için Cumhurbaşkanı tarafından geri çevrilmiştir. Bu geri çevrilen kişiler bugün Yargıtay üyeliğine seçilmişlerdir. Yargıtay üyeliğine seçilen bu kişilerle birlikte yargı bağımsızlığının aldığı yaranın büyüklüğünü şöyle bir düşünür müsünüz? Bir başka olay daha olmuştur. O daha vahimdir. Ödüllendirme ve cezalandırma örnekleri ortaya konmuştur. İktidarın başının ilgili olduğu davalarda belirli kararları veren kişiler bugün Yargıtay üyesidirler. Aleyhe karar veren kişilerin akıbeti, malvarlığı davasından, o davayı açan Başsavcı vekilinin durumuyla bellidir. Verilen örnek şudur: "Eğer bizim lehimize karar verilirse yerin Yargıtay üyeliği olabilir. Karşı bir davranış içinde olursan sonun budur".

Bu davada, Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı iken, fevkalade canımı sıkan bir Hazine Vekili'nin, hatta birçok Hazine Vekili'nin, ölmüş kişiler hakkında düşürülen davaları temyiz etme olayına şahit olan bir kişi olarak, milyarlarca lira için açılan davada Hazine Vekili'nin temyiz etmediğini gördük. O dava için mevcut savcının değiştirileceği yerde, Ankara'ya yer değiştirme cezası ile taltifen getirilen savcının bu davada görevlendirildiğini ve bir celsede bu davanın beraat ile sonuçlandığını -temyiz eden yok- ve bu işin böyle kapatıldığını gördük.

Şimdi değerli konuklar, çok daha enteresan ve vahim bir duruma doğru gidiyoruz. Gittiğimiz olay şudur: Dünyada, ilk defa -sevgili hocam yine kitabına girer dedi- doğrudur. Davasını kazanan bir davalının üzüldüğünü görüyoruz. Böyle bir olay cereyan etmemiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kazandığı bir davadan dolayı, üzüntülerini beyan eden ve doğrudan doğruya

bu işin çaresini bulacağını da buna ekleyen ve ulemadan fikir alınmadığı için Yüksek Mahkeme'yi suçlayan bir görüş, hiç kuşkunuz olmasın ki, çok yakın bir süreç içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin yapısını değiştirme yoluna gidecektir. Anayasa Mahkemesi'ni siyasallaştırma yoluna gidecektir ve Anayasa Mahkemesi'nin türbanın laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı bir sembol olduğu yolundaki kararının değiştirilmesine çalışılacaktır. Bunda başarı sağlarlar mı? Bu, sizlerin, bütün kamuoyunun karşı koymasıyla, sesini çıkarmasıyla, direnmesiyle ancak önlenebilir. Çünkü maalesef Anayasa Mahkemesi içerisinde işbirlikçileri vardır ve hazırlanan taslak bu işbirlikçilere sürenin uzatılması, maaşın artması karşılığında verdikleri bir tavizdir. Bu tavizin sonucu şudur: Belirli hesaplar yapılmaktadır. Bu söylediklerimin doğruluğunu her zaman kanıtlarım. Kanıtlamayacağım sözleri de sarfetmem.

Yapılan hesap şudur: “Üçte birini oradan seçersek, Sayıştay'ın göndereceği üye adedini artırırız ki, Sayıştay üyelerini nasıl olsa biz seçiyoruz. Mevcudu da bunun üzerine eklersek, biz bu türban kararının, daha doğrusu bu kararın laik Cumhuriyete karşı, aykırı bir eylem olduğunu gerekçeden çıkarırsak, biz istediğimizi yaparız”. Hesap budur.

Ben 1961 yılının o gönenç verici, insanı mutlu eden ve mensubu olmakta gurur duyduğum yargısını yeniden hepimizin gayreti ile, çabasıyla tekrar göreceğimiz inancını belirtiyor ve hepinize sevgiler saygılar sunuyorum.

Kazım KOLCUOĞLU

İstanbul Barosu Başkanı

Evet değerli Başsavcımız gerçekten Türkiye'deki, uygulama konusunda gelişmeleri açık bir biçimde ortaya koyduğu gibi, bundan sonra bu uygulamaların teşvikçisi ve aynı zamanda yaratıcısı olan yönetimlerin neleri düşündüğünü, neleri yapmak istediğini ve yargı üzerinde hangi oyunları sergileme konusunda önemli çabalar sarfettiğini ve sonuç olarak da Türkiye'de düşüncelerine uygun bir ortamın yaratılmasında karar verecek organların kendilerine yakın ve aynı zamanda kendi düşüncelerini de Türkiye'de yasalar içinde mahkemeleri de belli ölçüde değiştirerek, etkileyerek hakim kılmaya çalıştığını anlattı.

Gerçekten çok önemli. Bunun en bariz ve tipik örneğini derhal size söyleyeyim. Van'da bu davaların hazırlıklarını yapan ve bu çalışmalarını konutları gece yarısı basarak delil toplamaya çalıştığını söyleyen ve aynı zamanda da oradaki bütün avukatların artık görev yapması değil de yasadışı bir örgütün üyesi olduklarını söyleyip, adeta "ben dürüst bir insanım bunu söyledim ve itiraf ettim, aslında ağzımdan çıktı" diyerek bu sözleri hiçbir zaman inkâr etmeden söyleyen bir savcı çok kısa bir süre sonra başsavcı olarak başka bir ile tayini yapıldı.

Şimdi, tabii, bir bakıma insanlar, hep üzülüyor, Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun üyelerinin beşi, Yargıtay ve Danıştay tarafından seçilen üyelerden oluşuyor. Oylama dediğiniz zaman, çoğunluğun o seçilenlerden olduğunu düşünüyorsunuz. Ama maalesef öyle bir organizasyon kurulmuş ki, zaman zaman bunu görüyoruz, Barolar olarak bu konuda, hatta onların yüzlerine karşı da söyledim, onları belli yerlere götürmek suretiyle, yurtdışı seyahatlerine götürerek, ondan sonra gelindiğinde, böyle bir uygulamanın kontenjanlarını kendilerine göre düzenleyerek, onlara empoze ederek, sonuçta onların da olurlarını alarak bu sonuca vardıklarını maalesef izledik ve gördük. O nedenle hakimlik niteliği de çok büyük önem taşıyor artık. Bu niteliğin de hakimliğe kazandırılması konusunda önemli çabaların ve aynı zamanda bu konudaki çalışmaların titizlikle yürütülmesi gereği de ortaya çıkıyor. Sayın Başsavcımın söylediği doğru.

Hatta daha önemlisi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşmasında Avrupa'da birçok ülkede sadece hakimler ve savcılar değil, onun dışında savunma görevi yapan yargının içerisinde bulunan avukatlar ve onun dışında bilim adamı niteliği, yani zaman zaman hukuk fakültelerinden, sosyoloji, pedagoji bölümlerinden kişilerden oluşan yirmibir üyeden oluşan bir kurul olduğunu görüyoruz ve orada bu kurula idare adına hiç müdahale etme olanağının bulunmadığını, bütçesinin ayrı, özlük işlerinin ayrı, özerk, bağımsız nitelikte kurullar olduğunu görüyoruz. İşte onun için biz hem Barolar Birliği ve barolar olarak bu konuda bir Anayasa taslağı hazırladığımızda, onun içerisine bunu da bu şekilde yerleştirdik.

Tabii Türkiye'de bir tek şeye hiç dokunulmuyor. Hep Anayasa değişikliklerinden bahsediliyor, ama hakim ve savcılarının bağımsızlıklarını sağlayabilecek değişimi yapma konusunda hiçbir gayretin, hiç bir çabanın olmadığını da açık olarak görüyoruz. O nedenle bu yargının siyasallaşması

konusundaki gelişimlerin ve oluşumların Türkiye’de yargıya, hukuka karşı olan saygıyı gün geçtikte azalttığını, güvenin sarsıldığını görüyoruz. Bu bizi insan haklarından, demokrasiden, hukukun üstünlüğü ilkesi savunuluculuğu konusundaki taleplerimizden alıkoymaktadır. O nedenle kurumlar ve kişiler olarak hepimize çok büyük sorumluluklar düşmektedir.

Şimdi çok değerli konuşmacı Doç. Dr. Sibel İnceoğlu’na sözü vereceğim; o aynı zamanda adil yargılanma konusundaki koşulların neler olduğunu bir kitap haline getirdi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarının bağlayıcılığı konusundaki düşüncelerini dile getirmiştir. Yöneticiler bağlamamayı adeta fiili bir durum olarak görmektedirler. Biz bağlayıcı olduğunu İstanbul Barosu olarak gördük zaten. Bu davada bu yeni iktidar, o zaman Başbakan olarak Sayın Gül görev yapmıştı, eşi konusundaki davanın geri alınmayacağı ifade etti, “bu beni ilgilendirmez” dedi, ama bir süre sonra baktı ki durum kötüye gidiyor, o davayı geri çekti. Piyon olarak bu davayı devam ettirdiler ve sonunda bu davayla ilgili olarak ek bir savunma yapıldı. O savunmaya karşı devletin Dışişleri Bakanlığı’nın karşı bir savunma dilekçesi vermesi konusunda avukatların yaptığı çalışma sonucunda, bu dilekçe mahkemeye verildi. Bakan dedi ki: “Bizim haberimiz olmadan böyle bir savunma yapıldı, bunu geri çekiyoruz”.

Onun üzerine anladı ki hükümet, kendisine karşı açılan davada kaybetmenin yollarını arıyor. Biz o zaman bu davaya İstanbul Barosu olarak müdahale etme talebinde bulunduk. Dedik ki: “Devlet kendisini savunmuyor, ama bu sadece Devleti ilgilendirmiyor, toplumun tamamını çok yakından ilgilendiren bir konudur. Bu davaya müdahil olarak katılmak istiyoruz”. Ama dediğimiz tarihte dava tam karar aşamasında idi, son savunmalar yapılmıştı, Mahkeme: “Haklısınız, ama sizin bu talebinizi dikkate alırsak mahkeme çok uzayabilir, karar aşamasında bulunduğumuz için, talebinizle ilgili dilekçeyi dosyaya koyuyoruz, ama sizi davaya müdahil olarak kabul edemiyoruz” dedi ve kararını verdi. O karar, yani daire kararı dediğim kararda, bir tek hakim muhalefet şerhi vermek için talepte bulunmuş olduğu söylendi, ama sonradan o muhalefet şerhi vermek isteyen hakim de muhalefetini geri çekti ve oybirliğiyle alınan bir karar dönüştü. Acaba diyorum ki bizim müdahale dilekçemiz etkili olmuş mudur? İnşallah olmuştur, belki de olmuştur.

Sonra Daireler Kurulu’na itiraz yapıldı, ama sonuçta önümüze geldi. Gerçekten taraf olduğu halde ve hatta zaman zaman bizim Yönetim Kuru-

lu üyemiz Şükrü Alpaslan, bu savunmayı yapmıştı. Bu davanın bir an evvel bitirilmesi için bazı öneriler getirilmişti ve Türkiye’de türbanı rahatlama adına sonuçlandırılması için. Ama hükümet korktu tabii, hemen böyle bir talebi yerine getirmek ve dostane bir anlaşmayla sonuçlandırmak konusundaki önerileri göze alamadı; ama şimdi aradan zaman geçtiği için bakıyorsanız dostane çözüm arayanlar diyor ki “Bu mahkemenin kararı bizi bağlamaz. Ancak o davayı açanı bağlar, o da gitmiş Avusturya’ya yalnız başına; onun için onun başında türban olsa ne olur olmasa ne olur, bu bizi bağlamaz” diye ortaya çıkıyorlar ve bağlamaz diye ortaya çıkanların yanında zaman zaman da maalesef bazı hukukçularımız da bu kervana katılıyor, açıklamalar yapıyor, onu da anlamak mümkün değil.

Evet, kusura bakmayın, böyle biraz uzattım, ama söz yine Sayın İnceoğlu’nun. Buyurun.

Doç Dr. Sibel İNCEOĞLU

Yeditepe ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Teşekkür ederim, tabii ben türban davasına girmeyeceğim konumuz bağımsız yargı ve adil yargılanma olduğu için. Fakat daha önceki konuşmacılar, bu konularda da epey söz söylediler, özellikle siyasallaşmayla ilgili. Ben dolayısıyla burada bir kaç söylenmemiş nokta, özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin içtihatları üzerinde durmak istiyorum. Yargının siyasallaşmasıyla ilgili, atamalar üzerinde özellikle duruldu. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısı üzerinde duruldu. Ben biraz hakimler ve savcılara yönelik olarak uygulanan disiplin süreciyle ilgili birkaç şey söylemek istiyorum.

Şimdi disiplin süreci çok önemli, çünkü görevli olan yargıçların uyarma, kınama ve meslekten ihraça varan bir disiplin soruşturması işlemlerine tabi tutulması mümkün. Fakat bu süreç adil yargılanma hakkına son derece aykırı ve biliyorsunuz Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kararlarına karşı da yargı yolu kapalı. Niye yargıçlara yönelik disiplin süreci adil yargılanma hakkına aykırıdır? Bir kere adil yargılanma hakkı çerçevesinde,

suçlayan makamla kararı veren makam aynı olamaz. Hakimler ve savcılara yönelik disiplin süreçlerine baktığımızda ise, daha önce bahsedildiği gibi, Adalet Bakanı ve müsteşar Kurulun içerisinde bulunuyor. Peki soruşturma iznini kim veriyor? Adalet Bakanı. O zaman suçlayan kişi, aynı zamanda yargılayan kişi haline geliyor; yani savcının hakim olması gibi bir durum ortaya çıkıyor. Dolayısıyla bir kere bu süreç son derece adaletsiz. İkincisi bir göstermelik duruşma yapılıyor, o da bazen yapılıyor bildiğim kadarıyla. Tanık dinletmek mümkün mü? Hayır. Hiçbir delil sunma vs. de yok. Yani Adalet Bakanının onayından geçen bir rapor müfettiş tarafından hazırlanıyor, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun önüne geliyor. Peki bu raporun tersini nasıl ispatlayacak yargıç ya da savcı? Belki çok keyfi bir şekilde tutuldu, tanıklar belki çok keyfi biçimde ifade verdiler, ki bunlar yaşanıyor, o tanığı getirebiliyor mu hakim Kurul önüne veya lehine olan delilleri sunabiliyor mu? Hayır! Ne delil sunma imkanı var, ne kendini ifade edebilme imkanı var. Haydi buraya kadar geldik, Kurul karar veriyor. Bari hiç değilse bu karara karşı yargı yoluna gitmek mümkün olsun. Hiç değilse, açık olsun? Karar da açık değil, ulaşamıyoruz dolayısıyla kararların içeriklerini de bilmiyoruz. Kime neden ihraç kararı verildi? Hiç bir fikrimiz yok, halk bilmiyor, halk bilmediği gibi ihraç edilen de bilmiyor, gizli. Sadece Resmi Gazete'de bir cümle. İşte şu kişi meslekten ihraç edilmiştir, bu kadar.

Bilgi Edinme Hakkı Yasası çıktı biliyorsunuz. Bu çerçevede ben Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na da başvurduğum Kurul kararlarımı elde edebilmek için. Bilgi Edinme hakkımız var diye. İşin ilginç tarafı bana cevabı Adalet Bakanlığı verdi. Ben şunu düşündüm: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu diye bir kurul gerçekte yok. Bana göre yok. Sekreteryaya yok. Bana cevap Adalet Bakanlığı'ndan geliyor. O zaman niye var bu kurul? Kurul'un haberi bile yok belki, böyle bir talep olduğundan; çünkü Kurul karar almamış ki, bu gizlilik kalktı mı kalkmadı mı? Bunun ben tartışılmasını istedim. Ortada yeni çıkan bir yasa olduğuna göre, bu Yasa çerçevesinde hala Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararları gizli midir? Bununla ilgili belki de yorum yapacaktı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu? Hayır, bunun da önü kapanmış durumda, çünkü sekreteryaya çarpıyorsunuz; Kurul'a kadar gitmeniz mümkün değil. Şimdi bu adil yargılama hakkına tamamen aykırı bir örgütlenme. Dolayısıyla bağımsızlığı çok doğrudan etkiliyor; çünkü ne anlama geliyor? Adalet Bakanı istediği kişiye soruşturma izni verebilir ve bu ihraca kadar gidebilir; ama istemediği ki-

şiye de o izni vermez. Şimdi dolayısıyla son derece keyfi bir uygulama yaratabilecek konumdayız.

Acaba ihraç edilmiş yargıç, bu konuda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurabilir mi? Maalesef bu da mümkün değil. İnsan Hakları Mahkemesi'nin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesiyle ilgili, özellikle kendi yetki alanı ile ilgili sınırlamaları var; dolayısıyla bir yargıcın ya da savcının, bir polisin, bir ordu mensubunun disiplin soruşturmalarına ilişkin, adil yargılanma, yani 6. madde bakımından hak iddia etmesi mümkün değil. Bu Pellegrin-Fransa kararından beri, 1999'dan beri oluşmuş bir içtihat; bu içtihat değişmediği müddetçe de, yargıçlar, savcılar disiplin soruşturmalarına ilişkin olarak maalesef İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidemiyorlar.

Peki şöyle bir yöntem izlenebilir mi? Bu tür bir yapılanmadan dolayı, yargıçlar ve savcılar bağımsız değildir diye İnsan Hakları Mahkemesi'ne bir davada taraf olan kişi başvurulabilir mi? Bu mümkün. Bir başvuru yapıldı; fakat sonuç alınmadı, başvurunun gerekçeleri çok yetersizdi, dolayısıyla çok sınırlı bir inceleme yapıldı.

Türkiye'de son günlerde çok tartışılan daha önceki konuşmacıların da değindiği tutuklama ve tutuklamaya veya tutuklamanın devamına ilişkin kararlardan da söz etmek istiyorum. Bu kararlarda tutukluluk durumunun gerekçeli bir biçimde gösterilmesi gerekiyor. Türkiye'de "suçun niteliği ve delillerin durumu" gibi iki cümlelik gerekçe belirtmek standart haline gelmiş anladığım kadarıyla; çünkü İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen Türkiye kararlarının hepsinde aynı cümle var. Yani bütün yargıçlar aynı cümleleri kullanarak gerekçe yazıyor, ben uygulamada değilim ama...

Kazım KOLCUOĞLU: "Suçun vasfına, dosya durumuna"

Doç Dr. Sibel İNCEOĞLU: Evet dosya durumu yani delillerin durumu şeklinde bir tanımlama yapıyorlar. Bu cümlenin ötesine geçmiyor. Yani niye kaçacak bu kişi veya niye delilleri karartacak, ortada ne gibi koşullar var? Her kişinin durumu farklı. Her tutuklu olan kişinin durumu farklı. Bunların tek tek gösterilmesi gerektiğini İnsan Hakları Mahkemesi çok çeşitli kararlarında söylüyor. Bunlar daha önceki konuşmacılar tarafından söylenmediği için tekrar detaylandırmak istemiyorum.

Şimdi burada üzerinde durulması gereken bir başka konu 5. maddenin 4. fıkrası çerçevesinde tutuklamanın devamına ilişkin karar verilirken izle-

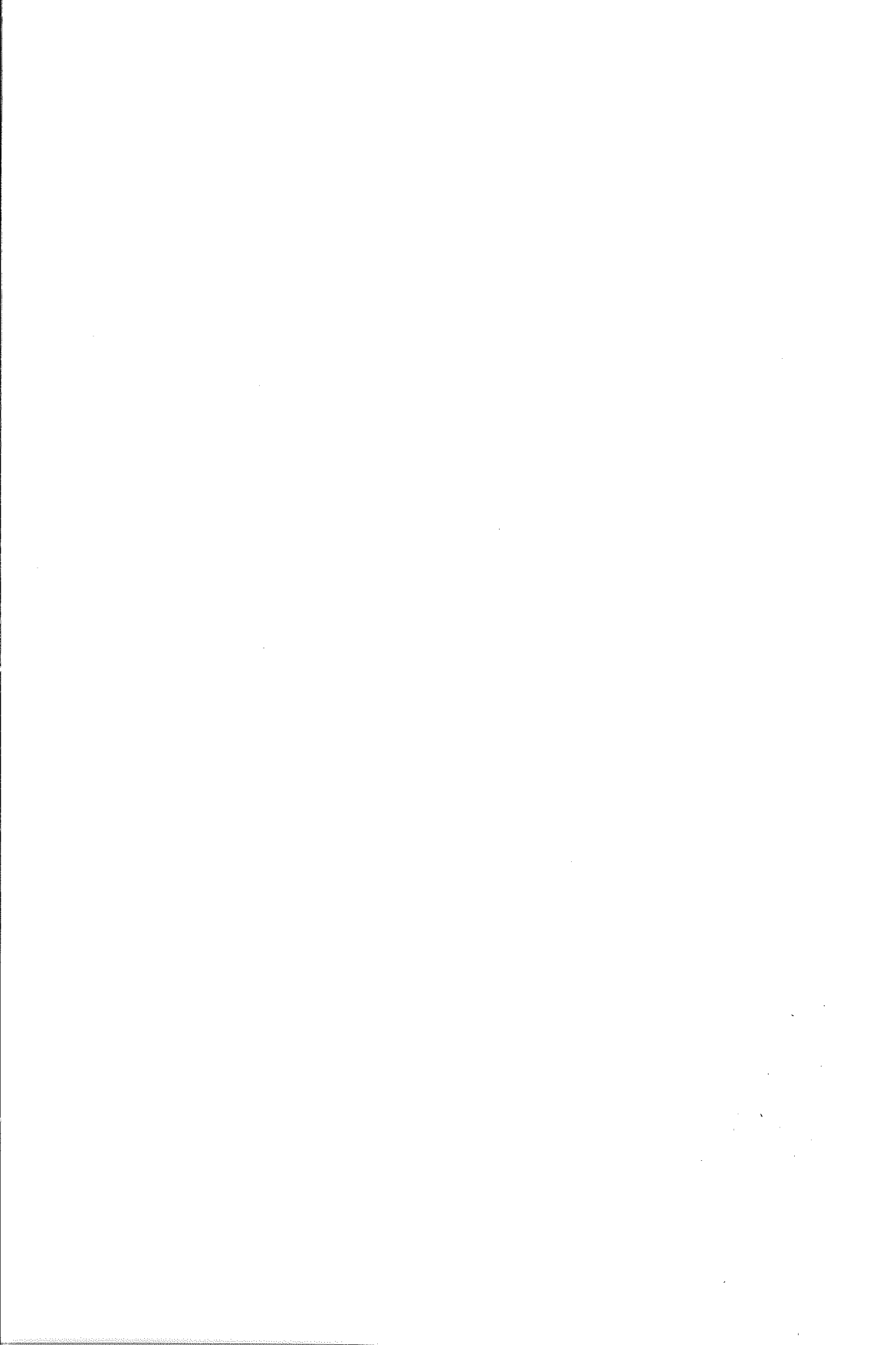
nen usuldür. Bu usule de dikkat etmek gerekiyor. Yani hangi usulle tutuklamanın devam etmesi gerektiği söyleniyor bu önemli. Şimdi bununla ilgili kararlara baktığımızda mesela Kampanis -Yunanistan Kararı, Niedbala-Polonya Kararı, Grauzinis-Litvanya kararı gibi bir sürü karar saymak mümkün. Bunların hep ortak noktası şu: Tutuklamanın devamına ilişkin bir karar veriliyorsa, bu kararın bir tür duruşma yapılarak, diğer bir ifade ile, çelişmeli bir biçimde silahların eşitliğine saygı gösterilerek alınması lazım. Yani ne demek istiyorum? Avukatın ve tutuklu kişinin bulunduğu bir duruşmada alınması gerekir. Bu ne anlama geliyor? Tutuklu kişi demek ki yargıcın önüne çıkabilmelidir. Yargıcın önüne çıkamıyorsa bu aynı zamanda 5. maddenin 4. fıkrasına da aykırılık olur. Yani kişi özgürlüğüne aykırılık olur. Şimdi demek ki uzun sürelerle yargıç önüne çıkarılmadan tutulması kişinin açık bir biçimde sözleşmenin 5. maddesine aykırıdır. Bu yönde bildiğim kadarıyla CMK'da bir hüküm konmuştu, tutuklamaya ilişkin karar alınırken şüphelinin, sanığın dinlenmesi için. Ama bu hüküm niye olduğunu bilemediğim bir şekilde değişti. Sanığın, şüphelinin dinlenmesi 105. maddede vardı, çıkarıldı. İyi bir düzenlemeydi, sevinmiştik. Aman ne güzel 5. maddeye de uyum sağlandı, artık bir sorun da çıkmaz diye, ama maalesef bu ifade çıkarıldı, belki Duygun Hocamız açıklar bunun niye çıkarıldığını. Herhalde “şüpheli ya da sanığın her tutukluluğunun incelenmesi aşamasında hakim önüne götürülüp getirilmesi çok pahalı olur, benzin parası bulamayız?” diye düşünüldü. Muhtemelen bu tür nedenlerdir diye tahmin ediyorum. Ama herhalde Türkiye Devleti İnsan Hakları Mahkemesindeki davalar nedeniyle tazminat ödemeyi daha ekonomik buluyor yani öyle tahmin ediyorum.

Bir de adil yargılanma ve tutukluluğun adilliği konusunda şunu söylemek istiyorum. Şimdi makul tutukluluk ile makul sürede yargılanma esasında ikisi birbirinden farklı şeyler ama birbirini de tamamlayan şeyler. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında şunun altı çok çiziliyor. Yargılanan kişinin neden, hangi nedenden yargılandığı ve de menfaatleri de önemlidir. Yani burada ne tür bir menfaat söz konusudur? Yargılama sonucunda neye karar verilecek? Bu da önemlidir. Mesela özel hukuk davalarıyla ceza davalarını da birbirinden ayırmak gerekir. Ceza davasında tehlikede olan şey çok daha önemli “kişinin özgürlüğü”. Dolayısıyla ceza davalarının daha çabuk sonuçlanması lazım. Peki ceza davası içinde kişi tutukluysa, tutuklu biçimde yargılanıyorsa? O zaman daha da fazla özen göstermek gerekiyor. Dolayısıyla makul sürede yargılama dediğimiz zaman bu ayırımları da yapmamız

lazım. Yani kişi tutukluysa burada riske ettiği şey nedir? Risk altında olan onun özgürlüğüdür. Dolayısıyla tutuklu bir kişinin bir an önce yargılamasının süratle sonuçlanması için devletin daha fazla özen göstermek yükümlülüğü vardır. Mesela benzer ayırımlar özel hukukta da zaman zaman yapıyor ya da idare hukukunda vs. Mesela bir davada HIV virüsü taşıyan bir kişi hastaneye karşı dava açmış. Çünkü hastaneden bulaşmış virüs. İki senelik bir yargılama süresini dahi İnsan Hakları Mahkemesi ihlal olarak buldu ki iki senelik bir yargılama süresi çok uzun bir süre değil. İhlal olarak gördü çünkü dedi ki “adam belki de ölecek yargılama bitene kadar. Tazminat alsa ne olur, almasa ne olur bu saatten sonra?” Şimdi dolayısıyla yargılanan kişinin durumu, neyin risk altında olduğu çok önemli. Demek ki hakkında tutuklama kararı olan bir kişinin de davasına öncelikle bakılması gerekiyor, öncelikle sonuçlandırılması gerekiyor. Özel bir yükümlülük var.

Son olarak son günlerde tartışılan, Van’da tutuklu bulunan şüphelinin bir çamaşır ipiyle intihar etmesiyle meydana gelen ölüm olayıyla ilgili olarak da bir iki şey söylemek istiyorum. Gerçi bu sempozyum konusunun, bu panel konusunun dahilinde değil ama buna da değinmeden geçemeyeceğim. Devletin sorumluluğu altında olan kişiyi koruma ve onun sağlığını, yaşamını güvence altına alma yükümlülüğü vardır. Bununla ilgili çok sayıda karar da var İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin. Devletin kendi denetimi altındaki kişileri koruma görevi var. Buna devletin pozitif yükümlülüğü diyoruz. Yani devlet sadece yaşamın sona erdirilmemesi konusunda, daha doğrusu yaşamı sona erdirmeme şeklinde bir yükümlülüğe sahip değil, aynı zamanda yaşama yönelik tehditlerden de kişiyi koruma yükümlülüğü altında. Yani pozitif yükümlülüğü var. Benzer davalar var, detaylarına girmeyeceğim ama örneğin bir Demiray Davası var. Demiray Davası, Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. Bu davada PKK Örgütü üyesi olması nedeniyle gözaltında bulunan bir kişinin yer göstermesi yani PKK’nın silahlarının saklandığı yeri göstermek için götürülmesi sırasında mayına basarak ölmesini ve bu konuda jandarmanın herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamasını İnsan Hakları Mahkemesi ihlal olarak görmüştür. Çünkü dedi ki “bu gözaltındaki kişi Devletin koruması altındadır. Dolayısıyla bu tip risklerin var olduğunu bilecek bu kişiyi yeterli bir biçimde koruması gerekirdi.” Mesela başka bir dava Türkiye lehine sonuçlandı. Bu da Tanrıbilir Davasıdır. Yine bu da PKK ile ilgili bir dava. Gözaltında intihar etmiştir bu kişi. Mesela bu dava da Türkiye lehine sonuçlandı; çünkü gözaltına alınırken kişinin ayakkabı bağlarının-

dan tutun kemeri vs. alınmıştı. Ve bir şekilde gömleğini parçalayarak bir ip haline getirmiş ve asmıştır kendini. Burada Türkiye'nin sorumluluğu olmadığını söyledi. Çünkü dedi ki "Türkiye bu kişiyi gözaltında tutarken, başlangıçta tutmadan önce daha doğrusu, yeteri kadar önlem almış". Fakat bu konuda ilginç bir yan vardı. Şunun altını çiziyordu: "Bir kişi özgürlüğü sınırlandığında intihar gibi davranışları sergileyebilecek psikolojik ruhsal değişimlere savrulabilir. Dolayısıyla devletin bunu düşünerek bazı önlemleri alması gerekir, nitekim Türkiye de almıştır dedi", Tanrıbilir davasında. Şimdi buradan yola çıkarak acaba tutuklu bulunan bir kişinin intiharını kolaylaştıracak iplerin niye cezaevinde bulunduğunu da düşünmemiz lazım. Yani bu konuda acaba bir önlem alınması gerekmez miydi? Niçin oraya ziyarete giden insanların ayakkabı bağları, kemerleri çıkartılıyor da ama orada yaşayan, tutukevinde yaşayan kişiye her türlü ip bulma imkanı sağlanabiliyor? İşte burada da bir tuhafılık olduğu, bir ihmalin olduğunu da göz önünde bulundurmamız gerekir diye düşünüyorum. Benim söyleyeceklerim bu kadar. Son konuşmacı olduğum için yeteri kadar yorulmuş olduğunuzu da düşünerek daha fazla vaktinizi almak istemiyorum. Teşekkür ederim hepinize dinlediğiniz için.



**SYMPOSIUM ON THE
INDEPENDENCE OF JUDICIARY
AND RIGHT TO FAIR TRIAL**

**Symposium organized by
Istanbul Bar Association and Yeditepe University
in Yeditepe University Faculty of Law on 21 November 2005**

Att. Kazım Kolcuoğlu

Chairman of the Bar Association of Istanbul

The issue, which we will share and discuss with you here today, is that of "Independence of Judiciary and Right to Fair Trial". The speakers will express their views and opinions under this title. Actually, the importance of carrying out this discussion once again today arises from the recent developments regarding judiciary in this country and from the fact that the debates on the abidingness of the court judgments have come up, recently. We witness that regarding these issues instead of the cognizant, the ones who would like to express their feelings take the foreground in explaining and commenting. That is the reason why this symposium bears great importance. The speakers who will share with you their opinions and legal points of view on these issues are cognizant and knowledgeable.

Concerning the independence of the judiciary and the right to fair trial, the right to fair trial naturally includes the service by an independent judge. The right to trial before an independent and impartial judge is very important.

In this country, the discussion whether the judiciary is independent and whether the trials are conducted by independent judges is reopened from time to time, due to the occurrence of events concerning these issues. The stage of investigation and trial concerning the rector and the deputy secretary general of the Yüzüncü Yıl University in Van perhaps is the last example, which generated a tragic result.

All these issues will be evaluated by the speakers and we will openly discuss whether a really independent judiciary exists in our country, taking into consideration both our Constitution and the legal measures under our current structure. As is known, there are numerous rules regarding fair trial, all of which will be explained to you by our distinguished speakers. We will end our meeting by these speeches and debates.

Now, although each and every of them are well-known, I still would like to present to you our most distinguished speakers.

Prof. Dr. Duygun YARSUVAT, who had taught me as well, is the rec-

tor of the Galatasaray University and also teaches at the same University.

Zuhal ÇOKAR, currently is a member of the Executive Board of Trustees of the Yeditepe University. She formerly was a member of the State Council and also served as the Head of District Administrative Court in Istanbul.

Sabih KANADOĞLU is a very valuable lawyer who is highly-known to all of us. He was the former Chief Prosecutor of the Court of Cassation.

Assoc. Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU currently teaches at the Universities of Marmara and Yeditepe. She is the author of a valuable book on fair trial.

On behalf of all of the attendants, I would like to thank to all the speakers who will enlighten us with their explanations. This Symposium has been organised by the Bar of Istanbul and the Yeditepe University. Hereby, I would like to thank to the Rector and the Dean of the University for providing all of us with the opportunity to discuss such an important issue. I also would like to thank to all the attendants on behalf of the Bar of Istanbul and the Yeditepe University.

We may begin with the speeches now. As he will have to leave us soon, I would like to give the opportunity to deliver the first speech to Prof. Dr. Duygun YARSUVAT.

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat

(Rector of Galatasaray University, Professor on Criminal Law and
Law of Criminal Procedure)

Thank you. Dear students, ladies and gentlemen. Today's homework is the right to fair trial.

What is the source of the right to fair trial? This right occurred as a result of the development of human rights and of the shift of the role of the human-being from the "object" to the "subject" of the criminal procedure, being entitled to certain rights. The source is the U.S. Law. It was in that legal system that the concept of "fair trial" was first suggested. Also expressed as "due process of law", this concept was established as "fair trial" at

the series of judgments by the US Supreme Court. The article 6 of the European Convention of Human Rights states the elements and the conditions of fair trial, embodying the right to fair trial. Following the most recent constitutional amendments, the right to fair trial has now become a constitutional rule in Turkish law.

The European Court of Human Rights in Strasbourg has delivered several judgments on fair trial, notably regarding the violation of this right by the member states. Turkey, among other states, got what fell to her share from these judgments as she will continue in the future.

Among Turks, the enthusiasm to join Europe has continued since centuries, beginning from the Ottoman times. The Ottoman Empire wished to be a part of Europe and tried to realise this wish by way of conquests, at which it succeeded. However, this success was erased by the mentality, which was also responsible from a delay of three centuries in commencing the use of the printing press in the Empire. Finally, when the progress, particularly the scientific development came to a halt, the Empire decided to apply certain reforms for the sake of being European. This resulted in the promulgation of the Tanzimat Edict in 1839. This was followed by the Paris Conference, which took place after the Crimean War and a series of reforms was applied.

In my opinion, there is a resemblance between the above-mentioned efforts of the Ottoman Empire and Turkey's current efforts to join the EU. The Ottomans of the past acted on the aim of being European as does the Turkish Republic of today. However, this aim of Europeanization was transformed by Atatürk to the aim of "reaching the level of modern civilizations".

If one looks at the newspapers of the day following the 3rd of October 2005, the date at which the opening of the negotiations of accession between Turkey and the EU was decided on, one sees the headlines "Now we are European", "We have become a part of Europe". This reminds one of the jubilation on the part of the Ottoman pashas after the 1856 Paris Conference, where the leading European states announced their recognition of the Ottoman territories. Those pashas were of the opinion that the Empire now became European.

At the process of the accession to the EU, several amendments have taken place in Turkish legislation, in particular in the area of human rights, with the aim of complying with the Copenhagen Criteria. These amendments were legislated by "all-inclusive" laws entitled "Law Amending Certain Laws", an unusual way as regards with the common legislative techniques. After the amendments, the allegation has been that the Turkish legislation is similar to those of the European countries. However, the responses from the EU countries are the same as that given by the Europeans during the Istanbul (Tersane) Conference in 1876. By the beginning of the Tersane Conference, the 1876 Constitution of Ottoman Empire was promulgated. When the then Ottoman Prime Minister stated that as all the rights of Ottoman citizens were now under the protection granted by the 1876 Constitution, there was no need for the Conference, the then Ambassador of the U.K. disagreed on the ground that the implementation was what mattered the most.

Just enacting the amendments is not sufficient as the countries of the EU as well as the European Commission would like to view the implementation. At first I found this attitude very odd. However, after delivering conferences on the amendments at various spots in Turkey and seeing the reactions, I felt that the implementation would be very difficult. Let me say that to create an understanding of these amendments among the people at the age of forty and above is very hard as is to make those accept these. It is highly probable to prepossess those below the age of forty with the notion of "fair trial" and accordingly to have a system based on this principle. Yet, this might take at least ten years or even twenty.

The society that we live in is not familiar to certain concepts. Even those who are well educated and expected to be knowledgeable in this issue do not hesitate to express certain erroneous opinions. First, arrest is considered as an appropriate punishment for any suspect. If the judge does not decide that a person to be arrested, that judge is often criticized for not doing so. A person who makes a traffic accident generally remains arrested for six months and then the remaining duration of the prison sentence is averted, conditionally upon the payment of a fine. This punishment procedure is appropriate for modern times. However, this is often seen by our society as "unleashing traffic monsters". This, of course influences governments following a populist policy who in turn increase the sentences and pave the

way for arrests to become widespread. The implementers too, act accordingly. Recently, two new codes have been enacted. One is the new Criminal Code and the other is the Code of Criminal Procedure.

Here, I would like to mention the Art. 5 of the European Convention on Human Rights, the article concerning detention and arrest. Our prosecutors, when evaluating a case before them, opt for applying the articles most fit for their purposes, sometimes in a manner pushing the limits. Their concern is more to realize what they have in mind than to act according to human rights.

The articles 250, 251, 252 of the Code on Criminal Procedure are known to all of you. The Art. 250 concern the establishment of specially authorized high criminal courts as a replacement for the abolished state security courts. It was our friends in Europe who demanded that the state security courts to be abolished. Our lawmakers accepted this demand straight away, establishing specially authorized high criminal courts. In fact, these are the equivalent of the state security courts and the system is the same. The very judges, who had served at the state security courts before those were repealed, carry on their former duties at the new courts as judges and prosecutors of specially authorized high criminal courts.

The Code on Criminal Procedure states that a judicial police force is established and that the prosecutor may utilize this force. However, the judicial police force has not been established in Turkey, yet. Our European friends view the establishment of a judicial police force as necessary. The establishment of a judicial police force was part of the Draft Code. Nevertheless, it was taken out of the Draft, as a result of a conflict between the Ministry of Internal Affairs and the Ministry of Justice.

In order to bring a suit conveniently, the prosecutors would like to make use of the opportunity embodied in Art. 250. In other words, the prosecutors do not take into consideration that the provisions on "complicity" might apply to a criminal case. For them, it is more convenient to apply Art. 250, which puts "organised crime" under the jurisdiction of specially authorised high criminal courts. However, the Law No. 4422 concerning organised crimes was abolished by the Code of Criminal Procedure. This leads us to a situation where a crime does not exist in substantial law but does exist in procedural law. We see that occasionally, the judges rule that the suspect

to be arrested based on a crime that does not as such exist.

Article 100 of the Code on Criminal Procedure concerns arrest. Also, Art. 19 of the Constitution mentions arrest in the context of human rights and freedoms. Art. 19 of the Constitution refers to "strong indication". "Indication" is a material concept. However, in the Code of Criminal Procedure, this converts into "suspicion supported by facts". "Suspicion" is a concept, which is subjective. Another problem is that what kind of facts must support the doubt. That the Constitution refers to "indication", whereas the Code on Criminal Procedure to "doubt" creates a discord in domestic law. According to Art. 100, suspicion occurs in two situations. First, there must be suspicion that the suspect might run away, might change the evidences or might influence the witnesses. The second situation in which arrest might occur is that the crime committed is one of those listed in the provision. This means that a judge who tries a case involving one of the listed crimes has an obligation to decide that the suspect to be arrested. Consequently, a "compulsory arrest system" occurs.

The first paragraph of Art. 100 is in violation of the Constitution. The "compulsory arrest system" envisaged in the second paragraph contradicts the judgments of the European Court of Human Rights. The European Court of Human Rights states that in accordance with Art. 5 of the Convention, first it must be checked whether the arrest is consistent with the domestic law. The Court elaborated on this issue in *Winterberg v. Netherlands* in 1979, a case which sets a precedent for the following judgments of the Court. According to the Court, however, the consistency with the domestic law is not sufficient. It must be investigated whether the domestic measure, in its content, grants those who apply it a room for arbitrary implementation. Under this criterion arresting a suspect based on a crime that does not exist in substantial law would be arbitrary.

When we look at the decisions by the European Court of Human Rights, we notice the concept "pantito", which is an Italian word. "Pantito" stands for rumour and the European Court of Human Rights states that no one may be arrested based on rumours. Every arrest decision must be duly reasoned according to the Code of Criminal Procedure. There are various European Court of Human Rights judgments condemning Turkey on this issue. The most widely-known of these judgments is the *Sargin* decision

which establishes that repeating the expressions embodied in the laws does not amount to duly reasoning. The greatest concern of the European Court of Human Rights about Turkey is the inadequate reasoning of the decisions. The Turkish legislation is sufficient to provide that the decisions are duly reasoned. However, the implementation needs improvement.

We do not want arbitrariness in the implementation of criminal law. Criminal law has certain deeply-rooted principles, which are necessary for all of us, no matter who we are. Once arbitrariness occurs, it may stay forever and it may affect each and every of us. Personally, I do not think the current erroneous implementation arises only from ignorance. I consider that it arises from the fact that the judiciary is being politicized.

Zuhal ÇOKAR

(Member of Board of Trustees of Yeditepe University,
former Member of the Supreme Council of Judges and
Public Prosecutors, and High Court of the Council of State)

Mr. Chairman, dear guests and young people. I want to explain my opinions upon fair trial, the independence of courts, the state of law and reforms in law in terms of my experiences while working as an ex-officio member of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors, by giving concrete examples.

As you know, the state of law is a principle of which the state secures the rights and freedoms of the citizens those being administrated. The administrations, who have the public power, must exercise all their functions in accordance with a contemporary Constitution and global law rules. In other words they must trust the rule of law principle sincerely. Not only the public authorities, but also the legislative body must comply with the state of law principle; otherwise the judicial authority intervenes the legislative body and ensures the rule of law by the help of independent courts and judges.

Are the courts really independent? Do the judges really have the security of tenure? The esteemed Rector has just said sympathetic words about the

judicial authority. I agree with him. Now I want to go in further details.

When we look up the related articles of the Constitution, it states that the judges shall be independent, they shall give judgment in accordance with the law, no organ and authority may give orders or jurisdictions to judges, or send them circulars. There are also rules for the independence of Supreme Council of Judges and Public Prosecutors saying that the council shall be established and shall exercise its functions in accordance with the independence of courts. Until now it is fine.

However when we look up the Article 140 of the Constitution, it says: "Judges and prosecutors shall be attached to the Ministry of Justice, where their administrative functions are concerned." In Article 159 (the composition of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors), it is stated that the President of the Council is the Minister of Justice, and the Undersecretary to the Minister of Justice shall be an ex-officio member of the Council. The council reaches decisions by seven regular members, of who are appointed by the Plenary Assembly of the High Court of Appeals and two are appointed by the High Court of the Council of State. And the other two members are from Minister of Justice, the head of the Council, and the Undersecretary of the Minister. That means that two members of the Council are politicians. There shall be no appeal to any judicial instance against the decisions of the Council. Consequently two members of the seven members of Council are politicians.

The appointment of the undersecretary who was appointed by the same political power overshadows the independence of the judicial authority, and this authority is left under suspicion of intervening and coercing from the government.

On the other hand one of the main bases of the state of law is the separation of powers and from this point of view; the Minister of Justice has become the only authority who shall exercise all three powers, judicial, legislative and executive.

In recent years he has taken on the spokesmanship of the Government. This assignment is born of neither the Constitution nor regulations. He started this assignment by the order of the Prime Minister. He has been making comments and stating beliefs on political, social, economic and cultural is-

sues, even on the issues that may be in all probability of being argued in front of courts, even more on the issues that have been started to being argued in front the courts.

Indeed the Minister first said "They will stab us in the back" about a symposium related to an issue concerning the superior interest of the state; then, after the order of the administrative court for "stay of execution", he changed his mind and caused the judgment to be disregarded by saying that the symposium could be held at another university, even though the people concerned still had the right to appeal the judgment.

Likewise the comments of the Minister about the suicide of the general secretary of the Van Yüzüncü Yıl University are still in our minds.

In administrative court one party is the government, namely the Ministries, the Prime Ministry, the decisions of the Council of Ministers, administrative procedures, and accordingly these decisions and procedures may be disputes in courts every time; so that it is obvious that these kind of comments may effect the judges and may have significant consequences.

Since we will discuss the independence of the courts, I want to give more information about the procedure and assignments of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors.

Supreme Council appoints the members of the High Court of Appeals and Court of State. Then the members of Constitutional Court shall be appointed among the members of the Courts and they shall constitute the majority in the Constitutional Court.

The Supreme Council of Judges and Public Prosecutors shall deal with the admission of judges and public prosecutors of courts of justice and administrative courts into the profession, appointments, transfers to other posts, the delegation of temporary powers, that delegation causes significant consequences in terms of natural judge principle, promotion, and promotion to the first category, the allocation of posts, decisions concerning those whose continuation in the profession is found to be unsuitable, the imposition of disciplinary penalties and removal from office. When we consider the importance of these assignments, judges and public prosecutors must be kept away from the effects of not only the political authority, but also all other authorities.

I have just mentioned that the Presidency of the Minister of Justice to the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors may influence the independence of courts and may overshadow the judicial authority. Mostly this issue has been argued regarded to Council.

Yet when we consider the rules concerning the supervision of judges and prosecutors, the case is more serious. Pursuant to the Article 144 of Constitution, the inquiry and investigations concerning the judges and prosecutors shall be made by judiciary inspectors with the permission of the Ministry of Justice. There shall be established an investigation Council within the Ministry of Justice.

At the same time, pursuant to Article 59 of the Act number 2802, "Judges and Prosecutors Act", the reports drawn up by the inspectors concerning the judges and prosecutors shall be kept in their confidential files within the archives of the Ministry of Justice.

The Supreme Council of Judges and Public Prosecutors tries to learn about the judges and prosecutors, who are not well known by the Council, by the help of confidential documents and state reports filed and drawn up by the inspectors whose promotion and appointments are dealt by the Minister of Justice. The Council has exercised final administrative decisions about the personnel rights of the judges and prosecutors. If the reports, the contents of which would not be known to judges, are against the judges and prosecutors, on the one hand the judges and prosecutors would not have the opportunity to adjust the reports or to defend themselves. On the other hand the state of reports would cause negative consequences on the appointment, the promotion of the judges and prosecutors, and the appointment for Council of State and High Court of Appeal as well in the next years. This confidentiality is contrary to the aim of improving the supervision as well as not being in accordance with the openness principle of democracy.

On the other hand the more important issue is that, to initiate an investigation against a judge or a prosecutor requires the permission of the Minister of Justice. Nobody knows how the political authority would exercise this significant power. This situation bothers both the judges and prosecutors and also public opinion. Therefore a amendment to the Constitution and an institutional alteration of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors are absolute necessities.

I want to tell the necessity of institutional alteration to the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors by giving concrete samples. Sometimes I have affirmed this example. Yet it is forbidden to publicize the minutes of the meetings of the Supreme Council, and this ban shall continue beyond resignation. However, this case was announced to public by the Anatolian Agency; so that I may express it and the alterations needed to be done shall be well understood from that case one by one.

Trainee judges begin their training after passing an exam organized by the Ministry of Justice. When they finish training, the final reports of trainees are drawn up, and if the final report of a trainee is favourable, then this trainee is admitted into the profession. But if the final report is unfavourable, then the report is discussed in the Council and the members of the Council decide whether the trainee shall be admitted into the profession.

In 1997, an unfavourable report drawn by up the Head of Centre for Education of Trainee Judges and his deputy claimed that two female trainee judges wore turbans and their lifestyles and worldviews were outdated. This report was not submitted to the Council by a survey judge in the knowledge of the present Minister of Justice and the Supreme Council admitted the trainee judges into the profession. After a few days the Agency published this news, and we, some members of the Council, demanded the reconsideration of the report.

The agenda of the meetings had been arranged by the Minister, and there was not a secretariat of its own of the Council. Our claim had not been put on the agenda three times. But at the end my proposal ensured that the claim was put on the agenda.

The same Minister alleged that "Supreme Council's decisions are final, they cannot be appealed, and we have been intervening against the freedom of religious belief of those wearing turbans." Contrary to this allegation I pointed out that, thanks to the principles of Kemalism and reforms, our women have been granted the right to be educated, citizen rights, and freedom in public. Yet, due to some of those who wish to place the administration of the State on religious principles, our girls and women have started to wear turbans as a symbol of protest to Kemalist principles and reforms, and there are differences between women who veil in a traditional manner in countryside and urban parts of our country, and women who veil the turban as

a political symbol while working as public officers or in public places. There are decisions of the Court of State and the Supreme Court regarding this issue and the administration should comply with these court decisions.

Therefore after long discussions on these two women alleging that they cannot be admitted into the profession, three inspectors serving within the Minister of Justice were assigned to investigate these issues drawn up within the reports. These unfavourable reports had been drawn up by the Head of Centre for Education of Trainee Judges and his deputy who are very experienced judges.

The Minister recalled these two judges a short time after this incident. The Court of State decided on stay of execution upon this administrative action. But the Minister in the circumstances of 1997 did not execute the decision.

Later on, the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors decided that those reports drawn up by three inspectors assigned to investigate the two judges' case were defective and uncertain and sent them back to the inspectors in order to expand the investigation. On the same day the Minister sent a decree to all courts stating that judges may decide whether attorneys may officiate in courts wearing turbans. This decree was cancelled by the Court of State's 8th Chamber. I also signed this cancellation judgment as a member of this Chamber. Meanwhile these two female judges started to work as judges without wearing turbans.

On the other hand the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors, who do not have the power to initiate an investigation of the survey judge who hide the aforementioned documents from the Council, had to call the Minister. The Minister has the power to initiate an investigation, and he did so against the same judge. This incident is really a sad case in the name of judicial power, which is the security of the state of law principle. Therefore it became essential to alter the formation of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors in order to ensure the independence of courts and the security of judges.

My proposal is that the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors be divided into two councils such as the Supreme Council of Judges and the Supreme Council of Public Prosecutors; and that the Supreme Co-

uncil of Judges be divided into two parts namely chambers for promotion and penalty; and appeals against decisions of the chambers be discussed by a General Council formed from the members of these Chambers; and the Chief Public Prosecutor of the Republic, or as proposed by Mr. Kanadoğlu, in order to protect the judicial authority from the influence of the politicians, the Chief Public Prosecutor of Turkey be the head of the Supreme Council of Public Prosecutors; and the Minister of Justice and the Undersecretary to the Minister of Justice not be an ex-officio member of the Council; the appointment procedure of the members of Supreme Council of Judges and Public Prosecutors be altered; the members be appointed ultimately and directly by the General Councils of the Court of State and the High Court of Appeal among the members of these High Courts; reserve member appointment procedure be abolished and the number of the members be increased, and the Supreme Council have a separate budget and a separate secretariat; the Supreme Council be granted financial autonomy by allocating shares from the budget automatically; unlike today's trainee judges and attorneys not be admitted into profession by an examination organized by Ministry of Justice; the examinations be organized directly by the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors by means of the Centre for Education of Trainee Judges, and lastly, like the Councils of Western Countries, the Supervision Council to initiate investigations serving under the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors.

Sabih KANADOĞLU

(Honorary Chief Public Prosecutor of the Republic,

Lecturer at Yeditepe University Faculty of Law)

Thank you Mr. Chairman. Dear guests. Have you ever been sad because of some incidents, which you never contributed? I had so. I feel sad now.

We listened to Prof. Yarsuvat altogether. It is not possible for me not to feel sorrow, to be annoyed, even to feel ashamed having served 43 years as a judge, 19 years of which were served as a member of the High Court of Appeals. But how have we come to this point?

On 12th of September, 1982, people, who were trying to understand what is going on by listening to the news on television, realized in astonishment and horror that the leader of coup d'état was blaming the judiciary? The inventor of the words "Do we have to feed them instead of hanging them?" trimmed the judiciary powers by saying that "we are arresting those and the judicial authority are releasing", and then the independence of the courts which were arranged in the 1961 Constitution was abolished by the Constitution of 1982.

The provisions of the 1962 Constitution regarding the Supreme Council of Judges and the independence of courts, as in the constitutions of the other countries that were really practicing the separation of powers, influenced the desire of so many graduates of the law schools like me into the profession at that time.

Between 1961 and 1980 the independence of courts suffered many blows, but the most striking one was struck by the 1982 Constitution. The ideology of "we are arresting and the judicial authority is releasing" abandoned the judicial authority and all its judges and public prosecutors to the authority of the Minister of Justice.

As the esteemed President has stated in his message for the 82th celebration of the foundation of Turkish Republic, there is no doubt that the ex-officio membership of the Minister of Justice and the Undersecretary to the Minister of Justice to the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors is contrary to the independence of courts. This should be amended immediately, and within the last report of the Progress Committee of The European Union this fact has been stated as well. Maybe later on the legislative authority would reform the formation of the Supreme Council.

However, as Prof. Yarsuvat has just said, if we do not respect the rule of law and adhere to the principle of the state of law, we may find another way. Why do we find another way? As Mrs. Çokar has just suggested an example, and this example is so valid. If you read the Constitution, you would realize that the Supreme Council admits the judges and public prosecutors into the profession; this power belongs to this Council. Yet, I want to explain how this power has been rearranged by the latest amendments.

First the function was divided into two. The authority for "admitting

into traineeship" is directly given by a council formed from the bureaucrats of the Ministry of Justice. Within this council the Undersecretary to the Minister of Justice, and general managers or deputies are in charge. The promotion and the continuation of these general managers and bureaucrats in the profession are at the discretion of the Minister of Justice. That means a council formed by the decision of the Minister of Justice admits the judges and public prosecutors into traineeship.

The written exam has been organized properly. But as the people, who took the oral exam said, the questions asked and the answers given in the oral exams are farcical. Nobody says that the decisions to admit the people into traineeship of this council, which is formed by the members appointed by the Minister of Justice, are independent and free from the influence of the Minister. This is a very low probability. For sure, they have lists and these lists have been drawn up by the Minister, and by the request of the Minister this Council has admitted many nominees into traineeship. This is the first step in the politization of the judiciary.

Ms. Çokar has already explained the admission procedure into the profession. I had the opportunity to observe the lessons in the Centre for Education of Trainee Judges, and to realize the hierarchical coercion of the Minister of Justice over the lecturers. These trainees have been educated in this Centre, but how? They have been educated with ties to the Minister of Justice. Within the judicial profession there is no place for this kind of adherence and this kind of coercion. I said that this is a probability. Actually the independence does not comply with the probabilities. If we wish to establish a judicial authority, which is independent and free from coercion and all kinds of political influence, we should do more than merely the cancellation of the membership of the Minister of Justice and his Undersecretary. It is impossible for this Supreme Council to provide the independence of the courts with this formation model.

The appointment method of the members of the Supreme Council had also unfavorable consequences on coming to that point. Competence and merit were never criteria for these appointments. The criteria are directly the consequence of deals and quotas and the criteria have become a tradition. A quota is granted to the Minister of Justice. If you grant a quota to the Minister, Ministers who do not want to politicize the judicial authority may appo-

int judges on their merit. However, if this appointment task has been granted to a specific staff, and this staff has been serving with a specific ideology, there is no doubt that the appointment of the members of the High Court of Appeal causes the politicization of judicial authority by this quota system. There are many examples of this fact. I just wanted to remind you that.

I have just said that the admission of nominees into traineeship is being done by bureaucrats at the request of the Minister, and that the Supreme Council of Judges and Prosecutors has no power over this process. In the era of the present Minister, the President sent decrees questioning the appointment of bureaucrats, who were appointed by the Minister of Justice personally but lacked the merit. Then these bureaucrats were appointed to the High Court of Appeal. Do you realize what great injury these appointments have caused the independence of courts? There is another incident, which is even more serious. Examples of reward and punishment are found within this incident. The future of the judges who decided against the government is clear from the Deputy Chief Public Prosecutor's situation. The example given is that: "If you, as a judge, decide in favor of us, you will be appointed as a member of the High Court of Appeal, if not, your future would be like that of the deputy."

When I was the president of the Criminal Chamber of the High Court of Appeals, an annoying event occurred. A treasury attorney did not appeal a judgment about billions of Turkish Lira. A public prosecutor who was banished and sent to Ankara was put in charge of just this case. He did not appeal the judgment either, therefore the defendant was acquitted and the case was dismissed.

Now esteemed guests we are moving to another serious and interesting case. In this case for the first time in the world, we realize that a defendant is sad because he won the case. This has never happened before. An ideology expressed its sadness, because Turkey won the case. It declared that he would seek a solution blaming the Supreme Court for not asking the ulemas' opinion, and would undoubtedly try to change the formation of, and politicize the Supreme Court, and would force it to reconsider its judgment regarding the wearing of turban is contrary to laicism and the principles of Kemalism. Can they manage to do that? This may be prevented if only you, the entire public oppose it, resist and raise your voice. Unfortunately they

have collaborators in the Supreme Court. A draft law they are working on is a concession in return for the extension of their period of service and raising their salary. The consequence of this concession is that certain considerations are made. I can prove the accuracy of my claims, and I would never state any claims, which I cannot prove.

The consideration is this: If we increase the quota of the Court of Accounts, and appoint one third of the members of the Supreme Court from among the Members of the Court of Accounts, and as we already appoint the members of the Court of Accounts from our ideology, and seeing that the present members of the Supreme Court have the same ideology as us. We would be able to change the judgment that the wearing of turban is contrary to laicism and the principles of Kemalism.

Finally I would like to express my strong faith in the reformation of the judicial authority thanks to your efforts, energy, and enthusiasm as same as in the year 1961 which was prosperous and made people feel happy, and of which I was proud to be a member; and I would love to express my great pleasure for being here.

Kazım Kolcuoğlu

(The President of Istanbul Bar Association)

As Mr. Chief Public Prosecutor has discussed the developments in practice in Turkey, I also have tried to show what the administrators, the encouraging and creative power behind these practices, have in mind, what they wished to put into action and what kind of games they were planning to play with the judgments. And as a result of all these factors, how they want to have an influence on the courts through the statutes by affecting the organs, which are forming these statutes in such a way that they become close to one and another. This issue is really important.

Let me relate this to you by a very obvious and typical example right away. In Van, a public prosecutor, whose job was to prepare these cases, told that he was searching for evidence, when he entered into dwellings without permission in the middle of the night? He also claimed the lawyers in that

town did not do their job, but were the members of an illegal organization instead. By admitting these things, he was actually proclaiming what kind of an open-hearted man he was. This public prosecutor never denied these words, and soon after, he designated as the attorney general to another city. Now, five of the members of the Supreme Committee of Judges and Public Prosecutors are selected by the Supreme Court and the Council of State. But, if we talk about the voting system, then we can see that people think that the majority of the members are the ones, whom they have been voting for.

Therefore, also the quality of a judge plays an important role. This quality must be related to judges and to make this come true, the efforts put into this case must have a serious character. What the Chief Public Prosecutor says is true. But what is more important is that in Europe, the Supreme Committee of Judges and Public Prosecutors not only consists of judges and public prosecutors but also of members of bar associations, whose job is defense within the scope of the courts. Along with that, twentyone of the members of the Committee are scientists, sometimes with a judicial, sociological and pedagogical background. There, it is not possible to interfere in the sphere of the administration, the budget and the matters pertaining to the personnel have an independent character.

Therefore, when we, as Bar Associations and as attorneys belonging thereto, prepared a draft of the Constitution, we have taken all these elements into consideration. But of course, one thing is untouchable in Turkey. And that is the fact that nothing is being done when it comes to the independence of the judges and public prosecutors, even though amendments of the Constitution always are an issue. The courts being subject to politics is a fact, which decreases the respect and the trust to the courts and to the law in general in Turkey. This prevents us from human rights, democracy and being the defenders of the rule of law. Therefore, we have some serious responsibilities as institutions and as individuals.

Now, I am going to give the word to the worthy lecturer, Associate Professor Dr. Sibel İnceoğlu. She also wrote a book on the conditions of fair trial and has shared her thoughts on the binding character of the judgments of the European Court of Human Rights with us. The administrators insist on claiming that these judgments are not binding, but we, as the Bar

Association of Istanbul, have seen that this is not the case. In this lawsuit the current Prime Minister of the time, Mr. Gül representing the new government, claimed that the case about his wife could not be withdrawn, saying that it was not his problem. But after a while, when the situation started to go worse, he withdrew the case. The case remained to be held as a pawn and in the end an added defense was made regarding the case. A petition of counter defense of the Ministry of Foreign Affairs by the attorneys working on it was presented to the court. The Minister said that they would withdraw, because they were not aware of it in the first place. As a result, it is understood that the government was looking for some way to loose the case against itself.

We, as Istanbul Bar Association, required intervening in the case at that time. We said: "The government does not defend itself, the case does not only interest the government but it closely interests the whole society. We want to join the case as intervener". However at the time we told this, the case was at the judgment stage, where the last defenses were done. The Court said: "You are right, but if we take your request into consideration, the case may last too much longer. We are putting the petition of your request into the file, but we do not accept you to the case as an intervener", and made the decision on the case. In that decision, we were told that only one judge prepared a dissenting opinion, but he also withdrew his opposition and accordingly the judgment had been given unanimously. I wonder if our intervention had been effective. I hope it was.

Mr. Şükrü Alpaslan, a member of our Board of Directors and party to this issue, had made this defense and supported this by some suggestions to end the case immediately; but they were scared, of course. Now some time passed over these issues and I see that the ones who wish to find alternative solutions say that: "The decision of the court does not bother us". However, it bothers the person who applied to the court, who is actually gone to Austria alone by herself, so what changes if she has turban or not. They appear by saying it does not bother them and among these people sometimes unfortunately some of our lawyers take place. Yes, excuse me, I made it a bit long, but the word is Dr. İnCEOğlu's again.

Assoc. Prof. Dr. Sibel İnceoğlu

(Marmara University, Faculty of Law, Yeditepe University,
Faculty of Law)

Thank you. I am not going to discuss the turban case, as our subject is the independence of judiciary and fair trial. Thus, the preceding speakers discussed various aspects of the subjects, especially on the political aspects. Therefore, I am going to deal with some untouched issues such as the interpretation of the European Court of Human Rights. The proceeding speakers have already discussed the political influence on the judgments, the appointments as well as the Supreme Committee of Judges and Public Prosecutors. I want to say a few words about the disciplinary proceedings applied for judges and public prosecutors.

The disciplinary proceedings are important because the judges who are in charge can be subject to discipline investigations in the form of warnings, disapprovals and removals. But such proceedings are against the right to fair trial and, as you know, the decisions of the Supreme Committee of Judges and Public Prosecutors are final and no further application to courts are available.

Why are the discipline proceedings against judges infringing the right to fair trial? First of all, the authority that brings the action and the authority that renders a decision should not be the same. As discussed earlier, the disciplinary proceedings against judges and public prosecutors are to be found with in the scope of Ministry of Justice and the Committee. Then who is giving the order to initiate the proceeding? The answer is Ministry of Justice. In this case, the one who is bringing the action also becomes the one who is hearing the case. As a result the public prosecutor becomes the judge. Therefore, this proceeding gets unfair in its highest degree.

Secondly, a nonfunctional hearing is being held, and as far as I know, such a hearing takes only place now and then. Is it possible to hear witnesses? No. It is not even possible to put forward any evidence. A report by the inspector is being approved by the Minister of Justice, and then it is presented to the Supreme Committee of Judges and Public Prosecutors. How is it than possible for the judge or public prosecutor to demonstrate against the

report? It may be the case that the report is drafted in a discretionary way; the witnesses have given their testimony in the same way. Such things are possible in reality. Can the judge bring such a witness before the Committee or present evidence that speaks against them? No! There is neither a possibility to put forward any evidence nor to give a testimony.

Let us assume that we came up to this step, the Committee is rendering a decision. Then there must at least be a possibility to bring the case before a court. The decision that has been rendered cannot be subject to litigation. They are confidential. Why cannot we know the contents of the decisions? To whom and why it was given a removal decision? We have no idea, the public has no idea and most important of all, the person who has been removed has no idea. It is a secret. There is only a single sentence in the Official Gazette, which says "such person has been removed from the profession". That is it.

As you know, the Act on the Right to Obtain Information is accepted. Depending on this Law, I applied to the Supreme Committee of Judges and Public Prosecutors to get in possession of the decisions of the Committee. Because, we now have the right to obtain information. Most interestingly, it was the Ministry of Justice who answered me. I then thought that the Supreme Committee of Judges and Public Prosecutors do not really exist. For me that is the situation. No Secretary exists. If the answer will be given by the Ministry of Justice, then why do we have such a committee? Maybe the Committee is not even aware of my request, because it is not the Committee, which rendered the decision.

I wanted to discuss this question. If the decisions of the Supreme Committee of Judges and Public Prosecutors are still confidential in the light of new Law? Maybe the Supreme Committee of Judges and Public Prosecutors wanted to give an explanation on this issue? But no, there is no access to such an explanation on this issue. The Secretary is blocking your way. No way for those questions to reach up to the Committee.

This organization is definitely against the right to fair trial. And it affects the independence directly. The Minister of Justice can give permission for an investigation against any judge, and this can lead to removal. The Ministry can also avoid from giving such permission. Therefore, we are in a situation that we can create a very discretionary application.

Can a judge, who has been removed from the profession, apply to the European Court of Human Rights? Unfortunately, this is not possible. The European Court of Human Rights has some limitations concerning the Article 6 of the European Convention on Human Rights, especially on its own jurisdiction. According to the Article 6, a judge or a public prosecutor, a police officer, and the members of the army who have been subject to disciplinary proceedings cannot institute proceedings. This is the ruling opinion since the Pellegrin-France decision held in 1999. Unless this opinion changes, the judges and public prosecutors against whom disciplinary proceedings have been held will not have a possibility to apply to the European Court of Human Rights.

What if a party to an action turns to the Court of Human Rights on the basis of the fact that judges and public prosecutors are not independent? This is possible and actually such an application has been made. But no result was obtained because the grounds of the application were insufficient. Therefore, only a limited examination took place.

I want to say a few words about to arrest and the decisions given afterwards, imprisonment etc., which was discussed a lot lately in Turkey. In these decisions, the imprisonment situation should be justifiable. In my opinion, short justification such as “the nature of the crime and the situation of the evidences” generally accepted as standard, because we can see the same sentence in each decision, which comes before the Court of Human Rights. In other words, all the judges use the same sentence to justify their decisions, I am not in practice but...

Kazım Kolcuoğlu: With reference to “the quality of the crime, to the situation of the file ...”

Dr. Sibel İnceoğlu: Yes, they name it as “the situation of the file”, in other words “the situation of the evidences”. It is not possible to change this statement. In other words, why should the person run away or why should he hide the evidences, what are the conditions? Each case is different. The case of each arrested person is different. The Court of Human Rights declares in its various decisions that these should be defined one by one. As these were said by the previous speakers, I do not want to go into much detail.

Another subject that we need to discuss is the 4th paragraph of Artic-

le 5 of the Convention, the procedure after the imprisonment order. We need to be careful about this procedure. When we examine the judgments concerning this, for example *Kampanis v. Greece*, *Niedbala v. Poland*, *Grauzinis v. Lithuania*, the common point is that when a continuance of imprisonment decision is given, this decision should be given after a trial, after a hearing in respect to the "equality of weapons". In other words, the decision should be given in a hearing where the attorney and the arrested person took place. What does this mean? The arrested person should be able to come before the judge. If he cannot, this is also contrary to the 4th paragraph of the Article 5. In other words, this is against the freedom of the person. The long lasted imprisonment of a person without seeing a judge is clearly against the 4th paragraph of Article 5 of the Convention.

As far as I know, CMK also put a rule, which is to hear the suspect before giving the imprisonment decision. However this rule has changed in a way I do not know why. To hear the accused, the suspect was in article 105, but taken out. It was a good arrangement which we were pleased; unfortunately it is taken out. Maybe Professor Duygun can explain why. Perhaps, they thought this would be too expensive that they would not be able to find money for motor oil? I think this should be the reason or something similar to this. Than I think, the State of Turkey finds it more economic to pay compensation according to the decisions of the Court of Human Rights.

I also want to add something to the fair trial subject and fair imprisonment. The reasonable imprisonment and the reasonable time for trial are different but also they complete each other. In the decisions of the European Court of Human Rights, why and for what reason a person is having a trial and also his benefits are important. In other words, what kind of benefits should be discussed? What to decide at the end of the trial? This is also important. For example, we need to separate the civil lawsuits and criminal lawsuits. In criminal lawsuits, "freedom of the person" is in danger and this is more important than anything. Accordingly the criminal lawsuits must be concluded faster. What if a person is arrested in a criminal lawsuit, if he is imprisoned by the time of the hearings? In that case he should be trialed even more carefully. Consequently, when we talk about a reasonable time for trial, we also need to discuss these. In other words, if a person is arrested, what is it that he risks? The thing under risk is his freedom. Consequently, that person needs to be tried as soon as possible and it is the state's

responsibility to take care of this. For instance, similar differentiations are done in private law in time to time or in administrative law etc. For example, in a case a person who carrying HIV virus had brought a suit against the hospital. Because the virus was infected from the hospital. Two years of trial duration was found as violation by the Court of Human Rights, even a two years duration is not very long period for trials. They count it as violation because they said "maybe the man will die before the trial ends. What changes if he takes compensation or not after this time?" Accordingly, the situation of the person who is tried and the risk which he takes is very important. Therefore, it is necessary to hear the case of a person who is arrested as soon as possible and to bring it to a conclusion immediately. There is a special obligation.

Finally, I would like to say few things about a lately discussed topic, the death event of the suspect who committed suicide with a clothes line while he was imprisoned in Van. Although this is not a subject of this symposium, of this panel discussion but I can not pass without mentioning. The state has an obligation to protect and to make certain the health and the life of a person under its liability. The European Court of Human Rights has many decisions relevant to this. This is called the positive obligation of the state. In other words, the state is not only under obligation to protect the lives of the people but also to protect them from the treats directed towards their lives. It has a positive obligation. There are similar cases, I will not discuss the details but for example there was a suit called Demiray Suit. This suit was concluded against Turkey. In this case, a person under surveillance due to his membership to PKK Organization was exposing the places where PKK hid their weapons. While he was taken to these places, he stepped on a mine and died. There was not any sanction against the Gendarme, the police soldier. The European Court of Human Rights adjudicated that this was a violation because they said: "the person under custody was also under protection of the State. Therefore, it had to protect the person sufficiently under the knowledge of these risks".

For instance another suit was resulted in favor of Turkey. This suit was called Tanribilir Suit. This suit was also related to PKK. It is about a person committed suicide while he was under custody. This case concluded in favor of Turkey because all necessary equipment of the suspect starting from his shoe string to his belt and etc. was taken away. The suspect had

torn his shirt to make a rope and hung himself. In this case, Turkey said to have no responsibility. Because the Court said: "Turkey had taken necessary precautions the imprisonment". However there was an interesting point. The thing emphasized was as they said: "Someone may show some psychological changes like committing suicide when his freedom is limited. Therefore, the state needs to take precautionous measures to prevent this, likewise Turkey did" in Tanribilir Suit.

Now starting from this point, we have to think why there are ropes in prisons to facilitate the suicide of a convict. I wonder if there was not any necessity of taking precautions. Why were the shoe strings and belts of the visitors taken while all chances for finding a rope was provided to a person living in prison? At this point I think there is strangeness; there is a negligence that we need to take into consideration.

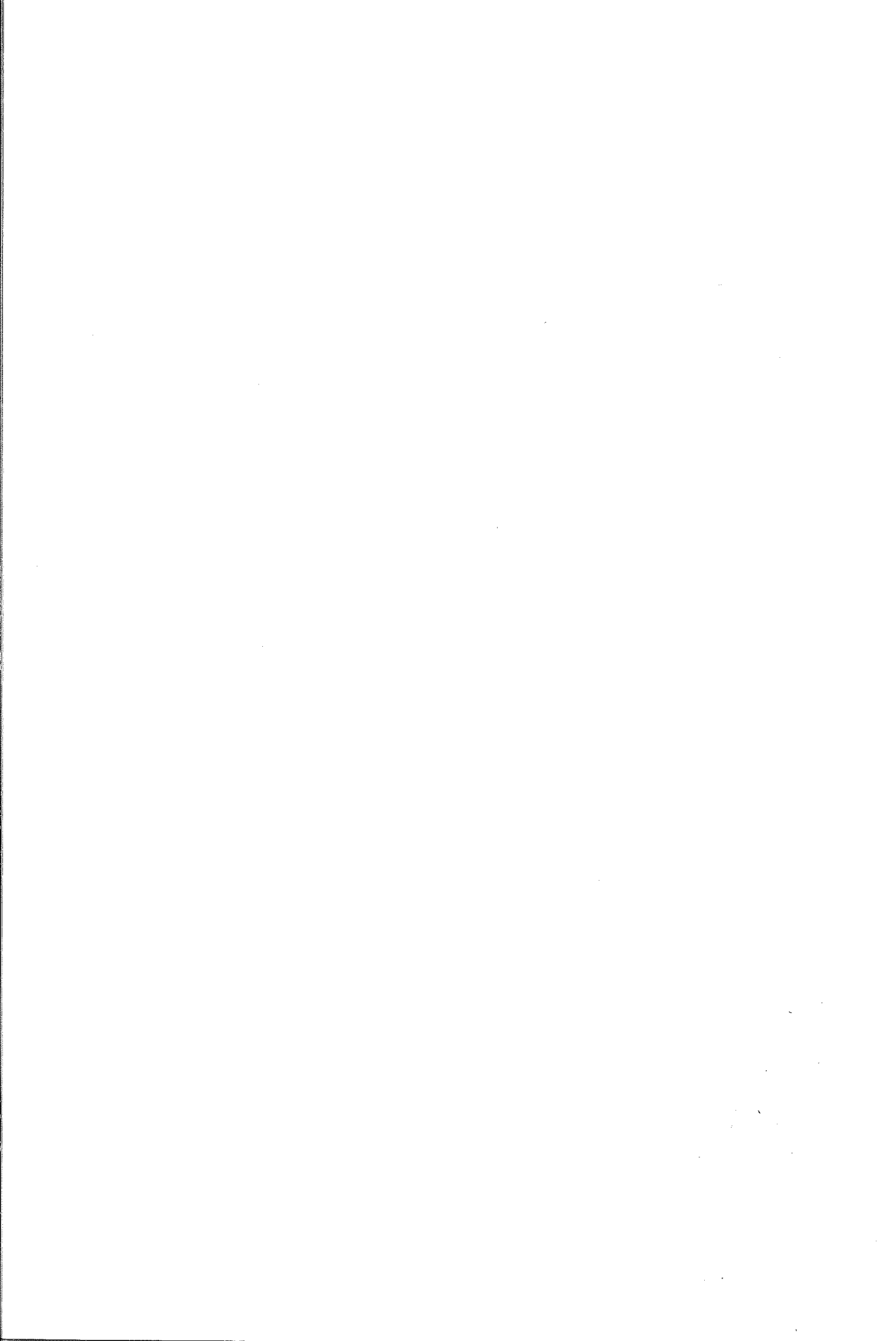
These are all that I want to say. As being the last speaker and thinking that you must have got tired enough, I do not want to take any more time. Thank you all for listening.

İstanbul Barosu ve Yeditepe Üniversitesi tarafından
28 Kasım 2005 günü Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen

UZUN VADELİ KONUT FİNANSMANI KANUNU TASARISI SEMPOZYUMU

Tebliğler ve Soru-cevap Tutanakları

Tebliğler, sempozyumdaki sırasına göre sıralanmıştır ve
28 Kasım 2005 tarihindeki hukuki durumu yansıtmaktadır.



BİRİNCİ OTURUM AÇILIŞ KONUŞMASI

Kazım KOLCUOĞLU
İstanbul Barosu Başkanı

Bugün gayrimenkul hukuku açısından uzun vadeli konut finansmanı konusunu burada görüşüp tartışacağız.* İstanbul Barosu ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu yıl içerisinde çeşitli konularda çok önemli ortak toplantılar ve paneller düzenledi. Bu panelimize çok değerli hocalarımız katılıyor. Sayın Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı; Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Başkanı, Prof. Dr. Saba Özmen; YÜHF Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi, Prof. Dr. Bilge Umar; Kamu Hukuku Bölümü Başkanı, Doç. Dr. Ali Cem Budak Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku öğretim üyesi.

TTK ve Borçlar Yasası önem taşıyor. Bu iki Yasa üzerinde de önemli çalışmalar var. Borçlar Yasası ile ilgili olarak da toplantı yaptığımız. Bazı yasaları çok çabuk çıkarıyorlar, daha sonra da tartışması bize kalıyor. Önemli olan tartışarak yasaların yapılması, sonradan tartışmaya açmak, yaptıktan sonra tartışma olduğu zaman, biliyorsunuz ki yasalar çok geçmeden bazı de-

* Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı'nın metni sempozyum tutanaklarının sonunda ektir.

ğişikliklere uğruyor. Bu, yasa yapma tekniği açısından da çok sakıncalı. Hemen yapıldıktan sonra arkasından değişikliklere uğramaması gerekli. Evet, konuşmalarımız 20'şer dakikayla sınırlı. Ben ilk olarak değerli konuşmacımız Sayın Abdülkadir Arpacı'ya sözü veriyorum.

BİRİNCİ OTURUM

DEĞERLENDİRME KONUŞMALARI

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI
 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
 Özel Hukuk Bölümü Başkanı

Teşekkür ediyorum. Değerli katılımcılar. Tabii yirmi dakika içerisinde insan kimliğini açıklamakta bile zorluk çekebilir ama bu konuyu yirmi dakikaya sığdırmaya çalışacağım. Evvela, bu taslağın adı şöyle: Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı. Kanun yapma tekniği bakımından bir iki söz söylemek istiyorum. Tasarı değil demek ki. Bir kere başlıktan da anlıyorsunuz ki, aslında bir konuyu ele alıp sonuna kadar düzenleyen bir taslak değil. Nasıl bir taslak? İşte bazı kanunlarda değişiklik yapan, bazı kanunlara maddeler ekleyen bir çalışma. Bu kanunlar nelerdir? İncelediğiniz zaman görüyorsunuz: İcra ve İflas Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Vergi Kanunu ve Tüketicinin Korunmasına İlişkin Kanun. Bunlara müdahale eden bir taslak. Şimdi bu böyle tasarı haline gelip, daha sonra da yasalaşırsa korkarım ki zaten iyice karışık olan hukuki sistemimize bir aşu- re daha katılmış olacak. Böyle olunca işin içinden çıkılmıyor. Tabii ben olsam şöyle yapardım. Bizim maksadımız uzun vadeli konut finansmanı sağlamaksa ve buna ilişkin müesseseler getirmekse, bunu baştan sona

1-2-3-4-5 diye yazarsınız. Yani eline alan insan bunu okuduğu zaman, ne olacağını, ne biteceğini, nelerle karşılaşacağını, başka yere bakmaya gerek kalmaksızın bir metinden basitce öğrenir. Yani kanun böyle yapılır. Zaten son zamanlarda kanunlarımız hep böyle. Hiç alakası olmayan bir meselede düzenleme getiriyorlar, ama şu şu şu kanunlarda ya da onu da söylemiyorlar, “bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun” diyorlar. Haydi bakalım. Bir kere bu bakımdan çok yanlış. Bu tasarı yasalaşır, halk arasında “mortgage sistemi” diye anılan bu sistemi öğrenmek için birkaç tane kanuna gidip bakmak lazım. Ondan sonra anlarsınız. Bu, kanun yapma tekniği bakımından yanlış.

İkincisi, ben, bu taslak yasalaşır, ülkemizde başarılı olacağına da şahsen inanmıyorum. Neden inanmıyorum? Çünkü, zaten kanunun, daha doğrusu taslağın gerekçesi de bunu gösteriyor. Evvela istikrar lazım. Hem siyasi, hem sosyal, hem ekonomik istikrar lazım. Bunlara bağlıdır bu sistemin başarısı. Eğer istikrarı yakalayamazsanız bu sistem başarılı olmaz. Çünkü, değerli meslektaşım Bilge Bey de açıklayacaktır herhalde. İcra aşamasında, sizden gayrimenkulün hemen alınması ve hızla tahsilata geçilebilmesi gerekir. İş güvencesi olmayan, 15 milyonu aşkın işsizlik oranı olan bir ülkede yarını kimse göremiyorsa bu sistem nasıl çalışacak? Bu hukuki meseledir, ama aynı zamanda siyasi, ekonomik ve sosyal bir meseledir.

Ne olur biliyor musunuz? Bir gün insan heveslenir gider, krediyi alır, ondan sonra ödeyemez ve büyük bir hüsrarla karşılaşır. İşte kanun söylüyor. Fırsat buldukça değineceğim. Satılık ev, işte daha ucuza satılırsa, üstü tüketicide kalır, zarar olarak. Bir de katmerli zarara girecek tüketici. Bu sistem, bence, bu ortamda başarılı olmaz. Ne yapmak lazım? Aslında iyiniyetli bir şeyler yapılmak istendiği kesin. Bence, devlet, bir fon ayırıp, kendisi konut yapıp, dar gelirliyle tahsis etse, bundan daha başarılı daha iyi olacak. Bu sistem, gelişmiş, istikrarlı ülkelerde tamam. İkincisi, yaygara koparıldığı kadar da büyük değil. Zaten taa benim çocukluğumdan beri bazı bankalar bunu yapıyorlardı. Uzun vadeli kredi verip, düşük faizle insanları ev sahibi yapıyorlardı. Bir ara kesildi, şimdi yine başladı.

Medeni Kanunu’muzda, “İpotekli Borç Senedi” diye bir müessese vardır. Şimdi ipotekli borç senedinden istifade edilmeli. Yani, Amerika yeneden keşfediliyor gibi geliyor bana. Koparıldığı kadar büyük yaygara hakedecek bir durum yok.

Şimdi içeriğine bir bakarsak. Değerli arkadaşımız, Ethem Saba Özmen belki sabırsızlanıyor. Çünkü o çok çalıştı bu konuda. Ben çok fazla konuşmayacağım ona konuşma fırsatı tanımak için, ama bazı şeylere temas edeceğim. Şimdi bir kere mesela bakın. Taslağın 12. maddesinde, işte 2499 sayılı Kanunun 38. maddesine, 38a maddesi eklenmesi öngörülmüş. Şöyle diyor bu maddede. “Konut finansmanı, yapı kullanma izni alınmış konutlar üzerine ipotek tesis etmek suretiyle kredi kullandırılması ve yine bu özellikteki konutların finansal kiralama yoluyla kiralanmasıdır” diyor. Bu taslağın sistemi iki tanedir. Birisi ipotekli kredi vererek ipotek koymak evin üzerine, diğeri de bu işi leasing yoluyla sağlamak.

Şimdi, yapı kullanma izni alınmış olması şartı var. Şu halde, yapı kullanma izni alınmamış yani bitirilmemiş, inşa halindeki binalar için bu sistemden istifade edilmeyecek. Halbuki bu yanlış. Hukuk politikası açısından yanlış. Düşünebiliyor musunuz, iskan belgesi alınmış kaç tane bina var? İstanbul’daki binalara bakın, lüks yerlerdeki binalara bakın. İskan belgesi bir çoğunun yoktur. Kat mülkiyeti kurulmamıştır. Kat irtifakıyla idare ediliyor. Bazen de çok büyük yerler kaçaktır. Kimsenin gücü yetmiyor. Bir çok kaçak bina var. İskan belgesi alınmış kaç tane bina bulabilirsiniz. Ben birkaç tane inşaat şirketiyle konuştum. Bu sistem hiç yürümez diyorlar. Hepimiz topraktan satıyoruz ya da inşa halindeki daireleri satıyoruz.

Şimdi, özellikli bir çalışmadır bu ipotek. Mesela, taslağın 13. maddesi yine 2499 sayılı Yasaya 38b maddesi eklenmesine dair bir madde. Burada 3. fıkrasında diyor ki: Fonun tüzel kişiliği yoktur. Tamam, anladım. Ancak, malvarlığı, kurucunun malvarlığının ayrıdır diyor. Tüzel kişiliği olmayan bir fonun malvarlığı olur mu? Böyle bir şey olabilir mi? Çok aceleye getirilmiş çok özensiz bir çalışma.

Sonra, şunun cevabını bulamadım: İpotekli senet çıkarılıyor. Yani, sistem şu. Yatırımcılardan para toplayıp, tüketicilere aktarmak. Yatırımcılardan kredi alıp, tüketicilere kredi vermek. Ve bunun için aracı kuruluşları kullanmak. Sistem bu. İşte, bu aracı kuruluşlar yatırımcılardan para alırken, ipotekli senet veriyorlar. Acaba bu senedin tedavül kabiliyeti var mı? Bunun cevabını doğrusu bulamadım.

Yine bu 13. maddede, “kurucu, fon yöneticisi ve ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahipleri arasındaki ilişkilere bu kanunda ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde, Borçlar Kanununun, vekalet

ilişkin hükümleri uygulanır” deniyor. Bu vekâletin dolaylı vekâlet mi, dolaysız vekâlet mi olduğu anlaşılıyor. Yalnız inançlı mülkiyetten bahsediyor 1. fıkrası. Sanki dolaylı vekaletmiş gibi geliyor insana.

Sonra bakın, bu tescilin fon lehine yapıldığı hususu beyanlar hanesine kaydediliyor. Tüzel kişiliği olmayan bir fon lehine tapuda tescil yapılıyor. Hukuk garibesini.

Sonra, bu değerlendirme meselesi dikkat çekiyor. Gayrimenkullerin değerlerinin biçilmesi için bir kurum kuruyor. Üç sene içinde kurulacaktır deniyor. Bu kurumun yanlış değerlendirme konusunda bilgi vermesi açısından acaba sorumluluğu nedir? Kime karşı nasıl sorumludur? Hangi hukuki esaslara dayanır? Bu bilgi vermeden dolayı sorumluluk, doktrinde çok tartışmalıdır. Bununla ilgili hiç bir şey aksetmemiş bu çalışmaya.

Bu taslağın 24. maddesinde tüketicinin korunmasına ilişkin kanuna bazı fıkralar eklenmesi öngörülmüş. Burada diyor ki, imalatçı, bayi, satıcı, ithalatçı, Tüketiciyi Koruma Kanununun 10. maddesinin 5. fıkrasına göre, malum, sorumluluk zincirinin halkaları var. Mesela, bir ayıplı mal satıldığı zaman, sadece satıcı değil üreticiden başlıyor. İmalatçı, acente, kim varsa, tüm halkalar müteselsilen sorumlu. Neden sorumlu? Ayıp haline bağlanan yaptırımlardan sorumlu. Nedir onlar? Dönme, bedel tenzili, ayıpsız misliyle değiştirmek, onarmak, vs. İşte bunların hepsinde müteselsilen sorumlu, bu tamam. Bunu almış kendi bünyesine, bir takım değişiklikler yapmış. Kredilerle alınan gayrimenkulün ayıbından dolayı da sorumludur. Bundan, aynı zamanda krediyi veren aracı kuruluş, finans kurumu da sorumlu. Bir halka daha eklenmiş. Tazminat bakımından sorun yok. Ancak, dönme halinde ne olacak? Şimdi, ben bu krediyle ev aldım, ayıplı çıktı. Bu durumda ben dönme beyanımı kime yönelteceğim? Herhalde kendi satıcıma. Herhalde bir de Tüketiciyi Koruma Kanunu'ndaki zincir halkaları var. Ama şimdi bu halkalardan biri de finans kuruluşu olacak. Bu kuruluşu karşı nasıl dönme beyanında bulunulacak? Ayıplı malın onarılması veya ayıpsız misliyle değiştirilmesi için başvurulabilecek mi?. Bunu söylemek kolay da nasıl uygulanacak? Mümkün değil. Burada bir yanlış var. Esasen Tüketicinin Korunması hakkında Kanun da iyi yazılmamış. Ayrıntıya girmek istemiyorum. Bu arada, tüketici döndü. Sebepsiz zenginleşme kurallarına göre parasını geri alacak. Bunu, acaba fona mı ödeyecek tekrar? Bu acaba kime dönecek? Fon bunu ondan tahsil mi edecek? Bunun cevabı yok. Çok özensiz geldi bana.

21. maddede “borçlunun temerrüde düşmesi halinde konut finansmanı kuruluşu, borçlunun temerrüdü tarihiden itibaren beş iş günü içerisinde iadeli taahhütlü posta yoluyla bildirimde bulunmak zorundadır” deniliyor. Neyin bildirimi?

Şimdi bir de faiz bakımından birtakım düzenlemeler getirilmiş. Sabit faiz veya değişken oranlı faiz, diye tüketicinin seçimine bırakılmış iki tane faiz şekli öngörmüş. Ama, o değişken oranlı faiz bakımından tüketiciye fırsat sunulduğunu tabii ki söyleyemem. Ama tüketicinin yanılması için bütün şartlar hazır. Bakın diyor ki. “Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde ise, başlangıçta sözleşmede belirlenen oranlar ve yine başlangıçta sözleşmede belirlenecek azami oranları aşmamak üzere ve yine sözleşmede belirlenecek yurtiçinde veya yurtdışında”- şimdi buraya dikkatinizi çekmek istiyorum- “genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan bir endeks baz alınır” deniyor. Genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan endeks ne demek? Kanun böyle muğlak ifadeler kullanmamalı. Neye göre kabul görmüş?

Sonra, bakın, eğer aldığı krediyi erken toptan öderse, yani kapatırsa borcunu, faiz indirimi uygulanır. Ama “erken ödeme ücretini bana vereceksin” diyor. Erken ödeyerek günah mı işledi? Niye ücret alıyorsunuz?

Evet daha söyleyeceğim çok şeyler var. Notlarımda da görüyorum, fakat bilmiyorum, sürem doldu mu acaba? İki dakikam varmış. Ama ben bu iki dakikalık süremden feragat ediyorum.

Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda yapılan düzenlemelere genel olarak baktığımızda; mortgage sisteminin temelini teşkil eden menkul kıymetleştirme uygulamalarının ilk kez görüldüğü Amerika'da yapılmış düzenlemelerin ve Amerikan metinlerinin tercüme edilmiş bir benzeri olduğunu görmekteyiz. Taslakta yapılan düzenlemeler genel olarak bu yöntemle Kara Avrupası Hukuk sistemine oturtulmaya çalışılmış ancak

Kara Avrupası ve Amerikan Hukuk Sistemi arasındaki farklılıklar fahiş hatalara yol açmıştır.

İlk şeklinden sonra altıncı kez değişikliğe uğrayan ve hızla yasalaşma sürecine giren Taslakla genel olarak aksettirildiği gibi, Türk Hukuk Sistemi-ne yeni kurumlar getirilmekte, mevcut kurumlarda sistemin işlerliğini ve güvencesini arttıracak bir takım değişiklikler yapılmaktadır.

Ülkemizde yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın, mevcut yasalarla uzun vadeli konut kredisi ile konut edinmeye hiçbir engel yoktur. Sistemin başlangıç noktası olan konut kredisi BK'da düzenlenen karz akdi ve TKHK ile, sistemin sürdürülebilirliğini sağlayan menkul kıymetleştirme, sermaye piyasası enstrümanları; örneğin, varlığa dayalı menkul kıymetler, gayrimenkul sertifikaları SerPK ve SPK'nın çıkardığı Tebliğler ile, "gayrimenkul rehni" başlığı altında ipotek, ipotekli borç senedi, gayrimenkul karşılığı çıkartılan tahvil ve irad senetleri Eşya Hukuku ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Mevcut düzenlemelerde sistemin işlerliğini ve güvencesini arttıracak kurumlardaki değişikliklerin yanı sıra sistemi tam olarak karşılayan ve başkaca hiç bir düzenleme gerektirmeyen yukarıda sayılan kurumların varlığına rağmen, yeni kavramlar yaratan taslağın yapılaşma amacını anlamakta güçlük çekmekteyiz.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Taslakta dikkati çeken ilk aksaklık, mevcut hukuk sistemimizde bulunan hukuki terimlerin varlığına rağmen; Taslakta bu terimleri karşıladığını düşündüğümüz hukuki olmayan terimler ile yeni kavramlar yaratılmıştır. Son yıllarda yapılan yasa çalışmalarında ortaya çıkan metinlerdeki aksaklıkların benzerleri ile Taslakta da karşılanmaktadır. Bunlara örnek olarak, İmar Yasası'nda, takas ve trampa müesseselerinin birbirine karıştırılması, Kamulaştırma Yasası'nın gerekçesinde "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine fazla tazminat ödenmeye başlanması üzerine yasa değişikliğinin yapılması zorunluluğunun" belirtilmesi, aynı Yasanın bir maddesinde, aynı süre için hem "1 ay" hem "30 gün" denmesi gösterilebilir. Konumuz olan Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağında da verilen örneklere benzer hatalar bulunmaktadır. Hukuki olmayan terimlerin yanı sıra yasada yer almasına gerek olmayan ifadelere de rastlanmaktadır. Bu durumu bir örnekle izah edecek olursak, Borçlar Yasamıza baktığımızda "Borçlu borcunu zamanında ödemekle yükümlüdür" yada "alacaklı, alacak

davası açar” ifadelerini içeren herhangi bir madde bulunmamaktadır. Çünkü, bu tür hususların yasada düzenlenmesine gerek yoktur. Ne var ki, Konut Finansmanı Kanun Tasarısı Taslağında, “borçlu borcunu zamanında ödemekle yükümlüdür” ifadesini içeren bir maddeye rastlamaktayız. Taslakta yer alan ve 4077 Sayılı Yasaya madde 10/B olarak eklenmek üzere düzenlenen madde 24’te Konut Finansman Kuruluşunun, tüketicilere genel bilgiler vermek ve teklif koşullarını açıklamak için verdikleri ve icap niteliği taşıyan “sözleşme öncesi bilgi formu” sonrasında, tüketicinin teklifi kabul edip etmemekte serbest olduğu açıklanıyor. Bahsi geçen maddede “kabul beyanının, muhatap tarafından kabul edilip edilmemekte serbest olduğunu” belirten ifadeye gerek yoktur. Çünkü bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğal sonucudur.

Taslakta, konut finansman alacağı tanımlanmamış, bunun yerine belli tüzel kişilikler konut finansman kuruluşu sayılarak, sınırlayıcı bir düzenleme getirilmiştir. Oysa ki Mortgage, uzun vadeli bir konut finansmanı sistemidir. Bunun sürdürülebildiği hususunda, menkul kıymetleştirmeyi de içeren tüm hukuki kurumlarının oluşturduğu sisteme, “uzun vadeli konut finansmanı sistemi” denmektedir. Bir kimse bireysel olarak konut finansmanı amacı ile kredili işlem yaptığında, kişinin konut finansmanından doğan bu borcu, kredili işlemin diğer tarafı olan alacaklının aktifinde bir alacak hakkı oluşturur. Banka yada menkul kıymet çıkarmaya yetkili kuruluş, kişilere verilen kredinin sürdürülebilir olması için, kredili işlemde doğan ve aktifinde yer alan alacaklar karşılığında menkul kıymetler çıkarır. Çıkarılan menkul kıymetler talep gördükçe de likiditeye kavuşan ihraççı, yeniden konut finansmanı kredileri vererek devamlılık sağlanmış olur. Sonuçta sisteme giren ve kredi veren kuruluşun aktifinde oluşan alacak hakkının konut finansmanı kaynaklı olması, sistemin işlerliği ve menkul kıymetleştirme için yeterli olacaktır. Bu alacakları karşılığı, doğrudan ya da dolaylı olarak menkul kıymet ihraç eden kuruluşların sınırlı sayıda belirlenmiş olmasının etkili bir konut finansman sistemine ne gibi yararları olacağı merak konusudur. Her şeyden önce Konut Finansman Kuruluşu tabirine yer verilmesi amaçsızdır. Tasarıda tanım sujeye bağlı olarak yapılmıştır. Kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulmuş bazı tüzel kişilikler, konut finansman işlemleri olarak tanımlanmış konut kredisi ve finansal kiralama işlemlerini yapmaları halinde tasarı kapsamında konut finansman kuruluşu olarak sayılmışlardır. Bu noktada sorun “konut finansman kuruluşu” olarak tanımlanan kuru-

luşun sermaye piyasası kurumu olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır. Asıl olan Konut “Finansman Kuruluşunun” Sermaye Piyasası Kurumu niteliğinde olmasıdır. Çünkü Sermaye Piyasası Kanununun 32’inci maddesi hükmünce:

“Sermaye Piyasası Kurumları

Madde 32 - (Değişik: 3794 - 29.4.1992) Bu Kanuna göre faaliyette bulunabilecek “Sermaye Piyasası Kurumları” aşağıda gösterilmiştir :

- a) Aracı Kurumlar,
- b) Yatırım Ortaklıkları,
- c) Yatırım Fonları,

d) Sermaye Piyasasında faaliyet göstermesine izin verilen diğer kurumlar.” şeklinde tanımlanan Sermaye Piyasası Kurumları sermaye piyasası aracı ihracına yetkili olacaklardır. Bu konuda kurulun yetkili olduğu açıktır.

Eğer, konut finansman kuruluşu; sermaye piyasası kurumu olarak algılanacaksa, sorun kalmayacaktır. Ancak tasarının lafzından, böyle bir sonuca ulaşılamamaktadır. Bu durumda ipotekli sermaye piyasası araçları olarak sayılmış menkul kıymetlerin ihracı konusunda;Tebliğler belirleyici olacaktır. Örneğin, Tebliğ ile ipotek teminatlı menkul kıymet ihracı konusunda, finansman şirketi yetkili kılınacak olursa, aynı zamanda sermaye piyasası kurumu faaliyetinde bulunacak ve sermaye piyasası kurumu niteliği kazanmış olacaktır.

Eş deyişle, “konut finansman alacağı” ile “konut finansman kuruluşu” kavramları özdeşleştirilmeyerek “konut finansman kuruluşları” tanımından vazgeçilmelidir. Konut finansmanının temel hareket noktası, konut finansmanı alacağı kavramı olmalıdır. Örneğin, konut finansman şirketi sayılmayan bir inşaat şirketinin, konut finansman alacağı niteliğinde uzun vadeli satıştan doğan alacakları, izin verilen sermaye piyasası kurumunca temlik alınarak, sermaye piyasası aracının dolaylı ihracı mümkün olmalıdır. Ancak, Taslaktaki “konut finansman kuruluşu” tanımı nedeniyle buna imkan bulunmamaktadır. Sermaye piyasası kurumu niteliğine haiz yetkili bir kuruluşun, bu Taslak hükümleri doğrultusunda konut finansman alacağı sahibi olması halinde bu alacaklar da Taslak kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin, GYO’lar konut finansman alacağı tanımına uygun alacak sahibi oldukları

takdirde; sermaye piyasası kurumu olarak, konut finansmanı sermaye piyasası araçları ihracına yetkili olmalıdır. Buna bağlı olarak, GYO'nun konut finansman alacağına dayalı VDMK ihracı halinde, bu menkul kıymetlerin Taslak kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Oysa, Taslak uyarınca GYO'lar, konut finansman kuruluşu olarak sayılmadıkları için, konut kredileri karşılığı VDMK ihracına yetkili oldukları halde, bu ihraçları bu Taslakta belirtilen, ipotekli sermaye piyasası aracı sayılmayacaktır.

Ayrıca özel yasalarına (2985 Sayılı Yasa TOKİ) bağlı olarak konut finansman alacağı sahibi olabilecek ve menkul kıymet ihracına yetkili olan kamu tüzel kişileri de taslakta konut finansman kuruluşu olarak sayılmadığı için konut finansmanı sermaye piyasası aracı ihraç edemeyeceklerdir.

Sosyal konut üretimi ve kentsel dönüşüm projelerinde yetkili belediyeler, inşaat şirketleri ve GYO'lar ile birlikte gerçekleştirecekleri adi ortaklık bazlı işlemler yapılması halinde bu kuruluşlar konut finansmanı alacak haklarına sahip olabilecekleridir. Taslağa göre, kuruluş yasasına göre yetkili belediyeler, konut finansman alacağı tanımına uygun bir alacağın sahibi olabilecek ve fakat konut finansman kuruluşu olarak sayılmamaları sonucu ipotekli sermaye piyasası aracı ihraç edemeyecektir. Bu anlamda G.Y.O'lar ile adi ortaklık yapmış olmaları halinde, GYO'ların sermaye piyasası kurumu olma niteliği de sonucu değiştirmeyecektir. Bu anlayış olumsuzluğunu,, konut finansmanı alacağı tanımına uygun alacak sahibi olan ilgili kuruluşların sırf konut finansmanı kuruluşları arasında sayılmamaları sonucu teşvik hükümlerinden faydalanamamalarında gösterecektir.

Her ne kadar Taslak'ta yapı kullanma iznine bağlılık şartı aranmasa da, ipotekli sermaye piyasası araçları düzenlenirken, yapı kullanma izin kağıdına sahip konutlar üzerinden düzenleme yapılmıştır. Üzerindeki yapıların yüzde 68'i kaçak olan bir ülkede bu unsurun varlığı sistemin önünü tıkamaktan ileriye gidemeyecektir. Yapı kullanma iznine bağlılık şartının olumsuz etkileri faizlerin düşmesini mütakiben konut fiyatlarının yükselmesinde kendini gösterecektir. Yasalaşması beklenen bu taslağın yapı kullanma izin kağıdı olan konutlarda değil, kentsel dönüşümlerle getirilen sosyal konutların desteklenmesinde kullanılması gerekmektedir. Bu konuda kat irtifakı kuruma ihtiyaca cevap verecektir. Kat irtifakı, inşaat iznine sahip ve yasal olarak yapı kullanma izin kağıdına sahip olması zorunluluk olan bağımsız bölümlere ilişkindir. Kat irtifakına konu yapıların, yapı kullanma

izin kağıdına sahip olmaması, imar yetkililerinin sorumluluğundadır. Bu konuda, bankanın ya da kredi veren kuruluşun herhangi bir olumsuzluk yaşaması durumunda; bunu hizmet kusuruna dayanarak, tam yargı davası ile idareden talep etmesi gerekecektir.

Menkul kıymetleştirilmenin sağlıklı işlemesi için gerekli olan en önemli unsurlardan biri de standardizasyondur. Konut finansman sisteminde standardizasyon, konut kredileri ile konut finansman işlemlerinin, özdeş işlemlere konu olmasını sağlayacaktır. Böylece kredi veren kuruluşun aktifindeki aynı nitelikteki alacaklar menkul kıymetleştirildiğinde, hepsi aynı türde ve aynı teminatlara bağlı olacaktır.

Taslakta SerPK'da ipotekli sermaye piyasa araçları düzenlenmiştir. Yasa koyucu, "ipotek teminatlı menkul kıymet", "ipoteğe dayalı menkul kıymet" ve "ipotek finansman kuruluşu tarafından ihraç edilen menkul kıymet" olarak üç tür yaratmayı düşünmektedir. Taslakta "İpotek teminatlı menkul kıymetler'in" özellikleri arasında, menkul kıymetleştirilen konut finansmanından kaynaklanan alacakların, ihraççının bilançosu içinde kalması ve menkul kıymetlerle teminat gösterilen varlıkların, kesin bir şekilde diğer varlıklardan ayrılabilmesi belirtilmektedir. Bu düzenleme, Amerikan sermaye piyasası mevzuatının kendine özgü bir ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Özel Hukuku mevzuatında bu ifadeyi karşılayan hukuki terimler mevcut iken, Taslakta ifadesini bulan düzenlemeler Amerikan metinlerinden tercüme edilmiş gözükmektedir. İpotek teminatlı menkul kıymet, bir bankanın aktifinde konut kredisi alacaklılarını karşılaması, bu alacak hakları aktifindeyken, bunun karşılığında menkul kıymet niteliğinde borçlanma senedi çıkarmasıdır. Bu borçlanma senedinin rağbet görmesi için, yatırımcılara getirisi, mevduat faizinden fazla olmalıdır. Böylece mevduat faizinden fazla getirisi olan bir enstrümana yatırım yapmış olabileceklerdir. Burada, bilanço ile anlatılmak istenen; Türk Özel Hukuk sisteminin temelini teşkil eden, malvarlığı kavramıdır. Bu menkul kıymetin teminatı olan varlıkların, yani konut finansmanından kaynaklanan alacakların, ihraççının bilançosu içinde kalması; bu malvarlığındaki değerlerin, ihraççının tasarruf işlemlerine karşı yasaklanması, sistemin özünü teşkil eden, özel bir malvarlığı (hususî muamele) demektir. Bu özel malvarlığı kavramı da anlamını, bankanın aktifindeki konut kredi alacağının malvarlığı içinde kalması sebebiyle güvence olmasında bulmaktadır.

İpotekli sermaye piyasası araçlarından bir diğeri de; Taslakta, konut finansman fonu tarafından ihraç edilecek olan ipoteğe dayalı menkul kıymet olarak tanımlanmıştır. SerPK madde 32’de “Yatırım Fonları” sermaye piyasası kurumu olarak tanımlanmıştır. Aslında ihtiyaç yokken, Taslak’ta yatırım fonu dışında yeni bir kavram yaratılmıştır. Oysa SerPK md. 32 ışığında “yatırım fonlarının konut kredileri karşılığında çıkartılması” hususunun düzenlenmesi yeterli olacaktı. Katılma belgeleri yerine, ipoteğe dayalı menkul kıymet tabirinin kullanılması, oluşturulan fon portföyünde pay hakkı veren ve temsil eden işlevini yerine getirmektedir.

Taslakta, tüzel kişiliği olmayan fonun “İnançlı mülkiyet esaslarınca kurulan malvarlığı” olduğu belirtilmiştir. Fiducare’nin, yani inançlı mülkiyetin kökleri Roma Hukukundan gelen anlamı bir tarafa bırakılarak, yeni bir anlam kazanmaktadır. İnançlı mülkiyette, inananın, inanç konusu şey üzerindeki hakkını, devir işlemi ile inanılana devretmesiyle, inanç konusu şeyin sahibi değişmekte ve hak sahipliği inanılana geçmektedir. Buna bağlı olarak, inanç konusu şeyin inanılanın malvarlığına geçmesi ile, onun üzerinde tasarruf işlemi yapma hak ve yetkisi de, inanılana ait olur. İnananın, inanılanın güvenilir kişiliğinden başka dayanağı yoktur. Bu bilgiler ışığında, Konut Finansman Fonunun, inançlı mülkiyet esaslarına kurulması aynı zamanda fon kurucusunun, fonun kanuni temsilcisi olması mümkün değildir. Burada düşünülen yanlış konut finansman fonunun inançlı mülkiyet değil de, elbirliği ile mülkiyet esaslarına göre kurulması ve fon kurucusunun, fonun kanuni temsilcisi olması şeklinde bir düzenleme ile ortadan kaldırılmalıdır.

Türk Eşya Hukuku düzenlemeleri ışığında, bir malvarlığındaki değerlerin bütününe elbirliği ile mülkiyetin konusunu oluşturabileceği bilinmektedir. Konut finansman fonu, aktifindeki alacakları, elbirliği ile mülkiyet kuralları uyarınca, menkul kıymetlere yatırım yapanların hesabına temlik etmiş olacaktır. Bu temlik sonucunda, konut finansman fonunun aktifindeki alacaklardan oluşan malvarlığının tamamı, elbirliği ile mülkiyet konusu olacağı için, malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi mümkün olamayacak, fon kurucusu sadece fon içtüzüğü uyarınca fonu vekaleten yönetebilecektir. Ancak, o yöneticinin de tasarruf yetkisinin ve vekaletinin sınırları Taslak’ta belirlenmiş olacaktır.

Taslakla Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’da, “tanımlar” başlığı altında, konut için edinilmiş olan kredilerin, bu yasa kapsamına da-

hil olduğu belirtilmektedir. Ancak finansal kiralama kurumunu da yasaya dahil etmek için ayrı bir madde düzenlenmiştir.

Taslakla, TKHK kapsamında geri ödemelere uygulanacak değişken ve sabit faiz konusunda, tüketiciye alternatifler sunmaktadır. Tüketicinin aldığı kredi (karz) sonucu, pasifinde mevcut geri ödeme borçlarının vadesinden önce itfası halinde düzenlenen, “erken kapatma cezası” sadece sabit ödemeli faizlerde mümkün olabilecektir. Kanımızca, bu düzenleme yerindedir çünkü kredi veren kuruluş itfa süresi boyunca faiz artırımına gidemeyecek ve tüketici faizlerin düştüğü bir zamanda borcunu erken kapatmak istediğinde, ödediği meblağ ile kredi veren kuruluş yeniden kredi vermeye kalktığında faiz miktarı düşük olacaktır. Ancak, daha önce tüketicinin sabit ödemeleri karşılığında çıkardığı menkul kıymet yatırımcılarına da faiz borcu olduğu için, bu durum kredi veren kuruluşun zararına olacaktır. Taslak, bu durumda sabit faizle kredi alan tüketiciyi de korumuş ve erken kapatma cezasına % 2 ‘lik oranda bir limit getirmiştir.

Taslakta, menkul kıymet çıkarılırken “varlıkların teminat oluşturması” olarak ifade edilen yeni bir kavram yaratılmıştır. Türk Özel Hukuk Sisteminde teminat kavramı, teminat olarak gösterilen değere ve bu değer üzerinde alacaklıya tanınan hakkın niteliğine göre “aynı teminatlar” ve “şahsi teminatlar” olarak iki ana grupta toplanır. Taslakta, düzenlenen varlıkların teminat oluşturması kavramının anlamını da mevcut yasal düzenlemeler ışığında ve yukarıda belirtilen teminata ilişkin açıklamada bulmak mümkün değildir. Uygulandığı tüm hukuk sistemlerinde başarısını menkul kıymetleştirme ile konut finansmanı kaynaklarının devamlılığını sağlayan mortgage’ alacağın temlikine dayanmaktadır. Dolaylı ihraç halinde, kont finansmanı alacağı temlik alan ihraççı, işte standardizasyona tabii alacakların kemiyetine dayalı olarak ve bunlar karşılığında, taslağın ifadesi ile alacakların teminatı altında, ipotekli sermaye piyasası aracı ihraç etmektedir. Ancak, Taslak’ın hiçbir düzenlemesinde, alacağın temlikine rastlanmamaktadır. Bunun nedeni, daha önce belirttiğimiz gibi, Taslak’ın genel olarak Amerikan metinlerinin tercüme edilerek ve hukukçu olmayan kişilerce hazırlanmış olmasıdır.

Prof. Dr. Bilge UMAR

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kamu Hukuku Bölümü Başkanı

I. Giriş Ve Bizim Yapacağımız Değerlendirmenin Kapsamı

Konut edinmek isteyen yurtdaşlara bankalarca finansman kredisi sağlanmasının, konuyu ayrıntılı olarak düzenleyen yeni bir mevzuat sistemi içerisinde yürütülmesiyle bu etkinliğe büyük yoğunluk kazandırılmasında büyük yarar vardır. Gerçekten, böyle yapılması bir yandan bankaların kazancını çok önemli ölçüde arttırırken, bir yandan konut yapımı, alım satımı etkinliklerine eskisine göre çok daha büyük canlılık getirecektir. Dolayısıyla hem bu yönlerden hem de devletin vergi gelirlerini arttırması yönünden ulusal ekonomi için pek yararlı olacaktır; ama belki de en önemlisi, olanakları kıt, ancak banka kredisiyle konut sahibi olabilecek vatandaşlarımızın konut edinmesini düş olmandan bir hayli geniş ölçüde çıkarabilecektir.

Bu nedenle, bankaların söz konusu etkinliğini hayli dağınık kurallarla ve daha çok, bankaların kredi sağlamasına ilişkin genel kurallar içinde düzenleyen mevzuatımızın o kurallarını gözden geçirip, gerekli eklemelerin ve deyim yerinde ise rötuşların yapılmasında yarar bulunduğu duraksama götüremez. İşte elimizdeki “Konut finansmanı sistemine ilişkin çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun tasarısı taslağı” bu amaçla yapılmış bir çalışmanın ürünüdür. Hatta, metnin tasarısı taslağı olmaktan çıkıp hükümet tasarısının oluşturulduğunu ve TBMM’ne sunulduğunu birkaç gün önce gazete haberlerinden öğrendik.

Böyle bir yasa tasarısında elbette ki, konut kredisi sağlamış bankaların, kredi borçlusu taksitleri şu veya bu nedenle ödeyemezse ona karşı gireceği icra takiplerine ilişkin birtakım kuralların bulunması da doğaldır ve elimizdeki 44 maddelik taslakta ilk 6 madde bu türdür, 2004 sayılı İİK’nun bazı maddelerine eklemeler getirmektedir. Biz, yani ben ve değerli kürsü arkadaşım Doç. Dr. Ali Cem Budak, kendi uzmanlık alanımızı ilgilendiren bu maddeler üzerinde ve yalnız onlar üzerinde değerlendirme yapacağız; metindeki diğer maddeler hakkında görüş bildirmeyi Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku ve özellikle onun bir parçası olan Banka Hukuku konusunda uzmanlığı olan değerli konuşmacılara bırakacağız.

II. İİK'na Getirilmek İstenen Değişikliklerin Genel Değerlendirilmesi

Her hukukçu daha hukuk öğreniminin ilk yılında öğrenir ki, tarihin her çağında her devletin hukuk düzeni, o ülkede geçerli olan ekonomik düzenin aynası ve koruyucusudur; yani, ona uygundur, onu yansıtır, onu koruyup berkitmek amacını güder. Çağdaş hukuk düzenlerinde, sözünü ettiğimiz “ülkede geçerli olan hukuk düzenini koruyup berkitmek” amacı için kullanılan en etkin hukuksal araçlardan biri, icra takiplerinin tâbi olduğu kuraları içeren hukuk bölümüdür yâni İcra ve İflâs Hukukudur. Gerçekten, icra tâkiplerinde, iki kesimin menfaati pek çok konuda birbirine karşıtlık gösterir. Bu kesimlerden biri tâkip alacaklıları kesimidir, diğeri tâkip borçluları kesimidir (böyle diyoruz, yalnızca alacaklı-borçlu demiyoruz; çünkü her hukukçu bilir ki icra tâkibini harekete geçiren kişi gerçekte alacaklı olmasa da ondan tâkip alacaklısı diye söz edilir, keza kendisine karşı takip yürütülen kişi gerçekte borçlu olmasa bile tâkip borçlusu diye anılır). Örneğin, tâkip alacaklısı, kendi çıkarı gereğince, ister ki, 100 milyon liralık alacağı için giriştiği icra takibinde borçlunun 100 milyar TL değerindeki bir malına da haciz koydurabilsin ve mal satışa çıkarıldığında, diyelim sadece 200 milyon TL bedel öneren bir alıcı çıksa bile mal ona satılsın, kendisi 100 milyon TL alacağını icra dairesinden alıp gitsin, böyle bir şey mümkün olsun. Takip borçlusu ise, bu verdiğimiz örnekte, hacedilen malının gerçek değeri olan 100 milyar TL bedel olarak önerilmedikçe mal satılamasın, alacaklı beklesin dursun ister. Bizim İcra hukukumuzun temel yasası olan İİK, kapitalizmin başta gelen kalelerinden biri olan İsviçre'den alınmış olduğu ve İsviçre yasası hayli eski, 1889 tarihli olduğu halde, kapitalist kesimin çıkarlarına vicdan tanımayarak hizmet edici kurallar getirmekten özenle geri durmuştu ve Türkiye'de devlet yöneticileri daha Anadolu Selçukluları devletinin kuruluşundan başlayarak iyi kötü bir sosyal devlet anlayışının hizmetinde bulunduğ; hatta 1937'de Anayasaya CHP'nin 6 oku içinde halkçılık ilkesi ve o Anayasanın yerini alan 1961 anayasasında da sosyal devlet ilkesi konduğu için, o çeşit vicdansızlık kuralları getirmekten yakın zamana kadar geri durmuş idi. Sosyal devlet ilkesi hâlâ Anayasada durur görünüştedir ama hepimiz biliyoruz ki 1980'li yıllardan başlayarak artık Türkiye'de de “altta kalanın canı çıksın” ilkesi, egemen düzenin yazıya bağlanmamış anayasasında birinci madde hükmünde olmuştur. Uygulamanın gerçeğinde, Anayasadaki sosyal devlet ilkesinin ancak son kalıntıları günümüze ulaşabilmiştir

ve onlar da can çekişmektedir. Türkiye Barolar Birliği Dergisinde geçen yıl, İİK'nu değiştiren 4949 sayılı yasa'yı eleştirmek üzere yayınlanan yazımızda söylediğimiz üzere, (aktarıyorum):

“Köşeyi dönebilen yaşasın, altta kalanın canı çıksın, devlet köşeyi dönenlerin hizmetinde olsun, altta kalanların hâline seyir baksın” ilkesini baş tâcı edinen ve kendi hizmetindeki devlet yöneticilerine de benimseten acımasız kapitalizm, “globalleşme” diye ad taktığı, egemenliğini tüm dünyaya yayıp her yerde berkitme çabası içinde, elbette ki hukukla da oynayacak idi.

Türkiye Cumhuriyetinin hukuku, hiçbir zaman, kapitalist sınıfı yok etmek gibi bir nihaî hedefe yönelmemiş; tersine bu sınıfın özgürlüklerine kamu yararı düşüncesiyle sınırlamalar getirmeye özen göstermekle yetinmiş, bu sınırlamalarla birlikte ülke refahına katkısı olacak diye onu vicdan ve adalet çerçevesinde korumayı kendine görev edinmiştir. Son zamanlardaki süreçte ise, özellikle İcra ve İflâs Hukuku alanında, vicdan ve adalet kaygısı olmaksızın sermayeyi, özellikle de bankaları iltimas derecesinin bile ötesinde koruyucu; icra tâkibi (o arada, iflâs) alacaklılarının (dolayısıyla, her yıl onbinlerce icra tâkibi yürüten bankaların) ortalığı kırıp dökerek, tâkip borçlusunu ve hatta üçüncü kişileri üzerlerinden tank geçmişçesine perişan ederek, takip konusu alacağı mutlaka tahsil etmelerini tek amaç edinen kurallara, gittikçe daha geniş ölçüde yer verilmektedir. 4949 sayılı yasa ile getirilen değişiklikler de, birkaç istisna dışında, bu doğrultuda olmuştur.

Söz konusu makalede bu söylenen doğrultuda olarak getirilmiş yeni kuralların en vicdan sızlatıcı bazı örnekleri de verilmiş, daha doğrusu teşhir edilmiş idi.

Şimdi, elimizdeki yasa tasarısı taslağı metninde getirilen kurallar da, hemen hemen tüm ileri gelenleri, örneğin Atatürk zamanındaki devlet ileri gelenlerine göre pek değişik sınıfsal mensubiyet ve bağlılık gösteren 1980 sonrası iktidar kadrolarının hazırladığı, hazırlayacağı bütün yasalarda görülmesi mukadder olan, aynı tür çarpıklıkları içermektedir veya en azından, Anayasa m. 10'daki eşitlik ilkesine aykırılık göstermektedir. Bunları tek tek ele alalım.

III. İİK'na getirilmek istenen değişikliklerin tek tek ele alınması

1. İİK m. 45'e f. II olarak eklenmek istenen hüküm

Bu hüküm şöyledir: "...Sermaye Piyasası Kanunu'nun 38a maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan rehinle temin edilmiş alacakların takibinde, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabileceği gibi haciz yoluna da başvurulabilir".

Oysa, bu yeni kuralın eklendiği İİK m. 45'de var olan ve kaldırılması önerilmeyen f. I kuralına göre, rehin almış alacaklı, öncelikle, o rehlin paraya çevrilmesi takibini yaptırmalıdır; bundan sonuç alamazsa, alacağının tahsil edilmemiş kısmı için borçluya karşı haciz yoluyla takip yapabilir, borçlunun mallarına haciz koydurabilir. Söz konusu f. I'in getirdiği sınırlamanın haklılık, doğruluk derecesi tartışılabilir ama bu, başka bir konudur; şimdi o fıkranın hemen altına, konut finansmanı alacağından doğan takibin alacaklısı banka lehine böyle bir istisna kuralının konması, Anayasadaki eşitlik ilkesine en açık biçimde aykırıdır. Niçin diğer bir rehlinli alacağın alacaklısı, hatta bir banka, mutlaka öncelikle elindeki rehni paraya çevirme takibi yapmak zorunda bulunsun da, konut finansmanından doğmuş rehlinli alacağın alacaklısına öyle yapmayıp hemen borçlunun diğer mallarına haciz koydurmak üzere haciz yoluyla takip yapma yetkisi tanınsın?

2. İİK m. 128'e f. II olarak eklenmek istenen hüküm

Şöyle demektedir: "İcra Dairesi, 2499 sayılı SPK'nun 38a maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde, satışı istenen taşınmaz için kıymet takdirini, aynı kanunun 22nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kuruluşlara yaptırır".

Maddenin gerekçesi yahut SPK m. 22 okununca görülür ki o maddeye göre kıymet takdir edecekleri SP Kurulu belirleyecektir. Yani, bu değer biçme hizmetini yapmaya şirketler tâlip olabilecektir ve onların içinde SP Kurulunun uygun sayıp listeye alacakları o hizmeti yapabilecekleri gibi, tek kişiler de ben değerlendirme uzmanıyım bana lisans verilsin diye kurula başvurabilecek ve kurul sınav yapıp uygun gördüklerine lisans verebilecektir. Böylece yeteri kadar değerlendirici kişi yahut şirket ortaya çıktığında artık icra daireleri veya mahkemeler SPK kapsamındaki faaliyetler bakımından taşınmazlara değer biçme işini kendilerinin atadığı bilirkişilere yaptıra-

mayacaklardır, yalnız SP Kurulundan icazetli şirket veya kişilere yaptırabileceklerdir. Oluşumunda siyasal iktidar kadrolarının baskın etkili olduğu kurumlara, o arada SP Kuruluna bu türden “inhisarî yetkiye sahip olacak kişiyi belirlemek” görevinin verilmesi, o gibi kurumların kayıracağı iktidara yakın kişilerin yahut da belli bir dünya görüşünü sahiplenmiş kişilerin, yalnız onların, yetki sahibi kılınmasına, bu alanda da “kadrolaşma”ya yol açabilir ve açacaktır. SP Kurulunun 7 üyesinin tümü de Bakanlar Kurulu kararıyla atanır ve adayların büyük çoğunluğunun belirlenmesine de Bakanlıklar egemendir (2499 Sa. SPK m. 18). Bu nedenlerle, şimdi getirilmek istenen kuralı sakıncalı sayıyorum.

3. İİK m. 128a’ya f. II olarak eklenmek istenen kural

Bu da bir önceki konuyla bağlantılıdır ve şöyle diyor: “2499 sayılı SPK’nun 38a maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde, birinci fıkra uyarınca yaptırılmasına karar verilen bilirkişi incelemesi, aynı kanunun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kuruluşlara yaptırılır”.

Bu ekleme tümüyle gereksizdir. Çünkü, içeriğine aşağıda değineceğimiz İİK m. 128a, icra takibinde satılacak malın haciz tutanağında gösterilmiş değerinin, arada enflasyonun getirdiği para değeri düşmesi ve dolayısıyla malın TL olarak değerinin yükselmesi yüzünden değiştiği iddiasıyla yeniden değer belirleme işlemi yapılması isteğiyle ve şikâyet yöntemiyle yapılan başvuruyu düzenliyor. İşte bu başvuru üzerine yeniden değer belirlenmesi yapılırken, SPK m. 22 bent (r)’deki kurul yetkili olsun isteniyor. Oysa gördük ki, bir önce sözü edilen tasarı maddesi yasalışırsa, konut finansmanı alacağından doğan icra takiplerinde malın değerini belirleme işini her hâl ü kârda o kurul yapacaktır; biçilen değer zamanla geçersiz hale geldiği gerekçesiyle yeniden değer biçmeye gidilecekse elbette ki bu işlemi de o kurulun yapması gerekir.

4. Bir zulüm kuralının üzerine tüy dikme girişimi; İİK m. 134’e f. II olarak eklenmek istenen kural

Önce, zulüm ve vicdansızlıkta sınır tanımayan, hukukumuzun yüz karası İİK m. 134 f. II üzerinde duralım. Bu kuralın, 4949 sayılı değiştirme yasasında değiştirilmeyip yerinde bırakılmasını, TBB Dergisinde yayınlanan makalede yerden yere vurmuş, şöyle demiştik:

[İhalenin feshi için yapılan] Şikâyetin reddi, yine alacaklıları ve özellikle bankaları koruyan, şikâyet edecekleri yıldırma amaçlı bir hükümle, ihale bedelinin % 10'u oranında para cezasını getirmektedir ve bu kural yerli yerinde bırakılmıştır. Anayasadaki hukuk devleti ilkesini ayaklar altına alan ve -Anayasal hak olan- mahkemeye başvurma yetkisini ihalenin feshi başvurusu bakımından çok ağır ölçüde sınırlayan bu kural sözde yumuşatılıyor: “Ancak, işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi hâlinde para cezasına hükmolunamaz”.

Kuralın ne gibi sonuçlara yol açabileceğini bir örnekle gösterelim. Diyelim ki siz bir AŞ'in yönetim kurulu üyesisiniz. Şirket Rusya'dan sipariş aldı; oradaki bir firma şirketinizin şu çeşit sanayi ürünlerinden 10 000 tane üretmesini istedi; mallar teslim edildiğinde parası ödenecek; siparişlerin arkası da gelecek. Şirket bu teklifi kabul edebilmek için hem hammadde satın almak üzere hem de tesislerine bazı eklemeler yapmak üzere para bulmak ihtiyacında; çok bir şey de değil, 800 milyar TL'na ihtiyaç var. Bir bankaya başvuruldu; banka krediyi verecek ama, sizin kendinize ait olan, İstanbul ile İzmit arasında şimdi çeşitli ticaret ve sanayi kuruluşlarının çeşitli amaçlarla kullandığı, günümüzde olağanüstü değerlendirilen arsalardan biri olan, büyük, emsal değeri 1.8 trilyon TL olan arsanızı şirket borcu için ipotek etmenizi istedi. Yönetim kurulundaki arkadaşlarınız da yalvar yakar oldular; bu sipariş ile ve arkasından geleceklerle büyük kazanç elde edeceğiniz için razı oldunuz, arsayı ipotek ettiniz. Bankadan para alındı, şirketiniz hevesle işe girişti, halıları da üretti; tam o sırada, siparişleri veren Rusya'daki şirketin iflâs ettiğini duyduunuz, sizin şirkette herkes büyük üzüntüye düştü, Rusya'ya malı gönderip bedelini alamayınca zararına da olsa elinizdeki büyük mal stokunu satmak istediniz, alıcı bulamadınız veya pek az malı elden çıkarabildiniz, bankaya borcunuzun ilk taksiti geldiğinde ödeyemediniz ve banka lütfedip bir iki ay bekledikten sonra, ipoteğin paraya çevrilmesi tâkibine girişti, arsa satışa çıkarıldı, ilânlar verildi; birinci arttırmaya hiç alıcı gelmedi; bundan tedirginliğe düşerek ikinci arttırmanın yapılacağı gün müzayede salonuna gittiniz, gördünüz ki karanlık suratlı üç dört adam kapıyı tutmuş, girmek isteyenlere “Gel seninle şurada konuşacağımız iki lâf var” deyip onları kenara çekiyor ve “Bu malı A. Âbi alacak, içeriye girip pey sürmeye kalkma çabuk ortadan toz ol yoksa biz tozunu alırız” diye onları kaçırtıyor. O arada A'nın genel vekili falanca kişi salona girdi, mala 1.6 trilyon değer biçilmiş iken % 40'ı bulan miktarda, 640 milyar TL bedel önerdi, ihale ona

yapıldı. Bu gelişmelerde hem siz hem de borçlu şirketiniz çok ağır zarara uğradınız; çünkü şirket borcunun yalnız 640 milyar TL kısmı karşılandı (aslında o kadar bile değil çünkü paranın bir kısmı masraflara, harçlara gidecek) ve alacağın üstü için şirket mallarına haciz konacak, onlar da satılacak; diğer yandan sizin 1.8 trilyonluk malınız 640 milyara gitti, şirkete ancak o miktar için rücu edebilirsiniz, çünkü malın yok bahasına satılmasında şirketin kusuru yok, şirketin yalnız 640 milyarlık borç kısmı ödendi; kısacası trilyonluk zararınızın üzerine bir bardak su içmek durumundasınız. Elbette ki hemen İİK m. 134 f. II'deki "ihalenin feshi" başvurusunu yapacaksınız; ama bir de bakıyorsunuz ki, içeriye girmek isterken engellendiklerini, kaçırıldıklarını gözünüzle gördüğünüz kişiler, tanıklık etmek istemiyor, korkuyorlar, aman beni bu işe bulaştırma, bulaştırırsan bil ki ben kimseyi suçlayıcı ifade veremem, "Bir şey olmadı" demek zorunda kalırım diyorlar. Sonuçta, kanıt sunamadığınızdan ihalenin feshi isteminiz reddedildi. İşte bu olayda siz İİK m. 134 f. II kuralı gereğince, ödenmesini geciktirdiğiniz ihale bedelinin % 10'u kadar, demek ki olayımızda 64 milyar TL, para cezası ödeyeceksiniz. Uğradığımız büyük zararın üzerine bir de bu eklenecek. Dikkat edelim, bu zulüm anıtı kural, sizin şikâyetle bulunurken kötü niyetli olduğunuzun kanıtlanması gibi bir gereklilik aramıyor hatta size kendinizi haklı saymanız için en yerinde nedenlerin bulunduğunu kanıtlamak türünden bir "kurtuluş beyyinesi" de tanımıyor. Sırf isteminizin kabul edilmemesi, para cezasına mahkûm edilmenizi gerektiriyor. Bir de şu var ki, siz, tâkip alacaklısının ihale bedelini almasını geciktirdiniz diye ona bu zararı dolayısıyla, icra inkâr tazminatına benzer işlevde bir ödeme yapmak durumunda değilsiniz; devlete bir para cezası ödüyorsunuz! Devlete ödenen para cezasının tutarı, ceza hukukunda, suçun kendisinin ağırlığına uygun bir tutar olarak belirlenir ve tabii ki ortada suç varsa ödenir. Şikâyet yoluyla ihalenin feshini istemek suç olmadığı, tersine Anayasa m. 36'nın güvenceye aldığı hak arama yetkisinin kullanılması olduğu halde burada para cezası öngörmek ve bunun tutarını da sayın takip alacaklısının eline geçmesi geciken miktarla orantılandırmak doğrusu şeytanca bir buluş ama hiç de alkış tutmaya lâyık bir buluş değil.

Evet; işte şimdi ele aldığımız tasarı ile İİK m. 134'e f. III olarak, yukarıda sözünü ettiğimiz fıkradan sonra eklenmesi öngörülen kural, f. II'nin üzerine tüy diyor ve sırf konut finansmanı alacaklarından dolayı yapılan icra takipleri için, İİK m. 134 f. II'deki para cezasının % 10 değil % 20 ora-

nında ödenmesini buyurmaya kalkıyor! Oysa, ayıbın da bir sınırı olmak gerekir. Beri yandan, niçin diğer takiplerde alacaklıyı kayırmak için bu caydırıcı, sindirici, korkutucu para cezası % 10 oranında uygulanacak da yalnız konut finansmanından doğan alacaklar için yapılan icra takiplerinde fâhiş oranda yâni tam bir kat arttırılıp % 20 olacakmış? Hukuk kuralları önünde eşitlik ilkesiyle bunun bağdaşır yanı var mıdır ?

5. İİK m. 149a'ya f. II olarak eklenmek istenen kural

İpoteğin paraya çevrilmesi takipleriyle ilgili kurallar arasında yer alan İİK m. 149a, icranın geri bırakılması hakkındaki icra mahkemesi kararını temyiz eden borçlunun veya üçüncü kişinin, takip konusu alacağın % 15'i oranında teminat yatırmaması halinde satışın durmayacağını söylüyor. Şimdiki tasarı taslağında yer alan m. 5 ile bu İİK m. 149a'ya f. II olarak eklenmek istenen kural, konut finansmanından doğan alacakların takibinde, oranı % 40'a çıkarmak istiyor. Burada da Anayasal eşitlik ilkesini çiğnemekten hiç perva edilmediğini görüyoruz. Niçin her türlü diğer alacak için yapılan ipoteğin paraya çevrilmesi takiplerinde söz konusu teminat % 15 üzerinde yatırılacak da yalnız konut finansmanı alacakları dolayısıyla yapılan takiplerde % 40 aranacak olsun ?

6. İİK'na eklenmek istenen Geçici m. 7 ile ilgili kural

Bu kural, yukarıda No. 2 ve 3'de gördüğümüz kurallar yasalaşır da satışa çıkan malın değerinin tesbitini SP Kurulunun icazet verdiği şirket veya kişiler yapacak denirse, SP Kurulunun bu konuda yetkilendirmeleri yapması hayli zaman alacağından şimdilik (üç yıl süreyle) genel hükümler çerçevesinde başka kişilerin de değer belirleyecek bilirkişi diye görevlendirilebilmelerini öngörüyor. Zaten o maddelerde belirtilen kişilerin bir bilirkişilik tekeline sahip kılınmalarını doğru bulmadığımdan, o maddelerle birlikte şimdiki maddeye de hiç yer verilmemesi doğru olacaktır kanısındayım

Böylece, şimdiki panelimizin konusu olan yasa tasarısı taslağında yer alan, İcra-İflâs Hukukuna ilişkin kuralların bir bütün olarak değerlendirmesini yaptıktan sonra onların her birini de ayrı ayrı ele alıp incelemiş olduk. Şimdi sözü, benden sonra konuşacak olan değerli arkadaşşıma bırakıyorum.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Genel olarak, söyleneceklerin bir çoğunu Hocalarım söyledi. Başta iki aksaklık görünüyor. Bir tanesi, özel hukukumuzun bilhassa medeni hukukumuzun temel prensiplerini, temel müesseselerini, Medeni Kanun'da haliha-zırda bulunan müesseseleri dikkate almadan, sırf Amerikan metinlerinden tercüme etmek gayretiyle yapılan yasalastırma. Orada söylenenlere katılıyorum. İkincisi de, Hocamın İcra-İflas Hukukuyla ilgili olarak söylemiş oldukları var. Bir iki şey ilave edeceğim, madde numaralarına da atıf yaparak.

Şimdi, tabii uzun yıllardır Türkiye ekonomik krizlere girdikçe, İcra Hukukunda çare arandı. Alacaklıların takibini kolaylaştıran ve hızlandıran değişiklikler yapıldı. Aslında, 1940 yılından beri önemli değişiklikler yapı-lıyordu. 538 sayılı değişiklik ilk kapsamlı değişiklik. Bu değişiklikler hep alacaklıların durumunu kuvvetlendirdi.

Daha sonra, 80'li yılların ikinci yarısında, 90'lı yıllarda, bu sefer alacaklılar arasındaki menfaat dengelerini de bozacak ve mali kuruluşların, bilhassa bankaların alacaklarını tahsil imkânlarını diğer alacaklı gruplarına nispetle, ölçüsüz şekilde genişleten ve kuvvetlendiren kanun değişiklikleri yapıldı. Önce Bankalar Kanunu'na eklenen birkaç hükümlerle değişikliğe başlandı. Daha sonra, bu hükümler İcra İflas Kanununa intikâl etti. İlk önce haciz yolu ile takip, sonra ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip ile ilgili hükümlere.

Tabii, sosyal devlet ilkesinin takip edildiği hukuk düzenlerinde, bir yandan çeşitli toplum kesimleri arasındaki dengelerin korunması lazım, bir yandan da sermaye kesimi içinde de çeşitli menfaat grupları var; bunlar arasında da dengelerin muhafaza edilmesi lazım. "Alacaklılar" dediğimizde, menfaatleri farklı olan çeşitli alacaklı gruplarını kastediyoruz: Mali alacaklıları anlıyoruz, yani mesela bankaları; ticari alacaklıları anlıyoruz, yani mesela bir işletmeye hammadde tedarik edenleri, kredi ile mal satanları; işçileri anlıyoruz, yani ücretler, kıdem tazminatı alacakları gibi alacağı olanları, "gayri iradi" alacaklıları anlıyoruz, mesela alacaklı olmak hiç akıllarında yokken, bir kaza sebebiyle zarara uğramış olabilecek haksız fiil alacaklıları, komşu işletmeler vesaire. Şimdi, bu alacaklı gruplarının tümünün önüne geçmiş durumda gözükmektedir mali alacaklılar, daha doğrusu bankalar.

Şimdi, bu ayrıcalıklara bir yenisini ekliyorlar. Uzun vadeli konut finansman sistemi hayata geçirilecek olursa, orada da konut finansmanından kaynaklanan alacakların tahsili konusunda da, ayrıcalıklı hükümler yer alacak İcra İflas Kanunu'nda. Başka alacaklılara tanınmayan imtiyazlar bunlar.

Bir tanesi, çok önemlisi, alacaklı "önce rehne müracaat" zorunluluğundan kurtarılıyor. Önce rehne müracaat edenler mali alacaklılardır, yani bankalardır, kredi kurumlarıdır. Haciz yolu ile takip yapacak olanlar da, o ipoteklerden, rehinlerden geriye kalan mallarla yetinecek olan ticari alacaklılardır. Ticari işletmenin faaliyetine bağımlı olabilecek yan sanayi işletmeleri, bayiler, alanlar - satanlar, tedarikçiler, bunlar ticari alacaklılar. Haciz yoluna da onlar başvuracaklardır. Şimdi, siz konut finansmanı alacaklılarına bir yanda ipoteği bir kenarda saklayıp, diğer yanda haciz yoluna müracaat etme imkânını verince, diğer alacaklıların hali de perişan olur.

Hocamın açıkladığı gibi, ihalenin feshinde para cezasını, yüzde 20'ye çıkartmayı istiyorlar.

Tıpkı bunlar gibi başka bir hüküm şu: İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, icra mahkemesinin vermiş olduğu karara karşı, temyiz yoluna başvuran borçlunun bir teminat yatırması gerekiyordu. Yüzde 15 idi oran. Şimdi bu gibi takiplerde, konut finansmanını ilgilendiren takiplerde, o oran da yüzde kırka çıkartılıyor. Böylece borçlunun bir savunma imkânı daha sınırlandırılmış oluyor.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunumuzla ilgili bazı değişiklikler tasarlanıyor. Şimdi evvela söyleyelim ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan son zamandaki değişiklikler oldukça radikal, tüketicinin lehine. Mesela tüketici kredileriyle ilgili 10. madde. Bu kanun tasarısı taslağının gerekçelerine baktığımız zaman söylenmiyor. Ama, buradaki amaçlardan biri, konut finansmanı kredileri bakımından, Tüketici Kanunu'nun 10. maddesinde getirilmiş olan teminatları, yine bu konut finansmanını işiyle meşgul olan kredi verenlerle ilgili olmak üzere zayıflatmak.

Şimdi neler öngörülmüş? Bir tanesi, konut almaya çıktığımızda, karşımızda bir imalatçı şirket var, bir satıcı şirket var, bir de banka var. Bir takım kağıtlar imzalıyorsunuz, ama kime borçlandığınız açık değil. Neticede şu oluyor: Satıcı ile müteahhit arasında bir ayrı hukuki ilişki, satıcı ile banka arasında bir ayrı hukuki ilişki ve nihayet tüketici ile banka karşı karşıya.

Diğer kişiler kendi aralarında hesaplaşıyorlar ve neticede, tüketiciye bankaya düzenli olarak ödemeleri yapmak düşüyor.

Peki, mal kusurluysa, ayıplıysa, geç teslim edildiyse ne olacak? Şimdi tüketicilerin kullandığı konut kredileri bakımından bu iş ayrıca düzenlendi. Gerek malın ayıplı olmasından, gerekse geç teslim edilmesinden, imalatçı, satıcı firma ve krediyi veren banka, müteselsilen sorumlu. 10. maddenin sistemi bu. Ve konut kredilerinde de bu uygulanıyor. Dolayısıyla, tüketici bankayla başbaşa kalmak durumunda değil.

Şimdi getirilen kanun hükmünde, konut kredisi veren finansman kuruluşunun müteselsil sorumluluğu muhafaza ediliyor, fakat kullanılan kredi miktarıyla sınırlanıyor. Dolayısıyla 10. maddeden bir geri gitmek söz konusudur. Gerekçede hiç bundan bahsedilmiyor. Adeta gerekçede üzeri örtülüyor. Ama kredi kullandıran bankanın sorumluluğu, kullandırılan kredi miktarıyla sınırlandırılıyor.

Üstelik bir ayırım da yapılıyor. Bir bitmiş konut, inşaatı tamamlanmış ve tamamlanmamış konutlar ayrı hükümlere tabi olacak. Bitmiş bir konut söz konusu ise, o zaman finansman kuruluşunun sorumluluğu sadece miktar itibarıyla sınırlanmakla kalmıyor. Aynı zamanda, dava açma süresi bir yıllık bir zaman süresi ile sınırlandırılıyor. Dolayısıyla hem kısa bir zamana süresi öngörülme, hem de miktar ile sınırlandırmak söz konusu. Bugünkü 10. maddeden geri gidecek şekilde.

10. maddeye ilave olarak, 10a ve 10b numarasıyla yeni maddeler yürütülüyor. Burada dikkati çeken birkaç şey var. Bir tanesi, borçlunun temerrüdü halinde kredi borcunun kalan kısmının tamamının muaccel hale getirilmesine ilişkin kanun hükmü. Şimdi, burada tüketicinin birbirini izleyen iki taksidi ödemede temerrüde düşmesinde, kalan borcun tamamı muaccel kılınabilir. Bu aslında, bizim Borçlar Kanunu'muzdan gelen bir hüküm. Borçlar Kanunu'nun 224. maddesi taksitle satıma ilişkin bir hüküm. Fakat, konut finansmanı gibi çok uzun vadeli kredi ilişkilerinde, bence bu hükmün, taksitle menkul satımı hükümlerinde olduğu gibi, "iki birbirini takip eden taksidi ödemeyince, tamamı muaccel olabilir" şeklinde uygulanması uygun değil. Bir parça yumuşatılması lazım.

Üstelik bu kere, Borçlar Kanunumuzda bahis konusu olan, ödenmeyen iki taksit miktarının, toplam borcun yüzde onuna ulaşması şartı da, bu-

rada uygulanmayacak! Çok uzun vadeli 20, 30 sene gibi vadeli kredi alacak bir ailenin, iki taksidi ödemekte gecikmesi halinde, o dev borcun birdenbire muaccel olup, icraya konulması ile karşı karşıya kalırız.

Tasarı taslağının 10 b maddesinin 6. fıkrasında “Finansal kiralama işinde borçlunun temerrüdü halinde sözleşme derhal feshedilir ve gayrimenkul konut finansman kuruluşu tarafından satışa çıkartılır” diye bir hüküm var. Görüyorsunuz, burada aslında, iktisadi fonksiyon bakımından ipoteye benzer bir durum var. Bir konut, finansal kiralama suretiyle kiralanıyor. Faiz yerine kiralar tahsil ediliyor ve belli bir müddet sonra, belli bir anaparayı ödeyerek, gayrimenkulü satın almak mümkün olabilecek. Ama finansal kiralama sistemiyle, gayrimenkulü finanse etmenin şöyle bir avantajı var. Hemen sözleşmeyi feshetmek ve gayrimenkulü elden çıkartıvermek. Dolayısıyla, ipotegin paraya çevrilmesi, ipotek hukukunun temel prensiplerinden olan “lex commissoria yasağı”nı dolanmış oluyor. Konut finansmanı şirketi, hiç icra memuruna gitmeden, icra mekanizmasının denetiminden uzak olarak gayrimenkulü elden çıkartabilecek. İktisadi gaye ipotekle tamamen aynı, uzun vadeli konut finansmanı amacı tamamen aynı. Fakat, buna finansal kiralama şeklinde elbise giydirdiğimiz vakit, “lex commissoria yasağı”nı aşma imkânına kavuşuyoruz.

9. maddeye göre konut finansman kuruluşu eğer ipotek almazsa, kıymetli evrak alabilir. Tüketicinin Koruması Hakkında Kanunumuzda şimdiki 10. madde tüketici kredilerinde, bu türlü kıymetli evrak alınmasını yasaklıyor idi. Yine buradan geriye gidiş söz konusu. Sizin takdirlerinize bırakıyorum: Uzun vadeli bu tür bir kredi ilişkisinde, tüketicinin elinden bir sıra kıymetli evrak almak ve sonra da, İcra İflas Kanunumuzun kambiyo senetlerine bağlanmış olan alacakların tahsiline ilişkin özel hükümlerinden alacaklıyı faydalandırmak ne kadar adalete uygundur?

Dolayısıyla, gerekçenin dikkatli okunması lazım. Gerekçede ifade edilmeyen birçok önemli sonuç var, tüketici hukuku bakımından olduğu gibi icra hukuku bakımından da.

Teşekkür ederim.

**KONUT FİNANSMANI SİSTEMİNE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ
KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA
KANUN TASARISI***

(TBMM Kanun Tasarısı Dönem 22/1, Esas no. 1/1148)

Madde 1 - 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 45 inci maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere ikinci fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan rehinle temin edilmiş alacakların takibinde, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabileceği gibi haciz yoluna da başvurulabilir.”

Madde 2 - 2004 sayılı Kanunun 128 inci maddesine ikinci fıkradan sonra gelmek üzere üçüncü fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“İcra dairesi, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde, satışı istenen taşınmaz için kıymet takdirini, aynı Kanunun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kurumlara yaptırır.”

Madde 3 - 2004 sayılı Kanunun 128/a maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere ikinci fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde, birinci fıkra uyarınca yaptırılmasına karar verilen bilirkişi incelemesi, aynı Kanunun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kurumlara yaptırılır.”

Madde 4 - 2004 sayılı Kanunun 134 üncü maddesine ikinci fıkradan sonra gelmek üzere üçüncü fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde, ikinci fıkrada yer alan oran yüzde yirmi olarak uygulanır.”

Madde 5 - 2004 sayılı Kanunun 149/a maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde, ikinci fıkrada yer alan oran yüzde kırk olarak uygulanır. Temyiz talebinin reddi halinde, ikinci fıkrada yer alan tazminat alacaklıya ödenir ve alacaklının satış talebinden sonra takdir edilen ve kesinleşen kıymete göre, merhunun alacağı karşılamayacağı anlaşılırsa kalan tutar yatırılan teminatın karşılanır, varsa teminatın kalan kısmı teminatı yatırana iade edilir.”

Madde 6 - 2004 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“Geçici Madde 8- Bu Kanunun 128 inci maddesinin üçüncü fıkrası ile 128/a maddesinin ikinci fıkrasının yürürlüğe girmesini izleyen üçüncü yılın sonuna kadar 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesi birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde, taşınmaz için kıymet takdiri veya bilirkişi incelemesi, Sermaye Piyasası Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca gayrimenkul değerlendirme faaliyeti konusunda yetki verilmiş kişi veya kurumların yanı sıra diğer uzman bilirkişiler marifetiyle de yapılabilir.”

Madde 7 - 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 3 üncü maddesine aşağıdaki bent eklenmiştir.

“k) İpotekli Sermaye Piyasası Aracı: İpotek teminatlının menkul kıymetler, ipoteğe dayalı menkul kıymetler, ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen hisse senedi dışındaki sermaye piyasası araçları ve konut fi-

nansmanından kaynaklanan alacaklara dayalı olarak veya bu alacakların teminatı altında ihraç edilen diğer sermaye piyasası araçlarıdır.”

Madde 8 - 2499 sayılı Kanunun 13/A maddesi madde başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İpotek teminatl $\acute{ı}$ menkul kıymetler

Madde 13/A – İpotek teminatl $\acute{ı}$ menkul kıymetler, ihraççıların genel yükümlülüğü niteliğinde olan ve oluşturulan teminat havuzundaki varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen borçlanma senetleridir. İpotek teminatl $\acute{ı}$ menkul kıymetler bankalar ve bu Kanunun 39/A maddesinde tanımlanan ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilebilir.

İhraççılar, ipotek teminatl $\acute{ı}$ menkul kıymetlerin teminatı olan varlıkları, diğer varlıklarından ayrı olarak, oluşturacakları teminat havuzu içerisinde izlemekle yükümlüdür. Teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun uygun görüşü alınmak suretiyle Kurulca belirlenir. Kurul, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun uygun görüşü alınmak suretiyle, teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların ihraççının yanı sıra ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını zorunlu tutabilir.

Teminat havuzu; yapı kullanma izni alınmış konut ve diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacaklar, ikame varlıklar ve bunların riskten korunması amacıyla yapılan sözleşmelerden oluşur. Bunlar dışında kalan varlık ve alacaklar teminat havuzuna dahil edilemez.

Yapı kullanma izni alınmış konutlar üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ilgili konutun değerinin yüzde yetmişbeşini, yapı kullanma izni alınmış diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ise ilgili gayrimenkulun değerinin yüzde ellisini aşan kısmı, teminat değerinin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Kurul bu kapsamda yapılacak değerlemenin bu Kanun uyarınca yetki verilmiş kişi veya kurumlarca ve Kurulca belirlenen usul ve esaslara göre yapılmasını zorunlu tutabilir. Teminat havuzuna dahil edilecek yapı kullanma izni alınmış konut ve diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların vadesi gelmiş tüm ödemelerinin yapılmış olması şarttır.

İkame varlıklar nakit, devlet iç borçlanma senetleri, hazine kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatına üye ülkelerin merkezi yönetimleri ile merkez bankalarınca ya da bunların kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler ile Kurulca uygun görülen benzer nitelikteki varlıklardan oluşur.

Teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisinde yapı kullanma izni alınmış diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ve ikame varlıkların payı ayrı ayrı yüzde onbeşi aşamaz.

İhraççılar, teminat havuzundaki varlıkların faiz, kur, kredi ve benzeri risklerden korunması amacıyla sözleşmeler yapabilir. Teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılmış sözleşmeler de teminat havuzuna dahildir.

İpotek teminatlı menkul kıymetlerin itfasına kadar olan süre boyunca;

a) Teminat havuzundaki varlıkların nominal değerinin ipotek teminatlı menkul kıymetlerin nominal değerine eşit ya da fazla olması,

b) Teminat havuzundaki varlıkların getirisinin en az ipotek teminatlı menkul kıymetlerin getirisine eşit ya da fazla olması,

c) Teminat havuzundaki varlıklardan elde edilen gelirin tutar ve ödeme dönemleri bakımından ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine yapılan ödemeleri karşılaması,

d) Teminat havuzunda yer alan varlıkların net bugünkü değerinin ipotek teminatlı menkul kıymetlerin net bugünkü değerinden yüzde ikisi oranında fazla olması,zorunludur. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir.

İlave menkul kıymet ihracı veya sekizinci fıkrada belirtilen koşulların sağlanması amacıyla teminat havuzuna yeni varlıklar dahil edilebilir. Makul bir gerekçe olması durumunda, ihraççılar, teminat sorumlusunun onayını alarak, teminat havuzuna dahil edilmiş bir varlığı teminat havuzundan çıkartabilir veya teminat havuzunda bulunmayan bir varlık ile değiştirebilirler.

İhraççının Kurulun onayını almak suretiyle bir teminat sorumlusu belirlemesi zorunludur. Teminat sorumlusunun sahip olması gereken nitelikler Kurulca belirlenir. Kurul, gerekli gördüğü hallerde teminat sorumlusunun değiştirilmesini istemeye veya teminat sorumlusunu resen değiştirmeye yetkilidir.

Teminat sorumlusu, bu madde kapsamında,

a) Teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların mevcudiyetini ve niteliklerini,

b) Teminat havuzlarının oluşturulmasını ve varlıkların teminat havuzlarında takibini,

c) Kurul tarafından zorunlu tutulması halinde teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların ihraççının yanı sıra ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını,

d) Sekizinci fıkrada sayılan şartlara uygunluğu, izlemek, tespit ettiği hususlar hakkında, Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde ihraççıya ve Kurula bilgi vermekle yükümlüdür.

Teminat sorumlusu ihraççıdan, kayıt kuruluşundan ve gerek görülen durumlarda tapu sicil müdürlüklerinden teminat havuzunda yer alan varlıklara ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi istemeye, ilgili kayıtları incelemeye ve çalışanlardan bilgi almaya yetkilidir. İhraççılar, kayıt kuruluşu ve tapu sicil müdürlükleri teminat sorumlusunun talep ettiği bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Teminat sorumlusu, talep ettiği bilgi ve belgelere ulaşılmasının engellenmesi halinde, durumu derhal Kurula bildirmekle yükümlüdür.

İpotek teminatlı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, teminat havuzlarında yer alan varlıklar, teminat amacı dışında tasarruf edilemez, rehdilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez, ihtiyati tedbir kararı verilemez ve iflas masasına dahil edilemez.

Teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılacak olan sözleşmelerde, teminat havuzu ve ipotek teminatlı menkul kıymetler tasfiye edilinceye kadar, ihraççının iflası durumunda sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilemeyeceğine ilişkin hüküm bulunması zorunludur.

İhraççının ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflası halinde teminat havuzundaki varlıklardan elde edilen gelir öncelikle ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine ve teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunma-

sı amacıyla yapılmış olan sözleşmelerin karşı taraflarına yapılacak ödemelerde kullanılır. Bu durumda Kurul,

a) Tedavüldeki ipotek teminatlı menkul kıymetlerin erken itfa edilmesi, teminat havuzundaki varlıkların nakde dönüştürülmesi ile bunlara ilişkin işlemleri yürütecek bir idareci atanması veya teminat havuzundaki varlıkların tedrici tasfiyesi ile tedrici tasfiyeye ilişkin işlemlerin Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından yürütülmesi,

b) Teminat havuzundaki varlıkların, ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan her türlü yükümlülüğü üstlenecek ihraççı niteliğini haziz bir başka kuruluş devredilmesi,

c) İpotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan yükümlülükleri üstlenmeksizin, teminat havuzundaki varlıkların idaresi ve bu havuzdan elde edilen gelirin ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine ödenmesi işlemlerini yürütecek bir idareci atanması, hususlarında karar vermeye yetkilidir. Kurul, atanacak idareciye veya Yatırımcıları Koruma Fonuna bu fıkra kapsamındaki hizmetleri karşılığında teminat havuzundaki varlıklardan ödeme yapılması hususunda karar vermeye ve yapılacak ödemenin hesaplanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

İhraççının ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan ödeme yükümlülüğünü yerine getirememesi ve teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların menkul kıymet sahiplerinin alacaklarını karşılamaya yetmemesi halinde, alacağı teminat havuzundaki varlıklarla karşılanmayan ipotek teminatlı menkul kıymet sahipleri ihraççının diğer malvarlığına başvurabilir.

İpotek teminatlı menkul kıymetlerin ihracında 13 üncü maddede belirtilen limitler uygulanmaz. İpotek teminatlı menkul kıymet ihraç limiti, ihraç şartları, teminat havuzundaki varlıkların riskten korunması amacıyla yapılabilecek sözleşmeler ve bu menkul kıymetlerin Kurul kaydına alınmasına ilişkin usul ve esaslar ile ipotek teminatlı menkul kıymetlerle ilgili diğer hususlar Kurulca belirlenir.”

Madde 9 - 2499 sayılı Kanuna 13/A maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 13/B maddesi eklenmiştir.

“Varlık teminatlı menkul kıymetler

Madde 13/B – Varlık teminatlı menkul kıymetler; ihraççıların genel

yükümlülüğü niteliğinde olan, alacaklar ve duran varlıkların teminatı altında ihraç edilen borçlanma senetleridir. Varlık teminatlı menkul kıymet ihraç edecek kuruluşlar, ihraç limiti, ihraç şartları, teminat gösterilebilecek alacak ve varlık türleri, teminat gösterilebilecek varlıklara ilişkin sınırlamalar, teminat gösterilen alacak ve varlıkların değerlendirilmesi ve raporlanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir.

Teminat gösterilen alacak ve varlıkların kayıtlarının tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun uygun görüşü alınmak suretiyle Kurulca belirlenir.

Kurul ihraççının bir teminat sorumlusu belirlemesini zorunlu tutabilir. Teminat sorumlusu teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların mevcudiyetini ve niteliklerini, teminat havuzlarının oluşturulmasını ve varlıkların teminat havuzlarında izlenmesini izlemek, tespit ettiği hususlar hakkında Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde, ihraççıya ve Kurula bilgi vermekle yükümlüdür.

Teminat sorumlusu ihraççıdan, kayıt kuruluşundan ve gerek görülen durumlarda tapu sicil müdürlüklerinden teminat havuzunda yer alan varlıklara ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi istemeye, ilgili kayıtları incelemeye ve çalışanlardan bilgi almaya yetkilidir. İhraççılar, kayıt kuruluşu ve tapu sicil müdürlükleri teminat sorumlusunun talep ettiği bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Teminat sorumlusu, talep ettiği bilgi ve belgelere ulaşmasının engellenmesi halinde, durumu derhal Kurula bildirmekle yükümlüdür.

Varlık teminatlı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, teminat amacı dışında tasarruf edilemez; rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez, ihtiyati tedbir kararı verilemez ve iflas masasına dahil edilemez.

Kurul, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun uygun görüşü alınmak suretiyle teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların ihraççının yanı sıra ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını zorunlu tutabilir.”

Madde 10 - 2499 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“r) Gayrimenkullerin değerlemesini yapabilecek değerlendirme kurumlarından sermaye piyasasında faaliyette bulunacaklara ilişkin şartları belirle-

mek ve bu şartlara uyan değerlendirme kurumlarını listeler halinde ilan etmek; bu Kanunun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde ve konut finansmanı kuruluşları tarafından tüketicilere kaynak kullanılması aşamasında, ilgili taşınmaz için değerlendirme yapacak kişi ve kurumlara ilişkin şartları belirlemek ve bu şartlara uyan kişi ve kurumları listeler halinde ilan etmek,”

Madde 11 - 2499 sayılı Kanunun 28 inci maddesinin (b) fıkrasına ikinci paragraftan sonra gelmek üzere üçüncü paragraf olarak aşağıdaki hüküm eklenmiştir.

“İpotekli sermaye piyasası araçlarının satışını takiben, satış değerinin en fazla binde biri oranında kayda alma ücreti Özel Hesaba yatırılır. Kayda alma ücretinin oranı ve bu ücretin hesaplanmasına ve ödenmesine ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.”

Madde 12 - 2499 sayılı Kanunun 38 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 38/A, 38/B ve 38/C maddeleri eklenmiştir.

“Konut finansmanı

Madde 38/A – Konut finansmanı, konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullanılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullanılmasıdır. Bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullanılan krediler de konut finansmanı kapsamındadır.

Konut finansmanı kuruluşları konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleridir.

Hazine Müsteşarlığı konut finansmanı işlemlerinin gerektirdiği sigorta sözleşmeleri ile ilgili usul ve esasları, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ise konut finansmanı kapsamındaki kredilerin yeniden finansmanına ilişkin usul ve esasları Türkiye Bankalar Birliğinin görüşlerini alarak belirlemeye yetkilidir.

Kurul, ihraç edilecek ipotekli sermaye piyasası araçlarının dayanağı veya teminatı olan kredi ve finansal kiralama alacakları için, kredi açılması veya finansal kiralama sözleşmesi yapılması aşamasında, konut değerlendirme-

sinin gayrimenkul değerlendirme faaliyeti konusunda yetki verilmiş kişi veya kurumlar tarafından yapılmış olmasını zorunlu tutmaya yetkilidir.

Konut finansmanı fonu

Madde 38/B – Konut finansmanı fonu, ihraç edilen ipoteye dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, ipoteye dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inanca mülkiyet esaslarına göre oluşturulan malvarlığıdır.

Fon kurucuları, fon portföyünde yer alan kredilerin ve bunlarla bağlantılı işlemlerin ödemelerine aracılık edenler, fon kurma limiti, portföyün riskten korunması veya kredi değerliliğinin artırılması amacıyla yapılan sözleşmeler dahil fon portföyüne alınabilecek varlık türleri, portföy sınırlamaları ile ipoteye dayalı menkul kıymetlerin ihraç ve Kurul kaydına alınmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Kurucular, ihraç edilen ipoteye dayalı menkul kıymetlere yönelik garanti verebilirler.

Fonun tüzel kişiliği yoktur, ancak malvarlığı kurucunun mal varlığından ayrıdır. Fon malvarlığı, ihraç edilen ipoteye dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez, ihtiyati tedbir kararı verilemez ve iflas masasına dahil edilemez.

Fon kurulu, ihraç edilen ipoteye dayalı menkul kıymetlerin sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde fonu temsil eder ve yönetir. Fon portföyüne alınan varlıkların kayıtlarının doğruluğundan ve bu varlıkların korunması ve saklanmasından fon kurulu sorumludur. Fon kuruluna ilişkin şartlar ile fon varlıklarının yönetimine ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir.

Kurucu, fon kurulu ve ihraç edilen ipoteye dayalı menkul kıymetlerin sahipleri arasındaki ilişkilere bu Kanunda ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun vekalet akdi hükümleri uygulanır.

Kurul, fon portföyündeki varlıklara ilişkin kayıtların ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını zorunlu tutabilir.

İpotekle teminat altına alınmış bir kredi veya konusu gayrimenkul olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların fon portföyüne alınması halinde, kredi veya alacağın fona devredildiği hususu ilgi-

li gayrimenkulün tapu sicilinde beyanlar hanesine kaydedilir. Kurul, ipotekle teminat altına alınmış bir kredi veya konusu gayrimenkul olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların fon portföyüne alınması halinde, ipoteğin veya mülkiyetin; fon hesabına, kurucu adına tapuya tescil ettirilmesini zorunlu tutabilir.

Fon içtüzüğü, ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahipleri, kurucu ve fon kurulu arasında, fon portföyünün inançlı mülkiyet esaslarına göre saklanması ve vekalet akdi hükümlerine göre yönetimini konu alan ihtihaki bir sözleşmedir.

Fon içtüzüğü ve Kurulca belirlenecek diğer belgelerle birlikte, fon kuruluşuna izin verilmesi ve ihraç edilecek ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin kayda alınması talebiyle Kurula başvurulması zorunludur.

Fon portföyü farklı sınıflara ayrılarak bu sınıflar üzerine farklı haklar içeren ipoteğe dayalı menkul kıymetler ihraç edilebilir. Farklı ipoteğe dayalı menkul kıymet ihraçları ile ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahiplerine verdiği haklara ilişkin esasların fon içtüzüğünde belirlenmesi şarttır.

Kurul, portföydeki varlıkların değerlendirme esaslarına, fonun faaliyet ve yönetim ilkelerine, birleşmesine, sona ermesine ve tasfiyesine, fon içtüzüğü, fon yönetim sözleşmesi ve saklama sözleşmesinin kapsamına, değiştirilmesine, tescil ve ilanına ilişkin usul ve esasları belirler.

Kurucu veya fonun geri ödeme güçlüğüne düşmesi halinde Kurul, fonun yönetim ve temsilinin Yatırımcıları Koruma Fonu veya atanacak diğer bir fon kurulu tarafından yürütülmesine veya fonun başka bir kurucuya devredilmesine karar verebilir. Bu durumda, kurucunun garanti vermiş olması halinde, ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının geri ödemelerinin fon malvarlığından karşılanamayan kısmının tam ve zamanında yapılmasına ilişkin yükümlülüğü devam eder. Kurul, atanacak fon kuruluna veya Yatırımcıları Koruma Fonuna bu fıkra kapsamındaki hizmetleri karşılığında fon malvarlığından ödeme yapılması hususunda karar vermeye ve yapılacak ödemenin hesaplanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Fon kurucusunun iflası veya tasfiyesi veya fon kurulu üyelerinin iflası halinde Kurul, gerekli tedbirleri almaya yetkilidir.

Varlık finansmanı fonu

Madde 38/C – Varlık finansmanı fonu, ihraç edilen varlığa dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, varlığa dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan mal-varlığıdır. Varlık finansmanı fonu portföylerine alınabilecek varlıklar Kurulca belirlenir.

Bu Kanununun 38/B maddesinin birinci fıkraya hükmü dışındaki diğer fıkra hükümleri, varlık finansmanı fonları için de uygulanır.”

Madde 13 - 2499 sayılı Kanununun 39 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 39– Diğer sermaye piyasası kurumları; kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen, sermaye piyasası araçlarının takas ve saklanması, derecelendirilmesi, ihraççıların ve sermaye piyasası kurumlarının denetlenmesi ile uğraşan kuruluşlar, yatırım danışmanlığı, portföy yönetimi gibi sermaye piyasası faaliyetlerini yerine getiren şirketler, varlık yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, risk sermayesi yatırım fonları, risk sermayesi yatırım ortaklıkları, vadeli işlemler aracılık şirketleri, sermaye piyasasında faaliyette bulunacak gayrimenkul değerlendirme kurumları ve portföy saklama şirketleridir.”

Madde 14 - 2499 sayılı Kanununun 39 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 39/A maddesi eklenmiştir.

“İpotek finansmanı kuruluşları

Madde 39/A - İpotek finansmanı kuruluşları, münhasıran konut finansmanından kaynaklanan alacakların devralınması, devredilmesi, devralınan alacaklardan oluşan varlıkların yönetimi ve alacakların teminat olarak alınması suretiyle kaynak temini amacıyla kurulan, sermaye piyasası kurumu niteliğini haiz anonim ortaklıklardır. İpotek finansmanı kuruluşları faaliyetlerinin gerektirdiği risk yönetimi amaçlı işlemleri yürütebilirler.

İpotek finansmanı kuruluşlarının nakden ve her türlü muvazaadan âri olarak ödenmiş sermayeleri 5411 sayılı Bankacılık Kanununda kalkınma ve yatırım bankaları için öngörülen tutardan az olamaz. Kurucularının ve sermayelerinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına

üye belirleme imtiyazı veren payların sahiplerinin 5411 sayılı Bankacılık Kanununda banka kurucu ortakları için aranan şartları taşımaları zorunludur.

Konut finansmanından kaynaklanan alacakların ve diğer varlıkların teminat gösterilmesi suretiyle ipotek finansmanı kuruluşlarından kaynak temin edilmesi halinde, teminat gösterilen varlıklar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere üçüncü şahıslar tarafından haczedilemez, ihtiyati tedbir kararı verilemez ve iflas masasına dahil edilemez. Kurul, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun uygun görüşünü almak suretiyle, teminat gösterilen varlıklara ilişkin kayıtların ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını zorunlu tutabilir.

İpotek finansmanı kuruluşlarının kuruluşuna, faaliyet ilke ve esaslarına, faaliyetler itibarıyla izin esaslarına, tabi olacakları yükümlülüklerle ilişkin hususlar, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun uygun görüşünü almak suretiyle, Kurul tarafından belirlenir. İpotek finansmanı kuruluşlarının kuruluş ve faaliyet izni almak üzere Kurula başvurması şarttır. Ancak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun gözetim ve denetimine tabi olan kuruluşların yüzde ellibir ve daha fazla paya veya yönetim hakimiyetine sahip olduğu ipotek finansmanı kuruluşlarının ise kuruluş ve faaliyet izni almak üzere Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluna başvurması şarttır ve bu ipotek finansmanı kuruluşları Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun konsolide denetimine tabidir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca gerek duyulması hâlinde, ipotek finansmanı kuruluşlarının 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca yapılacak konsolide denetimi, Kurul ile birlikte gerçekleştirilir.”

Madde 15 - 2499 sayılı Kanuna 40/C maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 40/D maddesi eklenmiştir.

“Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği

Madde 40/D- Gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansına sahip olanlar, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üye olmak için başvurmak zorundadırlar. Lisans sahibi, lisans almaya hak kazandığının kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde gerekli başvuruyu yapmakla yükümlüdür. Anılan yükümlülüğe uymayan kimselerin lisansı Kurulca iptal edilir.

Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği, gayrimenkul piyasasının ve gayrimenkul değerlendirme faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak üzere araştırmalar yapmak, eğitim ve sertifika vermek, Birlik üyelerinin dayanışma ve mesleğin gerektirdiği özen ve disiplin içerisinde çalışmalarına yönelik meslek kurallarını ve değerlendirme standartlarını oluşturmak, haksız rekabeti önlemek amacıyla gerekli tedbirleri almak, kendisine mevzuatla verilen veya Kurulca belirlenen konularda düzenlemeler yapmak, yürütmek, denetlemek, Birlik Statüsünde öngörülen disiplin cezalarını vermek, ilgili konularda üyeleri temsilen ilgili kuruluşlarla işbirliği yapmak, mesleki gelişmeleri, idari ve yasal düzenlemeleri izleyerek bu konuda üyeleri aydınlatmakla görevli ve yetkilidir.

Birlik, bölgesel ve ülke genelinde gayrimenkul değerleri konusunda istatistikler oluşturur ve yayınlar. Konut finansmanı kapsamında yapılan değerlendirmelere ilişkin bilgilerin, Birlik tarafından belirlenecek usul ve esaslara göre Birliğe iletilmesi zorunludur.

Birlik, alacağı kararlarda ve yapacağı düzenlemelerde, bu Kanuna, Kurul yönetmelik, tebliğ ve kararlarına ve ilgili diğer mevzuata uymakla yükümlüdür.

Üyeler, Birlik Statüsüne ve Birlikçe alınacak kararlara uymak zorundadırlar.

Birlik, 40/C maddesindeki hükümlere tabidir.”

Madde 16 - 2499 sayılı Kanunun 46/A maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere ikinci fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Kurul, 46 ncı maddenin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca tedrici tasfiyesine karar verilmesi halinde ipotek finansmanı kuruluşunun tedrici tasfiyesinin Fon tarafından yürütülmesini, ayrıca ihraççının yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması, yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflası halinde ipotek teminatlı menkul kıymetler ve varlık teminatlı menkul kıymetlerin teminatı olan varlıklardan oluşan teminat havuzları ile kurucusunun veya konut finansmanı fonu veya varlık finansmanı fonunun geri ödeme gücüne düşmesi halinde konut finansmanı fonu ve varlık finansmanı fonu malvarlıklarının tedrici tasfiyesinin veya idaresinin Fon tarafından yürütülmesine karar verebilir.

Bu fıkra uyarınca Fon tarafından yapılacak tedrici tasfiye ve idareye ilişkin harcamalarda Fon gelirlerinden hangilerinin kullanılabilceği Kurul tarafından belirlenir.”

Madde 17 - 2499 sayılı Kanuna 46/B maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 46/C maddesi eklenmiştir.

“ İpotek finansmanı kuruluşlarının tedrici tasfiyesi

Madde 46/C- Bu Kanunun 46 ncı maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca yetkileri kaldırılan ipotek finansmanı kuruluşlarının tedrici tasfiyelerine Kurulca karar verilebilir. Bu kurumların tasfiye işlemleri Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından yürütülür.

Tedrici tasfiyenin amacı, ipotek finansmanı kuruluşlarının mal varlığını işin niteliğine göre aynen veya nakde çevirmek suretiyle elde edilen bedeli tahsis ederek tasfiye etmektir. Tedrici tasfiye karar ve işlemlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve diğer mevzuatın tasfiye ile ilgili hükümleri uygulanmaz. İpotek finansmanı kuruluşlarının tedrici tasfiyelerinin uygulama usul ve esasları Kurulca belirlenir.

Tedrici tasfiye kararı verildikten sonra, ipotek finansmanı kuruluşunun yasal organlarının görev ve yetkileri, tasfiye sonuçlanıncaya kadar Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından yerine getirilir. Ancak, 46 ncı maddenin birinci fıkrasının (h) bendi hükmü saklıdır.

Hakkında tedrici tasfiye kararı verilen ipotek finansmanı kuruluşunun ödemeleri durur ve konut finansmanı fonları, varlık finansmanı fonları malvarlıkları ile varlık teminatlđ menkul kıymetler ve ipotek teminatlđ menkul kıymetler teminat havuzları hariç tüm mal varlığı üzerinde, bu karar tarihi itibarıyla sadece Fon tarafından tasarruf edilebilir. Fon, ipotek finansmanı kuruluşunun aktif ve pasifini tespit eder. İpotek finansmanı kuruluşunun, tasfiye kapsamında yer alan yükümlülüklerinden, nakit borçları, tedrici tasfiye kararının verildiğı tarihteki anapara ve işlemlş faizleri toplamı üzerinden hesaplanır. İpotek finansmanı kuruluşunun tedrici tasfiye kararının verilmesinden sonra vadesi gelen menkul kıymetlerinden doğan hak ve borçları da, vadeleri itibarıyla belirlenir. İpotek finansmanı kuruluşunun, vadeli borçlarına vadeden, diğler borçlarına ise tedrici tasfiye tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 2 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen kanuni temerrüt

faizi yürütülür. Mevzuat uyarınca ipotek finansmanı kuruluşu tarafından verilmiş teminatlar da, aktifin hesabında dikkate alınır.

Fon, ipotek finansmanı kuruluşunun tasfiye kapsamında yer alan gerçek hak sahiplerini ve alacak tutarlarını, Kuruldaki kayıtlar, ipotek finansmanı kuruluşunun kayıtları, bu kuruluşun ilgili olduğu diğer resmi ve özel kurumların kayıtları ile güvenilir bulunan diğer bilgi ve belgelere dayanarak tespit eder. İcra ve İflas Kanununun 278, 279 ve 280 inci maddelerinde yazılı hallerin varlığı halinde, Fon tarafından iptal davası açılabilir.

İpotek finansmanı kuruluşunun malvarlığı, tasfiyenin amacı kapsamında yer alan hak sahiplerinin alacağının ödenmesinde kullanılır. Ancak, tasfiye bakiyesi bu alacakların tamamının karşılanmasına yetmezse, ödemeler garameten yapılır. Bu alacaklar tamamen karşılandıktan sonra artan kısımdan, öncelikle kamu alacakları ve kalandan Fonun yaptığı tasfiye giderleri nedeniyle doğan alacağı ödenir. Bakiye, diğer alacaklılara tahsis edilir. İpotek finansmanı kuruluşunun aktifleri, tasfiyenin amacı kapsamındaki hak sahiplerinin alacaklarını, Fondan yapılan ödemeleri ve tasfiye giderlerini karşılamaya yetmezse, Fon, Kurulun uygun görüşüyle ipotek finansmanı kuruluşunun iflasını isteyebilir.”

Madde 18 - 2499 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendi ile (C) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“5. Sermaye piyasası kurumlarına, bu Kanunun 13/A ve 13/B maddeleri kapsamındaki teminat sorumlularına ve 38/B ve 38/C maddeleri kapsamındaki fon kuruluna; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veyahut her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satan veya rehneden veya her ne şekilde olursa olsun kullanan, gizleyen yahut inkar eyleyen veyahut bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutulanlar dahil kayıtları tahvil ve tağyir eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri,”

“C) Bu Kanunun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasına, 7, 9, 10, 10/A, 11, 12 nci maddelerine, 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasına, 13/A maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, altıncı, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onbirinci,

onikinci, onüçüncü, ondördüncü ve onbeşinci fıkralarına, 13/B maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarına, 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına, 15 inci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarına, 16, 16/A maddelerine, 25 inci maddesinin (a) bendine, 28 inci maddesinin (b) bendine, 34 üncü maddesine, 38 inci maddesine, 38/A maddesine, 38/B maddesinin üçüncü ve onikinci fıkralarına, 38/C maddesi kapsamında 38/B maddesinin üçüncü ve onikinci fıkralarına, 39/A maddesine, 40/B ve 40/D maddelerine, 45 inci maddesine, 46 ncı maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarına, 46/A, 46/B ve 46/C maddelerine aykırı hareket edenler binikiyüzelli gün adli para cezası ile cezalandırılırlar.”

Madde 19 - 2499 sayılı Kanunun 47/A maddesine dördüncü fıkradan sonra gelmek üzere beşinci fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Kanunun 40/D maddesinin beşinci fıkrasındaki yükümlülüğe uymayan üyelere, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Yönetim Kurulunca bin YTL’den beşbin YTL’ye kadar para cezası verilir. Birlik, verdiği cezaları ilgiliye tebliğ eder ve tahsil ve gelir kaydı için Yatırımcıları Koruma Fonuna bildirir.”

Madde 20 - 2499 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

“Geçici Madde 10 – Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Statüsü bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde yürürlüğe konulur. Gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansına sahip olanlar, bu süre içerisinde Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üye olmak için Kurula başvurmakla yükümlüdürler.

Bu üyelik başvuruları Kurul tarafından sonuçlandırılır. Kurul, Birlik Statüsünün yürürlüğe girmesini izleyen bir ay içinde Birlik üyelerini ilk genel kurul toplantısına çağırır. İlk genel kurula ait masraflar, Birlik organları oluştuktan sonra Kurula geri ödenmek üzere Kurul tarafından karşılanır.

Geçici Madde 11 – Bu Kanunun 38/A maddesinde yapılan konut finansmanı tanımına uyan kredi ve finansal kiralama sözleşmeleri, sözleşme tarihi dikkate alınmaksızın anılan madde uyarınca konut finansmanı kapsamındadır.

Geçici Madde 12 – Finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleri, bu Kanunun 38/A maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde konut finansmanı faaliyetinde bulunamaz.”

Madde 21 - 23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesine aşağıdaki bent eklenmiştir.

“r) Konut finansmanı kuruluşu: 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kuruluşları,”

Madde 22 - 4077 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren konut finansmanı kuruluşu imalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ile birlikte, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı, tüketiciye karşı teslim tarihinden itibaren 1 yıl süre ile, kullandığı kredi miktarı kadar müteselsilen sorumlu olur. Konut finansmanı kuruluşları tarafından 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.”

Madde 23 - 4077 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İlan ve taahhüt edilen mal veya hizmetin teslimatının veya ifasının hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumunda, satıcı, sağlayıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren müteselsilen sorumludur. İlan ve taahhüt edilen konutun teslimatının hiç, gereği gibi ya da zamanında yapılmaması durumunda, 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren konut finansmanı kuruluşu, satıcı, sağlayıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici, ithalatçı ile birlikte, kullandığı kredi miktarı kadar müteselsilen sorumludur. Konut finansmanı kuruluşları tarafından 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz.”

Madde 24 - 4077 sayılı Kanuna 10/A maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 10/B maddesi eklenmiştir.

“Konut Finansmanı Sözleşmeleri

Madde 10/B - Konut finansmanı kuruluşları tüketicilere sözleşme öncesinde kredi veya finansal kiralama işlemleri ile ilgili genel bilgiler vermek ve tüketiciye teklif ettikleri kredi veya finansal kiralama sözleşmesinin koşullarını içeren Sözleşme Öncesi Bilgi Formu vermek zorundadır. Tüketici teklifi kabul edip etmemekte serbesttir.

Konut finansmanı kuruluşları tarafından verilecek genel bilgilerin kapsamı ve Sözleşme Öncesi Bilgi Formunun standartları Bakanlık tarafından belirlenir. Sözleşme Öncesi Bilgi Formunun tüketiciye verilmesini takip eden bir iş günü geçmeden imzalanan sözleşme geçersizdir.

Konut finansmanı sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen şartlar, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez.

Borçlunun temerrüde düşmesi halinde konut finansmanı kuruluşu borçluya temerrüt tarihinden itibaren beş iş günü içerisinde iadeli taahhütlü posta yoluyla bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

Konut finansmanı kuruluşu, geri ödemelerin yapılmaması halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak tüketicinin birbirini izleyen en az iki ödemede temerrüde düşmesi halinde kullanılabilir. Konut finansmanı kuruluşunun bu hakkını kullanabilmesi için en az bir ay süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir.

Finansal kiralama işlemlerinde, tüketicinin muacceliyet uyarısında verilen sürenin sona ermesini takiben, konut finansmanı kuruluşu kalan borcun tamamını ifa etme hakkını kullanmak üzere finansal kiralama sözleşmesini feshettiği takdirde, konutu derhal satışa çıkarmakla yükümlüdür. Konut finansmanı kuruluşu satış öncesinde konut için 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kurumlara kıymet takdiri yaptırır. Takdir edilen kıymet, satıştan en az on iş günü önce tüketiciye bildirilir. Konut finansmanı kuruluşu takdir edilen kıymeti dikkate alarak basiretli bir tacir gibi davranmak suretiyle konutun satışını gerçekleştirir. Tüketici, konut finansmanı kurulu-

şunun zararının konutun satışından elde edilen bedeli aşan kısmından sorumludur. Konutun satışından elde edilen bedelin kalan borcu aşması halinde aşan kısım tüketiciye ödenir. Konut finansmanına yönelik finansal kiralama işlemlerinde 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununun 7 nci ,25 inci ve 31 inci maddeleri uygulanmaz.

Konutun satışının gerçekleştirilmesi ve elde edilen bedelin kalan borcu aşan kısmının tüketiciye ödenmesini takiben tüketici konutu tahliye etme yükümlülüğü altındadır. Konutun tahliye edilmemesi halinde konut sahibi 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 26 ncı ve 27 nci maddeleri uyarınca icra yoluna başvurabilir.

Kullanılan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansmanı kuruluşu asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlı konut finansmanından kaynaklanan işlemlerde kredi veren konut finansmanı kuruluşu, krediyi belirli bir konutun satın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, konutun hiç ya da zamanında teslim edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı ile birlikte kullandırılan kredi miktarı kadar müteselsilen sorumlu olur. Konut finansmanı kuruluşları tarafından verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz.

Konut finansmanı kuruluşunun ödemeleri bir kıymetli evraka bağlaması ya da kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaktır. Bu yasağa rağmen tüketiciden bir kıymetli evrak alınacak olursa, tüketici bu kıymetli evrakı konut finansmanı kuruluşundan geri isteme hakkına sahiptir. Ayrıca, konut finansmanı kuruluşu kıymetli evrakın başkasına devri sebebiyle tüketicinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Konut finansmanı amacıyla ipotek alınmadığı hallerde kıymetli evrak teminat olarak kabul edilebilir.

Kredilerde geri ödeme tutarlarının, finansal kiralama işlemlerinde ise kira bedellerinin anaparayı aşan kısmı bu madde kapsamında faiz olarak kabul edilir.

Sözleşmede belirtilmek suretiyle konut finansmanına yönelik kredilerde ve finansal kiralama işlemlerinde faiz oranı sabit, değişken veya aynı kredi için her iki yöntem esas alınmak suretiyle belirlenebilir. Oranın sabit olarak belirlenmesi halinde sözleşmede başlangıçta belirlenen oran her iki tarafın ortak rızası dışında değiştirilemez. Oranın değişken olarak belirlenmesi halinde ise, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı yine başlangıçta sözleşmede belirlenecek olan azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve yine sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan bir endeks baz alınarak değiştirilebilir. Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde bu yöntemin muhtemel etkileri konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi şarttır. Bu amaçlarla kullanılacak endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, tüketicilerin bilgilendirilme yöntemlerine ilişkin usul ve esaslar ise Bakanlık tarafından belirlenir.

Tüketici, konut finansmanı kuruluşuna borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda bir ya da birden çok ödemeyi vadesinden önce yapabilir. Her iki durumda da konut finansmanı kuruluşu, vadesinden önce ödenen taksitler için gerekli faiz indirimini yapmakla yükümlüdür. Ödenen miktara göre gerekli faiz indiriminin ve kredinin tüketiciye yıllık maliyet oranının hesaplanmasında Bakanlık tarafından çıkartılan ilgili yönetmelik hükümleri uygulanır.

Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi halinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketiciden erken ödeme ücreti talep edilebilir. Erken ödeme ücreti gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın yüzde ikisini geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde tüketiciden erken ödeme ücreti talep edilemez.

Konut finansmanı sözleşmelerinde asgari olarak aşağıdaki unsurlara yer verilmesi zorunludur:

a) Konut kredisi sözleşmeleri için kredi tutarı,

b) Kredi sözleşmeleri için üzerine ipotek tesis edilen konuta, finansal kiralama sözleşmeleri için finansal kiralamaya konu olan konuta ilişkin bilgiler,

c) Yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranı (değişken faizli sözleşmelerde yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranı başlangıç ve azami faiz oranı için ayrı ayrı hesaplanır),

d) Toplam borç tutarının anapara, faiz ve diğer giderler itibarıyla dağılımı (değişken faizli sözleşmelerde başlangıç faiz oranı veya kira bedeli ve azami faiz oranı veya kira bedeli esas alınarak hesaplanacak toplam borç tutarları),

e) Değişken faizli sözleşmelerde baz alınan endeks ve faiz oranındaki veya kira bedellerindeki değişimin hesaplanma yöntemi,

f) İlk yıl için dönemsel olarak, kalan yıllar için yıllık olarak hazırlanan, ödenen anapara, ödenen faiz, diğer giderler, kalan anapara, ilgili dönemler için geri ödeme veya kira bedellerinin yer aldığı ödeme planı (Değişken faizli sözleşmelerde, başlangıç ve azami faiz oranları kullanılarak iki ayrı ödeme planı oluşturulur.),

g) Geri ödeme veya kira ödeme sayısı, ödeme tarihleri, belirlenen ödeme tarihinin resmi tatile gelmesi durumunda ödemelerin ne zaman yapılacağı, ilk ve son ödeme tarihleri,

h) İstenecek teminatlar,

i) Ödemelerde temerrüde düşülmesi halinde, kredi sözleşmeleri için akdi faiz oranının (değişken faizli sözleşmelerde cari faiz oranının) yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı, finansal kiralama sözleşmeleri için uygulanacak gecikme faiz oranı,

j) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,

k) Kredi geri ödemelerinin veya kira ödemelerinin vadesinden önce yapılmasına ilişkin şartlar ve sabit faizli sözleşmelerde erken ödeme ücreti öngörülmekte ise hesaplanmasına ilişkin esaslar,

l) Kredinin veya kira bedellerinin yabancı para birimi cinsinden belirlenmesi durumunda, kira ve geri ödeme tutarları ile toplam borç tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar,

m) Sözleşmeye konu olan konutta kıymet takdiri yapılmasını gerektirebilecek haller ve kıymet takdirinin kimler tarafından yapılabileceği,

n) Varsa sözleşmeye konu olan konuta ilişkin sigorta bilgileri.

Tüketiciye gönderilecek dönemsel ödeme dekontlarında ödemelerin onbeşinci fıkranın (d) bendinde yer aldığı şekliyle dağılımına ve kalan borç miktarına yer verilir.”

Madde 25 - 4077 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “10/A maddesinde,” ibaresinden sonra gelmek üzere “10/B maddesinde,” ibaresi eklenmiştir.

Madde 26 - 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununun 15 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Ancak, tüketicilerin konut edinmesine veya yatırımlara finansman sağlayan finansal kiralama işlemlerinde kiracı, kiracılık sıfatını ve/veya sözleşmeden doğan hak ve/veya yükümlülüklerini, kiralayandan yazılı izin alınması ve kiracılık sıfatının ve/veya sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin devrine ilişkin sözleşmenin yapılmasıyla devredebilir. Bu devir sözleşmesi 8 inci maddedeki tescil hükmüne tabidir. Konut finansmanı kapsamında yapılan finansal kiralama işlemlerinde, finansal kiralama sözleşmesinde hüküm bulunmak kaydıyla kiracı, finansal kiralama konusu konuttaki zilyedliğini bir başkasına devredebilir.”

Madde 27 - 3/6/1949 tarihli ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendine aşağıdaki alt bent eklenmiştir.

“f) Konut finansmanı fonları ile varlık finansmanı fonlarının kazançları (Bu kazançlar Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesine göre tevki-fata tabi tutulmaz.)”

Madde 28 - 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 75 inci maddesinin ikinci fıkrasının (1) numaralı bendi ile (5) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“1. Her nevi hisse senetlerinin kar payları (kurucu hisse senetleri ve diğer intifa hisse senetlerine verilen kar payları ve pay sahiplerine hazırlık dönemi için faiz olarak veya başkaadlarla yapılan her türlü ödemeler ile Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan yatırım fonları katılma belgelerine ödenen kar payları ile konut finansmanı fonları ipotège dayalı menkul kıymetlerine ve varlık finansmanı fonları varlığa dayalı menkul kıymetlerine ödenen faizler dahil.);”

“5. Her nevi tahvil (ipotek finansmanı kuruluşları ve konut finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen ipotekli sermaye piyasası araçları, varlık teminatlı menkul kıymetler dahil) ve Hazine bonusu faizleri ile Toplu Konut İdaresi, Kamu Ortaklığı İdaresi ve Özelleştirme İdaresince çıkarılan menkul kıymetlerden sağlanan gelirler (Döviz cinsinden yahut dövize, altın veya başka bir değere endeksli menkul kıymetlerin itfası sırasında oluşan değer artışları irat sayılmaz.);”

Madde 29 - 193 sayılı Kanununun 94 üncü maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin (e) alt bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki alt bent eklenmiş ve mevcut (f) alt bendi (g) alt bendi olarak teselsül ettirilmiştir.

“f) İpotek finansmanı kuruluşları ve konut finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen ipotekli sermaye piyasası araçlarından elde edilen kâr payı ve faiz gelirlerinden,”

Madde 30 - 193 sayılı Kanununun geçici 67 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının altıncı paragrafı ile (8) numaralı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan menkul kıymetler yatırım fonlarının (borsa yatırım fonları hariç) katılma belgelerinin ilgili olduğu fona iadesi, menkul kıymetler yatırım ortaklıklarının hisse senetlerinin alım satımı, Hazine tarafından yurt dışında ihraç edilen menkul kıymetlerin alım satımı, itfası sırasında elde edilen getirileri ile bunların dönemsel getirilerinin tahsilinde, konut finansman fonları ipoteğe dayalı menkul kıymetleri ile varlık finansman fonları varlığa dayalı menkul kıymetlerinin dönemsel getirilerinin tahsilinde, tam mükellef kurumlara ait olan ve iki yıldan fazla süreyle elde tutulan hisse senetlerinin elden çıkarılmasında ve hisse senetleri kâr paylarının hisse sahipleri adına tahsilinde bu fıkra hükümleri uygulanmaz.”

“8) Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan menkul kıymetler yatırım fonları (borsa yatırım fonları hariç), konut finansmanı fonları ve varlık finansmanı fonları ile menkul kıymetler yatırım ortaklıklarının Kurumlar Vergisinden istisna edilmiş olan portföy kazançları, dağıtılsın veya dağıtılmasın yüzde onbeş oranında vergi tevkifatına tâbi tutulur. Bu kazançlar üzerinden 94 üncü madde uyarınca ayrıca tevkifat yapılmaz. Bu fon veya ortaklıklarının katılma belgelerinin ilgili fona iadesinden elde edilen gelirler ile hisse senetlerinin alım satımından elde edilen kazançlar ve konut finansma-

nı fonları ipoteğe dayalı menkul kıymetlerine ve varlık finansmanı fonları varlığa dayalı menkul kıymetlerine ödenen faizler için yıllık beyanname verilmaz. Diğer gelirler nedeniyle beyanname verilmesi halinde de bu gelirler beyannameye dâhil edilmez. Ticarî işletmeye dâhil olan bu nitelikteki gelirler, bu fıkra kapsamı dışındadır.”

Madde 31 - 13/7/1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 29 uncu maddesinin (u) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki bent eklenmiştir.

“u) Bankalar, sigorta şirketleri, emeklilik şirketleri ve ipotek finansmanı kuruluşlarının kuruluşlarında veya sermayelerini artırdıkları sırada çıkardıkları hisse senetlerinin itibarî değerlerinin üzerinde elden çıkarılması sonucu kendi lehlerine kalan paralar,”

“y) İpotek finansmanı kuruluşlarının, konut finansmanı kuruluşlarının ve konut finansmanı fonlarının, konut finansmanı kapsamında yaptıkları tüm işlemler (yabancı para birimi üzerinden yapılanlar dahil) nedeniyle lehe alınan paralar.”

Madde 32 - 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 59 uncu maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bentler eklenmiştir.

“o) Konut finansmanı kuruluşları ve ipotek finansmanı kuruluşları tarafından konut finansmanı kapsamında tesis olunacak ipotek işlemleri,

p) Konut finansmanı amacıyla yapılacak finansal kiralamalarda kiralanılan konutların kiracıya devri.”

Madde 33 - 492 sayılı Kanuna bağlı (1) sayılı tarifenin (A) bölümünün “III- Karar ve ilam harcı” bölümünün “1.Nispi harç” başlıklı fıkrasına (e) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent eklenmiştir.

“f) Konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesi birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde, ihalenin feshi talepleri ile ilgili olarak esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden Binde 54

Bakanlar Kurulu, dava çeşitleri itibarıyla birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere bu bentte yazılı nispeti binde 10’a kadar indirmeye veya Kanunda yazılı nispete kadar çıkarmaya yetkilidir.”

Madde 34 - 1/7/1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa bağlı (2) sayılı tablonun “IV-Ticari ve medeni işlerle ilgili kağıtlar” başlıklı bölümüne aşağıdaki (36) numaralı bent, “V-Kurumlarla ilgili kağıtlar” başlıklı bölümüne ise aşağıdaki (23) numaralı bent eklenmiştir.

“36. Konut finansmanı kuruluşlarının konut finansmanı işlemleri ile ilgili olarak düzenlenen kağıtlar.”

“23. İpotek finansmanı kuruluşları ile konut finansmanı fonlarının kuruluş dahil her türlü işlemleri ile ilgili olarak düzenlenen ve damga vergisi bu kuruluşlar veya fonlar tarafından ödenmesi gereken kağıtlar.”

Madde 35 - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 36 - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

GENEL GEREKÇE

Etkili bir konut finansman sistemi, hem bireylerin konut ihtiyacının karşılanması hem de inşaat ve finans sektörleri ile bunlarla ilişkili sektörlerin sağlıklı gelişimi açısından kilit öneme sahiptir. Konut finansmanı sorununun çağdaş finansal yöntemlerle çözümü, konut sahipliğinin artırılmasının getirdiği olumlu sosyal etkilerin yanı sıra, ekonomik kalkınmaya ve planlı kentleşmeye de olumlu etkilerde bulunacaktır.

Ülkemizde kaçak yapılaşma, niteliksiz konut üretimi, plansız kentleşme, kayıt dışılık, kiralardan yüksekliği gibi konular gayrimenkul sektörü ile ilgili olarak yaşanan önemli sorunlardır. Ülkemizde mevcut konut stokunun yarısından fazlası ruhsatsız konutlardan oluşmaktadır. Süregelen iç göçler sonucunda büyük şehirlerde kaçak yapılaşma ve plansız kentleşme önemli bir sorun haline gelmiştir. Konutların çoğunluğunun kaçak olmasının yanı sıra yaklaşık yüzde kırkının tadilat ve tamire ihtiyacı bulunmaktadır. Özellikle deprem tehlikesinin getirdiği riskler dikkate alındığında, zayıf durumdaki konutların güçlendirilmesi önemli bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Diğer yandan kişilerin konut sahibi olabilmeleri için kullandıkları finansman kaynakları incelendiğinde, ülkemizde toplam konutların ancak yüzde üçünün kurumsal finansman yöntemleri ile finanse edildiği, bunun dışında konut sahibi olmak isteyen kişilerin ya kendi kaynaklarıyla ya da yakınlarından ödünç almak gibi kurumsal olmayan finansman yöntemleriyle

konut alımlarını finanse ettikleri görülmektedir. Ülkemizde bankaların kullandırdıkları konut kredilerinin gayri safi milli hasılamıza oranı sifıra yakınken, bu oran Latin Amerika ülkelerinde yüzde dört ila yüzde oniki, Orta Doğu ülkelerinde yüzde bir ila yüzde yirmiiki ve Doğu ve Güneydoğu Asya ülkelerinde yüzde iki ila yüzde ellidokuz arasında değişmekte olup, Amerika Birleşik Devletlerinde yüzde elliüç, Avrupa Birliği üyesi ülkeler ortalamasında ise yüzde kırküçtür.

Ülkemizde banka konut kredilerinin vadeleri yirmi yıla kadar uzamakla birlikte, yıllık bileşik maliyetleri yüksek oranlara ulaşabilmekte, konut kredisi kullananlar çok yüksek oranda reel faiz ödemek zorunda kalmaktadır. Nitekim, konut kredilerinin hacminin diğer ülkelere göre son derece düşük olmasının nedeni, vadelerin kısa ve geri ödeme taksitlerinin yüksek olmasının yanı sıra, bu derece yüksek reel faizin ancak üst gelir gruplarınınca karşılanabilmesi ve konut kredilerinin orta ve alt düzey gelir grubunun ödeme gücüne hitap edememesidir. Öte yandan gerek yurt içinde gerekse yurt dışında, konut kredisi kullanan kişilere, mevcut durumda ulaşabildiklerinden daha düşük faiz oranları ile ve daha uzun vadelerde kaynak sağlayabilecek tasarruf sahipleri mevcuttur. Tüm dünyada büyük miktarda tasarruflar, sermaye piyasaları aracılığıyla konut sahibi olmak isteyen kişilere aktarılmaktadır. Ancak, ülkemizde tasarruf sahipleri ile konut kredisi kullanıcılarını eşleştirebilecek bir konut finansmanı sisteminin bulunmaması, ülkemizle benzer ekonomik koşullara sahip diğer gelişmekte olan ülkelerin dahi ulaşabildikleri uluslararası fonların, ülkemiz konut alıcılarına ulaştırılmasını engellemektedir.

Ülkemizde oluşturulacak konut finansman sistemi tasarruf sahipleri ile konut alıcıları arasında köprü vazifesi görerek, konut alıcılarının daha yaygın bir şekilde ve daha uygun koşullarla borçlanabilmesini sağlayacaktır. Bu temel fonksiyonunun yanı sıra, geliştirilecek konut finansman sistemi gayrimenkul sektörü ile ilgili olarak yaşanan ve yukarıda sıralanan sorunların çözümüne yardımcı olacak, finansal piyasaların gelişmesini ve inşaat sektörünün canlanmasını sağlayarak, ekonomik kalkınmaya katkıda bulunacaktır.

Konut finansman sisteminin hayata geçmesi ile birlikte konut talebinde oluşacak artış ile inşaat sektöründe ve ilgili sektörlerde canlanma yaşanması beklenmektedir. İnşaat sektörü ve bağlı sektörler canlanırken, aynı za-

manda bu sektörlerde gerçekleşen kayıt dışılığın önüne geçilmesine de yardımcı olacaktır. Finans kurumlarının kaydı altında gerçekleşecek konut alımları, arz tarafını oluşturan inşaat şirketlerini ve müteahhitleri de kayıtlı bir şekilde faaliyet göstermeye zorlayabilecektir.

Diğer yandan, bu sistemle finansmanı sağlanacak konutlara yönelik, ipotek finansmanı kuruluşları tarafından getirilecek standartlar kaçak yapılaşmayı ve niteliksiz konut üretimini azaltması beklenmektedir. Bu sistemden faydalanan kişilerin taleplerini karşılamak isteyen konut üreticileri, belirlenecek standartlara uygun konutlar üretmek zorunda kalacaktır.

Ayrıca, kurulacak konut finansman sistemi ile birlikte, ipotek finansmanı kuruluşları, konut finansmanı kuruluşları ve konut finansmanı fonları tarafından ihraç edilecek sermaye piyasası araçları, yatırımcılar için alternatif yatırım araçları olacak ve piyasanın genişlemesine ve derinleşmesine katkıda bulunacaktır. Sermaye piyasamızda mevcut durumda özel sektör borçlanma senedi ihraç edilmemekte, ihraç edilen ve borsalarda işlem gören devlet iç borçlanma senetlerinin vadeleri ise ancak bir senenin biraz üzerine çıkabilmektedir. Daha uzun vadeli bir sermaye piyasası aracının bulunmaması, finansal işlemleri bu vadelerle kısıtlamakta, daha uzun vadelere yönelik beklenti oluşturmak ve fiyatlama yapmak mümkün olamamaktadır. Kurulacak konut finansmanı sistemi çerçevesinde ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının vadeleri, kişilerin kullandıkları konut kredilerinin vadelerine paralel bir şekilde oluşacak olup, sistemin gelişmesi ile birlikte yurt dışındaki örneklere benzer bir şekilde, ülkemizin ekonomik gelişme düzeyine bağlı olarak, yirmi ila otuz yıla uzayan vadelere ulaşılması söz konusu olabilecektir. Uzun vadeli ipotekli sermaye piyasası araçlarının piyasamızda işlem görmesi, piyasa aktörlerinin uzun vadelerde önlerini görebilmelerini ve riskleri ölçebilmelerini sağlayacaktır. Piyasanın bu şekilde gelişmesi, vadeli işlem piyasalarının canlanmasından, emeklilik fonlarının ihtiyaç duydukları uzun vadeli yatırım araçlarına ulaşabilmelerine kadar geniş bir yelpazede olumlu etkilerini gösterecektir.

Etkili bir konut finansman sisteminin oluşturulabilmesi çok farklı alanlarda uyumlu bir çalışma yapılmasını gerektirmektedir. Konut finansman sistemini, temel olarak tasarruf sahiplerinden sağlanan kaynakların konut alıcılarına aktarılmasını sağlayacak bir mekanizma olarak ifade etmek mümkün olmakla beraber, bu mekanizmanın sağlıklı bir şekilde çalışması,

başta makroekonomik koşulların belirli bir istikrar arz etmesi olmak üzere, tapu kayıtlarının güvenilir ve kolay erişilebilir olması, ipoteklerin hızlı bir şekilde tesis edilebilmesi, gayrimenkullerin değer tespitinin doğru yapılması, borç geri ödemelerinin aksaması durumunda takip prosedürünün çabuk sonuçlanması, konut finansmanı alacaklarının menkul kıymetleştirilmesini sağlayacak sermaye piyasası kurumlarının ve araçlarının bulunması, tüketiciye kaynak sağlanmasından ilgili alacakların menkul kıymetleştirilmesine kadar olan süreçteki işlem maliyetlerinin düşürülmesi gibi ön koşulların yerine getirilmesine bağlıdır. Ancak bu ön koşulların tamamı sağlansa dahi, çoğu zaman sistemi tetikleyecek ve belirli bir noktaya taşıyacak şekilde kamunun müdahalesi gerekebilmektedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, ekonomik istikrar konut finansman sistemlerinin başarılı olması için en temel ön koşuldur. Ancak burada ekonomik istikrar ile ifade edilen; enflasyon oranı, işsizlik düzeyi, reel faiz oranı gibi makroekonomik değişkenlerin mutlaka gelişmiş ülkeler seviyesine gelmesi değildir. Bu değişkenlerin belirli bir düzeye gelmeleri önemli olmakla beraber, kritik olan bu düzeyin istikrarlı bir şekilde korunabilmesi ve iyileştirilebilmesidir. Nitekim, enflasyon ve reel faiz oranları gelişmiş ülkelerin oldukça üzerinde olan gelişmekte olan ekonomilerde, başarılı konut finansman sistemlerinin kurulabildiği ve geliştirilebildiği örnekler mevcuttur. Bu çerçevede son dönemlerde ülkemiz ekonomisinde yaşanan olumlu gelişmelerle birlikte, konut finansman sisteminin başarılı olması için gereken istikrar yakalanmış olup, her geçen gün iyileşen koşullar sistemin hayata geçmesini daha da kolaylaştıracaktır. Diğer yandan, bu sistemin hayata geçmesinin bizzat kendisi, yukarıda ifade edildiği üzere ekonomik kalkınmaya ve istikrar ortamına katkıda bulunacaktır.

Bu Kanun ile kurumsal bir konut finansman sistemi oluşturulması ve sistemin başarılı olabilmesi açısından gerekli ön koşulların yerine getirilebilmesi amacıyla, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve çeşitli vergi kanunlarında değişiklikler yapılmaktadır. Bu değişiklikler ile yukarıda sayılan ön koşulların yerine getirilmesi sağlanmış, aynı zamanda ipotek finansman kuruluşları tanımlanmıştır.

İcra ve İflas Kanununda yapılan değişikliklerin temel amacı, ipotek teminatlı olarak konut finansmanı amacıyla kişilere sağlanan kaynakların

geri ödenmemesi durumunda, söz konusu ipoteklerin paraya çevrilme süresinin kısaltılmasıdır. Ülkemizde icra dairelerinin ve ilgili mahkemelerin yoğun bir iş yükü bulunması ve icra prosedüründe borçlulara tanınan bazı hakların kötüye kullanılması, ipoteklerin paraya çevrilmesi sürecini zorlaştırmakta ve gelişmiş ülkelerde 2-3 ayda biten bu süreç, ülkemizde 2-3 yıla kadar uzayabilmektedir. İcra prosedürünün yavaş çalışması, tüketicilere konut finansmanı sağlayan kuruluşları daha temkinli davranmaya itmekte ve piyasanın gelişimini engellemektedir. Ayrıca, ipotekle temin edilmiş alacaklara dayalı sermaye piyasası araçlarının yatırımcılardan yeterli talep görebilmesi için, teminat niteliği taşıyan ipoteklerin hızlı bir şekilde paraya çevrilebilmesi gerekmektedir. Teminat niteliği taşıyan ipoteklerin paraya çevrilmesinin uzun sürmesi durumunda, yatırımcıların bu sermaye piyasası araçlarına ilgi göstermesini ve sistemin başarılı bir şekilde çalışmasını beklemek mümkün değildir.

İpoteklerin paraya çevrilmesi sürecinin hızlandırılması, doğal olarak ipotekli konutun sahibi durumundaki borçluların, geri ödemeleri aksatmaları halinde yaşayacakları sıkıntıları artıracaktır. Ancak mevcut durumda konut kredilerinin geri ödenmeme oranı çok düşük bir oran olup, sistemin hayata geçip yaygınlaşması halinde dahi, geri ödenmeme oranlarının düşük olacağı tahmin edilmektedir. Bu çerçevede, bu Kanunla İcra ve İflas Kanununda yapılan değişiklikler sistemin hayata geçmesine büyük bir katkı yapmakla birlikte, ipoteğin paraya çevrilmesinin hızlandırılması nedeniyle sıkıntı yaşayabilecek borçluların, sistemden fayda sağlayacak toplam kitle içerisinde küçük bir yer tutması beklenmektedir. Ayrıca, geri ödeme sıkıntısı yaşayan borçluların, takip sürecinin başlaması öncesinde ilgili kurumlarla anlaşması, borçlarını yeniden yapılandırması ve mali durumlarına uygun bir şekilde geri ödeme planlarını değiştirmesi mümkündür. İcra ve İflas Kanununda yapılan değişikliklerle bir takım kolaylıklar sağlanmasına karşın, takip sürecine gitmek yerine bu tür anlaşmalarla uzlaşma sağlanması alacaklıların avantajlarına olacağından, alacaklılar takibe gitmeyi son seçenek olarak görmeye devam edeceklerdir. Diğer yandan, İcra ve İflas Kanununda yapılan değişiklikler sadece konut finansmanından kaynaklanan alacaklıların takibi ile sınırlanmıştır. Konut finansmanı ve konut finansmanı kurumları tanımları ise, Sermaye Piyasası Kanununda yapılmış ve bu tanımlarla sistemin bankalar ve ilgili düzenleyici kuruluş tarafından uygun görülen finansal kiralama şirketleri ile finansman şirketlerini kapsamaya sağlanmıştır.

Bu Kanunla ipotek finansmanı kuruluşları, sermaye piyasası kurumu olarak tanımlanmış, faaliyet konuları sayılmış ve bu kuruluşlarla ilgili olarak Sermaye Piyasası Kuruluna detaylı düzenlemeler yapma yetkisi verilmiştir. İpotek finansmanı kuruluşları ve konut finansmanı kuruluşları, konut finansmanından kaynaklanan alacaklara dayalı sermaye piyasası araçlarını yatırımcılara arz edebilecektir.

Bu amaçla, ipotekle teminat altına alınmış alacaklara dayalı olarak ihraç edilecek tüm sermaye piyasası araçları ipotekli sermaye piyasası araçları olarak adlandırılmıştır. İpotekli sermaye piyasası araçları; ipotek teminatlı menkul kıymetler, ipoteye dayalı menkul kıymetler, ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen hisse senedi dışındaki sermaye piyasası araçları ve konut finansmanından kaynaklanan alacaklara dayalı olarak veya bu alacakların teminatı altında ihraç edilen diğer sermaye piyasası araçlarıdır.

Konut finansmanına yönelik bir menkul kıymetleştirme aracı olarak, özellikle Kıta Avrupasında kullanılan ve "covered bond" olarak adlandırılan varlık teminatlı ve ipotek teminatlı menkul kıymetler düzenlenmiştir. Son yıllarda sadece konut finansmanının gelişmiş olduğu ülkelerde değil, kurumsal bir konut finansman sistemi kurma çabasında olan gelişmekte olan ülkelerde de bu araç kullanılmaya başlanmıştır. Ülke düzenlemelerinin birbirleriyle uyumlu olmasının ve konunun ülke mevzuatlarında alt düzenlemeler yerine, kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenmesinin, ipotek teminatlı menkul kıymetlerin uluslararası sermaye piyasalarında satış başarısında etkili olduğu gözlemlenmektedir. Bu aracın en önemli özelliği fon yapısından farklı olarak, menkul kıymetleştirilen varlıkların ihraççının bilançosu içinde kalması ve kredi riskine karşılık ihraççının garanti vermesidir.

Ayrıca, Sermaye Piyasası Kanununa eklenen maddeler ile varlık finansmanı fonları ve konut finansmanı fonları tanımlanmıştır. Konut finansmanı fonları konut alacaklarının menkul kıymetleştirilmesi amacıyla oluşturulmuş, yurt dışında "special purpose vehicle" olarak adlandırılan özel yapılara karşılık gelecek şekilde düzenlenmiştir. Konut finansmanı fonu kapsamı dışında kalan diğer alacaklarla ilgili bir menkul kıymetleştirme aracına da ihtiyaç duyulmuş ve bu alacakların menkul kıymetleştirilmesine imkân vermek amacıyla genel nitelikli menkul kıymetleştirme aracı olarak varlık finansman fonları düzenlenmiştir.

Vergi kanunlarında yapılan değişikliklerle sistemin tümü üzerindeki maliyetlerin azaltılması amaçlanmıştır. Tasarruf sahiplerinden sağlanan kaynakların konut alıcılarına aktarılmasına kadar olan aşamalarda ortaya çıkabilecek her bir maliyet unsuru, tasarruf sahiplerinden sağlanan kaynağın maliyetine eklenecek ve konut alıcısı tarafından karşılanmak zorunda kalacaktır. Bu Kanun ile vergi kanunlarında yapılan değişikliklerle; sistemin işleyişinin gerektirdiği faaliyetlerin yürütülmesi sırasında ortaya ek vergiler çıkması önlenmektedir. Vergi kanunlarında sistemin işleyişinin gerektirdiği faaliyetlerin yürütülmesi sırasında getirilmiş olan teşviklerin önemli bir vergi kaybına yol açmayacağı düşünülmektedir. Zira burada bahsedilen faaliyetler, ipotek finansmanı kuruluşlarının konut finansmanı kaynağı sağlama-sına ve sermaye piyasası araçları ihracına yönelik olup, halihazırda bu tür bir kuruluş ve faaliyet olmadığından mevcut bir vergi kaynağından vazgeçilmesi söz konusu değildir.

MADDE GEREKÇELERİ

Madde 1 - İnşaat ve finans sektörleri ile bunlarla ilgili sektörlerin gelişimine ve bireylerin konut ihtiyacının karşılanmasına hizmet eden konut finansman sistemine işlerlik kazandırılabilmesini teminen, kredi, finansal kiralama ve benzeri finansal işlemlere esas ipotekle temin edilmiş alacakların takibinde süreci kısaltmak ve alacaklının alacağını tahsil edebilmesini kolaylaştırmak amacıyla, İcra ve İflas Kanununun, rehinle temin edilmiş bir alacağın öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip edilebileceğini öngören genel kuralına istisna getirilerek, alacaklıya ipotekle temin edilmiş alacağın takibinde haciz yoluna başvurabilme seçeneği de sunulmuştur. Alacağın sahibi yalnızca haciz yoluyla takip yapabileceği gibi, bu yolun seçilmesi halinde varsa kalan alacak için rehinin paraya çevrilmesi yoluna da başvurabilecektir.

Madde 2 - Konut finansman sisteminin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, alacakların takip sürecinin hızlı ve sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesini gerektirmektedir. Bu süreçte hak sahiplerinin haklarının doğru ve süratli olarak belirlenebilmesi açısından, kıymet takdiri yapan kişi ve kurumların taşımaları gereken nitelikler ile çalışma usul ve esaslarının sağlam kurallara bağlanması zorunludur.

Sermaye piyasası mevzuatında gayrimenkul değerlendirme faaliyetinin kimler tarafından yürütülebileceği ve bu kişilerin taşıması gereken nitelikler, değerlendirme faaliyetini yürüten kişi ve kurumların çalışma esasları, raporlama standartları ve değerlendirme ilkeleri belirlenerek, bu esaslara aykırılıkların yaptırımları düzenlenmiştir. Ayrıca, değerlendirme hizmeti verebilecek kurumlar, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından listeye alınmakta ve yine Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bu faaliyeti yürütebilecek değerlendirme uzmanları, sınava tabi tutularak lisans verilmekte ve bu kişilerin sicilleri tutulmaktadır. Kanun hükmünde belirtilen kıymet takdirlerinin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından listeye alınmış kurumlar veya Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemelerine göre lisans almış kişiler tarafından yapılması, hizmetin kalitesini artıracak gibi, kıymet takdirine itirazları azaltacak ve takip sürecinin kısalmasına katkıda bulunarak konut finansman sistemine olan güveni artıracaktır.

Madde hükmü çerçevesinde, bu görev, değerlendirme kurumlarına verilebileceği gibi, herhangi bir kuruma bağlı olmayan değerlendirme uzmanlarına da verilebilecektir.

Madde 3 - İcra ve İflas Kanununun 128 inci maddesi çerçevesinde yaptırılan kıymet takdirine ilişkin olarak, icra mahkemesine yapılan şikâyet üzerine icra mahkemesinin yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermesi halinde, söz konusu incelemenin Sermaye Piyasası Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kurumlara yaptırılması gerekmektedir.

Madde hükmü çerçevesinde bu görev değerlendirme kurumlarına verilebileceği gibi, herhangi bir kuruma bağlı olmayan değerlendirme uzmanlarına da verilebilecektir.

Kanun hükmünde belirtilen bilirkişi incelemesinin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından listeye alınmış kurumlar veya Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemelerine göre lisans almış kişiler tarafından yapılması, hizmetin kalitesini artıracak gibi takip sürecinin kısalmasına katkıda bulunarak konut finansman sistemine olan güveni artıracaktır.

Madde 4 - Ülkemiz koşullarında ipoteğin paraya çevrilmesi sürecinde, taşınmazın satışına ilişkin ihalenin feshi talepleri, bu taleplerin görüşüldüğü mahkeme sürecinin uzun olması nedeniyle ipoteklerin paraya çevrilme sürecini uzatmakta ve alacaklıların zarara uğramasına neden ol-

maktadır. Bu nedenle, ihalenin feshi taleplerinde geçerli olan para cezası oranı artırılarak, bu tür taleplerin kötü niyetli olarak kullanılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Madde 5 - Konut finansmanı amacıyla kredi, finansal kiralama ve benzeri finansal işlemlere esas ipotekle temin edilmiş alacakların tahsilatının hızlandırılabilmesi amacıyla, ipotegün paraya çevrilmesi sürecinde icra- nın geri bırakılması hakkındaki talebin reddine ilişkin tetkik merci- i kararını temyiz eden borçlunun, satışı durdurabilmesi için yatırması gere- ken teminat oranı takip konusu alacağın yüzde onbeşi nispetinden, yüzde kırkı nispetine artırılmıştır. Bu suretle, bu tür taleplerin kötü niyetli olarak kullanılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Temyiz talebinin reddedilmesi durumunda, merhunun takdir edilen ve kesinleşen değerinin alacağı karşılıma yetmeyeceğinin anlaşılması halin- de, kalan tutar, yatırılan teminattan karşılanacak, varsa teminatın kalan kıs- mı teminatı yatırana iade edilecektir.

Madde 6 - İcra ve İflas Kanununda yapılan değişikliklerle icra prose- düründe taşınmazın satışı aşamasındaki değerlemelerin sermaye piyasası mevzuatı uyarınca gayrimenkul değerlendirme faaliyeti konusunda yetki veril- miş kişi veya kurumlar tarafından yapılması öngörülmektedir. Ancak ülke genelinde gerekli nitelikleri haiz gayrimenkul değerlendirme uzmanlarının ye- tişmesi, mesleğin örgütlenmesi ve ihtiyaçlara cevap verebilecek düzeye gel- mesi için üç yıllık bir geçiş sürecine ihtiyaç duyulmaktadır. Geçiş süreci içe- risinde, konut finansmanından kaynaklanan alacakların ipotegün paraya çev- rilmesi yoluyla takibinde ipotekli taşınmaz için kıymet takdirinin veya bilir- kişi incelemesinin, gerekli nitelikleri taşıyarak sermaye piyasası mevzuatı uyarınca gayrimenkul değerlendirme faaliyeti konusunda yetki almış kişi ve ku- rumların yanı sıra, diğer uzman bilirkişiler tarafından da yapılabilmesine imkan tanınmıştır.

Madde 7 - Bu maddede, konut finansmanı amaçlı kullanılan çeşitli menkul kıymetlere 2499 sayılı Kanunun diğer maddelerinde yapılan atfları sadeleştirebilmek amacıyla, ilgili menkul kıymetlere ortak bir isim veri- lerek tanımlanmıştır.

Madde 8 - Sermaye Piyasası Kanununun değiştirilen 13/A maddesi ile ipotek teminatlı menkul kıymetler tanımlanmıştır. Bu menkul kıymetler

ihraççının genel yükümlülüğü niteliğinde olan ve ayrıca ihraççının sahip olduğu ve madde metninde sayılan şartları taşıyan varlıklarla teminat altına alınmış borçlanma senetleridir. Öyle ki, ihraççıların herhangi bir nedenle menkul kıymetlerin anapara ve faiz ödemelerini yapamamaları durumunda, teminat gösterilen varlıklardan elde edilen gelir, menkul kıymet sahiplerinin haklarının ödenmesinde kullanılacak, kamu alacakları da dahil olmak üzere ihraççıların diğer alacaklıları herhangi bir şekilde bu varlıkları haczedemeyecektir.

Menkul kıymetlere teminat gösterilen varlıkların kesin bir şekilde diğer varlıklardan ayrılabilmesi amacıyla, bu varlıkların oluşturulan teminat havuzuna kaydedilmesi öngörülmektedir. Teminat havuzlarının nasıl oluşturulacağı ve varlıkların havuzlara kaydının nasıl yapılacağı Kurulca düzenlenecektir. İhraççının sahip olduğu varlıklardan hangilerinin teminat havuzunda yer aldığı konusunda oluşabilecek tereddütleri ortadan kaldırmak adına, bu kayıtların ihraççının yanı sıra ayrı bir kayıt kuruluşunda da tutulmasını zorunlu tutmak konusunda Kurula yetki verilmektedir.

Teminat gösterilebilecek varlıklar üç gruba ayrılmıştır. Birinci grupta konut finansmanından kaynaklanan alacaklar yer almakta olup, 12 nci madde ile Sermaye Piyasası Kanununa eklenen 38/A maddesi uyarınca bu tanım, yapı kullanma izni alınmış konutlar üzerinde ipotek tesis etmek suretiyle verilen krediler ile yine bu özellikteki konutların finansal kiralama-sından doğan kira alacaklarını kapsamaktadır.

İkinci grupta yapı kullanma izni alınmış diğer gayrimenkuller üzerinde ipotek tesis etmek suretiyle verilen kredilerden olan alacaklar yer almaktadır. Birinci gruptaki alacaklar için alacak tutarının konutun değerinin yüzde yetmişbeşine kadar olan kısmı, ikinci gruptaki alacaklar içinse alacak tutarının gayrimenkulün değerinin yüzde ellisine kadar olan kısmı teminat değerinin hesaplanmasında dikkate alınacak, aşan kısım dikkate alınmayacaktır. Ayrıca, Kurul ilgili konutların veya gayrimenkullerin değerinin Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca lisans almış kişi ve kurumlarca ve Kurul tarafından belirlenen usul ve esaslara göre tespit edilmesini zorunlu tutmak hususunda yetkilendirilmiştir.

Üçüncü grupta ise nakit, devlet iç borçlanma senetleri, hazine kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatına üye ülkelerin merkezi yönetimleri ile merkez bankalarının ya da bun-

ların kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler yer almakta ve Kurula benzer nitelikteki varlıkları da bu gruba dahil etmek yetkisi verilmektedir.

Teminat gösterilebilecek tüm varlıklar içerisinde ikinci ve üçüncü gruptaki varlıkların payının ayrı ayrı yüzde onbeşi aşamayacağı öngörülmektedir. Böylece teminat havuzlarının önemli bir bölümünün konut finansmanından kaynaklanan alacaklardan oluşması öngörülmektedir.

Ayrıca, maddede yukarıda sayılan teminat gösterilebilecek varlıkların finansal risklerden korunması için sözleşmeler yapılabileceği ve bu durumda, söz konusu sözleşmelerin de teminat havuzuna dahil olduğu belirtilmektedir.

İhraççının herhangi bir nedenle menkul kıymetlerden doğan yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde, bu yükümlülükler teminat havuzunda yer alan varlıklardan elde edilen gelirle karşılanacağından, menkul kıymetlerin ihracından tamamen itfa edilmesine kadar geçen süre boyunca teminat havuzlarında menkul kıymet yükümlülüklerini karşılamaya yetecek kadar varlık bulunması son derece önemlidir. Bu amaçla maddede çeşitli kriterler sayılmakta ve hatta yüzde iki oranında fazla teminatlandırma öngörülmektedir. Belirlenen bu kriterlere uyumun ve genel olarak teminat havuzlarının oluşturulması ve bu havuzlara kaydedilen varlıkların gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadıklarının kontrolü amacıyla ihraççıların bir teminat sorumlusu belirlemeleri zorunlu tutulmakta ve teminat sorumlularına görevlerini yapabilmeleri için gereken yetkiler verilmektedir.

Maddede ipotek teminatlı menkul kıymetler itfa edilmeye kadar, teminat havuzlarında yer alan varlıkların ihraççılar tarafından başka amaçlarla kullanımı, ihraççıdan olan alacakları nedeniyle kamu alacakları da dahil olmak üzere üçüncü kişilerce haczedilmesi, ihtiyati tedbir kararı verilmesi, veya iflas masasına dahil edilmesi yasaklanmaktadır. Diğer taraftan, ihraççıların ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflası halinde, teminat havuzundaki varlıklardan elde edilen gelir, öncelikle ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine ve teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılmış olan sözleşmelerin karşı taraflarına yapılacak ödemelerde kullanılması öngörülmektedir.

İpotek teminatlı menkul kıymetlerle ilgili genel hükümler madde metninde düzenlenirken, bu hükümler çerçevesinde gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda Kurula yetki verilmektedir.

Madde 9 - 8 inci madde ile değiştirilen Sermaye Piyasası Kanununun 13/A maddesinde düzenlenen ipotek teminatlı menkul kıymetlerde teminat gösterilebilecek varlık türleri sınırlı olarak belirlenmektedir. Finansal kuruluşların bu kapsama girmeyen diğer varlıklarını teminat göstererek de menkul kıymet ihraç edebilmeleri amacıyla 13/B maddesi olarak varlık teminatlı menkul kıymetler düzenlenmektedir. İpotek teminatlı menkul kıymetler kadar standart olmayan bu menkul kıymetler için madde metninde asgari unsurlar belirtilmekte, detaylı düzenlemeler yapma yetkisi ise Kurula bırakılmaktadır.

Madde 10 - Konut alıcılarının, konut finansmanı kuruluşlarının ve yatırımcıların mağduriyetinin önlenmesi için, konut finansmanı sisteminin, sağlıklı bir temel üzerine inşa edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesi birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde ve konut finansmanı kuruluşları tarafından tüketicilere kaynak kullanırılması aşamasında değerlendirme yapacak kişi ve kurumlara ilişkin şartları belirleme ve bu şartlara uyan kişi ve kurumları listeler halinde ilan etme yetkisi Sermaye Piyasası Kuruluna verilmektedir.

Madde 11 - Sermaye Piyasası Kanununda Sermaye Piyasası Kurulunca kayda alınan sermaye piyasası araçlarının ihraç değerinin binde üçü tutarında (Bakanlar Kurulunca bu oran azaltılabilmekte olup, mevcut durumda geçerli olan oran binde ikidir.) kayda alma ücreti alınması öngörülmekle beraber, bu Kanunla yapılan değişiklik ile ipotekli sermaye piyasası araçlarının satış değeri üzerinden alınacak kayda alma ücretinin üst sınırı, konut sahipliğinin sosyal yönü dikkate alınarak ihraç değerinin binde üçü yerine satış değerinin binde biri olarak belirlenmiştir. Bu üst sınır dahilinde geçerli olacak oranın belirlenmesi, bu oranın hesaplanması ve ödenmesine ilişkin usul ve esasların Sermaye Piyasası Kurulunca düzenlenmesi öngörülmüştür.

Madde 12 - Bu madde ile 2499 sayılı Kanuna üç madde eklenmektedir. 38/A maddesi ile; İcra ve İflas Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve çeşitli vergi kanunlarına referans olacak şekilde konut finansmanı tanımı yapılmaktadır. Tanımda dört farklı unsur yer almaktadır. Birin-

ci unsur konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılmasıdır. Böylece konut finansmanı kuruluşlarının tamamlanmış konutların satın alınması için verdikleri kredilerin yanı sıra, henüz proje halinde olan tamamlanmamış konutların alımı için verdikleri krediler de tanım kapsamına dahil olmaktadır. İkinci unsur konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanmasıdır. Böylece alternatif bir finansman yöntemi olan finansal kiralama uygulamaları da konut finansmanı tanımına dahil edilmiştir. Üçüncü unsur olan “sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması” ise halihazırda konut sahibi olan kişilerin, bu konutlarını teminat göstererek kullandıkları kredileri kapsamaktadır. Yurt dışında “home equity loan” olarak isimlendirilen bu tür kredilerin de tanıma dahil edilmesi, ekonomik değeri yüksek olan gayrimenkullerimize hareket kabiliyeti sağlayarak bu değerleri ekonomimize kazandıracaktır.

Konut finansmanı işlemlerinde çeşitli sigortalara ihtiyaç duyulabilmekte olup, bu amaçla yapılacak sigorta poliçelerinde Hazine Müsteşarlığının düzenlemelerine uyulması öngörülmektedir. Diğer yandan konut finansmanı kredilerinin yeniden finansmanında yeni krediyi açacak olan konut finansmanı kuruluşunun ipotek tesis etmeden krediyi kullandırmaması, mevcut konut finansmanı kuruluşunun ise kredi kapatılmadan ipoteği kaldırması tüketicilerin yeniden finansman yapmalarını operasyonel olarak zorlaştırmaktadır. Bu çerçevede yeniden finansman işlemlerinde ipoteğin yeni konut finansmanı kuruluşuna aktarılmasına ilişkin ilke ve esasların Türkiye Bankalar Birliğinin görüşlerini alarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenmesi öngörülmektedir.

Konut finansmanı amacıyla tüketicilere kredi kullandıracak ya da finansal kiralama yapacak kuruluşlar bankalar ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ile finansman şirketleri olarak belirlenmiştir.

Ayrıca, konut finansmanı işlemlerinde gayrimenkul değerlemesinin hayati bir öneme sahip olduğu ve gayrimenkul değerlemesini yapacak kişi ve kurumların ehil ve yüksek bir kalite standardını haiz olması gerektiği dikkate alınarak, kredi açılması ve finansal kiralama sözleşmelerinin imzalanması aşamasında konut değerlemesinin bu alanda yetkili kişi ve kurumlar tarafından yapılmasının Kurul tarafından zorunlu tutulabileceği öngörülmektedir.

müştür.

38/B maddesi ile konut finansmanından kaynaklanan ve özellikleri Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenecek alacakların menkul kıymetleştirilmesi amacıyla kullanılacak konut finansmanı fonları tanımlanmaktadır. Böylece, ihraç edilecek ipoteye dayalı menkul kıymetler aracılığıyla sermaye piyasalarından fon sağlanması mümkün olacaktır. Oluşturulan fon portföyünde pay hakkı veren bu sermaye piyasası araçlarının kolayca alınıp satılabilmesi likidite sağlayacak ve nihai olarak konut finansmanı için sağlanan kaynağın maliyetini düşürecektir. Konut finansmanı fonu Sermaye Piyasası Kanununa bu Kanunla eklenen 38/C maddesindeki varlık finansmanı fonlarının bir alt türü olarak belirlenmektedir.

Yurt dışı uygulamalarında "trust" adı verilen yapı ülkemizde halen menkul kıymet yatırım fonlarında uygulanmakta olup, bu açıdan konut finansmanı fonları menkul kıymet yatırım fonlarına benzer bir şekilde tasarlanmıştır. Diğer taraftan, menkul kıymet yatırım fonlarından farklı olarak daha çok tahvil ve bono gibi sabit getirili menkul kıymetlere benzer bir şekilde, ipoteye dayalı menkul kıymetlerin vadeli ve kuponlu ihraç edilmesi ve borsalarda işlem görmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca, konut finansmanı fonlarının alacaklarının belirli kısımları için farklı sınıflarda sermaye piyasası aracı ihraç edilebileceği öngörülerek yapılandırılmış finansman tekniklerinin uygulanmasına imkan tanınmıştır. Aynı alacak havuzu içerisinde farklı alt havuzlar da oluşturularak farklı nitelikte sermaye piyasası araçları çıkarılabilecektir. Kurucular, ihraç edilen ipoteye dayalı menkul kıymetlere yönelik garanti de verebilecektir.

Konut finansmanı fonlarının oluşturulmasının diğer bir amacı, varlıkların kurucunun malvarlığından ayrılması ve bu şekilde kurucunun iflası gibi bir durumda bu varlıkların korunmasıdır. Böyle bir durumda, ilgili varlıklar kurucunun bilançosundan çıkmış olacağından, üçüncü kişiler bu varlıklar üzerinde hak iddia edemeyecek ve bu varlıklar sadece ilgili konut finansmanı fonunun ipoteye dayalı menkul kıymetlerine yatırım yapan yatırımcıların bu araçlar üzerindeki haklarının ödenmesi için kullanılacaktır. Fon malvarlığı, başka bir amaçla tasarruf edilemeyecek, rehnedilemeyecek, teminat gösterilemeyecek, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemeyecek, ihtiyati tedbir kararı verilemeyecek ve iflas masasına dahil edilemeyecektir.

Kurula fon portföyündeki varlıklara ilişkin kayıtların ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde tutulmasını zorunlu kılma yetkisi verilmiş ve böylece söz konusu varlıkların kurucunun bilançosundan çıkarılmasında yaşanabilecek sorunların azaltılması amaçlanmıştır.

Diğer taraftan maddede, konut finansmanı fonlarında; fon kurulunun, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde fonu temsil edeceği ve yöneteceği, fon portföyüne alınan varlıklara ilişkin kayıtlarının doğruluğundan ve bu varlıkların korunması ve saklanmasıyla sorumlu olacağı ve fonun yönetimine ilişkin usul ve esasların Kurulca belirleneceği hükme bağlanmıştır.

İpotekle teminat altına alınmış bir kredi veya konusu gayrimenkul olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların fon portföyüne alınması halinde, kredi veya alacağın fona devredildiği hususunun tapuya şerh edilmesi, fonun ihraç edeceği sermaye piyasası araçlarının yatırımcısı için önem taşımaktadır. Bu alacakların kurucudan fon portföyüne geçmesi halinde, söz konusu alacakların teminatlarının da fona geçmesi gerekmektedir, aksi takdirde sistem suiistimallere açık olabilecektir. Bu sebeple Kurul, ipoteğin veya mülkiyetin fon hesabına, kurucu adına tapuya tescil ettirilmesini zorunlu tutabilecektir.

Fonun kuruluş ve faaliyet esasları ile ilgili ilkeleri belirlemeye ve Fon kurucusunun iflası veya tasfiyesi veya fon kurulu üyelerinin iflası halinde gerekli tedbirleri almaya Kurul yetkilendirilmiştir.

38/C maddesi ile, Kanunda yer alan konut finansmanı fonu tanımı dışında kalan alacakların menkul kıymetleştirilmesine imkan vermek amacıyla genel nitelikli menkul kıymetleştirme aracı olarak varlık finansmanı fonları düzenlenmiştir. Varlık finansmanı fonlarının portföylerine alabileceği varlıklar, Kurulca belirlenecek olup, bu madde çerçevesinde, söz konusu varlıklar kurucunun bilançosu dışına çıkarılacaktır. Varlık finansmanı fonlarının, alacakların menkul kıymetleştirilmesinde sermaye piyasalarına yeni ve geniş bir imkan sağlayacağı düşünülmektedir.

Madde 13 - 2499 sayılı Kanununun 39 uncu maddesinde yer alan “ipoteğe dayalı menkul kıymetler kuruluşu” ibaresi “ipotek finansmanı kuruluşları” olarak değiştirilerek söz konusu sermaye piyasası kurumlarına ipoteğe dayalı menkul kıymet ihracı ile sınırlı olmadan, daha geniş bir çerçevede fa-

aliyet göstermeleri olanağı tanınması amaçlanmakta; ayrıca gayrimenkul değerlendirme kurumları da sermaye piyasası kurumları arasında sayılmaktadır.

Madde 14 - Bu madde ile, hayata geçirilecek konut finansmanı sisteminde merkezi bir rol oynayacak sermaye piyasası kurumu niteliğinde ipotek finansmanı kuruluşları düzenlenerek, bu kuruluşların amacı ve faaliyet konuları belirlenmiştir. Bu kuruluşların kuruluşları, izin esasları, faaliyet ilkeleri ve tabi olacakları yükümlülüklerle ilişkin esasların Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun uygun görüşünü almak suretiyle Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenmesi öngörülmüştür. Ayrıca, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun gözetim ve denetimine tabi olan kuruluşların yüzde ellibir ve daha fazla paya veya yönetim hakimiyetine sahip olduğu ipotek finansmanı kuruluşlarının, kuruluş ve faaliyet izni üzere Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluna başvurmaları gerektiği, bu kuruluşların Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun konsolide denetimine tabi olacakları, bunların dışında kalan ipotek finansmanı kuruluşlarının ise Sermaye Piyasası Kuruluna başvurmaları gerektiği düzenlenmiştir.

İpotek finansmanı kuruluşlarının ödenmiş sermayelerinin ise, 5411 sayılı Bankacılık Kanununda düzenlenen kalkınma ve yatırım bankalarına paralel olarak, kurucularının taşıması gereken şartların da 5411 sayılı Kanunda banka kurucu ortakları için aranan şartlara paralel olarak belirlenmesi öngörülmüştür.

Madde 15 - Gayrimenkul değerlendirme uzmanları, konut finansmanı sisteminde şahsen değerlendirme yapma imkanına sahip olmaktadır. Bu nedenle, gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı faaliyetinin yaygınlaşabileceği öngörülmekle, mesleki gelişmenin sağlanabilmesi, değerlendirme ilke ve kurallarının belirlenmesi, standartların oluşturulması ve lisanslamaya ilişkin faaliyetlerin tamamının veya bir kısmının yürütülebilmesi amacıyla, değerlendirme uzmanlarının bir meslek birliğine kavuşturulmaları amaçlanmaktadır.

Madde 16 - Maddede yapılan düzenleme ile; madde metninde öngörülen durumların ortaya çıkması halinde, ipotek finansmanı kuruluşunun tedrici tasfiyesinin, varlık teminatlı menkul kıymetler ve ipotek teminatlı menkul kıymetlerin teminatı olan varlıklardan oluşan teminat havuzlarının ve konut finansmanı fonu ve varlık finansmanı fonu malvarlıklarının tedrici tasfiyesinin veya yönetiminin Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından yü-

rütülebilmesini teminen Sermaye Piyasası Kanununun “Yatırımcıları Koruma Fonu” başlıklı 46/A maddesine yeni bir hüküm eklenmiştir.

Madde 17 - Sermaye Piyasası Kanununa eklenen 46/C maddesi ile ipotek finansmanı kuruluşlarının tedricen tasfiyesi düzenlenmiştir. Özel bir yöntem olan tedrici tasfiyede, Türk Ticaret Kanununun ve İcra ve İflas Kanununun tasfiyeye ilişkin hükümleri uygulanmamaktadır. Böyle bir özel tasfiye yöntemine ihtiyaç duyulmasının nedeni, genel hükümlerdeki tasfiye prosedürünün sermaye piyasasının yapısına uymaması, piyasada güven ilkesinin zedelenmesine yol açmasıdır. İpotek finansmanı kuruluşlarının sermaye piyasası kurumları olarak tanımlanmış olması ve bu kuruluşların ihraç edeceği sermaye piyasası araçlarının yatırımcılardan talep görmesinde bu kuruluşların kısa bir sürede tasfiyesinin önemli olması nedeniyle özel bir tasfiye yönteminin belirlenmesi zorunluluk haline gelmiştir.

İpotek finansmanı kuruluşlarının tedrici tasfiyesine karar verme yetkisi, Kanunun 46 ncı maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca Sermaye Piyasası Kuruluna aittir. Ancak, ipotek finansmanı kuruluşlarının tedrici tasfiyesi, Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından yapılacaktır.

Madde 18 - Bu madde ile,

- İpotek teminatlolu menkul kıymetlerin teminatı olan varlıkların ve konut finansmanı fonu malvarlıklarının idaresinde ortaya çıkabilecek muhtemel kötüye kullanımların önüne geçilmesi amaçlanmış ve söz konusu varlıkların kötüye kullanımı Türk Ceza Kanununda düzenlenen görevini kötüye kullanma suçunun özel bir türü olan ve Sermaye Piyasası Kanununun 47 nci maddesinin (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde tanımlanan sermaye piyasası araçlarında görevini kötüye kullanma suçu kapsamına alınmış,

- Sermaye Piyasası Kanununa eklenen madde hükümlerine aykırılığa ilişkin cezai sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla, Sermaye Piyasası Kanununun adli para cezası öngören 47 nci maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin kapsamı genişletilmiştir.

Madde 19 - Sermaye Piyasası Kanununun “İdari para cezaları” başlıklı 47/A maddesinde, Kanunun 40/C maddesinde organları ve statüsü düzenlenen Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliğince, Birlik Statüsüne ve Birlikçe alınan kararlara uymayan üyeler hakkında bin YTL’den beşbin YTL’ye kadar para cezası verileceği öngörülmüştür. Bu madde ile,

Sermaye Piyasası Kanununun anılan maddesinde yapılan değişiklikle, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğinin Statüsüne ve Birlikçe alınan kararlara uymayan üyeler hakkında da benzer şekilde, Birlik tarafından bin YTL`den beşbin YTL`ye kadar para ceza uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Madde 20 - Sermaye Piyasası Kanununa eklenen 40/D maddesi ile Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği kurulması öngörülmüş olup, aynı Kanuna eklenen geçici 10 uncu madde ile, Birlik Statüsünün oluşturulmasına ilişkin esasların belirlenmesi amaçlanmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte bir geçiş süreci olacağı dikkate alınarak Birlik Statüsünün oluşturulması ve Birliğe üyelik için üç yıllık bir süre öngörülmüştür.

Geçici 11 inci madde ile Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış ancak konut finansmanı tanımına uygun olan kredi ve finansal kiralama sözleşmelerinin de Kanunla getirilen yeniliklerden faydalanabilmesi amaçlanmaktadır.

Geçici 12 nci madde ile finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketlerinin iki yıllık bir süre sonrasında konut finansmanı faaliyetinde bulunmaya başlamaları amaçlanmaktadır.

Madde 21 - 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda konut finansmanı kullanan tüketicileri korumak amacıyla tanımlar arasına “Konut Finansmanı Kuruluşu” eklenmiştir. Eklenen bu tanım ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda “Konut Finansmanı Kuruluşu” ifadesinin, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin ikinci fıkrasında tanımlandığı üzere konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketlerini kapsadığı düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesi birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanı faaliyetini yürüten kuruluşlar, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun ilgili hükümlerine de tabi olacaklardır.

Madde 22 - 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesi ayıplı mal hususunu düzenlemektedir. Bu Kanunla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna ilave olarak getirilen 10/B maddesi hükmü ile konut finansmanına yönelik işlemler ayrıca tanımlanmış olup, konut

finansmanından kaynaklanan işlemlerde, kredi veren konut finansmanı kuruluşu, bu finansmanı, belirli bir konutun satın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, imalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente ve ithalatçı ile birlikte, ayıplı maldan tüketiciye karşı satıcı ile birlikte teslim tarihinden itibaren 1 yıl süre ile kullandırılan kredi miktarı kadar müteselsilen sorumlu olacaktır. Söz konusu kredilerin devrolması halinde dahi bu sorumluluk devam edecek olup, krediyi devralan kuruluşun sorumluluğu bulunmayacaktır.

Böylelikle, konut finansmanı kuruluşları tarafından, ancak belirli bir konutun satın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile verilen bağlı kredi niteliğindeki kredilerde, teslim edilen konutun ayıplı olmasına karşı satıcı ve diğer sorumlular ile birlikte konut finansmanı kuruluşlarına da kullandırılan kredi miktarı kadar müteselsil sorumluluk getirilerek tüketicinin korunması amaçlanmıştır.

Madde 23 - 4077 sayılı Kanunun 7 nci maddesi kampanyalı satışları düzenlemektedir. Söz konusu maddeye eklenen hüküm ile kampanyalı satışlarda, konut finansmanı kapsamındaki işlemlerde, kredi veren konut finansmanı kuruluşu, krediyi belirli bir konutun satın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, ilan ve taahhüt edilen konutun teslimatının hiç, gereği gibi ya da zamanında yapılmaması halinde, tüketiciye karşı satıcı ve diğer sorumlular ile birlikte kullandırılan kredi miktarı kadar müteselsilen sorumlu olacaktır. Söz konusu kredilerin devrolması halinde dahi bu sorumluluk devam edecek olup, krediyi devralan kuruluşun sorumluluğu bulunmayacaktır.

Madde 24 - Bu madde ile konut finansmanına yönelik konut kredileri tüketici kredilerinden ayrılmış ve ayrı olarak düzenlenmiştir. İlave olarak konut finansmanına yönelik finansal kiralama işlemleri de 4077 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Tüketicilerin sadece kredi kullanırken değil, finansal kiralama işlemlerinde de korunması amaçlanmıştır.

Konut finansmanı sisteminde tüketicilere verilecek kredilerin yanı sıra, finansal kiralama işlemleri de tüketicilerin konut finansmanı ihtiyacına alternatif bir finansman aracı olarak öngörülmektedir. Bu nedenle finansal kiralamaya ilişkin getirilen özel hükümlerle finansal kiralama ile konut finansmanı sağlayan tüketicilerin de kredi kullanan tüketiciler gibi korunması amaçlanmıştır.

Tüketiciye sözleşmeyi imzalamadan önce sözleşme koşullarını içeren “Sözleşme Öncesi Bilgi Formu” ile tüketiciye sözleşmeye ilişkin genel bilgiler verilerek tüketiciye teklifi kabul edip etmeme serbestisi tanınmıştır.

Konut finansmanı kuruluşları tarafından konut finansmanı kapsamında verilen kredilere ilişkin esaslar düzenlenirken, sistemin arz tarafının desteklenmesini teşvik etmek amacıyla, kredinin belirli bir konutun satın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile verilmesi durumunda, konutun zamanında ya da hiç teslim edilmemesine ilişkin olarak konut finansmanı kuruluşlarının sorumluluğunun kullandırılan kredi tutarı ile sınırlandırılması amaçlanmış olup, bu sayede hem tüketicinin korunması hem de konut finansmanı kuruluşlarının kendi risklerini ölçebilmeleri mümkün kılınmıştır. Diğer taraftan, söz konusu kredilerin devrolması halinde dahi bu sorumluluk devam edecek olup, krediyi devralan kuruluşun sorumluluğu bulunmayacaktır.

Bu madde ile getirilen önemli bir değişiklik değişken faizli konut kredilerine imkan tanınması olmuştur. Konut kredileri ile sınırlı olarak sabit faizle borçlanma zorunluluğu kaldırılmaktadır. Değişken faizle kredi verilebilmesi kredi verenlerin risk yönetimini kolaylaştıracak ve bunun sonucunda vadelerin uzaması ve geri ödeme taksitlerinin azalması sağlanacaktır. Düzenleme tüketicilerin sabit faizle borçlanmaya devam etmesini engellemekte, ancak isteyen tüketicilerin değişken faizli borçlanabilmelerine imkan tanımaktadır. Geri ödeme tutarlarının ilişkilendirilebileceği endekslerin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenmesi öngörülmüştür.

Diğer yandan, finansal kiralama sözleşmeleri hali hazırda değişken kira bedelleri içerebilmekte iken, bu değişiklik ile bu tür sözleşmelerde uyulması gereken esaslar değişken faizli kredi sözleşmelerine paralel olarak düzenlenmiştir. Finansal kiralama sözleşmelerinde faizin finansal tekniklerle anaparadan ayrılarak ayrıca hesaplanması gerekmektedir.

Faiz oranının değişken olarak belirlenebilmesine imkan getirilmekle birlikte ilgili sözleşmelerde bu oran ve tutarlar için bir üst sınır belirlenmesi de zorunlu tutulmuştur. Bu şekilde baz alınan endeksteki gelişmeler ne olursa olsun, tüketicilerin aldıkları riskler için bir üst sınır çizilmiş olmaktadır.

Diğer yandan, değişken faiz esasına göre düzenlenmiş kredi sözleşmeleri veya finansal kiralama sözleşmelerinde uygulanan yöntemin muhtemel etkileri konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi şart tutulmuştur. Değişken faiz oranının sözleşmede belirlenen üst limite ulaşması halinde, tüketicilerin karşı karşıya kalacakları toplam borç tutarı ve geri ödeme taksitleri ile kira bedellerinin ulaşabileceği azami tutarlar hesaplanarak sözleşmede gösterilmek zorundadır. Değişken faiz oranının belirlenmesine ilişkin kullanılacak endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, tüketicilerin bilgilendirilmesine yönelik usul ve esaslar ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenecektir.

Bu Kanunla getirilen önemli bir diğer değişiklik, sabit faiz oranı içeren kredi ve finansal kiralama sözleşmelerinde sınırlı da olsa konut finansmanı kuruluşları tarafından tüketicilerden erken ödeme ücreti alınabilmesine imkan tanınmasıdır. Borcun erken ödenmesi durumunda, gerekli faiz ve komisyon indirilerek erken ödeme tarihinde ödenmesi gereken anapara tutarı hesaplanmakla birlikte konut finansmanı kuruluşları bu anapara tutarının yüzde ikisine kadar erken ödeme ücreti tahsil edebileceklerdir. Sabit faiz oranı içeren sözleşmelerde tüketiciler piyasadaki gelişmelere göre sözleşmelerini kapatıp yeni bir sözleşme yaparak kâr edebilmektedir. Erken ödemenin arkasında yatan bu kazanç konut finansmanı kuruluşu içinse bir kayıp ifade etmekte olup, sınırlı da olsa erken ödeme ücreti uygulaması kazanç ve kayıpları dengeleyici bir unsur olacaktır. Değişken faiz oranı içeren kredi ve finansal kiralama sözleşmelerinde ise erken ödeme ücreti uygulanması mümkün olmayacaktır.

Madde 25 - 4077 sayılı Kanuna 10/B maddesinin eklenmiş olması nedeniyle aynı Kanunun ceza hükümlerinin düzenlendiği 25 inci maddesi 10/B maddesini içerecek şekilde genişletilmiştir.

Madde 26 - Tüketicilerin konut edinmesine veya yatırımlara finansman sağlayan finansal kiralama işlemlerinde kiracıların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini, kiralayandan yazılı izin alınması koşuluyla yeni bir kiracıya devredebilmeleri öngörülmektedir. Bu devir işlemine ilişkin sözleşmenin tescil hükmüne tabi tutularak devrin aleniyet kazanması amaçlanmıştır. Ayrıca, finansal kiralama sözleşmesinde hüküm bulunmak kaydıyla konut finansmanı kapsamında yapılan finansal kiralama işlemlerinde konutun zilyetliğinin devrinin mümkün hale

getirilmesi ile kiracıların alt kiralama yapabilmelerine imkan tanınması amaçlanmıştır.

Madde 27 - Konut finansmanı fonları ve varlık finansmanı fonları, esas itibarıyla menkul kıymetleştirme amaçlı kullanılacak bir malvarlığı olacaktır. Kazancı kendi üstünde tutan değil, gelen kazançları yatırımcılara aktaran bir mekanizma olması itibarıyla, bu fonların vergi kanunları açısından saydamlığının sağlanması, diğer bir deyişle gelirleri ve bundan kaynaklanan mali yükümlülükleri ek bir maliyet getirmeden doğrudan yatırımcılara aktarması öngörülmektedir. Bu nedenle bu fonların kazançlarının Kurumlar Vergisi ve Gelir Vergisi stopajından müstesna olması öngörülmüştür.

Madde 28 - Konut finansmanı fonları ipoteye dayalı menkul kıymetleri ve varlık finansmanı fonları varlığa dayalı menkul kıymetleri ile ipotek finansmanı kuruluşları ve konut finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen ipotekli sermaye piyasası araçları ve varlık teminatlı menkul kıymetlerden elde edilen gelirlerin menkul sermaye iradı olarak nitelendirilmesi amaçlanmıştır.

Madde 29 - Bu madde ile, ipotek finansmanı kuruluşları ve konut finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen ipotekli sermaye piyasası araçlarından elde edilen gelirler üzerinden yapılacak vergi tevkifatının Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesi kapsamında belirlenmesi öngörülmüştür. 94 üncü madde uyarınca mevcut durumda tevkifat oranı yüzde yirmibeş olmakla birlikte, aynı madde uyarınca, Bakanlar Kurulu bu oranı her bir ödeme ve gelir için ayrı ayrı sifıra indirmeye veya bir katına kadar artırmak suretiyle yeniden tespit etmeye yetkili olduğundan, Bakanlar Kurulunca alınacak bir karar doğrultusunda bu oranın yüzde sıfır olarak belirlenmesi durumunda verginin gelir elde eden kişi üzerinden tahsili mümkün olabilecektir.

Madde 30 - 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa 5281 sayılı Kanun ile eklenen geçici 67 nci maddenin (8) numaralı fıkrası kapsamında, 1/1/2006 tarihinden itibaren Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan menkul kıymetler yatırım fonlarının Kurumlar Vergisinden istisna edilmiş olan portföy kazançları, dağıtılsın veya dağıtılmasın yüzde onbeş oranında vergi tevkifatına tâbi tutulacak, bu kazançlar üzerinden 94 üncü madde uyarınca ayrıca tevkifat yapılmayacaktır. Bu fonlara benzer şekilde, konut finansmanı fonları ve varlık finansmanı fonlarının da portföy işletmeciliği kazançları üzerinden yüzde onbeş vergi tevkifatı yapılması, çifte vergilendirmeyi önlemek

amacıyla da konut finansmanı fonları ipoteye dayalı menkul kıymetlerine ve varlık finansmanı fonları varlığa dayalı menkul kıymetlerine ödenen faizler için yıllık beyanname verilmemesi ve bunların dönemsel getirilerinin tahsilinde stopaj yapılmaması öngörülmektedir.

Madde 31 - 6802 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin (u) bendinde yapılan değişiklikle, ipotek finansmanı kuruluşlarının da kuruluşları sırasında çıkardıkları hisse senetlerinden veya sermayelerini artırdıkları sırada emisyon primlerinden elde ettikleri gelirlerinin banka ve sigorta muameleleri vergisinden müstesna olması öngörülmektedir. Yapılan değişiklik ile ipotek finansmanı kuruluşlarının oluşturulmasında ve sermaye artırımı sırasında oluşabilecek giderlerin asgari düzeyde tutulması hedeflenmiştir.

Anılan maddeye eklenen (y) bendi ile ise, ipotek finansmanı kuruluşlarının, konut finansmanı kuruluşlarının ve konut finansmanı fonlarının, konut finansmanı kapsamında yaptıkları tüm işlemler nedeniyle lehe aldıkları paraların banka ve sigorta muameleleri vergisinden istisna tutulması öngörülmektedir. Bu şekilde bu kuruluşların faaliyetlerini sürdürürken ortaya çıkabilecek maliyetlerin ve buna paralel bir şekilde, konut alımı için kullanılacak kaynakların maliyetlerinin olabildiğince azaltılması amaçlanmıştır.

Madde 32 - Konut finansmanı kuruluşları ve ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ipotek üzerine yapılan konut finansmanı kapsamında tüm işlemlerin ve konut finansmanı kapsamında finansal kiralama yoluyla kiralanılan konutların kiracıya devrinin tapu harcından müstesna tutulması amaçlanmıştır. Böylelikle, bu aşamalarda ek bir vergi doğmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu şekilde, bu kuruluşun faaliyetlerini sürdürürken maliyetlerini olabildiğince azaltması ve konut alımı için kullanılacak kaynakların maliyetlerinin paralel bir şekilde azaltılması amaçlanmıştır.

Madde 33 - İpotek finansmanı kuruluşlarına devredilen alacakların takibinde, ihalenin feshi taleplerinin maktu harç yerine nispi harca tabi kılınmasıyla, ihalenin feshi talebinin takip sürecinin geciktirilmesi amacıyla keyfi bir şekilde kullanılmasının önlenmesi ve paraya çevirme sürecinin kısaltılarak daha sağlıklı işlemesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

Madde 34 - İşlem maliyetlerinin düşürülmesi için, konut finansmanı kuruluşlarının konut finansmanı işlemleri ile ilgili olarak düzenlenen kağıtları ile ipotek finansmanı kuruluşları ile konut finansmanı fonlarının kuru-

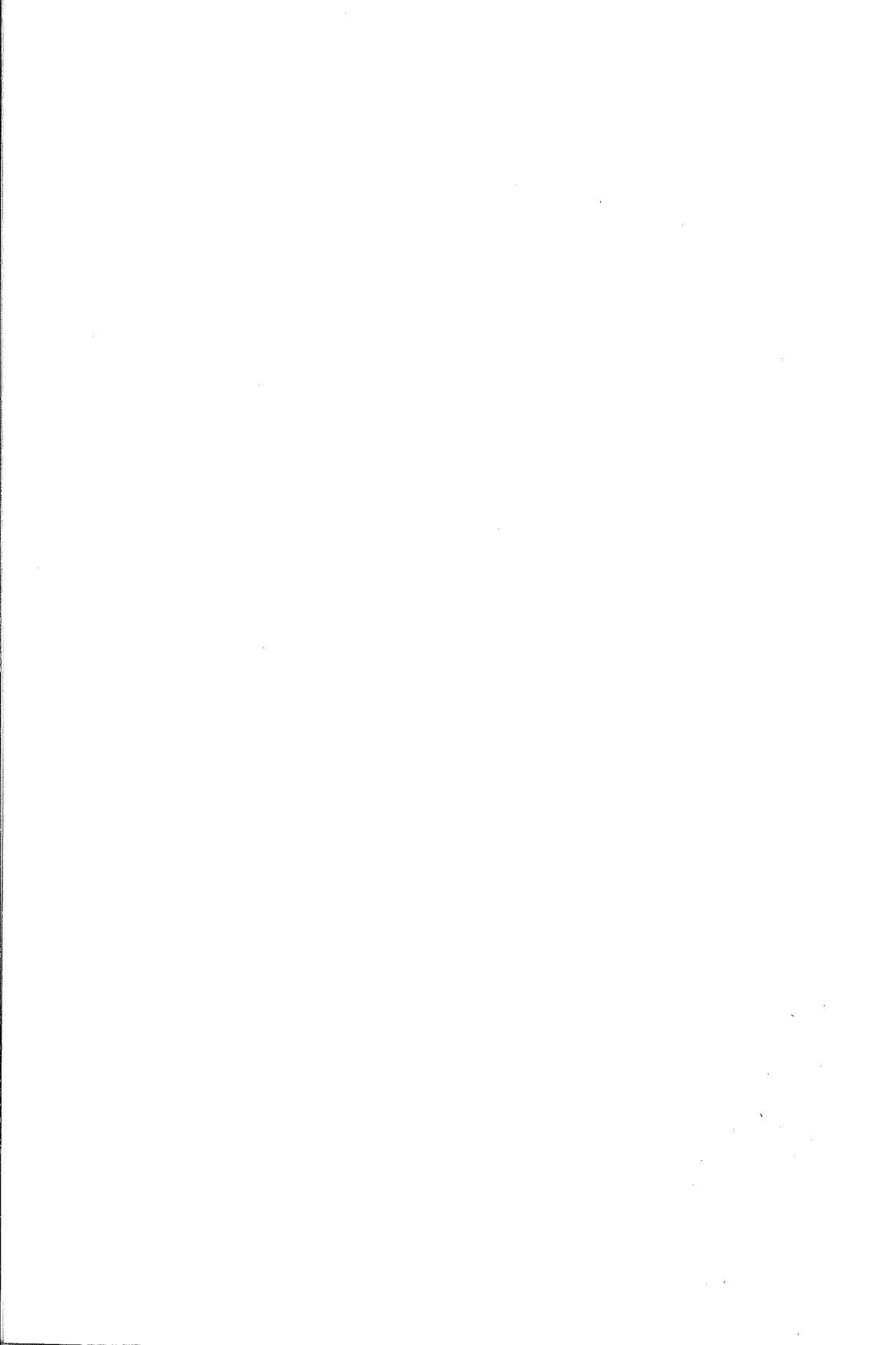
luş dahil her türlü işlemleri ile ilgili olarak düzenlenen kağıtların damga vergisinden muaf tutulması amaçlanmaktadır.

Madde 35 - Yürürlük maddesidir.

Madde 36 - Yürütme maddesidir.

* TBMM'nin internet sitesi tbmm.gov.tr'den alınmıştır.

ESER İNCELEMELERİ



YARD. DOÇ. DR. ALİ YEŞİLİRMAK'IN
MİLLETLERARASI TAHKİMDE
GEÇİCİ KORUMA ÖNLEMLERİ KONULU ESERİ

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ali Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* (Lahey: Kluwer Law International, 2005), 329 +xxxix sayfa.

“Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku” isimli önemli eseri Prof. Dr. Feridun Yenisey tarafından yaşatılan Prof. Dr. Nurullah Kunter’in güzel bir şekilde açıkladığı üzere, medeni usul hukuku, ceza usul hukuku ve idari yargılama usulü gibi çeşitli yargı kollarına ait usul hükümleri, aslında “Muhakeme Hukuku” başlığı altında toplanabilecek bir bütün teşkil ederler.¹ Bu nedenle, sözgelimi “derdestlik”, “kesin hüküm” veya “temyiz” gibi muhakeme hukuku konuları, muhakeme hukuku dallarının herbirinde etraflıca incelenmedikçe tam olarak aydınlığa kavuşmuş sayılmaz.

Geçtiğimiz yıllarda Prof. Dr. Ejder Yılmaz, bu anlayışla, “geçici hukuki koruma önlemleri”ni çeşitli yargı kolları bakımından inceleyen kap-

1 Bkz. Feridun Yenisey / Nurullh Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası (İstanbul: Beta 1998), No.9.

samlı bir sistematik eser yayımladı: *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*.² Diğer taraftan, Türk usul hukukçuları, çeşitli yargı kollarındaki geçici koruma önlemleri ile ilgili tezler yayımladılar. Bunlar arasında yine geçtiğimiz on yıl içinde yayımlanan, Prof. Zehreddin Aslan'ın "*İdarî Yargı'da Yürütmenin Durdurulması*", Doç. Dr. Muhammet Özekes'in "*İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*" ve Dr. İlyas Şahin'in "*Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltı*" başlıklı eserleri sayılabilir.³ 2005 yılının sonlarında, Türk usul hukukçularının yüzünü ağartan bu eserlere, bir milletlerarası yayın başarısı eklendi: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Yard. Doç. Dr. Ali Yeşilirmak'ın "Milletlerarası Tahkimde Geçici Koruma Önlemleri" konulu doktora tezi.

Yeşilirmak'ın Londra Üniversitesi'nde yaptığı doktora tezini içeren ve orijinal başlığı "*Provisional Measures in International Commercial Arbitration*" olan eser, İngilizce dilindeki milletlerarası hukuk yayınlarındaki öncü yayınevi Kluwer Law International tarafından yayımlandı. Kitabın yayımlandığı kitap dizisi, dizi editörlüğünü Julian D.M. Lew'nün yaptığı "International Arbitration Law Library" dizisi. Kluwer Law International, bu dizide, daha önce her biri alanında başvuru kaynağı haline gelen birçok kitap yayımladı. Joachim Frick'in "*Arbitration in Complex International Contracts*" (2001), Hamid Gharavi'nin "*International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*" (2002) ve Katherine Lynch'in "*The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*" (2003) başlıklı eserleri bu kitaplar arasındadır.

Muhakeme hukukunun her alanında olduğu gibi, tahkimde de geçici hukuki koruma önlemleri, yaygın adıyla "ihtiyati tedbirler", merkezi bir öneme sahiptir. Çünkü, toplum hayatının gittikçe artan bir sürat kazandığı çağımızda, mahkemeler için olduğu gibi, tahkim yargılamalarında da, yargılamanın sonunda kesin hükümlerle gelen adalet, çoğu zaman "gecikmiş adalet" olmaktadır. Tahkim yargılamalarının sürati, zaman zaman tahkimin devlet yargısına üstün olduğu noktalardan biri olarak vurgulanmakla birlik-

2 Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Ankara: Yetkin, 2001), İki Cilt.

3 Zehreddin Aslan, *İdarî Yargı'da Yürütmenin Durdurulması* (İstanbul: Alfa, 1994); Muhammet Özekes, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz* (Ankara: Seçkin, 1999); İlyas Şahin, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltı* (Ankara: Seçkin, 2004).

te, karmaşık bir ticari uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünde de bir hatta birkaç yılı bulan sürelerle ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin merkezi Paris'te olan Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) nezdinde yapılan tahkim yargılamalarının genellikle birbuçuk yıldan fazla zaman aldığı ifade edilmiştir.⁴

Tahkim yargılamasının devam ettiği süre içinde, tarafların geçici hukuki koruma ihtiyacının karşılanması gereklidir. Belki tahkimin niteliğini “yargısal” yönünün mü, yoksa “sözleşmesel” yönünün mü daha ağırlıklı belirlediği konusundaki görüş ve tartışmalar hareket noktası alınmak üzere⁵, bu geçici hukuki korumayı sağlamak için başlıca iki farklı yol önerilebilir: Tahkimin yargısal niteliği öne çıkarılırsa, geçici hukuki koruma önlemleri devlet mahkemelerinin yetkisinde bırakılarak, bu alan devlet yargısının tahkime müdahale ettiği alanlardan biri olarak düzenlenebilir. Buna karşılık tahkimin sözleşmesel niteliğine ağırlık verilir ise, hakemlerin, nihai kararlar gibi ihtiyati tedbir kararı da verebilecekleri bir kural olarak kabul edilebilir.

Türk Hukuku bu konuda ikili bir düzenleme içermektedir. Prof. Dr. Baki Kuru'nun açıkladığı üzere, yabancılık unsuru içermeyen (“milli”) tahkim yargılamaları bakımından ihtiyati tedbir kararı vermek yalnız mahkemelere ait bir görev ve yetkidir.⁶ Türk doktrininde Prof. Dr. Hakan Pekcanitez tarafından etraflı olarak incelenen milletlerarası tahkimdeki ihtiyati tedbirler bakımından ise, devlet mahkemeleri yanında hakemlerin de ihtiyati tedbir kararı verebilecekleri kabul edilmiştir (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 6)⁷. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ihtiyati tedbirler konusundaki bu

4 Bkz. Yeşilirmak, age., s. 3. ICC'nin tahkim hizmeti hakkında yayımladığı istatistiklerin tahkim süresine ilişkin bilgileri içermemesi dikkati çekmektedir. ICC'nin web sayfasında (www.iccwbo.org) verilen bilgilere göre, 2004 yılında Tahkim Divanına 561 başvuru yapılmış ve aynı yıl içinde 345 hakem kararı verilmiştir.

5 Tahkimin niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973), s. 38 -99; Rabi Koral, “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı”, *İHFM Cilt 48 - 49*

6 Bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, Cilt 4 (İstanbul, Demir Demir, 2001), s. 4324 - 4325.

7 Bkz. Hakan Pekcanitez, “Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri”, *Milletlerarası Tahkim Semineri* (Ankara: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, 2003), s. 115 vd.

düzenlemesi, milletlerarası tahkim hakkındaki UNCITRAL kanun örneğinin çözüm tarzına uygundur.⁸ Bu çözüm tarzı, milletlerarası tahkimde hakim olan devlet yargısının tahkime müdahalesinin asgari düzeyde tutulması görüşü ile de uyumludur.

Tahkimin ve özellikle kendi kendine yeterli bir uyuşmazlık çözümü yöntemi olmak iddiasındaki milletlerarası tahkimin kendisinden beklenen sonucu verebilmesi için, geçici hukuki koruma önlemlerinin de hakemlerin yetki ve görevi içine alınması ve hakemlerin ihtiyati tedbir kararına uygulanacak kuralların belirlenmesi gereklidir. Yeşilirmak, bu konuyu milletlerarası tahkimin “hayati” bir meselesi olarak görmektedir. Çünkü, her müesseye gibi “tahkim (de) varlık sebebini gerçekleştirebilmek ve varlığını muhafaza edebilmek için, etkili olmak, yani ticaret aleminin ihtiyacına cevap verebilmek zorundadır.”⁹

Karşılaştırmalı hukukta son yirmibeş yıl içinde meydana gelen gelişmeler, bu zorunluluğun kanun koyucular tarafından da takdir edildiğini ve yeni tahkim kanunlarında, başka usul hukuku konuları bakımından olduğu gibi, ihtiyati tedbirler konusunda da devlet mahkemeleri ve tahkim arasında “rekabet değil işbirliği” ilişkisinin kurulduğu görülmektedir.¹⁰

Karşılaştırmalı hukukta, geçici koruma önlemleri alanında devlet mahkemeleri ve tahkim arasındaki işbirliğini kurmak için bulunmuş olan çözüm, ihtiyati tedbirler konusunda devlet mahkemeleri ve hakemlerin telahuk eden yetkileri olduğunu (“concurrent jurisdiction”) kabul etmektedir. Özellikle, mahkemelere yapılan bir ihtiyati tedbir talebinin tahkim sözleşmesinin ihlali sayılmayacağı ve tahkime başvurmaya engel teşkil etmeyeceği genel kabul görmüş bir kural haline gelmektedir.¹¹

Ancak, tarafların, geçici hukuki koruma önlemleri için devlet mahkemeleri veya hakemlere başvurmak konusunda sınırsız bir “seçme hakkı”na

8 Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu Kanun Örneği (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), m. 17. (Metin için bkz. *UN-document A/40/17* (1985) veya *Arbitration International Cilt 1*, sayı 2 (1985), s. 11 - 21.)

9 Yeşilirmak, age., s. 17.

10 Yeşilirmak, age. s. 41-43, 45.

11 Yeşilirmak, age., s. 75 vd.

mı sahip olacakları, yoksa, devlet mahkemelerinin tahkim konusu uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir kararı vermek bakımından sınırlı bir yetkiye mi sahip olması gerektiği tartışmalıdır. Burada Yeşilirmak'ın katıldığı görüş, tahkimden önce ihtiyati tedbir talebinin mahkemelere veya hakemlere yapılması konusunda mevcut olan seçme hakkının tahkimin derdestliğinden sonra sınırlandırıldığı; tahkim yargılaması boyunca, geçici hukuki koruma önlemleri hakkındaki görev ve yetkinin kural olarak hakemlere ait olduğu; devlet mahkemelerinin bu aşamadaki görev ve yetkilerinin hakemlerin etkili bir ihtiyati tedbir kararı vermek imkânından yoksun olduğu (mesela, üçüncü kişilere yönelik ihtiyati tedbirler gibi) istisnai hallerle sınırlı olduğu şeklindedir.¹²

Yeşilirmak, tahkimin derdestliğinden önce, süratle verilmesi gereken “acil” geçici hukuki koruma önlemleri için yetkileri ihtiyati tedbir kararı ile sınırlı geçici hakemlere (“emergency arbitrator”) başvurulmasının uygun bir çözüm tarzı olduğunu kabul etmekte ve “acil tahkim önlemleri”ni milletlerarası tahkimin gelişmeye açık alanlarından biri olarak görmektedir.¹³

Yeşilirmak, hakemlerin geçici hukuki koruma önlemleri konusundaki yetkilerinin sınırları, tarafların ihtiyati tedbir talebinde bulunurken yerine getirmesi gereken şartlar, ihtiyati tedbir sebeplerinin ispatı ve ihtiyati tedbir kararlarının içeriği konularını, karşılaştırmalı hukuktan ve çeşitli tahkim müesseselerinin kural ve uygulamalarından hareketle ayrıntılı olarak incelemekte; tespit ettiği ortak noktaları milletlerarası tahkimin geçici hukuki koruma önlemleri hakkındaki güncel durumunu yansıtacak şekilde özetlemektedir.¹⁴

Milletlerarası tahkimde geçici hukuki koruma önlemlerinin önemli bir sorunu, hakemlerin veya tahkim yerindeki devlet mahkemelerinin verdiği ihtiyati tedbir kararlarının başka bir ülkede icra edilmesinde karşılaşılan güçlüktür. Çünkü, karşılaştırmalı hukuktaki milletlerarası usul hukuku kurallarının büyük çoğunluğu yabancı devlet mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir kararlarının icrasına imkân vermediği gibi, yabancı hakem kararlarının icrası için de “nihai” veya “kesin” olmaları şartı aranmakta; ihtiyati tedbir mahiyetindeki yabancı hakem kararlarının tenfizi mümkün bu-

12 Yeşilirmak, age., s. 92 vd., s. 110.

13 Yeşilirmak, age., s. 114 vd, s. 157.

14 Yeşilirmak, age., s. 160 - 235.

lanmamaktadır. Hakim görüş ve uygulamaya göre, New York Sözleşmesi-
nin¹⁵ V. maddesi de sadece dar ve teknik manada “nihai” yabancı hakem
kararlarının tenfizini öngörmekte; hakemlerin verdiği ihtiyati tedbir karar-
larının tenfizine imkân vermemektedir.

Yeşilirmak, hakemlerin veya tahkim yerindeki devlet mahkemelerinin
verdiği ihtiyati tedbir kararlarının başka ülkelerde icra edilmesinde karşıla-
şılan güçlüğü, en etkili şekilde New York Sözleşmesine ilave edilecek bir
“ek protokol” ile aşılabileceği görüşündedir.¹⁶

Yeşilirmak'ın “Milletlerarası Tahkimde Geçici Koruma Önlemleri”
konulu eseri, zengin bibliyografyası ile de dikkati çekmektedir. Kitabın so-
nunda otuz sayfa yer tutan kaynakçada, ayrı ayrı tasnif edilmiş olan kitaplar
ve makaleler, konu ile ilgili özel inceleme ve araştırmaları içerdiği gibi, mil-
letlerarası tahkim hukukunun başlıca eserlerini içeren güncel bir genel bib-
liyografya değerini de taşımaktadır.

15 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşme, RG 25 Eylül 1991, sayı 21002.

16 Yeşilirmak, age. s. 272.

**YARD. DOÇ .DR. C.SALİH ŞAHİNİZ'İN "TEORİDE VE
UYGULAMADA KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMA"
BAŞLIKLİ ESERİ**

Yard.Doç.Dr. Faruk ACAR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Yrd.Doç.Dr. Salih ŞAHİNİZ'in "Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma (İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması)" adlı monografisi, Ocak 2006 tarihinde, Seçkin Yayınevi tarafından yayınlanmıştır.

Değerli meslektaşım ŞAHİNİZ tarafından bana hediye edilen bu monografiyi derhal okudum ve bu monografiye ilişkin görüşlerimi sayın meslektaşlarım ile paylaşmak istedim.

Zira kendisi, bugüne kadar hakkında az sayıda monografi yazılmış olan bir konuyu araştırarak, konuya bilimsel anlamda önemli bir katkıda bulunmuştur. Gerçekten de, İdare Hukuku, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku, yani hem kamu hem de özel hukuku yakından ilgilendiren bir konuda bir eser üretmek, oldukça yorucu ve titiz bir çalışmayı gerektirmektedir. Bu nedenle, Sayın Şahiniz'in emeğini takdir etmemek mümkün değildir.

Ülkemizde, özel mülkiyetteki gayrimenkullere, idare tarafından, kamulaştırma yapılmaksızın ve maliklerinin rızası alınmaksızın el konulmasına sıklıkla rastlanmaktadır. İdare tarafından gerçekleştirilmesine rağmen kanuni bir dayanağı olmadığı için, bu çeşit el koyma bir "idari eylem" olarak değil, bir "fiili yol", yani "idarenin haksız fiili" olarak kabul edilmektedir. Şöyle ki: Anayasa mülkiyet hakkını güvence altına almış ve özel mülkiyetteki gayrimenkullere, idarenin ancak kanunlarda (örneğin Kamulaştırma Kanununda ve İmar Kanununda) öngörülen usullere uymak suretiyle el koymasına izin verilmiştir. O halde, idarenin özel mülkiyetteki bir gayrimenkulle, kanun ile öngörülen bir usule uymaksızın el koyması, Anayasaya ve kanuna aykırıdır. Dolayısıyla idarenin bu fiili hukuka aykırı bir fiil", yani bir "fiili yol" niteliğindedir. İdare tarafından gerçekleştirilen bu hukuka aykırı fiil, teoride ve uygulamada "kamulaştırmatsız el koyma" veya "kamulaştırmatsız el atma" olarak adlandırılmaktadır.

Bilindiği üzere, idarenin, "fiili yol" niteliğinde bir eylemde bulunması halinde, bu eylemi (fiili) gerçekleştiren idare artık, İdare Hukuku esaslarına göre değil, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku esaslarına göre sorumlu olur. Şu halde, özel mülkiyetteki bir taşınmaza kamulaştırma yapmaksızın el atan idare de, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku hükümleri (MK.md.618, MK.md.993-995, BK.md.41 vs.) uyarınca sorumlu olacaktır. Nitekim uygulamada da, idarenin kamulaştırma yapmaksızın el koyması halinde, el konulan taşınmazın maliki tarafından idareye karşı, adli yargıda, "elatmanın önlenmesi davası", "bedel davası", "tazminat davası" ve "ecrimisil davası" açılabilceği kabul edilmektedir.

Kamulaştırmatsız el koyma, idarenin Özel Hukuk hükümleri uyarınca sorumluluğunu doğuran bir hukuka aykırı fiil niteliğinde olduğundan, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku ile yakından ilgilidir. Bu nedenle, kamulaştırmatsız el koymanın ve bundan kaynaklanan hukuki sorunların bir "Özel Hukukçu" gözüyle ele alınarak incelenmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Bilindiği üzere, bu monografiyi hazırlayan ŞAHİNİZ, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesidir.

Bu çalışmada, kamulaştırmatsız el koyma ve bundan kaynaklanan meseleler, "teori" ve "uygulama" birlikte ele alınarak incelenmiştir. Şöyle ki: Öncelikle konu teorik açıdan incelenmiş, ardından da o konuya ilişkin olarak uygulamada kabul edilen esaslar "Yüksek Mahkeme Kararları" ışığında

açıklanmıştır. Böylelikle, hem "teorisyenlerin" hem de "uygulamacıların" faydalanabilecekleri bir eser ortaya çıkmıştır.

Söz konusu monografide özellikle şu konular üzerinde durulmuştur:

-Kamulaştırmaz el koymanın tanımı, ortaya çıkışı ve gelişimi

-Kamulaştırmaz el koymaya ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları

-Kamulaştırmaz el koymanın hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki görüşler

-Genel olarak fiil yol kavramı ve kamulaştırmaz el koymanın fiili yol teşkil etmesi

-Kamulaştırmaz el koymanın varlığı için gerekli olan şartlar

-İdarenin özel mülkiyetteki bir taşınmaza el koymasının hukuka uygun olduğu haller (özellikle İmar Kanuna dayanan el koymalar)

-Kamulaştırmaz el koymanın hüküm ve sonuçları (İdareye karşı açılan davalar: Elatmanın önlenmesi davası, bedel davası, tazminat davası, ec-rimisil davası, faiz talebi)

-Elatmanın önlenmesi davasında MK.md.993-995 hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu

-Bedel davasında gayrimenkulün malikine ödenecek bedelin tespiti esasları

-Her konuya ilişkin Yüksek Mahkeme kararları

Son olarak şu hususu belirtmek isterim ki, kamulaştırmaz el koymaya ilişkin olarak sürekli yeni Yargıtay kararları yayınlanmaktadır. Bu nedenle, sayın ŞAHİNİZ'in bunları sürekli takip etmesini ve bu yeni kararlar ışığında bu eserini yenilemesini dilerim.



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Tel: Halkla İlişkiler (0216) 578 0 578 - 578 02 24/25

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: tanitim@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr