

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt XVI, Nisan-2012, Sayı 2
Vol. XVI, April-2012, No. 2**



**ANKARA
Nisan-2012**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University

Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Editörler: Editors :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Değer KANYILMAZ Değer KANYILMAZ

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Gazi Üniversitesi Matbaa İşletmesi ve Ahşap İmalathanesi Müdürlüğü
Gölbaşı/ANKARA

Tel : +90 312 484 10 94 e-posta: gazi-bas-mevil@hotmail.com

Basım Tarihi : Nisan 2012

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.

İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:

Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:

AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 51

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XVI Nisan 2012 Sayı 2

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat
Oğuz Sadık AYDOS.....1-36
- Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması
Mustafa TÜYSÜZ.....37-70

KAMU HUKUKU

- Askerî Ceza Hukukunda Amire Veya Üste Hakaret Suçu (ASCK m. 85)
Olgun DEĞİRMENCİ.....71-116
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde
İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu
Seydi KAYMAZ.....117-168
- Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı
Bülent KENT.....169-198
- Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasında Bir İstisna: “Vergi Mahremiyeti
İşıl Fulya ORKUNOĞLU ŞAHİN.....199-216
- Vergi Mahkemelerinde Tek Hâkimle Çözümlenecek Davalara
İlişkin Sınırı Artıran Kanun Tasarısı Hükmünün Değerlendirilmesi
Ümit Süleyman ÜSTÜN.....217-230

ÇEVİRİ

- İnşaatçı İpoteğine İlişkin Güncel Gelişmeler
Fahri Erdem KAŞAK.....231-236

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

BOŞ

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XVI April 2012 Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Moral Compensation in the Violation of Personality Rights via Press.
Oğuz Sadık AYDOS.....1-36

The Beginning Of The Laytime In The Maritime Trade Law
Mustafa TÜYSÜZ.....37-70

PUBLIC LAW

The Offence Of Defamation To Commander Or Superior
In Military Criminal Law (Mcc S. 85)
Olgun DEĞİRMENCİ.....71-116

The Problem Regarding Effect Of Qualified Cases On The Other
Accomplices In Crimes Committed Jointly, According To Turkish
Penal Code No. 5237
Seydi KAYMAZ.....117-168

The Concept Of Universal Service In Telecommunications Sector
Bülent KENT.....169-198

An Intensive About The Using Of Right To Information:
“Tax Confidentiality”
Işıl Fulya ORKUNOĞLU ŞAHİN.....199-216

Evaluation Of Draft Law About Increasing The Limit Of Tax
Cases Which Is Solved By A Single Judge
Ümit Süleyman ÜSTÜN.....217-230

TRANSLATION

Aktuelles zum Bauhandwerkerpfandrecht
Fahri Erdem KAŞAK.....231-236

* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

BOŞ

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

BASIN YOLU İLE KİŞİLİK HAKLARI İHLÂLLERİNDE MANEVÎ TAZMİNAT

Oğuz Sadık AYDOS*

ÖZET

Basın hürriyeti ve kişilik haklarının ihlâli arasındaki ince dengenin basın ve yargı tarafından dikkatle gözetilmesi gerekir. Zira bu hâllerde ihlâl nedeniyle genellikle manevî zarar doğmaktadır.

Manevî tazminat için, basın yolu ile kişilik haklarına yapılan haksız saldırı nedeniyle manevî zararın doğması ve kusurun mevcut olması gerekir.

Sorumlu olan kişiler süreli ve süresiz yayınlar şeklinde ikili bir ayrımla incelenir. Süreli yayınlar açısından eser sahibi ve yayın sahibi süresiz yayınlar açısından ise eser sahibinin yanı sıra yayımcı, yayımcının belli olmaması hâlinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumlu olmaktadır.

Para olarak veya para dışında talep edilecek manevî tazminat davası, davalının veya davacının yerleşim yeri ya da basılmış eserlerin ulaştığı yerlerdeki Asliye Hukuk Mahkemelerinde açılacaktır.

Anahtar Kelimeler : *Basın, Kişilik Hakları, Manevî Zarar, Tazminat, İhlâl*

MORAL COMPENSATION IN THE VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS VIA PRESS.

ABSTRACT

The sensitive balance between the freedom of press and the violation of personal rights should be observed by press and adjudication. Because the damage that is made up in these circumstances is generally non-pecuniary damage and causes results which are very difficult to compensate.

For non-pecuniary damage, the unfair attack on personal rights by way of press because of the emergence of non-pecuniary damage and the defect must be present or strict liability.

* Yrd. Doç.Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Oğuz Sadık AYDOS

Subjects of responsibility in the form of periodicals and publications are examined with a binary distinction. The owner of the work and publisher for periodicals in addition to the owner of the work if the publisher is not certain typographer for indefinite publishers will be responsible jointly and severally.

Action for compensation in money or without money demanded will be sued in the locations where the defendant or the plaintiff are or in the locations where the works have been printed by the Court of First Instance.

Key Words : *Press, Personal Rights, Non-pecuniary damage, Compensation, Violation.*

GİRİŞ

Basın yolu ile kişilik hakkı ihlalleri, günümüzde çok sık karşılaşılan bir hukukî sorun hâline gelmiştir. Basının, gelişen teknoloji sayesinde daha geniş kitlelere ulaşması etki gücünün artmasına ve bu nedenle meydana gelen zararın büyümesine yol açmaktadır.

Basın hürriyeti ile basın yoluyla kişilik hakkı ihlalleri arasında çatışan menfaatler söz konusudur. Basın hürdür ve insanların haber alma özgürlüğüne hizmet eder. Ancak bu hürriyetin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Aksi hâlde, kişilik hakkının basın yoluyla zarar görmesine yol açılmaktadır.

5187 sayılı Basın Kanunu, zarara uğrayan kişiler için genel hükümlerin yanında özel bir koruma getirmiştir. Sorumlu olan kişileri belirleyen Basın Kanunu, zarar gören kişilerin daha geniş bir çerçevede korunmasına hizmet etmektedir.

Basın yolu ile kişilik hakkı ihlallerinin cezaî ve hukukî müeyyideleri bulunmaktadır. Hukukî müeyyidelerden biri manevî tazminattır. Manevî tazminat Borçlar Kanununun 47. ve 49. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada konu sadece hukukî açıdan ve manevî zarar ile bunun tazmini bağlamında incelenmiştir.

I- BASIN YOLU İLE KİŞİLİK HAKLARI İHLÂLLERİNDE MANEVÎ TAZMİNATIN ŞARTLARI

A) Kişilik Haklarına Basın Yolu İle Yapılan Haksız Saldırı

Bu çerçevede kişilik hakkı ve basın kavramı hakkında kısa açıklamalar yapıldıktan sonra tazminatın bu koşulu incelenecektir.

1. Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı, bir kişinin doğuştan sahip olduğu, devredilemeyen, hacedilemeyen ve miras yolu ile intikal etmeyen hakkıdır. Mutlak haklardan olan kişilik hakkının para ile ölçülmesi mümkün değildir. Bu hakkın hızlı ve etkin bir şekilde korunması gerekmektedir.

Kişisel varlıkların başlıcalarını; hayat, sağlık – vücut tamlığı, şeref ve haysiyet, resim üzerindeki hak ile meslek, sanat ve ticaret hayatındaki haklar şeklinde ifade edilmektedir¹.

Kişilik hakkı, şahsın hayat alanı (giz alanı, özel alan ve kamuya açık alan) olarak da tasnif edilmekte ve buna göre kişilik hakkı ihlâlinin sınırları belirlenmektedir.

Kişisel varlıkların tespitinde değişen koşullar ve ihtiyaçlar da dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda sınırlayıcı bir ifade kullanmak yerinde olmayacaktır². Eşyaya verilen zararlar nedeniyle dahi kişilik hakkının ihlâli mümkün olmaktadır³.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, s. 12 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 340 vd.

² GÜVEN, s. 79 vd.; SIRABAŞI, s. 27. Bu anlamda olmak üzere bir kişinin kaydedilen görüntüleri veya sesi de resim üzerindeki hak olarak algılanmalıdır: OĞUZMAN/ÖZ, s. 681.

³ ÜNAL, s. 399. Eşyaya verilen zararın kişilik haklarına etkisi ve kişilik hakları konusunda genişletici yorum ilkesine dayanan Yargıtay'a göre. "Davacılar, yangın olayı nedeniyle maddi zararlarının yanında manevî zarara da uğradıklarını belirterek talepte bulunmuşlardır. Mahkemece maddî tazminat isteği kısmen kabul edilirken, manevî tazminat talebi tümden reddedilmiştir. Davacılar yanan evin maliki olup, aynı zamanda burada oturmaktadırlar. Yangın nedeniyle büyük bir şok ve panik yaşamışlardır. Olay karşısında davacıların yaşadıkları bu korku, panik ve şok davacılar acı ve üzüntü veren, onların gerek ruh gerekse vücut sağlığını etkileyen unsurlardır. Kaldı ki davacı, manevî tazminat istemini bazı özel bir yeri olan eşyaların yanması nedeniyle de istediği anlaşılmaktadır.

2. Basın Kavramı

a) Tanım

Basın, “Gazete, dergi gibi belirli zamanlarda çıkan yazılı yayınların bütünü, matbuat” şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Bu tanım dar anlamda basını ifade etmektedir. Geniş anlamda basın ise, haberlerin, bilgilerin veya fikirlerin, yazı ya da resim görünümünde çeşitli aletler aracılığıyla sınırsız sayıda basılması ve bunun kamuya açıklanması olarak tanımlanır⁵. Basın günümüzde radyo, televizyon, sinema gibi görsel veya işitsel kitle iletişim

Hukukumuzun yazılı kurallarına göre manevî tazminatın, kişilik haklarının, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda hükmedileceği genel bir kural olarak yer almıştır. Yasal dayanağı Medeni Kanununun 24, 24/a ve Borçlar Kanununun 49.maddesidir. Anılan yasa maddelerine göre, manevî tazminat istemi için, öncelikle kişinin vücut ve ruh bütünlüğünün saldırıya uğraması, toplum içindeki yerini belirleyen kişilik değerlerinin bozulmasıdır. Sorun bu ilkelerin somut olaya nasıl ve hangi durumlarda uygulanacağı noktasında toplanmaktadır. Öncelikle sorunun çözümü için, kişilik hakkının sınırlarının da belirlenmesi gerekir. Yasalarda kişilik hakkının bir tanımı yapılmadığına göre, bu hakların kişiye var olmak, gelişmek, özgür olmak, saygı ve hürmet görmek, gibi kişinin ruh bütünlüğünü koruyan, yaşama bağlayan üretici bir kimse olmasını sağlayan haklar olduğu söylenebilir. Açıklanan şu duruma göre kişilik haklarını fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri koruyan haklar olarak gruplandırılmak olasıdır. Yine bu haklar, mali bir değer taşımamaları nedeniyle, saldırıya uğramaları durumunda, tazminatı gerektirmeyeceği sonucu çıkarılamaz. Hükmolunan tazminat, saldırıya uğrayan kişilik hakkının karşılanması, eski hâle getirilmesi amacını değil, saldırı ile kişinin kişilik değerlerinde meydana gelen zararı gidermeye yönelik bulunmaktadır. Somut olayda, davalının hukuka aykırı eylemi ile davacıların oturduğu evin ve içindeki eşyanın yandığı tartışmasızdır. Tartışmalı olan yön, bu hâlde de zarar gören yararına manevî tazminata da karar verilip-verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Yanan eşyalar arasında davacının kişisel ve özel eşyaları olduğu gibi, kendisi ve ailesi gibi sosyal çevresi için manevî değer taşıyan ve özellik arz eden eşyalar da bulunmaktadır. Bu bağlamda eşyalar arasında, çeyiz olan işlentili yastık, dantel, iç çamaşırlar, vazo takımı, el örgüsü gümüşlük, el örgüsü sehpa takımı gibi özelliği ve hatıra değeri olan eşyalar yer almaktadır. Bundan dolayıdır ki kişinin bu ölçüde özel ve özellik arz eden eşyaların gözünün önünde yanarak yok olması, onun eşya ile onun gönül bağlılığının oluşturduğu ruh bütünlüğü ve rahatlığının sonucundaki mutluluğunun olumsuz yönde etkilenmemesi düşünülemez.

Açıklanan şu duruma ve somut olaydaki olgulara göre, olayda hukukun genel ilkeleri ve bunun yanında Borçlar Kanununun 49.maddesinde öngörülen koşulların gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle, yerel mahkemesinin davacıların kişilik değerlerinin zarar görmediği gerekçesi ile manevî tazminat isteminin reddine ilişkin bulunan gerekçe, yukarıda yazılan nedenlerle, yerinde görülmediğinden kararın bu yönden de bozulması gerekmektedir” Y. 4. HD 14.12.1998 T., 1998/7259 E., 1998/10232 K.; KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 4 – 5.

⁴ TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük, s. 204.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 20 vd.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat

araçları yoluyla yapılan yayınları da kapsayacak şekilde algılanmaktadır. Hâl böyle olmakla birlikte basmak fiilinden gelen basın kavramı kitap, gazete ve dergiyi ifade etmektedir⁶. Bu çalışmada radyo, televizyon ve sinema ile günümüzün en etkin iletişim araçlarından olan internet kapsam dışı tutulmuş ve sadece basılmış eserler ele alınmıştır.

b) Basın Hürriyeti

Devlet ve/veya başka herhangi bir erkin müdahaleleri olmaksızın serbestçe faaliyette bulunma hakkını temin eden basın hürriyeti, düşüncelerin maddî ve şeklî anlamda serbestçe açıklanmasına hizmet eder. Bu hürriyetin kapsamına, bilgi edinme, bu bilgileri değerlendirme ve elde edilen sonuçları bağımsız olarak topluma duyurma da girer⁷.

Basın hürriyeti ve basına sansür uygulanamayacağı Anayasa ile güvence altına alınmıştır (m. 28). Bu hürriyetin temel dayanağı da toplumun haber alma özgürlüğü, başka bir deyişle kamu yararıdır⁸. Bunun yanı sıra, basın hürriyeti demokrasinin de olmazsa olmaz koşullarından birisi olarak ifade edilir. Bu hürriyetin içeriği Anayasanın 26. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.”

Basın hürriyetinin çalışmamızı ilgilendiren sınırı, “başkalarının şöhret veya haklarının korunması” olarak belirlenmiştir (Anayasa m. 26/II). Daha önce ifade ettiğimiz kişisel varlıklara saldırı bu sınırı teşkil eder⁹. Basın Kanunu genel gerekçesinde bu durum çok açık bir şekilde ifade edilmiştir:

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. SALİHPAŞAOĞLU, s. 22 vd.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. SALİHPAŞAOĞLU, s. 27 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 173 vd.

⁸ Bu özgürlük, Basın Kanununda da hükme bağlanmıştır. “Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.” (m. 3).

⁹ Y. 4. HD 11.2.1985 T., 1985/9517 E., 1985/958 K.; YHGK 26.3.2003 T., 2003/161 E., 2003/201 K.; ÇETİN, s. 140 vd.

Oğuz Sadık AYDOS

“Düşüncelerin toplumda dolaşımı, kanın vücuttaki dolaşımına benzer bir işlev yerine getirmekte ve sosyal hayata gerekli oksijeni sağlamaktadır. Bu dolaşımın, en geniş, en hızlı ve en nüfuz edici şekilde gerçekleşmesini sağlarken, başkalarının düşünce özgürlüğüne, iyi niyetine, şerefine, itibarına veya toplumun temel değerlerine ve inançlarına zarar verebilen durumların giderilmesi de zorunludur.”

3. Kişilik Hakkının Basın Yoluyla İhlâli

Kişisel varlıklara yapılan saldırılar kişilik hakkının ihlâli anlamına gelir. Mutlak nitelik taşıyan kişilik hakkına yönelik her saldırı hukuka aykırılık arz eder.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişi dışındaki diğer kişilerin yansımaya¹⁰ yoluyla uğradıkları manevî zararlar için tazminat talep edip edemeyecekleri ihtilâflı bir husustur. Ölüm hâlinde, ölenin ailesinin manevî tazminat talep edebileceği pozitif hukuk tarafından koruma altına alınmıştır (BK m. 47)¹¹. Sorun kişilik hakkı ihlâllerinde yansımaya yoluyla manevî tazminatın talebindedir. Kural olarak doğrudan zarar gören dışındaki üçüncü kişiler manevî tazminat talep edemezler¹². Günümüz uygulaması da cismanî zararlar dışında kişilik hakkı ihlâli nedeniyle yansımaya suretiyle meydana gelen zararın talep edilemeyeceği yönünde gelişmiştir¹³. Hâl böyle olmakla birlikte doktrinde, mutlak hakkı ihlâl eden fiiller nedeniyle ortaya çıkan

¹⁰ Haksız fiil mağduru dışında diğer kişilerin uğradığı zarar yansımaya zarar olarak tanımlanır. Örneğin, haksız fiil neticesinde cismanî zarara uğrayan bir sporcunun, lisansının bulunduğu spor kulübünün, bu sporcuyla müsabakalarda oynatamaması nedeniyle uğradığı zarar yansımaya zarardır. Failin yansımaya zarar nedeniyle sorumlu tutulabilmesi fiille zarar arasında uygun illiyet bağının ve hukuka aykırılık bağının bulunmasına bağlıdır. Biraz önceki örneğimizde sporcunun yaralanması ile spor kulübünün uğradığı zarar arasında illiyet bağının bulunduğu kabul edilse dahi hukuka aykırılık mevcut değildir. Zira bu olayda spor kulübünün menfaatlerini koruyan bir norm Türk hukukunda bulunmamaktadır: OĞUZMAN/ÖZ, s. 517.

¹¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ağır bedensel zararlarda da zarar görenin yakınlarının da manevî tazminat isteyebileceğini hükme bağlamıştır (m. 56/II).

¹² ÖZEL, s. 93. Bu ilkenin temel nedeni, fail için çok ağır olabilecek sonuçları hafifletmektir. Zira aksi hâlde, fail öngöremediği bir çok sonuçtan sorumlu olacaktır: TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, s. 17.

¹³ AYİM 2. D 13.7.1994 T., 1993/848 E., 1994/1449 K.; AYİM 2. D 1.3.1995 T., 1994/1292 E., 1995/141 K.; AYİM 2. D 13.10.2004 T., 2004/155 E., 2004/735 K.; AYİM 2. D 29.9.2004 T., 2003/856 E., 2004/662 K.; www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp, 10.9.2011.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat

zararların yansıma değil dolayısı ile zarar olarak nitelendirileceği ve tazminin gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı fiilin bir yaptırıma tâbi olmasını engeller¹⁵. Bu hukuka uygunluk nedenlerinden çalışmamız açısından önemli olanları incelenmiştir.

Bilimsel eleştiriler çalışma alanımız açısından önemli bir hukuka uygunluk nedenidir. Eleştiri ile hakaret arasında çok ince bir çizgi vardır¹⁶. Eleştiri hakkının, ahlâki değerlere saygı çerçevesinde, toplumun daha ileri götürülmesi amacıyla kullanılması gerekir. Eleştiride amaç daima kamuoyunu olumlu yönde oluşturmak ve bilgilendirmek olmalıdır. Hâkim, kullanılan ifadenin eleştiri amacıyla mı hakaret amacıyla mı yapıldığını ve ayrıca somut olayda amacı aşan bir sonucun ortaya çıkıp çıkmadığını hassas bir şekilde değerlendirmelidir.

Basın yolu ile kişilik hakkı ihlâli ile kamunun haber almadaki yararı karşı karşıya geldiğinde, hangisinin korunmaya değer olduğu her somut olaya göre ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme hâkimin takdir

¹⁴ HATEMİ, s. 85; OĞUZMAN/ÖZ, s. 682. Hakkaniyet düşüncesi de bazı hâllerde yansıma zarara uğrayan kişilerin de manevî tazminat talep edebilmesini gerektirmektedir. Bu noktada MK m. 1 uyarınca hâkime tanınan hukuk yaratma yetkisi imdada yetişebilir: TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s. 365 vd.

¹⁵ “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*” MK m. 24/II. Burada şu hususa dikkat edilmesi gerekir, zarar görenin rızasının fiilden önce verilmesi gerekir. Fiilden sonra verilecek rıza hukuka uygunluk nedeni değil tazminat hakkından feragat olarak nitelenir. Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak, bir kişi giz alanına giren bir bilgiyi kendisi basın mensuplarına açıklar ve bunun yayınlanmasını isterse bu yayın hukuka uygun nitelik taşıyacaktır. Ancak, giz alanına giren bir hususun basın tarafından rıza olmaksızın yayınından sonra kişi, bu nedenle dava açmaz ise tazminat hakkından feragat edildiği kabul edilecektir. “...Davacının bu eylemi onun ağır kusurunu oluşturur. Şu durumda davalıların, davacının bu davranışına karşı yayında yer aldığı biçimde değerlendirme yapmaları, ağır biçimde de olsa davacıyı eleştirmelerinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Böyle bir değerlendirme davacının ağır kusurunun bir sonucudur. Hiç kimse kendi kusurlu eylemine dayanarak tazminat isteyemez...” : Y. 4. HD 18.3.2004 T., 2004/2684 E., 2004/3475 K.; BELLİ, s. 274 – 278.

¹⁶ “Devletin çok önemli bir mevkiinde görev yapan bir kişinin İslâmî kuralların Devlet yapısında egemen olduğunu ifade etmesi konumu itibarıyla o kişiyi eleştirilerin odağı hâline getirecektir” YHGK 27.9.2006 T., 2006/4 – 550 E., 2006/570 K.; BELLİ, s. 139 – 146.

yetkisi doğrultusunda yapılmalıdır (MK m. 4). Hâkime takdir yetkisinin kullanımı esnasında yol gösterecek bazı ölçütler vardır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında haber verme hakkı “*gerçeklik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık*” temel kuralları ile sınırlandırılmıştır. Bunların bir arada bulunması hâlinde ancak verilen haber hukuka uygun nitelik taşıyacaktır. Verilen haberin hukuka uygun olması, bu koşulların bir arada bulunmasına bağlıdır.

a) Görünür Gerçeklik

Haberin, hukuka uygun olmasının birinci şartı, “*gerçek*” olmasıdır¹⁷. Gerçeklikten somut gerçeğin değil, haberin verildiği andaki görünür gerçekliğin anlaşılması gerekir. Haber verilmesinden sonra somut gerçeğin farklı oluşu basın sorumlu olmasını gerektirmez¹⁸. Yargıtay bu yerleşik içtihadında basın özgürlüğünü korumaktadır. Zira basının somut gerçeği araştırmasını ve hakikate ulaştığı anda bunu yayınlamasını istemek basından beklenen haber verme yükümlülüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca AİHM de bu yönde kararlar vermektedir¹⁹.

¹⁷ Amerikan Hukukunda da basın özgürlüğünün en önemli sınırlarından birini “*iftira*” oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 90 vd.

“...*Basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O an için o olay veya konu ile ilgili olan, görünen bilinen her şeyi araştırmak, incelemek ve olayları olduğu biçimi ile yayınlamalıdır. Bu işlevi ile gerek yazılı ve gerekse görsel basın, somut gerçeği değil; o anda belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olguları yayınlamalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan, gerçek olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu tutulmamalıdır...*” YYGK 12.10.2005 T., 2005/4 – 568 E., 2005/548 K.; BELLİ, s. 164 – 167. Aynı doğrultuda bkz. Y. 4. HD 29.3.2006 T., 2005/4857 E., 2006/3445 K.; BELLİ, s. 305 – 308. Yargıtay 4. HD bu konuda daha da ileri gitmiş ve somut gerçeğin farklı olduğu anlaşılmasına rağmen, eski görünür gerçeğin tekrar yayınının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edileceği yönünde ilginç bir karar vermiştir. Ancak bu karar YHGK tarafından bozulmuştur. YHGK 12.5.2004 T., 2004/4 – 253 E., 2004/270 K.; BELLİ, s. 124 – 127.

¹⁹ Evrensel Gazetesi, “*Gözaltında Kayıp İtirafı*” ve “*Savcıdan Sahte Rapor*” başlıklı iki yazıda, savcının sahte rapor verdiği yönünde haber yapmıştır. Kişilik haklarına saldırı nedeniyle savcı tarafından gazete aleyhine açılan davada mahkeme gazetenin tazminat ödemesine hükmetmiştir. AİHM, oybirliği ile verdiği kararında mahkeme hükmünün basın özgürlüğünü ihlâl ettiği sonucuna vardı ve Türkiye’yi Gazeteye tazminat ödemeye mahkûm etti. AİHM bu karara gerekçe olarak da, kamuyu ilgilendiren bir konuda Gazetenin, bu olayla ilgili olarak verilmiş olan AİHM kararına (İrfan BİLGİN Kararı) ve Savcının bu konuda tanık dinleme amacıyla Türkiye’ye gelen Avrupa İnsan Hakları

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat

Görünür gerçeklik kavramı, basına dilediğince hareket etme özgürlüğü de tanımaz. Her görüntünün de yayınlanmaması gerekir. Aksi hâlde telafisi çok güç zararlar ortaya çıkabilir. Bu durumu bir örnek ile açıklayacak olursak, bir derste başarısız olan bir öğrenci, o dersin öğretim üyesi hakkında kendisine tacizde bulunduğu iddiası ile suç duyurusunda bulunduğunu ve ilgili öğretim üyesinin de, Cumhuriyet Savcısının daveti üzerine huzura gittiğini ve ifade verdiğini farz edelim. Bununla ilgili olarak “... *Hoca, kendisine taciz iddiası ile ifade verdi. Çocuklarımız kimlere emanet?*” şeklindeki bir haber, görünür gerçeğe uygundur. Daha sonradan, iddianın bir iftiradan ibaret olduğu ortaya çıkmış ve aynı basın organı bu sonucu da kamuya duyurmuş olsun. Bu örnekte, adı geçen öğretim üyesinin kişilik hakkı hiç şüphesiz ihlâl edilmiştir. Ancak yayın görünür gerçeğe uygun olduğu için sorumluluk söz konusu değildir. Bu durum adalete uygun değildir. Zira doğruluğu tartışmalı bir atasözü olan “*ateş olmayan yerden duman çıkmaz*” kamuoyunda yanlış bir algıya yol açacaktır. Ayrıca ilk haberi öğrenen ancak sonuç hakkında bilgi sahibi olmayan kişilerin adı geçen öğretim üyesi ile ilgili kanaatleri de düzelmeyecektir. Burada Yargıtay’ın bu ölçütü her somut olay için farklı ele alması ve bu konudaki mevcut içtihadını biraz daha esnetmesi gerektiğini düşünüyoruz. Sonuç olarak, sıradan bir kişi açısından basının olaya daha özenli yaklaşması, gerçeğin ta kendisini araştırması²⁰ dahi özellikle de kamunun dikkatini çekmeyen kişiler açısından en azından soruşturma aşamasının tamamlanıp kovuşturmayaya başlanmasını beklemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Basının haber yayınlama konusundaki hızlı hareket etme gerekliliği, gerçeğe uygun olmayan haberleri yayınlama konusunda mazeret olamaz²¹.

b) Kamu Yararı ve Toplumsal İlgî

Hukuka uygunluğun ikinci şartı, haberin “*kamu yararı ve toplumsal ilgi*”ye uygun olmasıdır. Burada kamu yararının yanı sıra, kamuoyunun

Komisyonu Heyeti’ne verdiği ifadeye dayandığını göstermiştir. Gazeteciden ayrıca bunların doğruluğunu araştırması istenemez; Saygılı ve Diğerleri – Türkiye Davası, 8.4.2008.

²⁰ RAMONET, s. 74 vd.

²¹ KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 370.

yaygın ilgisine mazhar olan haberler de kamuya yararlı olmasa da hukuka uygunluk çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Giz alanı, sahibi tarafından açıklanması istenilmeyen hayat olaylarıdır²². Bir ya da birkaç kişi ile paylaşılmış olması bu alanın giz niteliğini etkilemez. Kamuya mal olmuş kişiler için mevcut olan istisna giz alanında yoktur. Daha açık anlatımla, toplumdaki herkesin giz alanı ilgilinin rızası olmadan topluma duyurulamaz. Kişinin yakın çevresi ile paylaştığı alan ise özel alan olarak nitelendirilir. Haberi yayınlanan kişinin, kamuya mal olmuş olması ve bunun derecesi, kişinin hayat alanından özel alanına yapılan müdahaleler bağlamında önem taşımaktadır²³. Şöyle ki, sanatçılar²⁴, üst düzey bürokratlar²⁵, siyasetçiler²⁶, sporcular²⁷, gazeteciler²⁸ gibi toplumun yakından ilgilendiği kişilerin özel alanı daha dardır²⁹. Kamuya açık alan ise herkesin bilgisine açıktır ve bu alanda herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir.

c) Güncellik

Haberin “*güncel*” olması hukuka uygunluğun üçüncü koşulunu oluşturmaktadır³⁰. Yayın konusu olayın yakın zamanda gerçekleşmiş olması veya bu olayın doğurduğu sonuçların hâlâ canlılığını koruyor olması gerekir.

²² ÖZEL, 32.

²³ ZELEZNY, s. 184; KAPLAN, s. 212. Bu yönde bkz. Y. 4. HD 28.4.1987 T., 1987/2077 E., 1987/3267 K.; ÖZEL, s. 233 – 234.

²⁴ “...Sanatkâr, her yerde ve her devrede toplumun dikkatini üzerinde toplar...”: Y. 4. HD 12.7.1974 T., 1974/18497 E., 1974/4662 K.; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 238.

²⁵ Y. 4. HD 18.7.2007 T., 2006/10801 E., 2007/9686 K.; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 232.

²⁶ Y. 4. HD 29.3.2006 T., 2005/4857 E., 2006/3445 K.; BELLİ, s. 305 – 307; Y. 4. HD 1.11.2007 T., 2006/10218 E., 2007/13321 K.; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 237.

²⁷ Y. 4. HD 20.9.2007 T., 2006/11054 E., 2007/10385 K.; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 238.

²⁸ Y. 4. HD 17.6.2003 T., 2002/14395 E., 2003/7877 K.; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 238.

²⁹ Kamuya mal olmuş kişilerin özel alanına müdahalenin hangi hukuka uygunluk nedenine girdiği konusunda tartışma vardır. Bir görüş, kamuya mal olan kişilerin özel hayatları konusunda basının haber yapmasını peşinen kabul ettiklerini, bunun “*zarar görenin rızası*” olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadır: TANDOĞAN, Özel Hayatın Korunması, s. 31; ÖZEK, s. 254. Diğer bir görüş ise burada üstün nitelikte kamu yararı olduğunu ileri sürmektedir: KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 240. Biz ikinci görüşe katılmaktayız. Zira toplum böylesi kişilerin özel yaşamı ile yakından ilgilenmekte, özel yaşamlarında nasıl davrandıkları hakkında büyük merak duymaktadır.

³⁰ YHGK 13.1.1988 T., 1987/4 – 405 E., 1988/27 K.; BELLİ, s. 149 – 154.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat

Üzerinden çok uzun zaman geçmiş bir olayın haber olarak yayınlanması, bunun ulaştığı kişilerde olayın yeni cereyan ettiği izlenimi uyandırır.

d) Konu ile İfade Arasında Düşünsel Bağlılık

Hukuka uygunluğun son şartı olan “*konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık*”tan kasıt, şeklin esasa uygun olmasıdır³¹. Şöyle ki, kullanılan ifadeler, haberin sunulduğu yeri, ifadelerin vurgusu ile bu haberin verilme amacında uyum olması gerekmektedir. Sıradan bir üçüncü sayfa haberinin manşetten verilmesi bu bağlamda hukuka uygun değildir.

B) Manevî Zarar

Bir kişinin, kişilik hakkına yapılan saldırı nedeniyle, elem, ızdırıp, keder gibi psikik âleminde meydana gelen değer eksilmelerine manevî zarar denir. Bu zarar, kişinin yaşama sevincini kaybetmesine yol açmaktadır³². Manevî tazminat, zarara uğrayanın huzura kavuşması ve ruhî ızdırabını³³ dindirmeyi amaçlamaktadır³⁴.

Manevî zarar, Anayasa’da teminat altına alınan kişilik haklarının³⁵ sonucu olarak, Medenî Kanunda (m. 24 ve 25), Borçlar Kanununda (m. 47 ve 49), Basın Kanununda (m. 13) ve diğer bazı kanunların özel hükümlerinde düzenlenmektedir³⁶.

³¹ YHGK 6.3.2002 T., 2002/4 – 115 E., 2002/151 K., YHGK 11.5.2005 T., 2005/4 – 170 E., 2005/316 K.: BELLİ, 130 – 139; YHGK 18.2.2004 T., 2004/4 – 74 E., 2004/88 K.; BELLİ, s. 146 – 149.

³² ÜNAL, s. 414; OĞUZMAN/ÖZ, s. 344, 679.

³³ “*Dosya içindeki kanıtlara göre davalının bir yılı aşkın süreden bu yana evinde işçiler vasıtasıyla onarım yaptırdığı, işçilerin çıkardığı aşırı gürültü ve toz nedeniyle özellikle bu dairenin altında oturan davacının aşırı ve uzun süre devam eden onarım nedeniyle rahatsızlık ve sıkıntı duyduğu anlaşılmaktadır. Onarımın normal sürenin çok üstünde devam ettiği ve adeta hakkın kötüye kullanıldığı görülmüştür. Böylece davacının oturduğu evdeki, huzur ve sükûnunun bozulduğu, sinir sistemindeki dengenin sarsıldığı kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak da davacının kişilik değerleri içinde yer alması gereken ruh bütünlüğü de bozulmuş olacağı için, kişilik haklarına saldırının varlığı kabul edilmeli ve karar gösterilen ve açıklanan nedenlerle onanmalıdır*” (Y. 4. HD 15.2.2001 T., 2000/10596 E., 2001/1501 K.; KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 1.

³⁴ Y. 4. HD 24.1.1990 T., 1990/6049 E., 1990/257 K.; UYGUR, s. 666.

³⁵ TC Anayasası m. 5, 12, 15, 17, 18, 19 vb.

³⁶ TTK m. 58; haksız rekabet, KTK m. 90; manevî tazminat konusunda BK’ya atf, TKHK m. 24/a; olduklarından farklı görünüm mallar, MK m. 26/II; adın korunması, MK m. 121; nişanın bozulmasının sonuçları, MK m. 174; boşanmada tazminat vb.

Kişilik hakkına yapılan saldırılar nedeniyle oluşan manevî zarar esas itibariyle BK m. 49'da³⁷ düzenlenmektedir³⁸. Borçlar Kanununun 47. maddesinde ise bedensel bütünlüğün ihlâli hâlinde meydana gelen zararın tazmini hükme bağlanmıştır. Bu nedenle çalışmamızda kişilik hakkının ihlâli hâlinde manevî zararı ve tazminatı düzenleyen Borçlar Kanununun 49. maddesi temel alınmaktadır.

Manevî tazminatın hukukî niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir³⁹. Bir görüş, manevî tazminatın “*tatmin sağlama*”yı amaçladığını⁴⁰, diğer bir görüş zarar vereni “*cezalandırma*” niteliği taşıdığını⁴¹, başka bir görüş ise “*telafi*” yönünün⁴² ağır bastığını savunmaktadır. Biz bu görüşlerden “*telafi*”ye katılıyoruz. Tazminatın iki fonksiyonu bulunmaktadır. Tazminat telafî amacı yanında önleme amacı da taşımaktadır.

Tüzel kişilerin ve ayırt etme gücüne sahip olmayanların manevî zarara uğrayıp uğramayacağı tartışmalı bir konudur⁴³. Tamamen objektif bir görüş

³⁷ “*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dâva edebilir. Hâkim, manevî tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makâmı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alır. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilâve edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilânına da hükmedebilir (Değişik: 4.5.1988 – 3444/8 m.) (BK m. 49).*

³⁸ ÜNAL, s. 408.

³⁹ KIRCA, s. 244 vd.; OĞUZ, s. 170 vd.

⁴⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655 vd.; TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, 330 vd. bu görüşe uygun yargı kararları, “*...Paranın manevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelene kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırılmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhi tatmin aracı olmaktan ibarettir...*” Anayasa Mahkemesi 11.2.1969 T., 1968/33 E., 1969/12 K.: RG. 2.7.1969, S. 13238; “*... önemli bir manevî zarar (elem, ızdırap) husule gelmeli, yani gerçekten manevî bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır...*” YİBK 22.6.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K.; RG. 28.7.1966, S. 12360.

⁴¹ FRANKO, s. 32; HATEMİ, s. 86.

⁴² EREN, s. 482 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 679.

⁴³ Bir görüş, bu kişilerin manevî zarara uğramayacağını ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 667 vd.; FRANKO, s. 190.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat

olan telafi görüşüne göre manevî tazminat elem, ızdırıp ve kederin hissedilip hissedilmemesine bakılmaksızın ödenir. Zira kişilik değerlerine yapılan saldırı objektif bir eksilmeyi ifade eder⁴⁴. Bunun sonucu olarak, tüzel kişiler veya ayırt etme gücüne sahip olmayanlar herhangi bir üzüntü duymasa dahi manevî tazminat davası açabilecektir.

C) İlliyet Bağı

Kişilik hakkına haksız saldırı ile manevî zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Hayatın olağan akışı ve yaşam tecrübelerine göre haksız saldırının talep edilen manevî zararı meydana getirecek nitelikte olması gerekir⁴⁵.

İlliyet bağı kesen nedenler, manevî zarardan sorumluluğu ortadan kaldırır. Gerçek olmayan bir beyan sonrasında başka bir kişinin bu beyandan yola çıkarak abartılı bir şekilde ve etki alanı daha çok olacak nitelikte bir haber yapması illiyet bağı kesen bir nedendir.

Ortak illiyet⁴⁶ durumlarında, nedenler bir birlerinden haberdar ise tam teselsül, bir birlerinden bağımsız olarak hareket etmişler ise eksik teselsülden bahsedilir. Örneğin, aynı medya kuruluşuna ait iki gazete, bir birine atıf yaparak haksız saldırı gerçekleştirir ise tam teselsül hâlinde sorumluluk söz konusu olur. Farklı gazetelerin farklı haber kaynaklarına atıf yaparak aynı gün yaptığı gerçek dışı haberler ise eksik teselsüle yol açacaktır.

Manevî tazminatın aynı zamanda faili cezalandırma fonksiyonu olduğunu kabul edenler ise bu kişilerin de manevî tazminat davasından davacı taraf sıfatına sahip olacağını savunmaktadırlar: Ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s. 331; HATEMİ, s. 97. Tüzel kişilerin manevî tazminat talep edebilecekleri hakkında bkz. TAŞKIN, s. 242. Y. 4. HD 24.9.2001 T., 2001/4164 E., 2001/8421 K.: www.kazanci.com, (14.9.2008). Ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin manevî tazminat talep edebileceği hakkında bkz. Y. 2. HD 10.11.1999 T., 1999/9947 E., 1999/12050 K.: www.kazanci.com, (14.9.2008).

⁴⁴ EREN, s. 483.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 492 vd.

⁴⁶ Birden çok nedenin ancak bir araya gelerek zararlı sonucu doğurması ortak illiyet olarak tanımlanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 506; OĞUZMAN/ÖZ, s. 524.

D) Kusur

Manevî tazminatı düzenleyen hüküm kusura dayanan bir sorumluluk hâlidir⁴⁷. Kusur, hukukun kınadığı davranış olarak tanımlanır. Bir davranışın kusurlu olup olmadığının tespitinde fail değil failin mensup olduğu sosyal çevre içinde aynı şartlar altında yaşayan ortalama bir insan tipi ele alınmalıdır. Bu ortalama davranıştan sapan davranış kusurlu olarak değerlendirilir⁴⁸. Hukuka aykırılık objektif bir ölçüye göre belirlenmektedir. Oysa kusur failin subjektif bir durumunu ifade eder⁴⁹. Sonuç olarak kusur, benzer şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış şekline uymayan davranış biçimidir. Kusurun her derecesi manevî tazminattan sorumluluk için yeterlidir⁵⁰.

Basın yolu ile kişilik hakkına saldırılar niteliği gereği ağır sonuçlar doğurduğundan, yayın yapan kişi/kişilerin göstermesi gereken dikkat ve özenin seviyesi daha yüksektir. Buradaki özen yükümlülüğü, yayının gerçeğe uygunluğunu araştırma bağlamında özel bir önemi haizdir⁵¹. Gerçekliği ve doğruluğu her türlü şüpheden uzak olan olayların veya fiillerin yayınlanması gerekir⁵². Haberin, üçüncü kişiden ya da başka bir basın organından alınmış olması, gerekli özenin gösterildiği yönünde haklı bir savunma teşkil etmeyecektir⁵³. Güvenilir kaynaklardan⁵⁴ alınan haberler

⁴⁷ TBMM Adalet Komisyonu tasarısında mevcut olan “Ancak bu zararı doğuran tecavüz basın ve yayın yoluyla vuku bulduğu takdirde dava açılması için kusur şartı aranmaz” ifadesi kanunlaşmamıştır: ÖZEL, Sibel, s. 75.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 531.

⁴⁹ ÜNAL, s. 418.

⁵⁰ Borçlar Kanununda 4.5.1988 tarihinden önce 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, manevî tazminatın söz konusu olabilmesi için kusurun özel ağırlığı şartı vardı. Daha açık anlatımla, failin kast veya ağır ihmalle hareket etmesi gerekiyordu. Hafif ihmal hâlinde sorumluluk söz konusu olmuyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, s. 419 vd.

⁵¹ ÖZEL, Sibel, s. 76; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 367 – 368.

⁵² “... bu itibarla dava konusu yayın yapılmadan önce bu şüpheli durumun gereken ölçüde araştırılarak görünür gerçeklik itibariyle netleştirilmesinden sonra konunun yayınlanması gerekirken...” Y. 4. HD 24.9.2001 T., 2001/4164 E., 2001/8421 K.: KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 369.

⁵³ Yargıtay, daha önce başka bir gazetede yayınlanan ve kişilik hakları saldırıya uğrayan kişi tarafından tepki verilmeyen bir haberin tekrar yayınlanması durumunda, gerçeklik anlamında gerekli özenin gösterildiğini kabul etmiştir: Y. 4. HD 28.11.1978 T., 1978/2147 E., 1978/13296 K.; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 375. Yargıtay’ın bu görüşüne katılmak pek mümkün gözükmemektedir. KILIÇOĞLU’nun da haklı olarak belirttiği

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat

açısından durum farklılaşır ve basının sorumluluğu azalır. Hâl böyle olmakla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, sıradan insanlar açısından özellikle, basının somut gerçeği yayınlamasının hakkaniyete daha uygun olacağını düşünüyoruz.

Kusurun aranmadığı sorumluluk hâllerinden çalışmamız açısından uygulama alanı bulacak olanı istihdam edenin sorumluluğudur (BK m. 55)⁵⁵. Burada sorumluluğun kurucu unsurları (haksız saldırı, manevî zarar ve uygun illiyet bağı) hiç şüphesiz ki aranmakla birlikte, failin kusuru şart değildir. Müstahdemin kusuru olmasa bile istihdam edenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. İstihdam edenin kurtuluş kanıtı⁵⁶ getirme hakkı saklıdır (BK m. 55/D). Burada sorumlu olan kişinin hukukî statüsünü çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleyeceğiz.

II- SORUMLU OLAN KİŞİLER

Basın yoluyla kişilik hakkı ihlalleri nedeniyle ortaya çıkan manevî zararlardan, süreli yayınlarda eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayımcı, yayımcının belli olmaması hâlinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumludur (Basın Kanunu m. 13/D). Kanun görüldüğü üzere, yayınları süreli ve süresiz yayın olmak üzere ikiye ayırarak düzenleme yapmıştır. Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansı yayınları Kanunda süreli yayın olarak tanımlanmıştır (Basın Kanunu m. 2/c). Süresiz yayın ise belli

gibi “Hiç kimseye kişiliğine saldıran gerçek dışı haberlere karşı reaksiyonda bulunma; bir başka ifadeyle, yalanlamada, cevap ve düzeltmede bulunma zorunluluğu yüklenemez. Hiç kimsenin kanunlarla kendisine tanınmış olan bir hakkı kullanmak zorunluluğu yoktur”; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 376.

⁵⁴ Kolluk güçleri (emniyet ve jandarma), kamuoyunda haklı bir güven oluşturmuş olan haber ajanslarını güvenilir kaynak olarak ifade edebiliriz: Y. 4. HD 8.2.2007 T., 2006/1079 E., 2007/1248 K.;Y. 4. HD 28.1.2008 T., 2007/14979 E., 2008/720 K.; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 373 – 374.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 590 vd.; EREN, s. 574 vd. Bunun yanı sıra, ayırt etme gücü olmayanların da hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu olacağına ilişkin olarak BK m. 54’ün burada da uygulanacağına ilişkin görüşe katılıyoruz. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, s. 427.

⁵⁶ Gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini veya gerekli dikkat ve özeni gösterse dahi zararlı sonucun kaçınılmaz olduğunu ispat ve bu suretle sorumluluktan kurtulma kurtuluş kanıtı olarak tanımlanmaktadır.

aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserlerdir (Basın Kanunu m. 2/h).

A) Süreli Yayınlar Açısından

1. Eser Sahibi

Süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazan, çeviren veya resmi ya da karikatürü yapan kişi eser sahibidir (Basın Kanunu m. 2/1). Basın yolu ile haksız saldırıyı gerçekleştiren ve doğan zarar nedeniye esas olarak sorumlu olan kişiler eser sahipleridir.

Bir kitle iletişim aracında faaliyette bulunan çeşitli kişiler vardır. Bunlar, bir genel yönetmenin idaresinde, haberleri araştıran, toplayan, yazan, yayın için işleyen, değerlendiren, resimleyen, haber yorumları yapan ve diğer günlük yazıları sağlayan kişilerdir. Haberci, haber fotoğrafçısı, yazar, bölüm yönetmenleri ve yardımcıları ile teleksçi, ressam, karikatürist, arşivci, düzeltmen gibi sanatçıların yanı sıra teknik işlerde çalışanlar da yayın faaliyetinde emek sahibi olan kişilerdir⁵⁷. Ayrıca, herhangi bir yayın organına bağlı olmamakla birlikte, günlük olarak haber veren veya günün olayları ile ilgili olarak yazı yazan serbest gazeteciler de vardır⁵⁸.

Yayınlanan haberi bizzat yazan kişiler eser sahibidir. Bu bağlamda, kendi gazetesi için yazı yazan köşe yazarı bu nedenle eser sahibi olarak nitelendirilecektir. Ancak bu yazının rızası dışında başka bir yayın organında yayınlanması hâlinde eser sahibi olarak sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁵⁹. Aynı haber için birden çok farklı fotoğraf çeken haber fotoğrafçısı, bunları söz konusu haberle ilgili olarak yazı yazan haberciye verdi ve haberci de bu fotoğraflardan bir tanesini seçerek gazetede yayınladı. Bu fotoğraf nedeniyle fotoğrafçı mı haberci mi sorumlu olacak sorusunun cevaplanması gerekir. Burada temel ölçüt, dış dünyaya duyurma, yayına hazırlamadır. Sonuçta, yayınlanan fotoğraf her ne kadar fotoğrafçı tarafından çekilmiş olsa da haberci tarafından uygun görülmüş ve seçilmiştir. Bu örneğe başka bir açıdan bakacak olursak, fotoğrafçının sadece bir fotoğraf

⁵⁷ ATILGAN, s. 25.

⁵⁸ ATILGAN, s. 27.

⁵⁹ Y. 4. HD 8.2.2007 T., 2006/1079 E., 2007/1248 K.; www.kazanci.com.tr, erişim 16.11.2011.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat

vermesi ve bunun da haberci tarafından yayınlanması durumunda yukarıdaki sorunun cevabı değişmeyecektir. Zira bu fotoğraf haberci tarafından yayınlanmıştır. Bu noktadan hareketle, fotoğrafçının hangi koşulda sorumlu olacağına incelenmesi gerekir. Çektiği fotoğraf, herhangi bir denetimden geçmeden, kendi özgür iradesi sonucu, bizzat kendisi tarafından yayınlanır ve bu fotoğraf nedeniyle kişilik hakkı ihlâl edilirse fotoğrafçının sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Sahibinin bilgisi veya arzusu dışında yayınlanan ya da değişikliğe uğrayan eserler nedeniyle bu eserin ilk sahibi sorumlu olmayacaktır. Zira üçüncü kişinin fiili illiyet bağına kesmiştir. Artık eser sahibi, eseri yayımlayan veya eser üzerinde değişiklik yapan kişi olacaktır.

2. Yayın Sahibi

Sürelî yayın üzerinde telif hakkı olan kişi yayın sahibidir. Gazetelerin genellikle iç sayfalarında yayın sahibinin kim olduğu belirtilmektedir⁶⁰. Yayın sahibi ile yayınevi sahibinin farklı kişiler olması hâlinde sorumluluk gene yayın sahibinde olacaktır⁶¹. Basın Kanununda yer alan bu düzenleme olmasaydı dahi BK m. 55'e dayanarak yayın sahibinin sorumluluğuna gidilebilirdi⁶².

Sürelî yayın sahibinin tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişinin temsilcisi – A.Ş. için yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici⁶³ – şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır⁶⁴.

⁶⁰ Örneğin, Milliyet Gazetesi için Yayın Sahibi DK Gazetecilik A.Ş.: Milliyet Gazetesi, 20.9.2011, s. 20; Sabah Gazetesi için İmtiyaz Sahibi Turkuvaz Gazete Dergi Basım A.Ş. adına Ahmet ÇALIK: Sabah Gazetesi, 20.9.2011, s. 16.

⁶¹ “Bu hüküm, süreli veya süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanır. Tüzel kişi şirkette, anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici, şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.” (Basın Kanunu m. 13/II).

⁶² ÖZEK, s. 281; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 471.

⁶³ Bu hükme kıyas yoluyla derneklerde yönetim kurulu başkanı, vakıflarda ise mütevellî heyeti başkanı temsilci olarak tanımlanır.

⁶⁴ “Zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayımla birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin herhangi bir surette değişmesi halinde, yayını devir alan, birleşen ve her ne surette

Oğuz Sadık AYDOS

Her süreli yayının bir sorumlu müdürü bulunur. Sorumlu müdür, birden fazla ise her birinin sorumlu olduğu bölüm belirtilir (Basın Kanunu m. 5). 5680 sayılı Basın Kanunu sorumlu müdürleri de sorumlu olacak kişi olarak kabul etmişti (m. 17). Sorumlu müdürlerin meydana gelen zararlar nedeniyle sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme 5187 sayılı Basın Kanununda mevcut olmadığı için, zarar görenin talebini sorumlu müdüre yöneltme imkânı günümüzde mevcut değildir. Sorumlu müdürü tüzel kişinin organı olarak değerlendirmek ve organın fiillerinden dolayı da tüzel kişiye sorumluluk yüklemek (MK m. 50/II) amacı aşan genişletici bir yorum olarak kabul edilir. Zira burada kasıtlı susma vardır⁶⁵. Eski Kanunda mevcut olan ve yeni Kanunda da cezaî açıdan sorumlu olacak kişi olarak kabul edilen sorumlu müdürün hukukî sorumluluğunun kanun koyucunun dikkatinden kaçtığını düşünmek iradeye saygısızlık olarak nitelendirilecektir⁶⁶. Bu son tâhlilde, yayın sahibinin zarar görene tazminat ödemeye mahkûm olması hâlinde, yayın sahibi aralarındaki hukukî ilişki çerçevesinde sorumlu müdüre rücu hakkına sahip olacaktır. Ancak, zarar görenin doğrudan doğruya sorumlu müdüre dava açması için bir kanunî dayanak yoktur.

B) Süresiz Yayınlar Açısından

Süresiz yayınlarda, eser sahibinin yanı sıra yayımcı, yayımcının belli olmaması hâlinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. Eser sahibi ile ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

Yayımcı, bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişidir (Basın Kanunu m. 2/j). Bir eseri basım araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişi ise basımcı olarak tanımlanmaktadır (Basın Kanunu m. 2/k). Yayımcı ile basımcının aynı kişi olması durumunda, zarar gören bu kişiye gidecek, farklı kişiler olması

olursa olsun yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde üst yönetici, bu fiil nedeniyle hükmedilecek tazminattan birinci ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.” (Basın Kanunu m. 13/III). Y. 4. HD 21.10.1993 T., 1993/7562 E., 1993/12112 K.; BELLİ, s. 203 – 204.

⁶⁵ Kasıtlı susma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EDİS, s. 124 vd.; OĞUZMAN/BARLAS, s. 93 – 94.

⁶⁶ Karşı görüş için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 472 – 473.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat

hâlinde ise talebini yayımcıya yönlendirecektir. Zira yayının kamuya ulaşmasını sağlayan kişi yayımcıdır. Basımcı daha ziyade bedenî bir faaliyet icra etmektedir ve sorumluluğu talîdir. Eser sahibi ile yayımcının aynı kişi olması durumunda ise sorumluluk eser sahibi ve yayımcı olmaya bağlanmıştır. Zarar gören burada seçimlik bir hakka sahiptir ve dilerse eser sahibi veya dilerse yayımcı sıfatına binaen bu kişiye talebini yönlendirebilir. Zira yayın da en az eser sahipliği kadar önemlidir. Haksız nitelik taşıyan bir eserin hiç kimse tarafından yayınlanmaması durumunda saldırı gerçekleşmemiş olacaktır⁶⁷.

Basımcının, kurulacağı yerin en büyük mülkî amirine beyanname vererek matbaa açması gerekir (Matbaa Kanunu m. 1 ve 3)⁶⁸. Basım esnasında karar verme yetkisi olan kişiler basımcı olarak değerlendirilir. Bu anlamda olmak üzere, ciltçi, lakçı⁶⁹, düzeltmen, dizgici gibi kişiler basımcı olarak tanımlanamaz ve basılan bir eser nedeniyle açılacak bir davada davalı sıfatına sahip olamaz. Hâl böyle olmakla birlikte, haksız saldırı niteliği taşıyan unsur bu kişilerin kusurlu bir davranışı nedeniyle ortaya çıkmışsa Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin hükümleri uyarınca sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

III- MANEVÎ TAZMİNATIN ŞEKLİ

Manevî tazminat genellikle bir miktar paranın davalıdan alınarak davacıya ödenmesi şeklinde tezahür etmektedir (BK m. 49/I). Bunun yanı sıra hâkimin, takdir yetkisi doğrultusunda, paranın yanı sıra veya paradan ayrı olarak başka bir şekilde tazmine hükmetmesi de mümkündür. Ayrıca, saldırıyı kınayan bir karar verilebileceği gibi bu kararın gene basın yoluyla ilânı yönünde de bir hüküm tesis edilebilir (BK m. 49/III).

⁶⁷ KILIÇOĞLU, eser sahibi ile yayımcının aynı kişi olması hâlinde yayımcının sorumluluğunun bizzat eser sahibi olmasına dayandığını ileri sürmektedir: KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 480.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL/ÜNVER, s. 133 vd.

⁶⁹ Laka veya vernik süren kişiye lakçı denir. Lak ise, Uzak Doğu'da yetişen Amerika elmasından çıkan zamk. Boyacılıkta kullanılan, kırmızı böceğinin üst deri bezlerinin salgıladığı madde: TDK, s. 1295.

A) Para Olarak

Para hiç şüphe yok ki, uğranılan manevî zararın tamamen giderilmesi şeklinde bir sonuç doğuramaz. Manevî varlığın para ile ölçülmesi mümkün değildir. Ancak uğranılan manevî zararın kısmen de olsa giderilebilmesi, manevî dengenin tekrar sağlanması ve bir çeşit teselli sağlanması bağlamında para, uygun bir araç niteliği taşımaktadır⁷⁰. Beşerî adaletin sınır çizgisinde yer alan manevî tazminat, daha iyisi olmadığı için müracaat edilen ve zarar görene yardım etme amacı güden bir kurumdur⁷¹.

Maddî tazminattan farklı olarak manevî tazminatta, kesin bir hesabın yapılması mümkün değildir. Bu nedenle, manevî tazminat somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak hâkim tarafından geniş takdir yetkisi doğrultusunda tayin edilecektir⁷². Bu tazminat türünde somut verilere dayanma imkânı olmayan hâkimin takdir yetkisi kullanımında dikkatli hareket etmesi gerekir⁷³.

Her ne kadar manevî tazminata ilişkin hükümlerde manevî zararın ağırlığı aranmasa da basit ve sıradan acılar nedeniyle manevî tazminata hükmedilmesi adalete uygun değildir⁷⁴.

Manevî zarar, genellikle haksız saldırının yayınlandığı tarihte ortaya çıktığı için yayın tarihi ile hüküm tarihi arasındaki süreçte işleyecek faizin de hâkim tarafından dikkate alınması gerekir. Bu sayede hüküm tarihindeki değerler ile uygun bir orantı kurulmuş olur⁷⁵.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi 11.2.1969 T., 1968/33 E., 1969/12 K.; RG. 2.7.1969, S. 13238.

⁷¹ DESCHENAUX/TERCIER, s. 61.

⁷² YHGK 14.11.2001 T., 2001/21-993 E., 2001/1019 K.; KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 24.

⁷³ KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 18. "...Eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulamaz. Şu durumda mahkemece yapılacak iş davalı tarafından sunulan kanıtlar saptanmalı ve varılacak sonuca göre karar verilmelidir. Bu yönün gözetilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir...": YHGK 29.3.2006 T., 2006/4-4 E., 2006/110 K.; <www.ictihatlar.net>, erişim 20.10.2011.

⁷⁴ ÜNAL, s. 413 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 656.

⁷⁵ Y. 4. HD 4.3.2004 T., 2003/13345 E., 2004/2752 K.; BELLİ, s. 286 – 288; KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 22. KILIÇOĞLU, ülkemiz gibi enflasyonist baskının olduğu ülkelerde hüküm tarihine göre manevî tazminat miktarını tespitin adaletli olacağını, aksi hâlde manevî tazminatın bölünmezliği ilkesi nedeniyle tek dava açma hakkı olan davacının uygun bir tatmin aracı sağlamayacağını savunmaktadır: KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 22.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat

Tarafların sıfatı, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da manevî tazminatın miktarını belirlerken hâkimin dikkate alması gereken hususlardır (BK m. 49)⁷⁶. Toplum içinde, bir kişinin adının önüne koyduğu niteleme O'nun sıfatıdır. Örneğin, oyuncu, sporcu, yazar sıfatları ilgili kişinin nitelemesidir. Toplumun kişilere verdiği anlam ve nitelik bu sıfatlara göre şekillenecektir⁷⁷. Sıfatın manevî tazminatın belirlenmesine etkisi hem davacı hem de davalı açısından ayrı ayrı değerlendirilir. Davacı açısından, çalışmanın daha önceki bölümlerinde incelendiği gibi, kamuya mal olmuş kişiler açısından, tazminat miktarında indirim gidilebilecek ve hatta yapılan fiil hukuka uygunluk nedeni dahi sayılabilecektir⁷⁸. Bunun yanı sıra davacının sıfatı tazminatın artmasında da rol oynayabilir⁷⁹. Davalının, toplumda güven duygusu oluşturmuş, sözüne itibar edilen bir kişi niteliği taşıması haksız saldırının etkilerini artıracaktır⁸⁰. Bu bağlamda, güvenilir bir gazetecinin yaptığı haber, manevî zararın büyümesine yol açar.

⁷⁶ Bu hüküm 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer almamıştır. Bu düzenlemenin kanun metninde çıkarılma gerekçesi de şu şekilde ifade edilmiştir: “Gerçekten, 818 sayılı Borçlar Kanununun 43 üncü ve Tasarının 51 inci maddeleri uyarınca, hâkim tazminat miktarını belirlerken, “hâl ve mevkiin icabını / durumun gereğini”, yani saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevî kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise, sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış olur. Bu nedenle, Tasarının 57 nci maddesinde, hâkimin manevî tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca, bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür.”

⁷⁷ AYRANCI, s. 2.

⁷⁸ “...Davacının fındık ihracatı yapması ve Başbakan danışmanı olması nedeniyle fındık taban fiyatını belirlemesi konusunda etkili olma olasılığı düşünüldüğünden basının bu yönde yorumu ve eleştiri hakkı bulunduğu kabulü gerekir. Bunun dışında, davacı için açık bir suçlama ve hakaret bulunmamaktadır...”: Y. 4. HD 29.3.2006 T., 2005/4857 E., 2006/3445 K.; BELLİ, s. 305 – 307.

⁷⁹ YHGK 09.02.1983 tarih ve 1979/4-1871 E. 1983/121 K. “...Yayında sözü edilen kararın Yargıtay 8. Ceza Dairesi kararı olduğu açıkça belirtilip, kararın yargı kararı niteliği taşımadığı, bu karar ile milletin kararının gaspedildiği, kararın hukuki ayrıntı niteliğinde olduğu açıklanmıştır. Davacı Yargıtay 8. Ceza Dairesinin üyesi olup yayına konu kararda imzası vardır. Bir yüksek yargı mensubu olarak imzasını taşıyan kararın bu şekilde nitelendirilmesi kişilik haklarına saldırı niteliğinde olup, manevî tazminatın koşulları oluşmuştur...”: YHGK 17.1.2007 T., 2007/4-5 E., 2007/6 K.; www.kararara.com/yargitay/hgk/k4626.htm, erişim 18.12.2011.

⁸⁰ HOVLAND/WEISS, s. 239.

İşgal edilen makam ifadesi ile gerek kamuda ve gerekse özelde kişilerin hiyerarşik konumları kastedilmektedir. Örneğin, dekan, genel müdür gibi konumlar. Burada işgal edilen makamın toplumca ne şekilde algılandığı tazminat miktarını tayinde önem taşıyacaktır⁸¹.

Davacı ve davalı tarafların aynı sıfatta olmaları veya aynı makamı işgal etmeleri de manevî tazminat miktarının düşük belirlenmesinde etkili olacaktır⁸².

Tarafların diğer sosyal ve ekonomik durumları⁸³, daha açık anlatımla öğrenim dereceleri, sosyal konumları ve ekonomik düzeyleri de manevî tazminatın miktarını tayinde hâkimin dikkate alması gereken bir husustur. Sosyal durum, her somut olay için hâkim tarafından farklı bir şekilde değerlendirilecektir⁸⁴. Ödenecek tazminatın davacıyı zor durumda bırakacak olması ve davacının ağır kusurunun bulunmaması durumunda da hâkim tazminat miktarında uygun bir indirimde gidecektir (BK m. 44/II)⁸⁵.

Haksız saldırının ve bunun neticesinde doğan zararın ağırlığı da tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır. Saldırının basın yoluyla yapılması, saldırının ağır sayılması için başlı başına bir nedendir. Saldırının basında yer alış şekli⁸⁶, yayın süresi⁸⁷, hangi amaçla yer aldığı⁸⁸, yer alma amacının uygun araçla sağlanıp sağlanmadığı⁸⁹, saldırılan kişisel varlığın

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Y. 4. HD 16.3.1995 T., 1994/7441 E., 1995/2279 K.; Y. 1. HD 27.12.1994 T., 1994/6988 E., 1994/11776 K.; Y. 4. HD 21.09.1999 T., 1999/3689 E., 1999/7367 K.; Y. 4. HD 8.10.1998 T., 1998/3837 E., 1998/7526 K.; AYRANCI, s. 2.

⁸² Y. 4. HD 8.10.1998 T., 1998/3837 E., 1998/7526 K.: AYRANCI, s. 2.

⁸³ ÖZEL, Sibel, s. 78.

⁸⁴ Y. 4. HD 12.6.1997 T., 1997/704 E., 1997/6634 K.; Y. 4. HD 8.4.1999 T., 1999/1256 E., 1999/2966 K.; Y. 4. HD 16.2.1995 T., 1995/1285 E., 1995/1365 K.: AYRANCI, s. 2.

⁸⁵ Maddî tazminat için düzenlenen bu hükmün, manevî tazminat için de evleviyetle uygulanması gerekir: AYRANCI, s. 3.

⁸⁶ Haksız saldırı olarak vasıflandırılan bir haberin gazete manşetinde yer alması ile iç sayfalarda yer alması zararın büyümesini belirleyen çok temel bir unsurdur. Ayrıca, ulusal basında yer alan ihlâl yerel basına göre daha büyük zarara yol açacaktır: CAREY, s. 68.

⁸⁷ Haksız saldırının belirli bir süre her gün tekrarlanması ile bir defa yayımlanması da duyulan manevî zararın miktarını belirleyecektir.

⁸⁸ Haberin, eleştiri amacıyla yapılmasına rağmen amacın aşılması ve hakarete ulaşması ile doğrudan hakaret amacıyla yapılması durumları ihlâlin ağırlığını belirler.

⁸⁹ Basit bir üçüncü sayfa haberinin manşetten verilmesi uygun araç kullanılmaması olarak tanımlanır.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat

değeri⁹⁰, hâkimin tazminat miktarını belirlerken dikkate alması gereken unsurlardır⁹¹.

Haksız saldırıyı gerçekleştiren kişinin kusurunun ağırlığı ve bunun yanı sıra zarara uğrayanın müterafik kusuru da tazminat miktarının tayininde etkilidir⁹².

Son olarak, manevî acının dindirilmesi ile manevî zararın özendirici hâle getirilmemesi arasındaki dengenin hâkim tarafından sağlanması gerekir. Bu bağlamda manevî tazminatın amacı gözden kaçırılmamalıdır⁹³. Tazminat asla zenginleşme aracı olamaz⁹⁴.

B) Para Dışında

Manevî tazminat davalarında hâkim, paranın yanı sıra veya paradan ayrı olarak başka bir şekilde tazmini de hüküm altına alabilir. Hâkimin taleple bağlı olması ilkesinin istisnalarından birini oluşturan bu durumda hâkim, neden böyle bir karar verdiğini, nasıl hareket ettiğini de gerekçe bölümünde ifade etmelidir⁹⁵.

Diğer tazmin şekillerine, özür dileme, geri alma, kınama, düzeltme, cevap verme, tespit, sembolik bir meblağın davalı tarafından ödenmesi gibi örnekler verilebilir. Bunların yanı sıra, mahkeme kararının yayınlanması da kanunda ifade edilen bir diğer tazmin türüdür.

⁹⁰ Kişinin özel alanının ihlali ile giz alanının ihlali farklı sonuçlara yol açacaktır.

⁹¹ KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 410 – 411.

⁹² ÜNAL, s. 436.

⁹³ “Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevî huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut hâlde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Davaya konu olan yazıda, davacı için kullanılan sözler ve yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde hüküm altına alınan miktar azdır. Daha üst düzeyde tazminata hükmedilmek üzere karar bozulmalıdır...” Y. 4. HD 8.2.2001 T., 2001/755 E., 2001/1157 K.; www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/.../2006-1.pdf, erişim 20.11.2011.

⁹⁴ Y. 1. HD 27.12.1994 T., 1994/6988 E., 1994/11776 K.; YHGK 24.10.2001 T., 2001/4-1016 E., 2001/757 K.; AYRANCI, s. 3.

⁹⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 416.

Özür dileme ve sözlerini geri alma, icra kabiliyeti olmayan mahkeme kararlarıdır. Bundan dolayı Yargıtay, bu şekilde karar verilmemesi yönünde hüküm tesis etmiştir⁹⁶. Mevzuatta buna ilişkin bir düzenlemenin olmaması, hükmü yerine getirmeyen davalıya karşı bir yaptırım uygulanamamasına yol açmaktadır. Kişilik hakkının korunması açısından, özür dileme veya sözlerini geri alma önemli bir husustur. Zira manevî tazminat müessesesinde doğan zararın telafisi önem taşıdığından hâkim doğan zararın bu şekilde giderilmesi yönünde takdir yetkisi kullanması hâlinde, hukukun da bu ihtiyaca cevap verecek şekilde bir düzenleme yapması gerektiğini düşünüyoruz.

Kınama ve sembolik meblağ ödemelerinin manevî tazminatın bir türü olmadığı doktrinde savunulmaktadır⁹⁷. Bu görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki, tazminatın amacı doğan zararın giderilmesidir. Manevî zararın parasal bir karşılığı olmadığı ve manevî tazminatın “*telafi etme*” amacı olduğuna göre, zararın kınama kararı veya sembolik bir meblağa hükmedilmesi ile telafisi mümkün ise bunlar da tazminat niteliği taşımaktadır.

Basın Kanununda hükme bağlanan düzeltme ve cevap verme (m. 14) de manevî tazminatın diğer görünümleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁸. Haksız saldırının düzeltilmesi ve/veya davalının bu konuda cevap hakkını kullanması kişide bir iç huzur, tatmin olma sağlayacaktır. Kişilik hakkı haksız saldırıya uğrayan kişiyi, her zaman için malvarlığının artması ve/veya davacının malvarlığının azalması tatmin etmez⁹⁹. Kaybolan itibarın iadesi, yapılan haksızlığın kamuya ve – mahkeme kararının davacı tarafından bizzat gösterilmesi suretiyle – yakın çevredeki kişilere duyurulması, bu suretle davalıya olan güvenin sarsılması ve hatta davacının kendi öz benliğini bu konuda tatmin etmesi de kişiyi huzura kavuşturabilir.

⁹⁶ Y. 4. HD 22.2.1965 T., 1965/2793 E., 1965/927 K.; KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 418.

⁹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493.

⁹⁸ Karşı görüş için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 323 vd.

⁹⁹ “...manevî tazminatın zarar vereni bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkoyması gibi olguları karşıladığı bir gerçektir. Manevî tazminat, kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevî acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlar. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemi karşıladığıdır...”: YHGK 14.11.2001 T., 2001/21-993 E., 2001/1019 K.; KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 22 vd.

IV- USUL HÜKÜMLERİ

A) Yetkili ve Görevli Mahkeme

Kişilik hakkı ihlâli nedeniyle açılacak olan manevî tazminat davalarında, davalının yerleşim yeri mahkemesinin genel yetkisi pek tabii ki burada da devam etmektedir (HMK m. 6/I). Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir (HMK m. 9/). Basın yoluyla kişilik hakkı ihlallerinde davalı sıfatı birden fazla kişiye ait olabileceği için, davacı bunlardan birinin yerleşim yerinde davasını açma hakkına sahiptir (HMK m. 7/I). Hâl böyle olmakla birlikte, davacının hakkını kötüye kullanarak, davalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla davayı farklı bir yerde açması durumunda davalının itirazı üzerine hâkim bu davalı açısından yetkisizlik kararı verme hakkına sahiptir (HMK m. 7/II). Örneğin, eser sahibinin yerleşim yeri Diyarbakır, yayın sahibinin yerleşim yeri İstanbul, davacının yerleşim yeri ise Kocaeli olduğunu kabul edelim. Daha açık anlatımla, Diyarbakır’da yerleşik olan bir köşe yazarı merkezi İstanbul olan bir gazetede yazılarını yayımlatmaktadır. Davacının duruşmalara katılımı açısından da en rasyonel tercih Kocaeli veya İstanbul olacaktır. Bu davanın Diyarbakır’da açılması hâlinde hâkim yayın sahibi açısından davayı ayırma ve bu davalı açısından yetkisizlik kararı verme hakkına sahiptir.

Davanın yayın sahibine açılması hâlinde, yayın sahibinin genellikle bir tüzel kişi olduğu dikkate alındığında, dava tüzel kişinin işlerinin yönetildiği yerde açılacaktır. Zira işlerin yönetildiği yer tüzel kişinin yerleşim yeri olarak kabul edilir (MK m. 51). Kuruluş belgelerinde yerleşim yerine ilişkin olarak farklı bir hüküm olması hâlinde bu hükme göre tüzel kişinin yerleşim yeri belirlenecektir. Yayın sahibi şirketin çeşitli yerlerde şubelerinin bulunması durumunda, o şubelerin haksız saldırıları nedeniyle şubenin bulunduğu yer mahkemesinde de manevî tazminat davası açılabilecektir (HMK m. 14/I).

Bu genel yetkili mahkemenin yanı sıra, kişilik hakkının üst düzeyde koruma altına alınması amacıyla, davacıya kendi yerleşim yerinde de bu davayı açma hakkı tanınmıştır (MK m. 25/V). Kişilik hakkı saldırıya

Oğuz Sadık AYDOS

uğrayan bir kişi, ekonomik koşulları veya ulaşım zorlukları nedeniyle davalının yerleşim yerinde dava açma konusundaki arzusunu kaybedebilir. Kanun koyucu bu hükümle bunun önüne geçmiş ve davacıya seçimlik bir yetki vermiştir¹⁰⁰.

Basın yolu ile kişilik hakkı ihlalleri, temelinde bir haksız fiil niteliği taşıdığı için, davanın haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesinde de açılma imkânı vardır (HMK m. 16). Örneğin, gazete yoluyla yapılan ihlaller açısından söz konusu gazetenin dağıtımının yapıldığı tüm yerler haksız fiilin gerçekleştiği mahal olarak değerlendirilebilir.

Manevî tazminat davaları, şahıs varlığına ilişkin olduklarından dolayı, Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevindedir (HMK m. 2/I).

B) Tazminat Talebinin Mirasçılara Geçmesi

Basın yoluyla kişilik hakkı ihlallerinde davacı taraf, haksız saldırıya maruz kalan kişidir. “*Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmemiş ise mirasçılara geçmez*” (MK m. 25/IV). Bu hükme göre, manevî tazminat talebinin sağlararası bir işlem ile devri, haksız saldırıda bulunduğu iddia edilen kişinin bunu kabul etmesine bağlıdır. Miras olarak geçebilmesi için ise zarar görenin sağlığında bu talebini ileri sürmüş olması gerekir. Bu ileri sürme, sadece dava şeklinde algılanmamalı, zarar görenin bu konudaki rahatsızlığını herhangi bir şekilde ifade etmesi (noterden ihtar çekme, bu konu ile ilgili olarak avukat görüşmesi yapma ve avukata vekâlet verme) yeterli sayılmalıdır. 743 sayılı MK’nın ilk hâlinde, manevî tazminat davası açma hakkının mirasçılara hiçbir şekilde geçemeyeceği kabul edildiği hâlde, 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik çerçevesinde miras yoluyla geçer ifadesi yer almıştır. Mevcut düzenlemeden farklı olarak burada mirasbırakanın bu talebini ileri sürmesi şartı aranmamıştır. 3444 sayılı Kanun ile değişik 743 sayılı Medenî Kanunda yer alan “*miras yoluyla intikal*

¹⁰⁰ “*Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırılan davacının, yetkili mahkemeye ilişkin seçim hakkı bulunduğu gözetilmeden, yetkisizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*” Y. 4. HD 9.11.1999 T., 1999/10296 E., 1999/10912 K.; www.kazanci.com, erişim 21.10.2011.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat

eder” hükmünün mevcut düzenlemeden daha adil olduğunu düşünüyoruz¹⁰¹. Şöyle ki, miras hukukuna hâkim olan ilkelerden küllî halefiyet gereği, mirasçılar mirasbırakanın tüm hak ve borçlarına başkaca herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın bir bütün hâlinde sahip olacaklardır. Hiç şüphe yok ki, manevî tazminat talebi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Ancak tatmin edilememiş bir manevî zararın mirasçılar üzerinde olumsuz bir etki yapacağı da muhakkaktır. Telifi edilememiş bu zarar için mirasçıların dava açması ölenin hatırasına saygı çerçevesinde de değerlendirilebilir. Bu görüşümüz, manevî zarara uğradıktan sonra bu konuda talepte bulunmadan ölen kişinin haksız saldırıyı gerçekleştiren kişiyi affettiği ve bu surette tazminat hakkından feragat ettiği şeklinde bir eleştiriye uğrayabilir. Bu konuda da ispat yükü ters dönmüş bir iddia söz konusu olacaktır. Şöyle ki, manevî zarara uğrayan ve herhangi bir talep ileri sürmeden ölen kişinin mirasçıları dava açtığında davalı, zarar görenin kendisini affettiği şeklindeki duygu açıklamasını her türlü delille ispatlayabilir ise bu durumda dava reddedilecektir.

C) İspat Kuralları

Davacı, basın yoluyla yapılan fiilin haksız olduğunu, kişilik hakkının ihlâl edildiğini, haksız saldırı ile uğranılan manevî zarar arasında illiyet bağının olduğunu ve davalının kusurlu olduğunu ispat külfeti altındadır (MK m. 6). Bununla birlikte, haberin gerçek olmadığı yönünde bir iddiada bulunulması durumunda ise ispat yükü, genel kuraldan ayrı olarak, davalıya düşer. Başka bir deyişle, açıklamada bulunan kişi bu haberin gerçek olduğunu ispat etme yükümü altındadır. Davalının buradaki durumu külfet

¹⁰¹ Karşı görüş için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 425 vd. KILIÇOĞLU, bu hükmü, Manevî zararın niteliğiyle uyumsuz olduğu ve nişanın bozulması nedeniyle talep edilecek manevî tazminatla mevcut durumun çelişki olduğunu belirttiikten sonra “...bir kimse nişanın bozulmasından dolayı manevî tazminat talebini dava etmeden ya da bu talep karşı tarafça kabul edilmeden ölmüşse bu talep hakkı mirasçularına intikal edemeyecektir. Buna karşılık, örneğin: Boşanma hâlinde manevî tazminat hakkına sahip olan kişi öldüğünde hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın bu talep hakkı mirasçularına intikal edebilecektir...” ifadelerini kullanmıştır. Burada kanun içinde bir çelişki olduğu ve bu durumun da örtülü boşluk olduğu açıktır. Ancak bu çelişkinin nişanın bozulması nedeniyle talep edilecek manevî tazminatın da zarar gören tarafından talep edilmese dahi mirasçılara intikal edebileceği şeklinde değiştirilerek giderilmesi de mümkündür.

değil yükümlülüktür. Zira davalının yapılan açıklamanın gerçek olduğunu ispat edememesi sorumluluğuna yol açacaktır.

D) Belirsiz Alacak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen “*belirsiz alacak*” (m. 107/I-II) davaları maddî tazminat için geçerli olduğu hâlde, manevî tazminat taleplerinde uygulanmamaktadır. Yerleşik içtihat hâline gelen bu uygulama Yargıtay’ın 2001 yılında vermiş olduğu bir karar ile pekişmiştir¹⁰². Yargıtay’ın bu yerleşik içtihadına katılmıyoruz. Yasal temeli olmayan bu anlayış, manevî tazminat ile amaçlanan, telafi fonksiyonuna hizmet etmemektedir¹⁰³. Zira manevî zararın para olarak karşılığının tam olarak

¹⁰² “...Davacının, maddî ve manevî tazminattan fazla haklarını saklı tutmak suretiyle 300.000.000TL.lık manevî tazminat davası açtığı, yargılama sırasında Anayasa Mahkemesince HUMK.nun 87/son maddesinin iptal edildiğinden bahisle 2.2.2001 tarihli dilekçe ile dava dilekçesini ıslah ettiğini ve manevî tazminat talebini 1.000.000.000 TL.na çıkardığı uyusmazlık konusu değildir.

Uyusmazlık manevî tazminatın bölünüp bölünemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Gerçekten hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir hâldir. Başka bir anlatımla, üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle manevî tazminatın bölünmesi bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevî tazminat bölünemez. Bir defada istenilmesi gerekir... manevî zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler hâlinde istenemez. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemine karşılığı olduğu için, haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemine bölünerek bir kısmın açılacak kısmı dava ile kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesi, manevî tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşer. Ödetmenin uzaması, para değerindeki düşüşler, enflasyon nedeniyle alım gücünün azalması gibi nedenlerle hükmedilecek miktarın faizi ile birlikte tahsil zararı karşılamaktan uzak olması, manevî tazminatın bölünerek istenmesini haklı göstermez. Şartları varsa faizi aşan zarar isteme olasılığı düşünülebilir... Manevî zararda, zarar görenin daha önce belirttiği istemi ile zararını açıkladığı ve belirttiği için artık geriye bir alacağı kalmadığı için gerek ayrı bir dava ve gerekse ıslah yoluyla bir istemde bulunamaz... Manevî tazminatın takdirinde hâkime çok geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hâkimin takdir yetkisi bölünemez... Bu durumda yukarıda yazılı gerekçelere ve Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır”: YHGK 14.11.2001 T., 2001/21-993 E., 2001/1019 K.; KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 22 vd.

¹⁰³ YHGK 14.11.2001 T., 2001/21-993 E., 2001/1019 K.’ya karşı oy yazısı: “...Uygulamada davaların uzaması paranın satın alma değerinin düşmesi gibi sorunlar manevî tazminatı moral değerlerinin telafisi olan amacına ulaştırmaktan uzaktır. Yargıtay bir taraftan hükmedilecek tazminatın hakkaniyete uygun olması gerektiğini kararlarında vurgularken (Örneğin Yargıtay 9.HD., 17.10.1989-6402/8274, Uygur: s. 665). Öte yandan

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat

tespiti mümkün değildir. Haksız saldırı gerçekleştiği anda hissedilen acı, bazı insanlarda zaman içinde azalırken bazılarında ise artar. Saldırıdan sonraki bir süreçte ne ölçüde acı çekileceğini başlangıçta kişinin kendisi dahi tahmin edemez. Bu nedenlerle, “...zarar görenin daha önce belirttiği istemi ile zararını açıkladığı ve belirttiği için artık geriye bir alacağı kalmadığı için..” ifadelerine katılamıyoruz.

V- ZAMANAŞIMI

Basın Kanunu açılacak hukuk davalarına dair zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme içermemektedir. Bu durumda Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükmü burada uygulama alanı bulacaktır. Bu anlamda olmak üzere manevî tazminat davaları zararın ve failin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halükarda haksız yayının yapıldığı tarihten itibaren on yıl içinde açılmalıdır (BK m. 60). Bir yıllık süre hem zararın hem de failin öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır. Zarar çoğu zaman yayın anında ortaya çıkar ve yayının derhal öğrenildiği yönünde de bir karine vardır. Bu hâllerde yapılan yayını daha sonraki bir tarihte öğrendiğini ispat davacıya düşer. Bununla birlikte, zararın yayından sonraki bir tarihte ortaya çıkması durumunda bir yıllık süre yayın değil zararın öğrenilmesi ile başlayacaktır. Bir yıllık sürenin işlemeye başlaması için saldırıya uğrayan kişinin aynı zamanda bu saldırı nedeniyle sorumlu olacak kişileri de öğrenmesi gerekir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi özellikle süreli yayınlarda kural olarak yayın sahibi ve eser sahibi açıkça belirtilmektedir. Bu hâllerde, saldırıya uğrayan kişinin zararını öğrendiği anda sorumlu olan kişiyi de öğrendiği kabul edilecektir.

hakkaniyete ulaşacak yolları “manevî tazminatın bölünmezliği ilkesi” ile tıkamaktadır... Anayasa Mahkemesi'nin 20.7.1999 tarih 1/33 sayılı kararı HUMK. m. 87'nin son cümlesini iptal ederek konumuza indirgenildiğinde, manevî tazminatın bölünmezliği ilkesini ortadan kaldırarak, dolayısıyla en üst norm olan hakkaniyeti yaşama geçiren muhteşem bir karardır... Davacının 06.02.2001 tarihli harçlı dilekçesi ile manevî tazminat isteğini 300.000.000 TL.'den 1.000.000.000 TL.'ye çıkarırken bazı gerekçeler göstermiş olması, dilekçenin ıslah dilekçesi olarak vasıflandırılmasına da engel değildir. Zira hâkim tarafların tavsifi ile bağlı olmayıp “resen Türk Kanunları mucibince hüküm verir.” (HUMK 76). Hâkim Medenî Kanunun 4 ve Borçlar Kanununun 49. maddesine uygun manevî tazminata hükmetmiştir. Sayın çoğunluğun bozma kararına bu sebeplerle katılmıyoruz.” (Tahir Alp 2. HD. Başkanı Mustafa Kılıçoğlu 9. HD.): KILIÇOĞLU, Mustafa, s. 25 vd.

Haksız saldırı aynı zamanda bir suçun unsurlarını da bünyesinde barındırıyor ve ceza hükmü içeren normlar bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş ise uzun olan bu süreler uygulanacaktır (BK m. 60/II). Bu hükmün basın yoluyla işlenen suçlar açısından uygulama alanı yoktur¹⁰⁴. Şöyle ki “*Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.*” (Basın Kanunu m. 26/I) hükmü burada süreleri kısaltmıştır. Madde gerekçesinde de basın özgürlüğünün güvence altına alınmasını sağlamak açısından TCK’da yer alan genel zamanaşımı sürelerinden ayrıksı bir durum oluşturulduğu açıkça ifade edilmiştir¹⁰⁵.

¹⁰⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 492 – 493. Yargıtay, suç teşkil eden basın açıklamaları için açılacak hukuk davalarında TCK’da yer alan daha uzun sürelerin uygulanacağı yönünde karar vermiştir: Y. 4. HD 3.4.2006 T., 2006/2747 E., 2006/3593 K.; ÇETİN, s. 566. Yargıtay, bu kararı da şu gerekçe ile açıklamaktadır, “*Basın Kanununda hükmü bağlanan iki ve dört aylık süreler ceza davası açılabilmesinin şartıdır. Basın yolu ile işlenen suçun TCK m. 66’da belirlenen genel dava zamanaşımı süresi anlamında değildir. Basın Kanunu, “Kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar.” (m. 26/V) hükmünün de bu sonucu doğruladığı Yargıtay kararında belirtilmiştir. İlgili kararlar için bkz. “Davalı dava konusu yazıyı yazan kişidir. Olay tarihi 9/5/2001 olup, eldeki dava 4/7/2002 gününde açılmıştır. Davalı, yazı nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanıp TCK’nun 482/son maddesi gereğince mahkum olmuştur. Davalının eylemi aynı zamanda cezayı gerektiren bir suç oluşturuyorsa, olayda uzamış ceza zamanaşımı uygulanır. Davalı yönünden henüz beş yıllık ceza zamanaşımı süresinin dolmadığı gözetilerek, mahkemeye işin esasının incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.” Y. 4. HD 6.3.2006 T., 2006/491 E., 2006/2156 K.; www.kararci.com, erişim 14.11.2011. “Sorumlu yazı işleri müdürü ve yazar olan davalılara isnad edilen haksız eylemin aynı zamanda suç olup olmadığı yönünden bir araştırma yapılmadan ve bu davalılar için BK. 60/2’de ceza zamanaşımı süresinin uygulanmasının gerekip gerekmediği incelenmeden, ceza davası açılmadığından bahisle davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” Y. 4. HD 20.9.1979 T., 1979/4725 E., 1979/9975 K.; www.kararci.com, erişim 14.11.2011.*

¹⁰⁵ “*Madde ile, basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlardan dolayı bu alanda faaliyet gösterenleri uzun süre ceza tehdidi ile karşı karşıya bırakmamak ve böylece basın özgürlüğünü güvence altına almak amacıyla söz konusu suçlar nedeniyle açılacak davalar iki aylık ve dört aylık sürelerle bağlanmıştır. Bu süreler hak düşürücü süre olarak düzenlenmiş ve böylece Türk Ceza Kanununun dava zaman aşımı ile ilgili hükümlerinin bu süreler yönünden uygulanması önlenmiştir.*”

SONUÇ

Basın özgürlüğü ile kişilik hakkı arasındaki denge hukukî düzenlemeler tarafından sağlanmaya çalışılmıştır. Hâl böyle olmakla birlikte, kişilik hakkının ne olduğu ve bunun sınırını tam olarak tespit etmenin güçlüğü karşısında, mevcut düzenlemelerin yorumunda uygulamanın gerektiğinde bu dengeyi kişilik hakkı lehine bozması gerekir.

Hukuka uygunluk nedenleri arasında zikredilen “*gerçeklik*” kavramına uygulamanın yüklediği anlamın biraz daha esnetilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Görünür gerçekliğin hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündeki anlayışın daha farklı algılanması ve bu bağlamda özellikle sıradan insanlar açısından basit bir resmî girişimin yayınlanmaması adalete daha uygun bir çözüm tarzı olacaktır. Bu hususta basının biraz daha sabırlı davranarak, mevcut iddialar hakkındaki soruşturmaların olgunlaşmasını beklemesi gerekir. Hukuka uygunluk nedenleri arasında gösterilen “*eleştiri*” vasıflandırması konusunda hâkimin çok dikkatli davranarak, basın açıklamasında bulunan kişinin gerçek iradesini ve amacı aşan bir sonucun somut olayda ortaya çıkıp çıkmadığını titizlikle değerlendirmesi gerekir.

Manevî zararın hukukî niteliği konusundaki görüşlerden “*telafi*” şeklindeki anlayışın somut olay adaletini sağlamada, ayırt etme gücü olmayan kişilerin veya tüzel kişilerin manevî zararlarının tazmini konusunda daha tutarlı bir sonuca ulaştıracağı kanaatindeyiz. Bu çerçevede, para dışındaki diğer tazmin yollarının da gerçek anlamda bir manevî tazminat olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu yollarla da zarar telafi edilmiş olacak ve zarar gören bir şekilde iç huzura kavuşacaktır.

Basın Kanunu hükümlerinin gerek lafzî ve gerekse amaçsal yorumu sonucunda “*sorumlu müdür*”ün hukukî sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Kanun, sorumlu olan kişileri sınırlı sayıda saymış ve önceki hâlinde sorumlu olarak gösterdiği sorumlu müdürü bu kategorinin dışına itmiştir.

Manevî tazminat talebi, zarar gören tarafından ileri sürülmüş olmasa bile mirasçılara intikal etmeli ve yasal süreye sadık kalınarak mirasçılar tarafından dava açılabilirdir. Burada mirasçıların mirasbırakan nedeniyle doğan zararının tatmini söz konusu olmakla birlikte kişilik hakları

Oğuz Sadık AYDOS

konusunda üst düzey bir koruma sağlanmış olacaktır. Ayrıca haksız saldırıda bulunan da kader faktörü nedeniyle sorumluluktan kurtulamamalı ve fiil yaptırımsız kalmamalıdır.

Manevî tazminatta amacın zarar görenin tam tatmini, zararın etkilerinin giderilmesi olması karşısında bu davanın da “belirsiz alacak” şeklinde açılması gerektiğini düşünüyoruz. Şöyle ki, manevî zarar parasal karşılığının tespiti mümkün olmayan zarardır. Ayrıca, olay gerçekleştiği anda kişinin gelecekte ne kadar daha üzülmeye devam edeceği, farklı elem veya kederlerin de ortaya çıkıp çıkmayacağı kesin olarak bilinemez. Uygulamanın, manevî zararın bölünmezliği konusundaki tutumunu terk etmesi, manevî tazminatın amacına daha çok hizmet edecektir.

Basın özgürlüğü bağlamında, cezaya ilişkin sürelerin kısaltılması karşısında, cezaya ilişkin daha uzun sürelerin hukuk davalarında da uygulanacağı şeklindeki Borçlar Kanunu hükmü uygulama kabiliyetini kaybetmiştir. Süre sadece hukuk davasının süresi olarak dikkate alınmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: **Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış**, C. I, B. 7, İstanbul 2009.

ATILGAN, Semra: **Gazetecilerin Korunması**, İstanbul 1991.

AYRANCI, Hasan: “Yargıtay Uygulaması Işığında Manevî Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Tarafların Sıfatı, İşgal Ettikleri Makam, Diğer Sosyal Ve Ekonomik Durumlar”, e – akademi, Nisan 2006, S. 50, <www.e-akademi.org>, 14.9.2011.

BELLİ, Doğan Bülent: **Basın Yolu ile Kişilik Hakkına Saldırlardan Doğan Hukukî Sorumluluk**, Ankara 2008.

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat

CAREY, Peter: **Media Law**, Second Edition, London 1999.

ÇETİN, Erol: **Son Değişikliklerle Basın Hukuku, Hukuk – Ceza Açıklamalı – İctihatlı**, B. 3, Ankara 2007.

DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre: **Sorumluluk Hukuku**, (Çev. ÖZDEMİR, Salim), Bern 1982.

EDİS, Seyfullah: **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, B. 6, Ankara 1997.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 13, Ankara 2011.

FRANKO, Nisim: **Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevî Zararın Tazmini**, Ankara 1973.

GÜVEN, Kudret: **Kişilik Hakları ve Ötenazi**, Ankara 2000.

HATEMİ, Hüseyin: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU /HATEMİ/ SEROZAN /ARPACI: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. II, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, İstanbul 1997.

HOVLAND, Carl I./WEISS, Walter: “**Kaynağın Güvenilirliği ve Haberleşmenin Etkinliği Üzerindeki Etkisi**”: OSKAY, Ünsal: **Kitle Haberleşmesi Teorilerine Giriş**, B. 5, İstanbul 2000, s. 239 – 259.

İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener: **Kitle Haberleşme Hukuku Basın Radyo-Televizyon Sinema-Video İnternet**, B. 6, İstanbul 2005.

İNCEOĞLU, Yasemin: **Uluslararası Medya**, İstanbul 2004.

KAPLAN, İbrahim: “**Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması**”, AD, Y. 7 (1970), S. 3-4, İstanbul 1979, s. 200 – 230.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 10, Ankara 2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, B. 2, İstanbul 1998.

Oğuz Sadık AYDOS

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, B. 3, Ankara 2008. (Ahmet).

KILIÇOĞLU, Mustafa: “**Cismanî Zarar ve Ölüm Hâllerinde Manevî Zarar ve Manevî Tazminat**”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Y. 2004, C. VII, S. 4, s. 1-30. (Mustafa).

KIRCA, Çiğdem: “**Manevî Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği**”, YD, C. XXV, Temmuz 1999, S. 3, s. 243 – 268.

OĞUZ, Habip: **İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması**, Ankara 2010.

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: **Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, B. 16, İstanbul 2010.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 8, İstanbul 2010.

ÖZEL, Cevat: **Türk Medya Hukuku**, İstanbul 1999.

ÖZEL, Çağlar: “**Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler**”, AÜHFD, Y. 2001, C. L, S. 4, s. 81-106. (Çağlar).

ÖZEL, Sibel: **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, B. 2, Ankara 2004. (Sibel).

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: **Türkiye’de Basın Özgürlüğü**, Ankara 2007.

SIRABAŞI, Volkan: **İnternet ve Radyo – Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)**, B. 2, Ankara 2007.

TANDOĞAN, Halûk: **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Ankara 1961 (Mes’uliyet Hukuku).

TANDOĞAN, Halûk: **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara 1963 (Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini).

Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat

TANDOĞAN, Halûk: **Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması**, AÜHFD, Yıl 1963, C. XX, S. 1 – 4, s. 1-36 (Özel Hayatın Korunması).

TAŞKIN, Âlim: “**Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması**”, AÜHFD, Yıl 1991 – 1992, C. XLII, S. 1 – 4, s. 201-243.

TEKİNAY, Selâhattin, S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ: **Tekinay Borçlar Hukuku**, B. 7, İstanbul 1993.

TÜRK DİL KURUMU: **Türkçe Sözlük**, B. 10, Ankara 2005.

UYGUR, Turgut: **Borçlar Kanunu**, C. I, Ankara 1990.

ÜNAL, Mehmet: “**Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü**”, AÜHFD, Y. 1978, C. XXXV, S. 1 – 4, s. 397-437.

ZELEZNY, John D.: **Communications Law/Liberties, Restraints, and the Modern Media**, Second Edition, USA 1997.

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYİM	: Askerî Yüksek İdare Mahkemesi
B.	: Bası
BK	: Borçlar Kanunu
bkz	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren

Oğuz Sadık AYDOS

Dr.	: Doktor
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KTK	: Karayolları Trafik Kanunu
m.	: madde
MK	: Türk Medenî Kanunu
org.	: organization
RG.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
www.	: world wide web
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

DENİZ TİCARET HUKUKUNDA STARYANIN BAŞLAMASI

Mustafa TÜYSÜZ*

ÖZET

Starya, geminin yükleme/boşaltma limanına varması üzerine başlar. Staryanın başlayabilmesi için ayrıca, yükleme/boşaltma limanında hazırlık ihbarında da bulunmak gerekir. Hazırlık ihbarı geminin vardığını ve yükleme/boşaltmaya hazır olduğunu gösterir. Staryanın başlayabilmesi için geminin, charter partide belirlenen yere (rıhtım) yanaşmış olması gerekir. Bununla birlikte, charter partilerin çoğunluğunda, taşıyan lehine klozlar konabilmektedir. Bu klozlar arasında, wipon (limanda olsun olmasın), wibon (rıhtım yanaşmış olsun olmasın), time lost (rıhtım beklerken kaybolan zamanın staryadan sayılacağı) klozları bulunmaktadır. Bu klozlar gereği, gemi limana varınca, rıhtım hazır olmasa da geçerli bir hazırlık ihbarı yapılabilir ve starya süresi işlemeye başlar.

Anahtar Kelimeler: *Starya, hazırlık ihbarı, wibon klozu, time lost klozu, varmış gemi.*

THE BEGINNING OF THE LAYTIME IN THE MARITIME TRADE LAW

ABSTRACT

Laytime commence, after the vessel arrives in the loading/discharging port. Once the vessel has arrived at the place for loading and is ready to load, notice of readiness can and must be given to the charterer. The charter party may contain a wipon (whether in port or not), wibon (whether in berth or not) or time lost (time lost in waiting for berth to count as loading/discharging time) or whether free partique or not clause. Wipon, wibon or time lost clause covers any delay due to congestion of the port. These clauses means that the master can present the notice of readiness and that laytime starts as soon as the ship arrives in the port, even if there is no berth available.

Key Words: *Laytime, notice of readiness, wibon clause, time lost clause, arrived ship.*

* Yrd. Doç. Dr., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Starya süresi, geminin yükleme/boşaltma limanında, yükleme/boşaltma için beklemek zorunda olduğu süreyi ifade eder. Taşıyan, bir ücret talep etmeden bu süreler kadar o yerde beklemek zorundadır. Starya süresi bitiminden sonra ise, bir ücret talebiyle beklenilecek sürastarya süresine girilir. Sürastarya (*demurraj*) ücreti, starya süresi dolunca fazladan beklenen süreler için ödenir.

Starya süresinin başlangıcı, taraflar arasında yapılacak sözleşmede belirlenebilir. Böyle bir süre belirlenmemişse, yükleme/boşaltma için makul bir süre beklenmesi gerekir. Bu sürenin işlemeye başlayabilmesi için, geminin varmış ve hazırlık ihbarın yapılmış olması gerekir. Ayrıca varmış olan geminin her açıdan yükleme/boşaltmaya elverişli olması da gerekir.

II. VARMİŞ GEMİ

Starya süresinin işlemeye başlayabilmesi için, geminin çarter partide belirlendiği şekilde varmış bir gemi (*arrived ship*) olması gerekir. Bu durum, geminin çarter partide kullanılan terimlere bağlı olarak, bir liman (*port*), dok (*dock*) veya bir rıhtıma (*berth*) vardığı anlamına gelir. Varmış gemi olabilmek için aynı zamanda geminin, temiz ve kargoyu almaya hazır olması yani yüke elverişli olması da gerekir.

Dolayısıyla, geminin belirlenen limana ya da rıhtıma varması (*arrived ship*) kavramı, salt varmadan daha geniş anlamdadır. Varmış gemi ile staryanın başlayabilmesi için; geminin çarter partide kararlaştırılmış yere (*port-dock-berth charter* ayrımı bu açıdan önemlidir) varması; geminin temiz olup, kargoyu almaya ya da boşaltmaya hazır ve hazırlık ihbarının yapılmış olması gerekir. Bu üç şartın sağlanması ile varmış gemi (*arrived ship*) statüsü elde edilir¹.

Çarter partilerde, geminin belirlenen limana ne zaman varacağı belirlenebilir. Bu durumda geminin çarter partide belirlenen yükleme/boşaltma yerine zamanında varmış olması gerekir. Eğer, çarter

¹ ATAMER, Kerim, "Bir Navlun Sözleşmesinde Yer Alan Whether In Bert Or Not Klozunun Uygulama Alanı ve Davada İleri Sürülmesi", İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1991, S.1, C.65, s. 69, dn. 40.

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

partilerde, geminin belirlenen limana ne zaman varacağı açıkça belirlenmemişse, gemi makul bir süre içinde o limana varıp, hizmet vermeye başlamalıdır².

Geminin çarter partide belirlenen yere veya “güvenli bir şekilde gidebilecek kadar onun yakınına” varması da söz konusu olabilir³. Böyle bir durumda gemini varmış olarak değerlendirilmesi sorunu ortaya çıkacaktır. Buna ilişkin bir hükmün sözleşmede olması durumunda problemin çözümü kolay olacaktır. Buna karşılık sözleşmede buna ilişkin bir hüküm yoksa, sorunlar ortaya çıkabilecektir.

Hukukumuzda, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1020’de, yükleme yerinin taşıtan tarafından gösterilmemiş veya bütün taşıtanlar yer göstermekte birleşmemiş olur ya da suyun derinliği, geminin selameti, mahalli nizamlar veya tesisler, verilen talimata göre hareket etmeye engel olursa, kaptanın mutat demirleme yerinde demirleyebileceği ifade edilmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda⁴ (YTTK) m. 1142’de, kaptanın gemiyi sözleşmede kararlaştırılan yere demirleyeceği, sözleşmede yalnızca yükleme yapılacak liman veya bölgenin kararlaştırılması durumunda, geminin bu liman veya bölge için tahsis edilmiş bekleme alanında yükleme yerinin belirlenmesini bekleyeceği öngörülmüştür. YTTK m. 1152/3’de ise, hazırlık ihbarında bulunulması üzerine gemiye yükleme yeri gösterilmez veya suyun derinliği, geminin selameti, yerel düzenlemeler veya tesisler verilen talimata göre hareket etmeye engel olursa, gemi bekleme alanında kalacağı öngörülmüştür. Aynı maddede liman yönetiminin talimatının, taşıtanın talimatı hükmünde olacağı da belirtilmiştir.

² CROMVELL, Anderson, “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Time and Voyage Charters: Proceeding to Loading Port, Loading, and Related Problems”, Tulane Law Review, May, 1975, s. 881.

³ Hukukumuzda, TTK m. 1020’de, yükleme yerinin taşıtan tarafından gösterilmemiş veya bütün taşıtanlar yer göstermekte birleşmemiş olur ya da suyun derinliği, geminin selameti, mahalli nizamlar veya tesisler, verilen talimata göre hareket etmeye engel olursa, kaptanın mutat demirleme yerinde demirleyebileceği ifade edilmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanununda (YTTK) m. 1142’de, kaptanın gemiyi sözleşmede kararlaştırılan yere demirleyeceği, sözleşmede yalnızca yükleme yapılacak liman veya bölgenin kararlaştırılması durumunda, geminin bu liman veya bölge için tahsis edilmiş bekleme alanında yükleme yerinin belirlenmesini bekleyeceği düzenlenmiştir. YTTK, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

⁴ YTTK, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Mustafa TÜYSÜZ

Bu durumda, geminin varmış kabul edileceğine ilişkin davalara İngiliz Hukukunda da rastlamaktayız. Belirlenen yerin yakınına ulaşmanın varmış gemiye (*arrived ship*) neden olmasına *Leonis Steamship Co. v. Rank Ltd.* davası⁵ örnek verilebilir. Bu olayda gemi, rıhtıma rıhtımın kalabalık olması nedeniyle yanaşamamış, orada beş hafta beklemek zorunda kalmıştır. Beklediği (demirlediği) yer, limanın “ticari bölgesi” (*commercial area*) içinde sayılmıştır. Olayda, gemi varmış gemi olarak kabul edilmiştir. *Leonis Steamship Co. v. Rank, Ltd.* davasında, taraflar arasında bir port charter vardır. Gemi, limanın ticari alanına vardığında, bütün yükleme rıhtımları dolu olduğu için rıhtımdan biraz uzakta dalgakıranın dışında demirlemiştir. Kaptan, hazırlık ihbarını yapmış, ancak gemi birkaç gün rıhtıma yanaşamamıştır. Taşıtan, geminin rıhtıma yanaşmaya kadar staryanın başlamayacağını ileri sürmüştür ancak mahkeme, limanın ticari alanında bulunmayı yeterli görmüştür. Gemi, yüklemeye hazırdır ve gerçek yükleme noktasına şartların izin verdiği ölçüde yakındır. Kaptan, gemisini yüklemeye hazır bir şekilde taşıtanın hizmetine sunulabilecek elverişli bir yere getirmiştir⁶.

Aynı şekilde, İngiliz Hukukunda⁷ *The Aello* davası⁸, “ticari bölge”nin coğrafik parametrelerini belirleme bakımından değinilebilecek bir karardır.

⁵ [1908] 1 K.B. 499 (C.A. 1907) Cromwell, s. 883; United Nations Conference on Trade and Development, 27 June, 1990, Trade and Development Board Committee on Shipping Working Group on International Shipping Legislation Twelfth Session Geneva, 22 October, 1990, s. 60, <http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>, erişim 22.8.2011].

⁶ BURKE, Raymond, J., “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Voyage Charters -- Special Problems”, *Tulane Law Review*, Mayi 1975, s. 943.

⁷ Deniz taşımacılığında İngilizler önemli bir yere sahip olduğundan, denizcilik alanındaki uygulamalar açısından İngiliz Hukukunun etkisi önemlidir. Taşımacılık sözleşmesinde taraflar, İngiliz Hukukunu kabul eden hüküm getirmeleri halinde de bu hukuk uygulanacaktır. İngiliz Hukukunda da, denizcilik alanında gelişmeler yasalardan ziyade, mahkeme kararları (case law) ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, sürastaryaya ilişkin carterparti klozlarının Türk Hukuku açısından yorumlanmasında, kaynak İngiliz Hukukunun gerek TTK m.2/1 gereği ticari teamül olarak dikkate alınmasında gerekse taraf iradelerinin yorumlanmasında önemlidir (ATAMER, s. 63).

⁸ [1961] A.C. 135 (1960) (CROMWELL, s. 883); BURKE, s. 943-944; United Nations Conference on Trade and Development, s. 60, <http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>.

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

Bu olayda, gemi sözleşmede belirlenen ve aynı zamanda normal olarak da limanın yükleme yeri olarak belirlenen yere, limanın sıkışık olması nedeniyle liman yetkilileri tarafından izin verilmediğinden yanaşamamıştır. Gemi doktan 22 mil uzak bir yolda (rotada), Buenos Aires'in yasal sınırları içinde bir yerde demirlemiştir. Taşıtan geminin varmış bir gemi olmadığını dolayısıyla staryanın başlamayacağını ileri sürmüştür. House of Lord bu iddiayı kabul etmiş ve geminin limanın ticari bölgesi içinde bulunmadığına karar vermiştir. House of Lord'un görüşü, geminin yüklemenin gerçekten yapılacağı yeri (noktayı) bulması yani olağan olarak bu çeşit kargonun yükleme işinin yapıldığı yere varmış olması, yönündedir.

Buna karşılık, The Johanna Oldendorff (1973) davasında *The Aello* davasında alınan kararın yanlış olduğu ifade edilmiştir. *The Johanna Oldendorff*⁹ davasında House of Lord'a göre, gemi liman içinde taşıtanın "hemen ve etkili bir şekilde tasarruf edebileceği bir pozisyonda" ise ("*immediate and effective disposition*"), bu yer gemilerin olağan olarak demirledikleri yerden biraz uzak mesafe olsa bile, gemi varmış gemidir. Bununla birlikte, eğer gemi varması üzerine doğrudan bir rıhtıma yanaşamıyorsa, rıhtımın yakınında (*alongside*) olmadıkça, varmış gemi olmayacaktır¹⁰. Bu karar, bir liman (*port*) çarteri altında, varmış gemi kavramının sınırlarını genişletmiştir¹¹. Öte yandan bu bir rıhtım (*berth*) çarteri olursa, starya başlamayacaktır. ABD mahkemeleri de "ticari bölge"

Olayda gemi, Birkenhead/Liverpool'a 2 Ocak'ta gelmiş. Sonra nehirde 3 ve 4 Ocak'ta yol almış ve demirlemesi emredilmiştir. Gemi, Birkenhead'deki boşaltma rıhtımından 17 mil mesafede demirlemiştir. 3 Ocak'ta hazırlık ihbarı verilmiş ve 4 Ocak'ta starya işlemeye başlamıştır. Gemi demirleme yerini 20 Ocak'ta terk etmiş ve boşaltmasını 29 Ocak'ta tamamlamıştır.

⁹ [1973] 2 Lloyd's List L.R. 285 (H.L.) (WILSON, Willian, A., "Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: British Aspects of Chartering Problems: Some Recent Developments", Tulane Law Review, May, 1975, s. 1067; Cromwell, s. 883; BURKE, s. 944 United Nations Conference on Trade and Development, s. 60, <http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>.)].

¹⁰ [1973] 2 Lloyd's List L.R. 291 (H.L.) (WILSON, s. 1068; CROMWELL, s. 883; BURKE, s. 944)].

¹¹ BURKE, s. 945.

Mustafa TÜYSÜZ

kuralından ziyade “hemen ve etkili bir pozisyonda olma” kuralını daha mantıklı bulmuştur¹².

Görüldüğü üzere geminin, limanın idarî, yasal ve malî sınırları dışında alışılmış bir demirleme yerinde beklemesi durumunda sorunlar ortaya çıkmaktadır. The Maratha Envoy olayında¹³, Temyiz Mahkemesi (The Court of Appeal), gemilerin limanın idarî, yasal, malî sınırları içerisine girmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir. Bu karar, New York hakemlerinin Maritime Bulk Carriers v. Garnac Grain Co. davasındaki kararı üzerine dayanmıştır¹⁴. Bu olayda gemi, gemilerin Rotterdam limanına giriş için beklemeleri tavsiye edilen demirleme yerinde hazırlık ihbarında bulunmuştur. Hakemlerin çoğunluğunun kararı, burada yapılan hazırlık ihbarının geçerli olduğu yönündedir¹⁵.

Ancak belirtelim ki, eğer çarter partide, sadece limanın ismi belirlenmekle yetinilmeyip, belirli bir dok belirlenmişse (o limanda birden fazla dok olabilir), o limanda bunun aksine teamül yoksa, gemi o belirlenmiş doka yanaşmadıkça, varmış gemi olmayacaktır¹⁶. Aynı şekilde, çarter partide bir rıhtım (*berth*) belirlenmişse veya sözleşme ile taraflardan birine verilen yetki ile belirlenecekse, belirlenen bu rıhtıma ulaşmadan gemi varmış gemi sayılmayacaktır¹⁷.

Öte yandan, çarter partide yükleme/boşaltma yeri liman, rıhtım ya da dok yeri olarak belirlenmiş, ancak daha sonra bu yere giriş engellenmişse (yasaklanmışsa), taşıtan alternatif bir yer belirleyebilecektir. Bunun için

¹² CROMWELL, s. 883-884.

¹³ United Nations Conference on Trade and Development, s. 60, <http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>.

¹⁴ United Nations Conference on Trade and Development, s. 60, <http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>.

¹⁵ Bu hususta, kıta Avrupa Hukukunda Almanya da, İngiliz ve ABD Hukukuyla aynı yöndedir (United Nations Conference on Trade and Development, s. 60, <http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>).

¹⁶ [T. Scrutton, Charterparties and Bills of Lading 118-19 (18th ed. A. Mocatta, M. Mustill & S. Boyd 1974) (CROMWELL, s. 883)].

¹⁷ CROMWELL, s. 883-884.

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

gemi makul bir süre beklemelidir¹⁸. Alternatif olarak belirlenen yerler çarter partide belirlenen limanın, rıhtımın ya da dokun sahası içinde olmalıdır. Geminin engellendiğinden söz edebilmek için, engelin yolculuğun normal (bilinen) bir olayı olmamalıdır. Ayrıca, engellenmenin fiziki olması gerekmemesine karşın, bu engel sadece geçici bir engel de olmamalıdır¹⁹. Bununla birlikte, engel kalıcı nitelikte ise, gemi belirlenen yükleme yerinin yakınında olmasa bile, taşıyan yükleme için alternatif bir yer seçebilmelidir²⁰.

Görüldüğü üzere, geminin varmış gemi (*arrived ship*) olup olmadığını belirleme açısından, “*port*” ve “*berth*” çarter ayrımı önemlidir. Port çarter, geminin taşıma sözleşmesinde belirlenen (veya taşıtan tarafından belirlenen) limanda hazır olmasını gerektirir²¹. *Berth* çarter ise, geminin liman içinde bir rıhtımda yüklemeye hazır olmasını gerektirir²². *Port* çarter bakımından, geminin limana varmış olduğunun söylenebilmesi için, eğer gemi hemen bir rıhtıma yanaşamıyorsa, hemen ve taşıtanın işine yarayacak liman içinde bir yere varması gerekir. Bu durumda beklenen demirleme yeri, gemilerin olağan olarak bekledikleri bir yer olmalıdır²³. Eğer gemi limanda diğer bir yerde bekliyorsa; taşıyanın, burasının yükleme veya boşaltma için rıhtımın yakınında imiş gibi tamamen taşıtana yönelik bir yer olduğunu ispatlaması gerekir²⁴.

BIMCO'nun the Uniform General Charter (GENCON) port çarter Klotz 1'de de buna ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, gemi ilk taahhütleri yerine getirir getirmez, yükleme limanına (port) veya 10. kutucukta belirlenen yere veya o yerin güvenli olarak gidebileceği ve daima

¹⁸ CROMWELL, s. 884. Seferin niteliği kadar her iki tarafın ticari durumları da her bir olayda makul süreyi belirler. Gecikme, girişimi boşa çıkaracaksa, süre makul olmaktan çıkar (CROMWELL, s. 884).

¹⁹ [Bkz. *See The Baldhill*, 42 F.2d 123 (2d Cir. 1930); *Dahl v. Nelson*, [1881] A.C. 38 (CROMWELL, s. 884)].

²⁰ [T. Carver, *Carriage by Sea*, 2 British Shipping Laws 421 (12th ed. R. Colivaux 1971) (CROMWELL, s. 884, dn. 21)].

²¹ BUSH, Philip, “Charter Party Symposium: Delay and Detention”, 25 Tulane Maritime Law Journal, Summer, 2001, s.450.

²² BUSH, s. 450.

²³ BUSH, s. 450.

²⁴ [E. L. Oldendorff & Co. v. Tradax Exp., S.A. (The Johanna Oldendorff), [1973] 2 Lloyd's Rep. 285, 291 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (Reid, L.), BUSH, s. 450)].

Mustafa TÜYSÜZ

yüzebileceği çok yakınına yanaşmalı ve orada kargoyu tamamen yükleyebilmelidir. Gemi yüklendikten sonra, konişmentoda işaret edildiği gibi boşaltma limanına veya 11. kutucukta belirlenen boşaltma yerine veya güvenli ve daima yüzebileceği çok yakınına yanaşmalıdır²⁵.

Bu klozda yer alan, geminin güvenli bir şekilde bulunabileceği yere yanaşabilmesi, taşıyanın lehinedir. Zira, geminin yükleme/boşaltma yerine yanaşması mümkün değilse, geminin yakın ve yeterli güvenlikte bir yere varması durumunda, donatan yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaktır²⁶.

Nelson v. Dahl, Brett davasında²⁷ geminin çarter partide belirlenen yere gelmeden starya süresinin işlemeye başlamayacağı ifade edilmiştir. Geminin belirlenen yere varması gemi sahibinin makul araçlarla üstesinden gelememesi bazı engeller veya yetersizliklerden kaynaklanıyorsa, geminin o yerin çok yakınına yanaşması ile starya süresi başlayacaktır. Yanaşılan o yer, geminin ve yükün güvenliği için uygun bir yer olmalıdır.

Geminin varması üzerine, yükleme/boşaltmaya engel nedenlerin aşılması bakımından makul bir süre beklenmesi gerekir. Bu sürenin belirlenmesinde engelin niteliği, beklemede geçirilen zaman, umulan gecikmenin uzunluğu, sözleşme yapıldığı zamanda bilinen riskler, gidilecek yerin mesafesi, yüklenilecek veya boşaltılacak kargonun miktarı dikkate alınabilir²⁸.

²⁵ https://www.bimco.org/~media/Documents/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GENCON_94.ashx (erişim 20.8.2011).

²⁶ ASPRAGKATHOU, Despoina, "Review Of The Gencon Charter Clauses For The Commencement Of Laytime: Analysis Of The "Time Lost In Waiting For A Berth To Count As Laytime Or Time On Demurrage" Clause", *Journal of Maritime Law & Commerce*, October 2007, s. 604.

²⁷ [Nelson v. Dahl (1879) 12 Ch. D. 568, at 593, 594 (ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 605)].

²⁸ [The Athamas (Owners) v. Dig Vijay Cement Co Ltd. 1962, 2 Lloyd's Rep. 120; 1963, 1 Lloyd's Rep. 287; Parker v. Winslow (1857) 7 E & B 942; Dahl (Robert H) v. Nelson, Donkin and others (1880) 6 App Cas 38; Metcalfe v. Britannia Ironworks Co (1877) 2 Q.B.D. 423; Schilizzi v. Derry (1855) 4 E & B 873; Schofield J., *Laytime and Demurrage*, (2005, 5th edition), s. 17 (ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter , s. 605)]. YTTK m. 1153/2'de yükleme süresi sözleşme ile belirlenmemişse, yüklemenin 24 saat kesintisiz çalışma ile yapılması halinde ihtiyaç duyulacak sürenin yükleme süresi olacağı ifade edilmiştir. Bu sürenin hesabında, yüklemenin yapılacağı

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

Yukarıda ifade edildiği üzere, rıhtım (*berth*) çarteri uyarınca varmış gemi sayılabilmek için; taşıma sözleşmesinde belirlenmiş veya sözleşme şartları uyarınca taşıtana belirleme yetkisi verilmiş ve bu yetkiye dayanılarak onun tarafından belirlenmiş belirli bir rıhtım varsa, yükleme için geminin orada olması gerekir. Starya süreleri, gemi belirlenmiş rıhtıma varmadıkça başlamayacaktır²⁹.

Öte yandan, geminin varmasını engelleyen gecikmelerden ilk bakışta geminin sahibi sorumlu olacaktır. Buna karşılık çarter partilerde, bu sorumluluğun istisnaları da öngörülebilir. Geminin varmış olması, sadece bazı formalitelerden ileri gelmiş olabilir. Örneğin, serbest pratika (*free pratique*) elde etmeden kaynaklanan gecikmeler bulunabilir³⁰. Sözleşmelere bu durumda hazırlık ihbarının yapılamayacağına veya aksine ilişkin bir hüküm konabilir.

Aynı şekilde, rıhtımın hazır olmaması durumunda gecikmenin sorumluluğu, taşıyandan (gemi sahibinden) taşıtana bir *berth* çarter altında düzenlenen wibon klozu (*whether in berth or not*) ile de aktarılabilir. Zira, wibon klozu rıhtım (*berth*) hazır olmasa da, geçerli bir hazırlık ihbarının yapılabileceğini ifade etmektedir³¹. Bununla birlikte bu kloz her durumda sorumluluğu taşıtana aktarmamaktadır. Bu kloz rıhtımın dolu olmasından (sıkışıklığından) kaynaklanan gecikmelere uygulanmakta, sis, deniz seviyesinin azalması, fırtına gibi geminin rıhtıma yanaşmaya engel kötü hava şartlarından kaynaklanan gecikmelere uygulanmamaktadır.

Belirtelim ki; bu hususta wibon klozunun dar ve geniş olmak üzere iki yorumu bulunmaktadır. Dar yorum, sadece rıhtım sıkışıklığına uygulanacağı yönündedir. Aşağıda açıklanacağı üzere, “kyzikos” kararında İngiliz mahkemeleri bu yorumu dikkate almıştır. Alman doktrini de bu

liman, taşımayı yapacak gemi, yükleme tesis ve araçları ve yükün niteliği ile yükleme limanının düzenlemeleri ve yerel teamülün dikkate alınacağı belirtilmiştir.

²⁹ [N. River Freighters Ltd. v. H.E. President of India, [1956] 1 Q.B. 333, 348 (Eng. C.A. 1955) (Jenkins, L.J.), (BUSH, s. 450)].

³⁰ [Shipping Devs. Corp. v. V/O Sojuzneftexport (The Delian Spirit), [1971] 1 Lloyd's Rep. 506, 510 (Eng. C.A.). (BUSH, s. 451)]

³¹ [Seacrystal Shipping Ltd. v. Bulk Transp. Group Shipping Co. (The Kyzikos), [1989] 1 Lloyd's Rep. 1, 6 (H.L.) (appeal taken from Eng.), (BUSH, s. 451)].

Mustafa TÜYSÜZ

konuda dar yorumu benimsemiştir³². Türk Hukukunda, “Meriç” davasında³³ Yargıtay da, rıhtımın dolu olmasını, wibon klozunun uygulama alanı içinde saymış ancak ayrıntılı bir yorumlamaya gidilmemiştir³⁴.

III. YÜKLEME/BOŞALTMAYA HAZIR OLMA

Geminin yükleme/boşaltmaya hazır olması ile kast olunan, gemi içinde yükü almaya ayrılan yerin tamamen hazır olması ve yükleme/boşaltma limanı uygulamalarının (yönetmeliklerinin) ve gerekli tüm hukuki şartların yerine getirilmesidir³⁵. Örneğin, bu bakımdan rıhtım izinleri alınmalı³⁶, yükü taşıma için yeterli ve uygun kamyon/vagon tedarik edilmelidir³⁷.

Bazı işlemlerin taşıtan tarafından yerine getirilmesi söz konusu olabilir. Bu durum, gemiden kaynaklanan bir nedene dayanmadığından, geminin yükleme/boşaltmaya hazır olmasını engellemeyecektir. Örneğin, Sunbeam Shipping Co. v. President of India (The Atlantic Sunbeam) davasında³⁸, taşıtanın Kalküta limanında bir “jetty challan’ı” zamanında elde etmedeki başarısızlığı yüzünden dört gün gecikme olmuştu.

Öte yandan, eğer çarter partide gemi, tümüyle sadece o yük için ayrılmışsa, taşıyan taşıtanın haklarına zarar vermemelidir. Bu yüzden gemi yolculuğun gerektirdiğinden fazla safra (balast-denge ağırlığı), yük koruma tahtası (*dunnage*) ve kömür almamalıdır³⁹. Geminin, yükü deniz tehlikelerinden koruyucu durumda olması, yani denize elverişlilik de yüklemeye hazır olması bakımından gereklidir. Gemi önceden bir yük taşımışsa, o yükten ve onun meydana getirdiği kirlenmeden temizlenmiş olmalıdır. Bununla birlikte, geminin sadece belirli tipte kargo için hazır

³² ATAMER, s. 68.

³³ 11. HD. 23.5.1978 (ATAMER, s. 67).

³⁴ ATAMER, s. 67.

³⁵ CROMWELL, s. 884-885.

³⁶ [Vergottis v. William Cory & Son, Ltd., [1926] 2 K.B. 344, 355; Agrimpex Hungarian Trading Co. for Agric. Prods. v. Sociedad Financiera de Bienes Raices, S.A. (The Aello), [1960] 1 Lloyd's Rep. 623 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (BUSH, s. 451)].

³⁷ [Fornjade Rederiaktiebolaget Commercial v. Blake & Co., [1931] 39 Lloyd's List L. Rep. 205 (Eng. C.A.) (BUSH, s. 451)].

³⁸ [1973] 1 Lloyd's Rep. 482 (Q.B.) (BUSH, s. 451).

³⁹ Bu kural, liman teamüllerinde aksi söz konusu ise, değiştirilebilir. Bkz. Weir v. Union S.S. Co., [1900] A.C. 525 (CROMWELL, s. 885 dn. 23).

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

olması genel olarak gerekli değildir⁴⁰. Hazır olmanın derecesi genel olarak, taşıtanın kargosuyla ilgili olacaktır⁴¹. Diğer bir ifadeyle, geminin taşıtana ait yükleri yükleyebilecek durumda olması yeterli olup, bütün yükleri yükleyebilecek durumda olması gerekmez⁴².

Öte yandan, geminin hazır olması demek, yük yüklenir yüklenmez hemen yolculuğa çıkabilecek durumda olması anlamına gelmez⁴³. Örneğin, yolculuk için gerekli safra henüz gemiye alınmış olmayabilir⁴⁴. Bu durumdan, geminin yükü almaya hazır olmadığı anlamı çıkarılamaz⁴⁵. Aynı şekilde, taşıtanın yükünü yüklemeye hazır olduğu zamandan önce, geminin yükü yüklemek için gerekli araçlarının hazır olması gerekmez⁴⁶. Taşıtanın yükü yüklemeye başladığı anda geminin bu açıdan hazır olması gerekir.

Diğer yandan, giderilebilecek küçük eksiklikler, yükleme ihbarının yapılmasına engel olmaz⁴⁷. Ancak, geminin kargo bölgesindeki eksiklikler, geminin yük almaya hazır sayılmasına engel olabilir⁴⁸. Zira, geminin kargo bölgesinin hazır olması bakımından daha sıkı kurallar uygulanmaktadır⁴⁹.

Hazır olma bakımından her olaydaki belirleyici faktör, gecikme nedeninin niteliğinden anlaşılır⁵⁰. Eğer neden hemen (çarçabuk) üstesinden gelinebilecekse, gemi yüklemeye hazır sayılır; buna karşılık, tamir için

⁴⁰ CROMWELL, s. 885.

⁴¹ CROMWELL, s. 885.

⁴² OKAY, Sami, Deniz Ticareti Hukuku II, b. 2, İstanbul, 1971, s. 116, dn. 441.

⁴³ CROMWELL, s. 885.

⁴⁴ CROMWELL, s. 885.

⁴⁵ Bununla birlikte, safranın kuvvetlendirilmesi yükleme limanında mevcut (hazır) olmalıdır. Ek olarak, eğer gemi henüz kuvvetlendirilmemişse, hazır olarak görülmeyecektir. Bkz. *Sailing Ship Lyderhorn Co. v. Duncan Fox & Co.*, [1909] 2 K.B. 929 (C.A.) (CROMWELL, s. 885, dn. 25).

⁴⁶ CROMWELL, s. 885. Bkz. *Armement Adolph Deppe v. John Robinson & Co.*, [1917] 2 K.B. 204 (C.A.) (CROMWELL, s. 885).

⁴⁷ OKAY, s. 117.

⁴⁸ Bkz. *The Tres Flores*, [1973] 2 Lloyd's List L.R. 247 (C.A.) davasında, geminin buharla temizlenmesi gerektiğinden, temizleme, az bir masrafla ve birkaç saat içinde yapılabilecek olmasına rağmen, yine de hazır olmadığına karar verilmiştir (CROMWELL, s. 886, dn. 30).

⁴⁹ CROMWELL, s. 886.

⁵⁰ CROMWELL, s. 886.

Mustafa TÜYSÜZ

belirsiz bir süre beklenmesinde olduğu gibi bir süre gerekli ise, gemi yüklemeye hazır varsayılmaz⁵¹.

Aynı şekilde, geminin yükleme/boşaltmaya hazır olmasının belirlenmesinde, yükleme/boşaltma limanının mevzuatı ve teamülleri de dikkate alınmalıdır. Örneğin, serbest pratika alma⁵², gümrüğe girme gibi bazı formalitelerin yerine getirilmesi geminin hazır olmasını etkiler.

Diğer yandan, geminin yüklemeye uygunluğunun değerlendirilmesi subjektif olabileceğinden, bu bakımdan bir araştırma yapılması da istenebilir⁵³. Bu araştırma için bir araştırmacının istihdam edilmesi de mümkündür. Bunun neticesinde eksiklikler bulunursa, taşıtan tarafından gemi reddedilebilir⁵⁴.

IV. HAZIRLIK İHBARINDA BULUNMA

Hazırlık ihbarı (*notice of readiness, Notizabgabe*), geminin limana veya yükleme/boşaltma yerine varmış ve yükleme/boşaltmaya hazır olduğunun, taşıtana, yükletene, alıcıya veya sözleşme ile belirtilen diğer kimselere, kaptan (ya da uygulamada çok defa olduğu gibi taşıyan veya acentesi) tarafından bildirilmesidir⁵⁵.

Kısmi çarterde, yükleme sırası gelen her taşıtana hazırlık ihbarı ayrı ayrı yapılmalıdır (TTK m. 1030, 1045; YTTK m. 1162)⁵⁶. Bununla birlikte, hazırlık ihbarı bütün taşıtanlara aynı anda yapılmışsa (ki bu mümkündür),

⁵¹ CROMWELL, s. 886. Bununla birlikte, taşıtan çarter partide belirlenen iptal (cancellation) tarihine kadar, iptal edemez. Gemi o tarihte de hazır hale gelmemişse, iptal edebilir. Bkz. Oneida Navigation Co. v. L. Richardson & Co., 282 F. 241 (2d Cir. 1922) (CROMWELL, s. 886).

⁵² Bkz. The Delian Spirit, [1972] 1 Q.B. 103 (C.A. 1971) (CROMWELL, s. 886, dn.29).

⁵³ CROMWELL, s. 886.

⁵⁴ CROMWELL, s. 886.

⁵⁵ OKAY, s. 114; KARAKADILAR, Nejat, “Deniz Ticaret Hukukunda Yükleme ve Boşaltma Müddeti (Starya Süresi)”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1986, S.1, s. 38; ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegân, Deniz Ticaret Hukuku, C. 2, b. 8, İstanbul, 2006, s. 40. Hazırlık ihbarı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TÜYSÜZ, Mustafa, “Deniz Ticareti Hukukunda Hazırlık İhbarı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 313-352.

⁵⁶ OKAY, s. 114; ÇAĞA/KENDER, s. 41.

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

yükleme süresi her taşıtan için, yükün fiilen yüklenmesine sıra geldiği anda işlemeye başlar⁵⁷.

Hazırlık ihbarı, geminin vardığı ve yükleme/boşaltmaya hazır olduğunu onaylamaktadır⁵⁸. Hazır olma, hem yasal hem de fiziki olarak geminin yükü almaya/boşaltmaya hazır olmasını ifade eder⁵⁹. Yasal açıdan hazır olma, geminin uygun belgelere sahip olmasını gerektirir. Bunlar arasında gemi ve mürettebatıyla ilgili sağlık düzenlemelerine uygunluğu gösteren serbest pratika alınması da yer alır⁶⁰. Fizikî açıdan hazır olma ise geminin denize⁶¹ ve yüke elverişli olmasıdır. Belirtelim ki, geminin kargoyu almaya uygun olma yükümlülüğü, kargonun yüklenmesinden sonra da devam eder, ihlal edilemez⁶².

Hazırlık ihbarı ile ilgili United Nations/Food & Agriculture Organisation v. Caspian Navigation Inc. (The Jay Ganesh), davasında⁶³, geminin fiziksel olarak hazır olmaması durumunda geçecek zamanın staryadan sayılmamasına karar verilmiştir. Bu olayda, hazırlık ihbarı yapıldığı anda geminin ambarları yüke elverişli değildir. Taraflar arasında düzenlenen *berth* charter partide, diğer hükümler yanında, gemi gümrük işleri veya serbest pratika⁶⁴ işlerini tamamlasın veya tamamlamasın hazırlık ihbarı yapılabilir hükmü de yer almaktadır. Bu hüküm gereği, gemi rıhtıma vardıktan sonra, serbest pratika veya gümrüğe kabul elde etme bakımından

⁵⁷ R. Peters, *der Beginn der Ladezeit*, Berlin, 1964, s. 51; RGZ 114, 163 (ÇAĞA/KENDER, s. 41).

⁵⁸ VANDEVENTER, Braden, "Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Analysis of Basic Provisions of Voyage and Time Charter Parties", *Tulane Law Review*, May, 1975, s. 817.

⁵⁹ BURKE, s. 946.

⁶⁰ BURKE, s. 946.

⁶¹ Gemi, yolculuk için gerekli her açıdan denize elverişli olmalıdır. Bu bakımdan gemi, kargonun normal şartlar altında güvenli taşınmasına uygun ve gerekli ekipmanlarla donatılmış olmalıdır (VANDERVENTER, s. 839).

⁶² Vandeventer, s. 839.

⁶³ United Nations/Food & Agriculture Organisation v. Caspian Navigation Inc. (The Jay Ganesh), [1994] 2 Lloyd's Rep. 358 (Q.B.); Law: Owners to bear expense of delay in loading at berth", *Lloyd's List*, 8 July, 1994, s. 6; Bush, s. 454-455; HOWARD, Tim/DAVENPORT, Brian, "English Maritime Law Update 1994/1995", *Journal of Maritime Law & Commerce*, July, 1996, s. 438.

⁶⁴ Serbest pratika (free pratique), geminin ve mürettebatın hastalıklı olmadığına dair verilen sertifikaya denmektedir.

Mustafa TÜYSÜZ

ortaya çıkan herhangi bir gecikmeye taşıtan katlanacaktır (Kloz 9/e). Hâkime göre, olayda hazırlık ihbarının yapıldığı anda, kaptanın inancının aksine, gemi objektif olarak fiziksel bakımdan hazır değildir. Fiziksel hazır olmama klozu ile serbest pratika veya gümrüğe kabulle ilgili klozlar arasında bir çatışmanın olması yapısal açıdan mümkündür; ancak, bu durum ticari bir bakış açısından açıkça tuhaftır. Taraflar arasında düzenlenen kloz yorumlandığında, taraflar arasında işlemlerde tutarlığın karşılıklı olarak istendiği varsayımına ulaşılabılır⁶⁵. Buna uygun olarak Kloz 9/e'nin, tayfaların durumu nedeniyle serbest pratika alamamadan kaynaklanan ek gecikme ile kargo bölümünün fiziksel olarak hazır olmamasından kaynaklanan ek gecikme üzerindeki etkisi aynıdır⁶⁶. Bu nedenlerden dolayı davada hâkim, hazırlık ihbarının yapılmasından sonra rıhtımda geminin temizlenmesi için geçirilen tüm zamanın saklı olacağı kararını vermiştir⁶⁷.

Hazırlık ihbarının yapılabilmesi bakımından TTK'da (m. 1030 vd; YTTK m. 1152) hüküm olmakla birlikte, günümüzde taşımacılık alanında sefer çarteriyle⁶⁸ ilgili olarak bazı kurumlar tarafından düzenlenen standart formlar kullanılmaktadır.

Sefer çarterleriyle ilgili kurumlardan birisi de The Baltic and International Maritime Council (BIMCO) olup, bu kurumun Standart Genel Sefer Çarteri (Uniform General Charter –GENCON)⁶⁹ formudur⁷⁰. 1994 Gencon'da, hazırlık ihbarının yükleme limanında kutucuk 17'de gösterilen

⁶⁵ BUSH, s. 455.

⁶⁶ BUSH, s. 455.

⁶⁷ BUSH, s. 455.

⁶⁸ Sefer çarteri sözleşmesi, istisna sözleşmesi niteliğindeki navlun sözleşmelerinin bir alt türü olup, karşılıklı borç yükleyen akitlerdendir. Taşıyan, taşıtanın mallarını taşımayı, yani bunun için gemisinin bir kısmını veya tamamını taşıtana tahsis etmeyi, taşıtan ise bir navlun ödemeyi taahhüt etmektedir (Demir-Araz, Yeliz, "GENCON (94) Sefer Çarteri Sözleşmesinde Sürastarya Klozu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, s. 86). Sefer çarteri sözleşmelerinde gemi, belli bir süre belirtilmeksizin belli bir sefer için tahsis edildiğinden, gecikme daima taşıyan aleyhine olacaktır (Demir-Araz, s. 87).

⁶⁹ https://www.bimco.org/~media/Documents/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GENCON_94.ashx (erişim 20.8.2011).

⁷⁰ Uniform General Charter (GENCON), global düzeyde kargo taşımacılığının pek çok şeklinde (sefer çarter partilerde) yaygın olarak kullanılan formlardan biridir. İlk olarak 1922'de yayınlanmış olup, 1976 ve 1994'de değişiklikler yapılmıştır. Uygulamada 1976 tarihli form yaygın olarak kullanıldığı söylenebilir (ÜLGENER, Fehmi, GENCON 94 Çarter Partisine Genel Bir Bakış, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, s. 23, 24).

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

gönderene veya gönderen belirtilmemişse, taşıtana veya onların acentesine, boşaltma limanında ise, alıcılara, eğer alıcı gösterilmemişse taşıtanlara veya onların alıcılarına yapılabileceği belirtilmiştir.

İngiliz Hukuku (*common law*), çarter partide kararlaştırılmamışsa, hazırlık ihbarı yapma yükümlülüğünü yüklememiştir⁷¹. Bu nedenle, hazırlık ihbarının yapılması her zaman taşıtanın yükleme/boşaltma yükümlülüğünü yerine getirmesinin bir ön şartı değildir⁷². Dolayısıyla bu hukuk uyarınca, hazırlık ihbarı sözleşmede varsa yapılmalıdır. Bununla birlikte, sefer (*voyage*) çarter formları yükleme/boşaltma için genellikle hazırlık ihbarının yapılmasını içermektedir.

Öte yandan, hazırlık ihbarında bulunma, çarter partide aksi öngörülmemişse bir şekle tabi değildir (TTK m. 1034; YTTK m. 1152/5). Dolayısıyla, sözlü olarak da yapılabilir⁷³. Ancak, uygulamada genellikle, yazılı olarak yapılmaktadır⁷⁴. Öte yandan hazırlık ihbarı çarter partilerde belirlenen zaman içerisinde yapılmalıdır.

Hazırlık ihbarının yapılmasından belli süre sonra starya süresi başlayacaktır. Hukukumuzda göre, ihbarın yapılmasının ertesi günü başlama söz konusudur (TTK m. 1030/2)⁷⁵. Başlangıç günü tatil rastlarsa, izleyen ilk iş günü başlayacaktır (TTK m. 1036)⁷⁶. Bununla birlikte, sözleşmelere starya süresinin başlangıcı ile ilgili özel hükümler konabilir. Çoğu zaman, ihbar ile yüklemenin başlaması arasında belirli bir sürenin geçmesi (*free time*, serbest zaman) kararlaştırılabilir⁷⁷. Serbest zamanda fiilen yükleme yapılırsa, starya

⁷¹ Nelson v. Dahl (1879) 12 Ch D 568, at 583 ASPRAGKATHOU, Despoina, “The Happy Day and Issues of the Invalidity of a Notice Of Readiness under English Law”, Journal of Maritime Law & Commerce, April, 2007, s.192; ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 606.

⁷² CROMWELL, s. 887.

⁷³ CROMWELL, s. 886-887.

⁷⁴ ÇAĞA/KENDER, s. 40. Standart çarter partilerin çoğunda yazılı yapılmaya öngörülmektedir [Peters, 52, not 29 (ÇAĞA/KENDER, s. 40, dn. 83’den naklen)].

⁷⁵ YTTK m. 1153/1’de, yükleme süresinin, hazırlık bildirimının muhataba ulaşmasını izleyen ilk takvim günü ve eğer yükleme fiilen başlamışsa, o andan itibaren işlemeye başlayacağı hükme bağlanmıştır.

⁷⁶ Buna karşılık, YTTK’da yükleme sürelerinin takvime göre aralıksız hesaplanacağı ifade edilmiştir (m. 1156/1).

⁷⁷ OKAY, s. 113.

Mustafa TÜYSÜZ

süresinin başlayıp başlamadığı tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş, başlamayacağı yönündedir⁷⁸.

Öte yandan sözleşmelerde, starya süresinin başlaması bakımından ihbar yapılmadan da geminin varması üzerine başlayacağı kararlaştırılmaktadır⁷⁹.

V. YÜKLEME/BOŞALTMADA GECİKMELER VE STARYANIN BAŞLAMASI

Gemi varıp, hazırlık ihbarı yapılmıca starya süresi başlayacaktır. Starya süresi için ayrı bir ücret verilmez. Bu süre navlun ücretinin içinde yer alır. Belirlenen starya süresi dolmasına rağmen yükleme veya boşaltma tamamlanamamışsa, gecikme için ayrıca ücret istenebilecektir. Buna sürastarya ücreti (*demurraj*) denmektedir. Bu ücret beklenen gün sayısına göre hesap edilecektir.

Yükleme/boşaltmanın yapılmasına çeşitli nedenler engel olabilir. Belirtelim ki, sözleşmelerde yükleme zamanı için öngörülen engeller (istisnalar), geminin yükleme öncesi beklmelerine de uygulanabilir⁸⁰. Ancak, açıkça kararlaştırılmamışsa, sürastaryaya (*demurraj*) uygulanmaz⁸¹.

1. Türk Ticaret Kanunu'nda

Yükleme/boşaltmadaki gecikmeler (engellemeler) konusunda TTK m. 1036 (YTTK m. 1156)'da *faaliyet sahaları* kuralı kabul edilmiştir. Buna göre, taşıtanın faaliyet sahasına giren tesadüfî sebeplerden kaynaklanan gecikmelerde süreler, yükleme ve sürastarya süresinin hesaplanmasında dikkate alınır (TTK m. 1036/2; YTTK m. 1156/2). Rıhtım işçilerinin grevi, yükü taşıyan araçların gecikmesi, gümrük işlerinin zamanında bitirilememesi

⁷⁸ OKAY, s. 113, dn. 431.

⁷⁹ OKAY, s. 113.

⁸⁰ [Bkz., *Aldebaran Compania Maritima S.A. Pan. v. Aussenhandel A.G. Zurich* (The *Darrah*), 1977 A.C. 157 (H.L.) (appeal taken from Eng.); *Nea Tyhi Mar. Co. v. Compagnie Grainiere S.A. (The Finix)*, 1978, 1 Lloyd's Rep. 16 (Eng. C.A.); *Magnolia Shipping Co. v. Joint Venture of the Int'l Trading & Shipping Enter. (The Camelia & The Magnolia)*, 1978, 2 Lloyd's Rep. 182 (Q.B.). (BUSH, s. 458)].

⁸¹ [Bkz. *Dias Compania Naviera S.A. v. Louis Dreyfus Corp. (The Dias)*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 325, 328 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (BUSH, s. 458)].

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

bu duruma örnek teşkil eder⁸². Taşıtan kusurlu olmasa da, gecikmeye kendi sebep olmuşsa (sebebiyet prensibi), bu durum yine onun aleyhine sonuç doğurur. Dolayısıyla, bu durum yükleme/boşaltma süresinin başlamasına engel olmaz.

Buna karşılık, taşıyanın faaliyet sahasına giren tesadüfi nedenlerden dolayı süre geçmişse, geçen bu süreler hesaplamada dikkate alınmayıp, sürastarya içinde olursa bile bu süreler için sürastarya ücreti istenmez (TTK m. 1036/3; YTTK m. 1156/3). Gemideki vinçlerin arızalanması, gemi adamlarının grevi dolayısıyla işlerin yapılmasına engel olan haller bu duruma örnektir⁸³. Belirtelim ki, sözleşmede işin belirli bir günde bitirilmesi şart koşulmuşsa, taşıyan bu durumda fazla bekleme zorunda değildir (TTK m. 1037).

Öte yandan, fırtına, buz istilası, seferberlik gibi her iki tarafın da faaliyet sahasını ilgilendiren tesadüfi nedenlerden kaynaklanan gecikmelerde ise süreler, bekleme süresine ilave edilir; ancak yükleme süresi içinde bile olsa, taşıtan bu günler için taşıyana sürastarya ücreti ödeme yükümlülüğündedir (TTK m. 1036/4; YTTK m. 1156/4). Her iki tarafın faaliyet sahasına giren bu engeller nedeniyle taşıyanın sürastarya ücreti isteyebilmesi, engelin sürastarya süresi içinde ortaya çıkması durumunda adil sayılabilmesine karşılık, gecikmenin yükleme süresi içinde ortaya çıkması durumunda sürastarya ücretinin adil sayılabilmesi, bu ücretin bekleme zararını karşılamaktan uzak olması halinde olabilir⁸⁴.

Çağa/Kender, deniz tehlikelerini taşıyanın faaliyet sahasına sokmaktadır. Bu bakımdan, fırtına, sis veya diğer kötü hava şartları ya da yangın nedeniyle yükleme yerine varılamaması durumu taşıyanın faaliyet

⁸² OKAY, s. 125; KENDER, Rayegân/ÇETİNGİL, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler, 9. Baskı, İstanbul, 2007, s. 118. İngiliz Hukukunda, yüklemenin liman idaresi tarafından yapılması gerektiği takdirde, liman makamlarının yüklemeyi yapmaması halinde ileri gelen gecikmelerden, taşıtanın sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir (OKAY, s. 126, dn. 477).

⁸³ OKAY, s. 124; KENDER/ÇETİNGİL s. 118. Çarter sözleşmesinde, fio (free in and out) veya fios (free in and out, stowed and trimmed) şartları varsa, yükleme, boşaltma ve istif işleri de taşıtan tarafından gerçekleştirilir. Bu durumda taşıtanın faaliyet sahası genişlemiş olur (KENDER/ÇETİNGİL, s. 119).

⁸⁴ OKAY, s. 126.

Mustafa TÜYSÜZ

sahasına dâhil edilmektedir. Aynı şekilde geminin limanda buzlar arasında kalması veya karaya oturması durumu da bu alana dâhildir⁸⁵. Keza, yükleme yerinde denizin çekilmiş olması veya denizin yükselmiş olması nedeniyle köprülerin altından geçilememesi, buz istilasası ya da yükleme yerine gidilen yerin kapalı olmasının sonuçları da taşıyana yüklenmektedir⁸⁶. Geminin taşıtan tarafından tayin edilmemiş yükleme yerine giderken veya orada bulunurken oturması durumu taşıyanın faaliyet sahasına dâhil edilirken, taşıtanın tayin ettiği yükleme yerinde bu durumun olması ise sebebiyet prensibi gereği (kusurlu olmasa da) taşıtana yüklenmektedir⁸⁷. Taşıtan bu durumda kusuru yoksa tazminat vermez, ancak yükleme süresi işlemeye başlar veya başlamışsa devam eder⁸⁸.

Limanın dolu veya meşgul olması hali, taşıyanın aleyhine kabul edilmektedir. Zira, bu durum geminin yüklemeye hazır hale gelmesini engeller⁸⁹. Bununla birlikte, yükleme yeri taşıtan tarafından belirlenmiş ise, boş bir yükleme yeri tayini de mümkünse, beklemede geçen süreler taşıtan aleyhine olur⁹⁰. Taşıtanın, başka bir yer göstermenin kendisi için daha masraflı olacağını ileri sürmesi bu bakımdan söz konusu olamaz⁹¹. Çarter partide kararlaştırılan ya da (yükün özelliği gereği) resmi makamlarca belirlenen yükleme/boşaltma yerinin meşgul olmasına taşıtan kendi sebep olmuşsa (örneğin başka bir gemiyi yüklemeye/boşaltma suretiyle), bu durumun sonuçlarına da kendisi katlanır⁹². Limanın dolu olmasına nedeniyle liman makamlarınca derhal yüklemeye başlanması şartıyla bir yükleme yeri gösterilmesine karşılık, yük henüz hazır değilse, yine aynı hüküm geçerli olacaktır⁹³.

⁸⁵ ÇAĞA/KENDER, s. 37.

⁸⁶ ÇAĞA/KENDER, s. 37.

⁸⁷ ÇAĞA/KENDER, s. 37.

⁸⁸ ÇAĞA/KENDER, s. 37.

⁸⁹ ÇAĞA/KENDER, s. 38.

⁹⁰ [Pappenheim 158 not 2; Schaps/Abraham, § 567 Anm. 4; Schlegelberger/Liesecke § 567 N: 9; Peters, 107 (ÇAĞA/KENDER, s. 37'den naklen)].

⁹¹ ÇAĞA/KENDER, s. 38.

⁹² ÇAĞA/KENDER, s. 38.

⁹³ ÇAĞA/KENDER, s. 38.

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

Öte yandan, taşıyanın limana geç gelmesi nedeniyle boş bir yer bulamaması durumunda ise, sonuç taşıyan aleyhine olacaktır⁹⁴.

Liman mevzuatı veya teamülleri gereği, örneğin kömür veya madenler için yüklemenin liman içinde belli yerde yapılması nedeniyle, gemilerin yükleme/boşaltma için *sıraya girmesi* gerekiyorsa (port turn), bu durum gemi aleyhinedir. Zira, sıra gelmedikçe gemi yüklemeye hazır hale gelmiş olmaz⁹⁵. Buna karşılık, taşıtan tarafından belirlenen yerde sıra varsa ve sıra olmayan başka bir yeri (fazla masraflı olsa bile) tayin imkânı varsa, gecikmeye taşıtan katlanır (süre işlemeye başlar); bu durumda gemi boş bir yere yanaşmış olabileceği andan itibaren hazır sayılır⁹⁶.

Görüldüğü üzere, taşıtanın kusuru yoksa, gecikmenin normal riski (rıhtımın dolu olması, hava durumu, tatiller, grevler v.b) gemi sahibine ait olur. Buna karşılık, taşıtanın kargoyu rıhtımda yükleme için hazır bulundurmamasının sonucu, gecikmeden kaynaklanan zararlar, taşıtan tarafından karşılanacaktır⁹⁷.

Rıhtımın hazır olmamasının sonucu charter parti ile taşıtana da yüklenilebilir. *Conrad Alfred Van Liewen v. Hollis Bros. (The Lizzie)* davasında⁹⁸, İngiltere Hull liman kuralları ve sözleşmenin “*Discharging Berth*” başlıklı paragrafı, alıcıya geminin varmasından önce veya vardığında rıhtımda kargoyu hemen boşaltmaya başlayabilmek için boş (açık) bir yer sağlama yükümlülüğü yüklemiştir. Geminin limana varmasına karşılık yükün hemen boşaltılabilmesi için rıhtım hazır değildi. Bu nedenle, Hull limanında kerestenin boşaltılmasındaki gecikmeden kaynaklanan süre bakımından taşıtanın ödeme yapması gerektiği kabul edilmiştir.

Diğer bir olayda (*Triton Navigation Ltd v Vitol SA, (2003)*)⁹⁹, gemi sahibi sözleşmede kararlaştırılan zamanda limanda olamayacağını taşıtanlara bildirmiş ve onlardan süre uzatımına ilişkin izin almıştır. Gemi daha sonra

⁹⁴ ÇAĞA/KENDER, s. 38.

⁹⁵ Schaps/Abraham, § 567 Anm. 6; Peters, 109 (ÇAĞA/KENDER, s. 38).

⁹⁶ ÇAĞA/KENDER, s. 39.

⁹⁷ BUSH, s. 458.

⁹⁸ [1919] 1 Lloyd's List L. Rep. 529 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (BUSH, s. 459)].

⁹⁹ KUMAR, Selva, Charterer has absolute duty to provide cargo: court, The Business Times Singapore, 19 December, 2003.

Mustafa TÜYSÜZ

limana gelmiş ancak, temiz olmadığından dolayı yükleme başlayamamıştır. Gemide yapılan üçüncü incelemenin ardından yükü almaya elverişli (temiz) olduğu anlaşılmış; hazırlık ihbarında tekrar bulunularak gemi rıhtıma yanaşmıştır. Ancak bu esnada, taşıtanlar bu gecikmeler nedeniyle yükü yüklemeye hazır hale getirememiştir. Bununla birlikte mahkeme (the Court of Appeal), yükleme için kargoyu sağlamanın taşıtanın yükümlülüğü olduğunu belirtmiş ve starya süresinin charter partide belirtildiği üzere hazırlık ihbarının yapılmasından altı saat sonra başlamış olduğunu kabul etmiştir.

TK 1036'daki yukarıda ifade edilen faaliyet sahası ile ilgili kurallar tesadüfî nedenlerden ortaya çıkan gecikmelerle ilgili olup, kusura dayanmaz. Bununla birlikte, TTK'da faaliyet sahaları kuralı yanında *sebebiyet prensibi* veya *kusur prensibi* de kabul edilmiştir. Tarafların kusuru olmaksızın gecikmeye sebep olmasından dolayı (sebebiyet prensibi) veya gecikmelere kusuruyla sebep olmasından dolayı sorumluluğu vardır. Diğer bir ifadeyle, gecikmeye hangi taraf sebep olmuşsa veya hangi taraf gecikmede kusurluysa, gecikmenin sonuçlarına o katlanacaktır.

Bu nedenle, tarafların charter partinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda, ortaya çıkan zarardan sorumluluğu vardır. Örneğin, *Lee Frances* olayında¹⁰⁰, taşıtan yılbaşı tatili nedeniyle cam fabrikasını kapatmıştır. Taşıma sözleşmesinde "taşıtanın en geç 24.12.1986'ya kadar yüklemeyi garanti ettiği" ifade edilmiştir. Gemi zamanında varmış ancak, 29 Aralık'a kadar yükleme için gerekli camlar taşıtan tarafından getirilmemiştir. Olayda, taşıyan (donatan) garanti hükümleri altında tazminat elde etmiştir.

2. Charter Partilerde

Çarter partilerde taraflar, gecikme ile ilgili düzenlemeleri genellikle yapmaktadır. Sözleşmelerde, faaliyet sahaları veya sebebiyet prensipleri terk edilerek sorumlu taraf değiştirilebilmektedir. Örneğin charter partilerde sıraya girme (*port turn*) klozu ve wibon klozu gibi bazı klozlar, limanın dolu olması sonucunu taşıtana yükleyebilmektedir. Bu klozların uygulanmasında

¹⁰⁰ [R. & H. Hall v. Vertom Scheepvaart En Handelsmaatschappij B.V. (The Lee Frances), Lloyd's Maritime Law Newsletter No. 253, July 15, 1989 (BUSH, s.457)]

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

geminin limanda dahi olması aranmamakta, liman dışında liman makamlarınca belirlenen bekleme yerinde demirlenmiş olması, hazırlık ihbarının yapılması ve yükleme/boşaltma süresinin (starya) başlaması için gerekli ve yeterli sayılmaktadır¹⁰¹. Aynı şekilde, time lost klozunda da rıhtım beklenirken kayıp zamanın staryadan veya sürastaryadan sayılacağı ifade edilmektedir.

Bu klozlarda yer alan ifadeler, çarter partiler (sözleşmeler) için bir rehberdir¹⁰². Öte yandan, sözleşmelere bu klozlarla birlikte başka hükümler de konabilmektedir. Bu durumda sözleşmede yer alan hükümlerin yorumlanması gerekecektir.

Görüldüğü üzere, sözleşmede yer alan *klozlar* sorumluluğu belirleme bakımından önem taşımaktadır. *Societe Anonyme Marocaine de l'Industrie du Raffinage v Notos Maritime Corporation of Monrovia (The Notos)* davasında¹⁰³, gemi dalgalanma nedeniyle rıhtıma yanaşamamış, olağan demirleme yerine gelince hazırlık ihbarında bulunulmuştur. Bunun akabinde yükleme başlayınca yeniden dalgalanma nedeniyle, liman yönetiminin emri ile yüklemeye ara verilmiştir. Burada iki periyot vardır. Biri, rıhtıma yanaşmayı engelleyen periyot, diğer yükleme başladıktan sonraki kesintiyle ilgili periyottur. Olayda, gemi sahibinin sürastarya ücreti ile ilgili talebi The House of Lords tarafından reddedilmiştir. Zira, STB VOY çarter partinin 6 ve 8. Klozları, taşıtanın kontrolünde olmayan bir nedenle meydana gelen gecikmelerde taşıtanın sürastarya ücretinden sorumluluğunu kaldırmıştır.

Taraflar arasında kabul edilen STB VOY çarter partinin 6. Klozunda, rıhtımda olsun olmasın (*whether in berth or not*), gemi alışılmış (*customary*) demirleme yerine varması üzerine kaptan, taşıtana mektup, telgraf, telsiz veya telefonla geminin yükleme veya boşaltmaya hazır olduğunu ihbar edebilir ve starya (*laytime*) veya eğer gemi sürastaryada ise sürastarya süresi ihbarın alınmasından itibaren altı saat sonra veya geminin rıhtıma varması

¹⁰¹ Peters, 143-145 (ÇAĞA/KENDER, s. 39); ÜLGNER, M. Fehmi, "Bekleme Sürelerinin Başlangıcına Dair Bazı Hukuki Sorunlar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.16, S.2, Yıl.1991-92, s.187 vd.; ÇAĞA/KENDER, s. 39.

¹⁰² ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 610.

¹⁰³ "Law Report: Swell was delay beyond charterer's control", The Times London, 9 March, 1987.

Mustafa TÜYSÜZ

üzerine, hangisi önce olursa, başlar; bununla birlikte gecikme, taşıyanın hazırlık ihbarı yapmasından sonra, taşıtanın kontrolü altında olmayan her ne sebeple (*'whatsoever'*) ortaya çıkarsa, bu süreler starya veya sürastaryadan sayılmayacaktır hükmü yer almaktadır. Keza, Kloz 8'de yer alan hükme göre, yükleme ve/veya boşaltma limanında meydana gelen gecikme yangın, patlama, fırtına, grev veya lokavt, işgücünün durdurulması veya tahdidi nedeniyle ya da taşıtan işletme, kargo tedarikçisi, gönderen veya alıcıdan kaynaklanan nedenle meydana gelirse, sürastarya yarı hesaplanacaktır. Buna karşılık, gecikmeler ... gemi mürettebatı ve memurlarının veya römork ya da öncü geminin veya taşıtanın kontrolü altında olmayan her ne (*whatsoever*) nitelikte veya çeşitte diğer bir nedenle olursa, starya ve eğer gemi sürastaryada ise sürastarya devam etmeyecektir.

Olayda, ikinci periyottaki yani, boşaltmanın dalgalanma nedeniyle kesintiye uğramasından kaynaklanan gecikmenin, Kloz 8'de belirtilen yarı sürastarya ücretine girdiği ifade edilmiştir. Zira, fırtına nedeniyle yanaşamama halinde yarı ücretin ödeneceğini kabul edip de, dalgalanma nedeniyle tüm ücretin istenebilmesi anlamsız olacaktır. Bununla birlikte, Kloz 6'nın gecikmenin taşıtanın kontrolünde olmayan nedenden kaynaklanmasıyla ilgili hükmü, dalgalanmayı da kapsayıcı genişliktedir.

Öte yandan, Klozda yer alan rıhtım hazır olsun olmasın, geminin alışılmış (olağan) demirleme yerine varınca hazırlık ihbarı yapılabilir hükmü, hazırlık ihbarının yapılmasından önce rıhtımın hazır olmayabileceği, rıhtımın daha sonra hazır hale gelebileceği anlamına gelir. Bununla birlikte klozda, taşıtanın kontrolünde olmayan olaylar bakımından, starya veya sürastaryanın başlamayacağı ifade edildiğinden, bu süre için sürastarya ücreti istenemeyecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere, hazırlık ihbarının yapılması ve starya süresinin başlamasıyla ilgili olarak charter partilerde wibon klozu da yer almaktadır. **Wibon klozu** (*whether in berth or not*), rıhtıma yanaşılın ya da yanaşılmasın hazırlık ihbarının yapılabileceği anlamına gelmektedir. Yani, gemi rıhtımda olsun olmasın yükleme/boşaltma limanına varması üzerine taşıyan, hazırlık ihbarında bulunabilir. Hazırlık ihbarında bulunulduktan sonra, sözleşmede öngörülen zamanda da starya süresi işlemeye başlar.

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

Wibon klozunun, rıhtıma erişilmeye her türlü engel durumunda uygulanıp uygulanmayacağı sorunu *Kyzikos davasında* tartışılmıştır. Bu olayda¹⁰⁴, gemi boşaltma limanına varınca hazırlık ihbarında bulunulmuş ancak, yoğun sis (kötü hava şartları) nedeniyle rıhtıma zamanında yanaşılammıştır. Sözleşmeye göre starya süresi, hazırlık ihbarı öğleden önce çalışma saatleri içinde yapılırsa saat 14⁰⁰,da, eğer öğleden sonra yapılırsa ertesi gün saat 08⁰⁰,da başlayacaktır. Olayda hazırlık ihbarı saat 06⁴⁵ ile öğle arasında yapılmıştır. Hazırlık ihbarı yapılmasına karşın gemi rıhtıma, rıhtım hazır olmakla birlikte sis nedeniyle hemen yanaşamamıştır. Olayda bir rıhtım (*berth*) çarteri altında düzenlenen wibon klozu bulunmaktadır. House of Lord, “*wether in berth or not*” (wibon) klozunun amacının, bir *berth çarter* parti altında varış limanına ulaşan ancak, hazır bir rıhtım bulamayan geminin karşılaşıcağı problemin üstesinden gelmek olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla bu klozun, bir *berth çarter* parti altında hazır bir rıhtım olmasına karşın, rıhtıma ulaşmayı engelleyen kötü hava şartlarına uygulanamayacağına karar vermiştir. Bu kloz, bir *berth çarterini*, *port çarteri* haline, sadece rıhtımın hazır olmaması durumunda dönüştürür. Bu nedenle, House of Lord, burada dar yorumu benimseyerek, wibon klozunun rıhtımın hazır olmaması durumunda uygulanacağına, buna karşılık kötü hava şartları nedeniyle rıhtıma yanaşamamaya uygulanamayacağına hükmetmiştir¹⁰⁵.

İngiliz doktrininde bu karar, geminin yükle ilgilinin tasarruf ve kontrolüne geçmesi noktasında haklı görülmektedir. Buna göre, gemi limana varmış olmasına rağmen yükleme/boşaltma yerine elverişsiz hava şartları nedeniyle yanaşamıyorsa, bu durum geminin taşıyanın tasarruf ve kontrolünde olduğu şeklinde değerlendirilir. Buna karşılık, yanaşamama limanın sıkışıklığından kaynaklanıyorsa, bu durum artık geminin yükle ilgilinin tasarruf ve kontrolüne geçtiğini gösterir¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Bulk Transport Group Shipping Co Ltd v Seacrystal Shipping Ltd (The Kyzikos) [1989] 1 Lloyd's Rep. 1; 1989, A.C. 1264; “Meaning of 'whether in berth or not'; Bulk Transport Group Shipping Co Ltd v Seacrystal Shipping Ltd (The Kyzikos); “Law report”, The Times London, 24 October, 1988; “Law Report: Bad weather no bar to notice of readiness”, The Times London, 20 May, 1987; ATAMER, s. 69; BUSH, s. 451.

¹⁰⁵ ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 609.

¹⁰⁶ ÜLGNER, Bekleme Süreleri, s. 125.

Mustafa TÜYSÜZ

Wibon klozuyla ilgili diğer bir davada (Linardos)¹⁰⁷, gemi Richards Bay'e kömür yükleme için varmış ve hazırlık ihbarını 4 Ekim saat 16⁵⁰, de yapmıştır. Çarter parti şartlarına göre, starya süresi hazırlık ihbarının yapılmasından sonra saat 18⁰⁰, da başlayacaktır. Çarter partide aynı zamanda wibon klozu da yer almaktadır. Hazırlık ihbarı, rıhtıma yanaşmış olsun veya olmasın (*whether in berth or not*) geminin vardığını ve tüm açılardan yüklemeye hazır olduğunu onaylamaktadır. Bununla birlikte, gemi, yükleme için her açıdan hazır olması için deniz muayene sertifikası (Marine Surveyor's Certificate) dâhil gerekli tüm şartları yerine getirmemişse veya geminin sorumlu olduğu diğer bir nedenden dolayı bir zaman kaybolmuşsa, kaybolan bu zaman ihbar süresinden veya yükleme için izin verilen süreden sayılmayacaktır. Olayda, gemi rıhtıma vardktan üç gün sonra, ambarındaki su ve pas nedeniyle deniz muayenesinden (*marine surveyor*) geçememiştir. Gemi muayeneden ancak 8 Ekim saat 16³⁰, da geçebilmiştir. Taraflar arasındaki sorun, hazırlık ihbarı yapıldığı zaman bu ihbar geçerli midir veya sadece gemi muayeneden geçtikten sonra mı geçerli sayılacaktır? Sözleşmede, yükleme için geminin sorumlu olduğu muhtemel gecikmeler öngörölmüş olmakla birlikte, bu gecikmelerin hazırlık ihbarının yapılmasından önce veya sonra olması bakımından bir sınırlandırma yapılmamıştır. Davada hâkim, sözleşme hükmünü, hazırlık ihbarının geminin yükleme bakımından tüm açılardan hazır hale geldikten sonra geçerli olarak yapılabileceği şeklinde yorumlamıştır¹⁰⁸. Eğer gemi, erişilebilir bir rıhtımı beklemeye yükümlü ise ve wibon klozu gereğince yükleme için hazırlık ihbarı yapılmışsa, gemi ambarının temiz olmaması nedeniyle hazır olmamasına rağmen, hazırlık ihbarı başlangıçtan itibaren (yapıldığı andan itibaren) geçerlidir. Bununla birlikte, rıhtımın hazır duruma gelmesine rağmen geminin hâlâ hazır olmaması kargo işlemlerindeki gecikmişlikten kaynaklanıyorsa, devam eden süre gemi hazır kabul edilinceye kadar kesilecektir. Bu olayda, geminin rıhtıma girdikten sonra (temiz olmadığından) ambarının reddedilmesi söz konusudur. Geminin demirlemesinden itibaren geçen tüm zaman bakımından değil de, geminin rıhtımda ambarın temiz olmadığı gerekçesiyle reddini izleyen andan itibaren

¹⁰⁷ [Cobelfret N.V. v. Cyclades Shipping Co. (The Linardos), [1994] 1 Lloyd's Rep. 28 (Q.B. 1993 (BUSH, s. 453)].

¹⁰⁸ BUSH, s. 454.

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

kayıp zaman için süre işlemeyecektir¹⁰⁹. Diğer bir ifadeyle, gemiden kaynaklanan sürelerin düşürülmesine karşılık, starya süresi baştan (yani, rıhtımın beklenilmeye başlanılmasından) itibaren başlamış sayılacaktır.

Time lost klozu da (*time lost in waiting for berth to count as laytime*) wibon klozu gibi, yükleme/boşaltma yeri (rıhtımı) beklenirken kaybolan zamanın yükleme/boşaltma zamanından (staryadan) veya sürastarya süresinden sayılacağına ilişkindir. Dolayısıyla, bu kloz uyarınca yükleme/boşaltmadaki gecikmenin sorumluluğu taşıtana yüklenmiştir.

Time lost klozunda geminin limana yanaşıp yanaşmaması önem taşımaz. Bu kloz, geminin yükleme/boşaltma yeri bulamaması nedeniyle bekleme durumunda kaldığı bütün hallere uygulanabilir¹¹⁰. Keza, geminin yükleme/boşaltma yeri beklerken demirlediği yerin limanın sınırları içerisinde olup olmaması da fark etmez¹¹¹. Bununla birlikte, geminin demirlemiş olduğu yerin, içerisinde bulunulan şartlar dâhilinde limana ulaşılabilen en yakın yer olması gerekir¹¹².

Time lost klozunun wibon klozundan tek farkı, wibon klozunun sadece geminin rıhtıma, rıhtımın meşgul olması nedeniyle yanaşamaması halinde uygulanabilmesidir¹¹³. Oysa time lost klozu, geminin yükleme/boşaltma yeri bulamaması nedeniyle beklemek zorunda olduğu bütün hallere uygulanabilmektedir¹¹⁴. Örneğin, Kyzikos olayında time lost klozu geçerli olsaydı, sis nedeniyle geminin liman açığında beklediği süre staryadan sayılabilirdi¹¹⁵.

Öte yandan, time lost klozu uyarınca taşıtanın sorumlu olması, yani starya süresinin başlayabilmesi için geminin yükleme/boşaltmaya hazır olması gerekir. Aksi takdirde, geminin hazır olma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmeyen gemi sahibi, bu durumun menfaatlerinden

¹⁰⁹ BUSH, s. 454.

¹¹⁰ ÜLGENER, Bekleme Süreleri, s. 129.

¹¹¹ ÜLGENER, Bekleme Süreleri, s. 129.

¹¹² ÜLGENER, Bekleme Süreleri, s. 129.

¹¹³ ÜLGENER, Bekleme Süreleri, s. 131.

¹¹⁴ ÜLGENER, Bekleme Süreleri, s. 129. [Reefer Express Lines Pty, Ltd, as Disponent Owners of M/V Abdel Moumen and Albury Sales Company, Inc, as Charterers SMA No 1583 (1981) (Aspragkathou, Review of The Gencon Charter, s. 611)].

¹¹⁵ ATAMER, s. 76.

Mustafa TÜYSÜZ

yararlanacaktır. 1994 Gencon Klok 6 bu probleme değinilmekte, geminin yükleme/boşaltmaya tüm açılardan hazır olduğu yönündeki kaptanın güvencesi ile staryanın başlayacağı ifade edilmektedir¹¹⁶. Dolayısıyla eğer gemi yükleme/boşaltmaya hazır değilse staryaya süresi kesilir. Geminin incelemesi sonucu tüm açılardan yükleme/boşaltmaya hazır olmadığı tespit edilirse, geminin tekrar yükleme/boşaltmaya hazır olmasına kadar geçecek süre staryadan sayılmayacaktır¹¹⁷. Bununla birlikte, eğer staryaya süresi kullanılmış ve gemi sürastaryaya süresinde ise, sürastaryanın durmasını sağlamaz. Bu durumda bir kez sürastaryaya başlarsa, hep devam eder (“*once on demurrage always on demurrage*”) kuralı uygulanacaktır¹¹⁸.

Time lost klozu deniz ticaretinde kullanılan çeşitli formlarda yer almaktadır. Örneğin, yukarıda ifade edilen The Baltic and International Maritime Council (BIMCO)’nun 1994 Gencon Klok 6/c 2.alt başlık son cümlede, rıhtım beklenirken kaybolan zamanın yükleme/boşaltma zamanından (staryadan) veya sürastaryaya süresinden sayılacağı ifade edilmektedir. Öte yandan, aynı klozla ilgili son cümlede, bekleme yerinden rıhtıma doğru harekette kullanılan zamanın staryaya süresinden sayılmayacağı belirtilmiştir.

1994 Gencon çarter formu sefer (*voyage*) çarter partilerinde yaygın olarak kullanılmaktadır¹¹⁹. Bunun bir nedeni 1994 Gencon 6/c Klokunun 2. alt paragrafında yer alan, rıhtımın hazır olmaması ile ilgili time lost hükmüdür. Bu hükmün donatanların (gemi sahiplerinin) lehine olduğu görülmektedir. Zira bu hüküm, liman içinde veya dışında beklerken hazırlık ihbarında bulunabilmeye izin vermekte ve gemi rıhtımda imiş gibi staryaya süresini başlatmaktadır¹²⁰.

Aynı şekilde, BIMCO Uluslararası Denizcilik Komitesi (*Comité Maritime International -CMI*), Gemi Brokerleri ve Acenteleri Ulusal

¹¹⁶ https://www.bimco.org/~media/Documents/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GENCON_94.ashx (erişim 20.8.2011).

¹¹⁷ https://www.bimco.org/~media/Documents/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GENCON_94.ashx (erişim 20.8.2011).

¹¹⁸ ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 609. Bu kuralla ilgili bkz. OKAY, s. 127, dn. 478.

¹¹⁹ ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 616.

¹²⁰ ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 616.

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

Birlikleri Federasyonu (*The Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents -FONASBA*) ve Kuru Yük Gemi Sahipleri Uluslararası Birliği (*The International Association of Dry Cargo Shipowners – INTERCARGO*) tarafından ortak olarak yayınlanan *Voyage Charter Party Laytime Interpretation Rules (The Voylayrules) 1993'de*¹²¹ de time lost klozu yer almaktadır. Buna göre, yükleme veya boşaltma rıhtımı hazır değilse ve gemi bekleme yerinde hazırlık ihbarında bulunamazsa, bundan sonra geminin kaybettiği her bir zaman starya süresi başlamış gibi sayılacak veya starya süresi bitmişse sürastarya süresi başlamış gibi sayılacaktır. Rıhtım hazır olduğunda ise bu süreler duracaktır. Geminin hazırlık ihbarının yapılabileceği bir yere ulaşması durumunda, starya veya sürastarya süresi bu ihbarın yapılmasından ve starya süresi açısından, charter partide belirlenen ihbar zamanının sona ermesinden itibaren yeniden başlayacaktır.

Keza, Asbatank¹²² form Kloz 6'da¹²³ “hazırlık ihbarında bulunulduktan sonra, geminin taşıtanın kontrolü altında olmayan bir nedenden dolayı rıhtıma girmesi gecikmişse, bu gecikme kullanılan starya süresinden sayılmayacaktır” hükmü yer almaktadır. Kloz 7'de ise, yükleme ve boşaltma için süreler düzenlenmiştir. Buna göre, geminin durumundan veya bozuk olmasından ya da geminin imkânlarının kargonun yüklenmesi veya boşaltılması bakımından yetersizliğinden kaynaklanan gecikmeler, kullanılan staryadan sayılmayacaktır. Eğer, gemi sahibinin düzenlemeleri veya liman idareleri, kargonun gece yükleme veya boşaltmasını yasaklamışsa, kaybolan bu süreler staryadan sayılmayacaktır. Buna karşılık, gece yükleme/boşaltmayı taşıtan, gönderen veya alıcı yasaklamışsa, bu kaybolan süreler staryadan sayılacaktır. Öte yandan, geminin demirleme yerinden yükleme/boşaltma rıhtımına harekette geçen süreler, safrayı boşaltmada geçen süreler, staryadan sayılmayacaktır.

Time lost klozuyla ilgili olarak, Patricia Star Gemisinin sahibi John A. Kistvad and Co AJS ile W.W.Young Interests (taşıtan) arasındaki davada

¹²¹ <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5401/h06/undervisningsmateriale/voylayrules93.pdf> (erişim 20.8.2011).

¹²² ASBA, ABD'de 1934'de kurulan Gemi Brokerleri ve Acenteleri Birliği Kuruluşudur [Association of Ship Brokers and Agents (USA), Inc., (<http://www.asba.org>, erişim 20.8.2011)].

¹²³ <http://asbatankvoy.com/asbatankvoy-cp> (erişim 20.8.2011).

Mustafa TÜYSÜZ

hakeme gidilmiştir¹²⁴. İhtilaf 1974 Gencon'la ilgilidir. Gemi Coatzacoalcos'a varmış ancak, boşaltma rıhtımının hazır olmasını beklemek üzere demirleme zorunda kalmıştır. Gemi demirleme yerine varınca, kaptan hazırlık ihbarında bulunmuştur. Olayda gecikme rıhtımın hazır olmamasından kaynaklanmıştır. Hakem heyeti, sefer (yolculuk) charter partinin, taşıtanlara rıhtımı hazır bulundurma ve bunu temindeki risklere katlanma yükümlülüğü yüklediğini belirtmiştir. Keza, hakem heyeti, Gencon formunun 5 ve 6. Klotunda belirtildiği gibi, "time lost in waiting for berth to count" ifadesinin, geminin varmasına rağmen belirlenen rıhtıma yanaşamaması durumunda, bekleme süresinin staryadan sayılacağını gösterdiği görüşündedir. Dolayısıyla, aksine karar vermek, yerleşmiş prensiplere ve tarafların charter partide kabul ettiği şartlara aykırı olacaktır. Heyettekilerin çoğunluğu, burada bir port charter partinin olduğunu da belirtmiştir. Sözleşmede yer alan 11. Kutucukta (Box 11) taşıtan "...Coatzacoalcos/Mexico'yu, daima erişilebilir, daima yüzülebilir, güvenli bir rıhtım" şeklinde belirtmiş olmasına rağmen, gemi vardığında bu rıhtım hemen hazır veya erişilebilir değildi. Dolayısıyla bu durum, taşıtanın aleyhine olacaktır. Keza, heyettekiler, rıhtım sıkışıklığından (dolu olmasından dolayı erişilememesinden) kaynaklanan beklemenin riskini charter partinin çeşidine (*port veya berth charter parti*) bakmaksızın Klot 6'nın belirlediği görüşündeler. Zira kutucuk 11 ile taşıtan, rıhtımın daima erişilebilir olduğunu taahhüt etmiştir. Bu olayda, time lost klotu charter partide yer aldığından, beklemenin risklerini belirleme bakımından charter partinin tipi (yani bir port veya berth olması) bir fark oluşturmayacaktır.

Aynı şekilde North River Freighters Ltd v. President of India¹²⁵ olayı da, Gencon formunun time lost klotuyla ilgilidir. Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal), hazırlık ihbarının yapılması ile time lost klotunun birbirinden bağımsız olduğunu belirtmiştir. Olayda, charter parti şartları altında rıhtım beklerken kayıp zaman riskinin taşıtana yüklendiği ifade edilmiş ve taşıyanın, hazırlık ihbarı yapılmadığı gerekçesiyle bu haktan yoksun bırakılmayacağına karar verilmiştir. Kaptanın, gemi limana ulaşınca bir

¹²⁴ [A. Kistvad and Co A/S, as Owners of the Patricia Star and W.W. Young Interests, as Charterers SMA No 1855 (1983) (Manfred W Arnold, Ferdinand E. Sauer, Michael A. van Gelder, Arbs) (ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 613)].

¹²⁵ [North River Freighters Ltd v. President of India [1955] 2 Lloyd's Rep. 668. (ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 613)].

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

ihbarda bulunma yükümlülüğü doğmamıştır, zira bu bir berth charter parti idi. Dolayısıyla, taşıtan hazır bir rıhtımı belirlemek zorunda idi. Olayda ise taşıtan bunu yapmadığından zaman kaybolmuştur.

Benzer şekilde, *Metal & Ropes Company Ltd. v. Filia Compania Limitada ("The Vastric")*¹²⁶ davasında mahkeme, North River davasındaki Court of Appeal'in kararına atıf yaparak, *time lost* (beklemede kayıp zaman) hükmü ile hazırlık ihbarının yapılması hükmünün birbirinden bağımsız olduğuna, karar vermiştir.

Bir diğer olayda da mahkeme¹²⁷, *time lost* klozunun grev klozu (*strike clause*) gibi charter partideki diğer klotlardan bağımsız olduğuna karar vermiştir. Grev klozu, geminin varmasından sonra grev veya engellemeler bakımından taşıtanı sorumluluktan kurtarır.

Aynı şekilde, *Navrom v. Callitsis Ship Management SA (The Radauti)* davasında¹²⁸ İngiliz Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal), *time lost* klozunun mücbir sebep (*force majeure*) gibi charter partideki diğer klotlardan üstün olmadığına (onlardan önce gelmediğine) karar vermiştir. Bu olayda, sözleşmede "*hindrances happening without the fault of the charterers*" klozu (taşıtanın kusuru olmaksızın meydana gelen engeller) ile "*time lost in waiting for berth to count as laytime*" klozu bulunmaktaydı. Bu kloz, taşıtanın kusuru olmaksızın meydana gelen gecikmeler nedeniyle rıhtımın beklenmesi durumunda geçecek sürenin staryadan sayılacağını göstermektedir¹²⁹.

SONUÇ

Geminin yükleme/boşaltma işlemlerindeki gecikmenin sonuçlarına kimin katlanacağı hususunda taşıma sözleşmelerinde (charter partilerde) açık

¹²⁶ [Metals & Ropes Company LTD. v. Filia Compania Limitada ("The Vastric") [1966] 2 Lloyd's Rep 219 (ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 613-614)].

¹²⁷ [Tonian Navigation Company Inc. v. Atlantic Shipping Company S.A. (The Loucas N), 1971, 1 Lloyd's Rep. 215; 1970, 2 Lloyd's Rep. 482; SMA No 598A (1971)(ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 614)].

¹²⁸ [Navrom v. Callitsis Ship Management SA (The Radauti) [1988] 2 Lloyd's Rep. 416 (ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s. 614; BUSH, s. 452-453)].

¹²⁹ [1988] 2 Lloyd's Rep. 417 (Eng. C.A.). Keza bkz N.V. Reederij Amsterdam v. President of India (The Amstelmolen), [1961] 2 Lloyd's Rep. 1 (Eng. C.A.) (BUSH, s. 453)].

Mustafa TÜYSÜZ

hükümler olabilir. Bu takdirde yükleme (starya) süresinin başlayıp başlamadığına ilişkin sorun sözleşmelerdeki bu hükümler gereği çözümlenecektir. Taşıma sözleşmeleri, liman çarteri (*port charter*) şeklinde olabileceği gibi rıhtım çarteri (*berth charter*) şeklinde de olabilir.

Sözleşmelerde gecikmelerle ilgili bir hüküm bulunmazsa, faaliyet sahaları kuralı ve kusur-sebebiyet kuralları sorunun çözümünde dikkate alınabilecektir.

Bir *port charter* altında varmış bir gemi (*arrived ship*), taşıtanın hemen ve etkili yönetimine girecek şekilde liman içine varmasını gerektirir. Bir *berth charter* altında varmış bir gemi ise, yükleme için sözleşmede belirlenen rıhtıma veya taşıma sözleşmesinde yer alan şartlar gereği taşıtan tarafından belirlenen rıhtıma yanaşmayı ifade eder. Dolayısıyla, *port charteri* taşıyanlar, *berth charteri* ise taşıtanların lehine görülmektedir. Öte yandan, taşıma sözleşmelerinde taşıtanın belirlenen rıhtımın daima yanaşılabilir olduğuna ilişkin verdiği güvence de onun aleyhine sonuç doğurur.

Diğer taraftan, varmış bir gemi olabilmek için, limanın mevzuatı ve teamüllerini yerine getirmek gerekir. Örneğin, gümrüğe giriş için bazı formalitelerin yerine getirilmesi gerekiyorsa onların yapılması, serbest pratika alınması gerekiyorsa alınmış olması gerekir. Belirtelim ki, çarter partiye konacak klotlarla bu durumların aksi karşılaştırılabilir.

Aynı şekilde, deniz taşımacılığında standart formlar da kullanılmaktadır. Bu formlarda yer alan klotlardaki hükümler staryanın başlamasıyla ilgili hükümler içermektedir. Bu klotlar arasında wibon ve time lost klotu esas itibarıyla, rıhtıma yanaşamamanın sonucunu taşıtana yüklemektedir. Rıhtım dolu olması durumunda taşıyan, geminin limanda olağan demirleme yerine varması üzerine hazırlık ihbarı yapabilecek, starya da buna uygun olarak başlayabilecektir. Time lost klotu, wibon klotundan farklı olarak, rıhtıma yanaşamamaya engel her hale uygulanabilmektedir. Buna karşılık wibon klotu rıhtımın dolu olması nedeniyle geminin yanaşamamasına uygulanmakta, kötü hava şartları gibi diğer nedenlere uygulanmamaktadır.

KAYNAKÇA

ASPRAGKATHOU, Despoina, “Review of The Gencon Charter Clauses for The Commencement of Laytime: Analysis of The ‘Time Lost in Waiting for a Berth to Count as Laytime or Time on Demurrage’ Clause”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, October, 2007, s. 603-616, (ASPRAGKATHOU, Review of The Gencon Charter, s.).

ASPRAGKATHOU, Despoina, “The Happy Day and Issues of the Invalidity of a Notice Of Readiness under English Law”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, April, 2007, s. 191-214, (ASPRAGKATHOU, notice of readiness, s.).

ATAMER, Kerim, “Bir Navlun Sözleşmesinde Yer Alan Whether In Bert Or Not Klozunun Uygulama Alanı ve Davada İleri Sürülmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl: 1991, Sa.1, C. 65, s. 60-94 (ATAMER, s.).

BURKE, Raymond, J., “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Voyage Charters -- Special Problems”, *Tulane Law Review*, Mayi 1975, s. 937-956 (BURKE, s.).

BUSH, Philip, “Charter Party Symposium: Delay and Detention”, 25 *Tulane Maritime Law Journal*, Summer, 2001, s.450, s. 441-468 (BUSH, s.).

CROMWELL, A. Anderson, “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Time and Voyage Charters: Proceeding to Loading Port, Loading, and Related Problems” *Tulane Law Review*, May, 1975, s. 880-899 (CROMWELL, s.).

ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegân, *Deniz Ticaret Hukuku*, C. 2, b. 8, İstanbul, 2006 (ÇAĞA/KENDER, s.).

DEMİR-ARAZ, Yeliz, “GENCON (94) Sefer Çarteri Sözleşmesinde Sürastarya Klozu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl, 2004, C. 3, Sa. 5, s. 85-118 (DEMİR-ARAZ, s.).

HOWARD, Tim/DAVENPORT, Brian, “English Maritime Law Update 1994/1995”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, July, 1996, s. 427-452 (HOWARD/DAVENPORT, s.).

Mustafa TÜYSÜZ

KARAKADILAR, Nejat, “Deniz Ticaret Hukukunda Yükleme ve Boşaltma Müddeti (Starya Süresi)”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1986, Sa.1, s. 27-62 (KARAKADILAR, s.).

KENDER, Rayegân/ÇETİNGİL, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler, 9. Baskı, İstanbul, 2007 (KENDER/ÇETİNGİL, s.).

KUMAR, Selva, Charterer has absolute duty to provide cargo: court, The Business Times Singapore, 19 December, 2003 (KUMAR, s.).

OKAY, Sami, Deniz Ticareti Hukuku II, b. 2, İstanbul, 1971 (OKAY, s.).

ÜLGENER, Fehmi, GENCON 94 Çarter Partisine Genel Bir Bakış, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, s. 23-24 (ÜLGENER, Gencon, s.).

ÜLGENER, Fehmi, “Bekleme Sürelerinin Başlangıcına Dair Bazı Hukuki Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.16, Sa.2, Yıl.1991, s. 122-188 (ÜLGENER, Bekleme Süreleri, s.).

VANDEVENTER, Braden, “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: Analysis of Basic Provisions of Voyage and Time Charter Parties”, Tulane Law Review, May, 1975, s. 806-845 (VANDEVENTER, s.).

WILSON, Willian, A., “Admiralty Law Institute: Symposium on Charter Parties: British Aspects of Chartering Problems: Some Recent Developments”, Tulane Law Review, May, 1975, s. 1065-1076 (WILSON, s.).

----- Law Report: Swell was delay beyond charterer’s control, The Times London, 9 Marc, 1987.

----- Law: Owners to bear expense of delay in loading at berth”, Lloyd’s List, 8 July, 1994.

----- “Law Report: Bad weather no bar to notice of readiness”, The Times London, 20 May, 1987.

Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması

----- “Meaning of 'whether in berth or not'; Bulk Transport Group Shipping Co Ltd v Seacrystal Shipping Ltd (The Kyzikos); Law report”, The Times London, 24 October, 1988.

----- United Nations Conference on Trade and Development, 27 June, 1990, Trade and Development Board Committee on Shipping Working Group on International Shipping Legislation Twelfth Session Geneva, 22 October, 1990, (<http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/Reports%20and%20Documents/Charter%20Parties-A%20Comparative%20Analysis.pdf>, erişim 22.8.2011).

<http://asbatankvoy.com/asbatankvoy-cp> (erişim 20.8.2011).

<http://www.asba.org> (erişim 20.8.2011).

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5401/h06/undervisningsmateriale/voylayrules93.pdf> (erişim 20.8.2011).

https://www.bimco.org/~/_media/Documents/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GENCON_94.ashx (erişim 20.8.2011).

BOŞ

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

**ASKERÎ CEZA HUKUKUNDA AMİRE VEYA
ÜSTE HAKARET SUÇU
(AsCK m. 85)**

Olgun DEĞİRMENCİ*

ÖZET

Silahlı kuvvetler her zaman göreve hazır bulunmak zorundadır. Bunun için emirlere itaatin sağlanması ve mutlak bir disiplinin tesisi gerekir. 1930 tarihli Askerî Ceza Kanunu'nun 85'inci maddesinde düzenlenen amire veya üste hakaret suçu, disiplinin tesisine hizmet etmektedir. Söz konusu maddede amire veya üste onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya söven ast cezalandırılmıştır. Maddede aynı zamanda hakaret suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Suç ile korunan hukuki yarar askerî disiplin ve itaatin yanı sıra amir veya üstün şerefidir. Söz konusu suçta fail ve mağdur özellik göstermektedir. Mağdur, amir veya üst olan bir kişi iken; fail ast veya maiyettir. Amire veya üste hakaret suçu askerî yargının görev alanına giren bir suçtur. Söz konusu suçun, siviller tarafından iştirak halinde işlenmesi durumunda siviller için adliye mahkemeleri görevli olacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Askerî suç, askerî cürüm, sövme, hakaret, amir ve üste hakaret.*

**THE OFFENCE OF DEFAMATION TO COMMANDER OR SUPERIOR IN
MILITARY CRIMINAL LAW (MCC s. 85)**

ABSTRACT

The armed forces have to be ready for service at any time. The discipline and obedience of orders are essential in order to execute the mission. The offence of defamation to commander or superior that is arranged in section 85 th of the military criminal code dated 1930 is to serve the establishment of discipline. According to the aforementioned section, any subordinate who acts with the

* Yrd. Doç. Dr., Kara Harp Okulu Dekanlığı Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, odegirmenci@kho.edu.tr

Olgun Değirmenci

intention to harm the honor, reputation or dignity of commander or superior through concrete performance or giving impression of intent is punished. At the same time, the qualified of defamation is arranged in the section. The legally protected interests are military discipline, obedience as well as the honor of commander or superior. In this crime, the perpetrator and victim has a distinctive feature. The victim must be a superior or commander and also the perpetrator must be subordinate of the victim. The offence of defamation to commander or superior is under military jurisdiction. Civil courts have the power to trial civilians who are accessory of this crime

Key Words: *Military crime, military offence, libel, defamation, defamation to commander or superior.*

1- Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

Amire ve üste hakaret suçu 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun¹ 85'inci maddesinde üç fıkra hâlinde düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir; “(1) Bir amire veya üste hakaret eden üç aydan bir seneye kadar hapis cezası ile, hakaret hizmet esnasında yahut hizmete müteallik bir muameleden dolayı vuku bulursa altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Hakaret bir madde mahsusa tayini ile vukua gelmiş ise altı aydan beş seneye kadar hapsolunur. (3) Hakaret umuma teşhir olunmuş yazı, resim veya sair neşir vasıtalarıyla veya resmi makamlara verilip de üzerine muamele cereyan etmiş evrak ile yapılmış ise bir seneden beş seneye kadar hapsolunur.”.

Maddenin birinci fıkrasında amir ve üste basit hakaret suçu ile hizmet esnasında yahut hizmete müteallik muameleden dolayı vuku bulan nitelikli hâli düzenlenmiştir. İkinci fıkrada madde mahsusa tayini ile hakaret suçu ve üçüncü fıkrada ise suçun diğer nitelikli hâllerine yer verilmiştir.

Çalışma konumuz olan suç 1632 sayılı Kanunun kabul edildiği 22 Mayıs 1930 tarihinden sonra bir defa 4551 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi

¹ 22 Mayıs 1930 tarihinde kabul edilmiş ve 15 Haziran 1930 tarih ve 1520 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

ile değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklik, maddenin birinci fıkrası ile sınırlı tutulmuş ve birinci fıkrada yer alan “mafevke” kelimesi “üste” şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca birinci fıkrada yer alan amire ve üste hakaret suçunun basit şekli için asgari ceza sınırı konulmuş, azami ceza sınırında değişiklik yapılmamıştır. Değişiklikten önce, hakaret suçunun basit şekli için bir seneye kadar hapis cezası öngörülmekte iken, değişiklikle birlikte ceza “üç aydan bir seneye kadar hapis” şeklinde değiştirilmiştir.

Aşağıda unsurlarına göre inceleyeceğimiz 85’inci madde, askerî ceza hukukunda hakaret ve sövme suçları bakımından uygulanacak yegâne hüküm değildir. Hakaret ve sövme eylemlerinin, ast tarafından üste veya amire yöneltilmesi durumunda 85’inci madde uygulanacak iken, üst tarafından asta yöneltilen hakaret ve sövme eylemleri bakımından 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun’un² 55’inci maddesi uygulanır. Askerî personel arasında astlık ve üstlük münasebetinin bulunmaması hâlinde hakaret ve sövme eylemleri için TCK’nın 125’inci maddesi uygulama alanı bulacaktır.

2- Korunan Hukuki Değer

Ceza hukukunun görevinin, toplumsal yaşamın temel değerlerini koruması olduğu gibi³, askerî ceza hukuku da askerî düzeni ve söz konusu düzen içindeki ilişkileri korumaktadır. Söz konusu toplumsal değerler, ceza hukuku tarafından korunmaya alınması ile beraber, hukuksal değer niteliğine kavuşurlar⁴. Hukuksal değerler, fiilin üzerinde icra edildiği veya suçun konusunu oluşturan somut değerler değil, hukuksal düzenin devamı için korunması gereken soyut, manevi ve ideal değerlerdir⁵. Ceza normunun bir hukuksal değeri koruması, herhangi bir hukuksal değeri korumayan ceza normunun olmayacağı noktasından hareket edersek⁶, her ceza normu ile en

² 16 Haziran 1964 tarihinde kabul edilmiş ve 26 Haziran 1964 tarih ve 11738 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³ KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 32; HAKERİ, s. 27; ÖZGENÇ, s. 35.

⁴ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Ceza Genel, s. 305; KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 32.

⁵ KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 32; Ayrıca bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Ceza Genel, s. 305; hukuksal değer kavramı ile ilgili geniş bilgi için bkz. ÜNVER, s. 58 vd.

⁶ “Tıpkı bir paranın yazı-turası örneğinde olduğu gibi, bir yandan bir emirler öte yandan bir değerler sistemi bütünü olan ceza hukuku, bir irade tezahürü olarak ifadesini, beşeri

Olgun Değirmenci

az bir hukuksal değerin korunduğunu söyleyebiliriz. Her ceza normu en az bir hukuksal değeri korur ama bazı durumlarda ceza normunun korumasına birden fazla hukuksal değer de girebilir. İnceleme konumuz olan suç bakımından korunan hukuki değer birden fazladır.

Modern devlet ile daimi ordu devamlı iç içe olmuştur. Modern devlette ordunun görevi, fiziksel şiddeti etkili bir şekilde kullanarak hasmının savaşıma ve mücadele etme yetenek ve imkânlarını yok etmek veya en azından hasmını savaşılamayacak duruma getireceğine veya saf dışı bırakabileceğine inandıracak düzeyde dolaylı bir tehdit kullanmaktır⁷. Ordunun, ihtiyaç duyulduğunda tehdidi uygulamaya dönüştürebilmesi, tüm unsurlarının belli bir düzen içinde hareket etmesi ile mümkündür. Bu ise disiplin ile sağlanacaktır. Ordunun kuvveti, ordunun tüm unsurlarında bulunan disiplinin kuvvetine bağlıdır⁸.

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) İç Hizmet Kanunu'nun⁹ disiplinin tarifini yapan 13'üncü maddesi, askerliğin temelini disiplin olduğunu ifade etmiştir. Ordunun temeli olarak görülen disiplin; "*Kanunlara, nizamla ve âmirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet ...*" şeklinde tanımlanmıştır. İç Hizmet Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan İç Hizmet Yönetmeliği, birçok maddesinde disiplinin önemini vurgulamış ve disiplinin tesisi ve idamesi için alınması gerekli tedbirleri belirtmiştir.

211 sayılı Kanun'un "Astın vazifeleri" başlıklı 14'üncü maddesi; astların amirlerine ve üstlerine umumi adap ve askerî usullere uygun tam bir saygı göstermekle yükümlü olduklarını belirtmiştir. Söz konusu maddeye aykırı eylemler ise AsCK'nın öncelikle "askerî itaat ve inkıyadı bozan

davranış kurallarında veya normlarında bulmaktadır." HAFIZOĞULLARI, Ceza Genel, s. 10.

⁷ BRÖCKLING, s. 23, 24. Aynı şekilde bkz. DEĞİRMENCİ, Emre İtaatsizlik, s. 1.

⁸ SEVİG, Askerî Adalet, s. 236; SEVİG, Askerî Ceza Kanunu, s. 92; İPEKSÜMEROĞLU, s. 456; "*Disiplin, askerliğin olmazsa olmaz koşulu, başlıca güç kaynağıdır. Her askerî ahlak ve karakter olgunluğuna ulaşması; bilgi, fikir ve düşünce yapısının gelişmesi; ruhen ve bedenen güçlü olması ve vazifelerini tam ve zamanında yerine getirebilmesi için üstün bir disiplin anlayışına sahip olması gereklidir.*" KOÇ, s. 47.

⁹ 4 Ocak 1961 tarihinde kabul edilmiş ve 10 Ocak 1961 tarih ve 10703 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

suçlar” başlıklı Beşinci Faslında olmak üzere muhtelif maddelerinde cezalandırılmıştır. Örneğin AsCK’nın 82’nci maddesinde düzenlenen amir ve üste saygısızlık ve tehdit, 90’ıncı maddesinde düzenlenen mukavemet, 91’inci maddesinde düzenlenen fiilen taarruz suçları, “amir ve üste tam bir hürmet” ilkesini ihlal eden eylemlerdir.

Amir ve üste hakaret suçu ile korunan hukuki değer; askerî disiplin, askerî itaat ve terbiyedir. Nitekim bu özel değeri korumak isteyen kanun koyucu, TCK’da hakaret suçuna¹⁰ ve özellikle kamu görevlisine hakarete ilişkin düzenlemeler bulunmasına rağmen, AsCK’da amir ve üste saygısızlık suçunu özel olarak düzenlemiştir. Askerî Yargıtay da bir kararında, amir ve üste saygısızlık suçu ile korunan hukuksal değer sadece mağdur amir ve üstün şeref ve haysiyeti değil, askerî itaat, askerî disiplin ve terbiye olduğunu açıkça ifade etmiştir¹¹.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere amir ve üste hakaret suçu ile korunan hukuksal değer karma niteliktedir. Öncelikle ordunun vazgeçilmez değerlerinden askerî itaat, terbiye ve disiplinin korunmasının yanı sıra amir veya üstün şeref ve haysiyeti de ayrıca korunmaktadır. Nitekim amirin veya üstün şeref ve haysiyetinin korunan hukuksal değer olması durumunda AsCK’nın 85’inci maddesi ile korunan hukuksal değer, TCK’nın 125’inci maddesi ile korunan hukuksal değer ile örtüşmektedir. TCK’nın 125’inci maddesi gerekçesinde ifade edilen ve hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuksal değerler, başka bir anlatımla kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığı da, askerî itaat, disiplin ve terbiyenin yanı sıra AsCK’nın 85’inci maddesi ile korunan hukuksal değerlerdir¹².

¹⁰ 765 sayılı TCK’da 266 ve 480 vd. maddeleri, 5237 sayılı TCK’da 125 vd. maddeleri.

¹¹ “Askerlik hizmetinin bir gereği olarak ast, amir ve üstüne her zaman ve her koşulda umumi adap ve askerî usullere uygun tam bir hürmet göstermeye mecbur olup ast ile üst veya amir arasında bulunması zorunlu olan bu bağın korunmasına yönelik olarak AsCK’nın 85’inci maddesi ile amire veya üste karşı işlenen hakaret fiilleri düzenlenmiştir. Üst veya amirin şeref ve haysiyetine tecavüz, sadece mağdur üste değil aynı zamanda askerî disipline, askerî itaat ve terbiyeye bir saldırı niteliğinde olup bu nedenle hakaret ve sövmeye ilişkin Türk Ceza Kanununun esaslarından ayrı olarak Askerî Ceza Kanununda astın üst veya amire yönelik hakaret ve sövme fiilleri hakkında özel hüküm konulmuştur...” (As. Yrg. 1. D., 14.03.2007/477). Karar için bkz. KOÇ, s. 499.

¹² Ayrıca bkz. ÇELEN, s. 291.

Olgun Değirmenci

Korunan hukuksal değer olarak şeref¹³, bir insanın kendi özvarlığına karşı duyduğu saygı (iç şeref) ve diğer kişilerin o bireye duyduğu saygı (dış şeref) olmak üzere iki düzeyde değerlendirilmektedir¹⁴. Her iki düzeydeki değerlerin de suç ile korunan hukuksal değerler arasında bulunduğunu belirtmeliyiz. Dış şerefi veya başka bir anlatımla kişinin toplumdaki diğer insanların gözündeki saygınlığını hangi eylemlerin zedeleyeceği veya ortadan kaldıracığında belirleyici ölçüt, bireyin içinde bulunduğu toplumdaki değer yargılarıdır. Zira toplumsal değer yargıları her topluma göre değişiklik gösterir ve bir toplumda şeref veya saygınlığı zedeleyici nitelikteki bir eylem, diğer toplumda şerefe veya saygınlığa saldırı niteliğinde görülmebilir.

3- Tipikliğin Maddi Unsurları

a. Fail

Amir veya üste hakaret suçunun faili, asker kişidir. Fail, mağdura göre ast veya maiyet konumunda bulunmalıdır. AsCK'nın 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında asker kişiler; "*Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma ve uzman erbaşlar, erbaş ve erler ile askerî öğrencilerdir.*" şeklinde belirtilmiştir.

Bu kapsamda maddenin 1'inci fıkrasında sayılan asker kişilerden herhangi biri söz konusu suçun faili olabilir. Fail, mağdura göre rütbe ve kıdem bakımından aşağıda bulunan bir kimse olacak (İç Hz. K. m. 10) veya

¹³ "*Şeref, kişinin sosyal değerini oluşturan şartların bütünüdür.*" TOROSLU, s. 100.

¹⁴ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 45; ÖZBEK, s. 257; "*Nesnel açıdan değerlendirmede, 'rencide etme / aşığılama'nın belirlenmesinde temel ölçüt, örf ve adet kuralları olmalıdır. Öznel açıdan değerlendirmede ise, kişinin kendisine içsel olarak atfettiği değer dikkate alınmalıdır.*" ÖZEN, Mustafa, s. 95; ARISOY, s. 154, 155; Bir başka değerlendirme ise şerefin sübjektif ve objektif yansımasıdır. Terimsel bir farklılık getiren bu ayrım da şerefin sübjektif yansıması, bireyin kendi nitelikleri (meziyetleri) hakkında yapılan değerlendirmeden; objektif yansımasında ise başkalarının birey hakkındaki düşüncelerinden veya bireyin toplumda sahip bulunduğu itibardan bahsedilir. (TOROSLU, s. 100); ÖZEN, Muharrem, s. 315 vd; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 3054; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 440; ÇETİN, s. 26; TARHAN, s. 271; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 373; HAFIZOĞULLARI, Şerefe Karşı Suçlar, s. 3; YURTCAN, s. 249.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

makam veya memuriyet itibarıyla emretme yetkisine sahip bir kimsenin emri altında (İç Hz. K. m. 9) bulunacak, başka bir anlatımla maiyet olacaktır.

Subay, özel kanunlarına göre Silahlı Kuvvetlere katılan ve asteğmenden mareşale (deniz kuvvetlerinde büyük amiral) kadar rütbeyi haiz bulunan asker kişidir (AsCK m. 3; İç Hz. K. m. 3-a/6). Subaylardan, muvazzaf olanlar 926 sayılı TSK Personel Kanunu'na¹⁵, sözleşmeli statüsünde bulunanlar ise 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun'a¹⁶ tabidirler. Sözleşmeli subaylar, 4678 sayılı Kanun'un 22'nci maddesi uyarınca emsallerine ilişkin disiplin ve ceza hükümlerine tabi olduğundan, AsCK'da yer alan suçların faili olabilirler¹⁷. Subaylar, erbaş ve erler, uzman erbaşlar, uzman jandarmalar ve astsubayların üstü durumundadırlar. 926 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinde¹⁸ yer alan sıralama, aynı zamanda subayların kendi aralarında bir astlık-üstlük sıralamasıdır.

Astsubay, özel kanunlarına göre Silahlı Kuvvetlere katılan ve astsubay çavuştan, astsubay kıdemli başçavuşa kadar rütbeyi haiz bulunan asker kişidir (AsCK m. 3; İç Hz. K. m. 3-a/6). Astsubaylardan, muvazzaf olanlar 926 sayılı TSK Personel Kanunu'na, sözleşmeli statüsünde bulunanlar ise 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek

¹⁵ 27 Temmuz 1967 tarihinde kabul edilmiş olup 10 Ağustos 1967 tarih ve 12670 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁶ 13 Haziran 2001 tarihinde kabul edilmiş olup 21 Haziran 2001 tarih ve 24439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁷ DEĞİRMENCİ, Emre İtaatsizlik, s. 19; DEĞİRMENCİ, Adil Yargılanma, s. 129, 130. Aynı şekilde bkz. KANGAL, s. 51..

¹⁸ Madde 29 – *Türk Silahlı Kuvvetlerindeki subay rütbeleri aşağıda gösterilmiştir:*

Asteğmen
Teğmen
Üsteğmen
Yüzbaşı
Binbaşı
Yarbay
Albay
Tuğgeneral – Tuğamiral
Tümgeneral – Tümamiral
Korgeneral – Koramiral
Orgeneral – Oramiral
Mareşal - Büyükamiral

Olgun Değirmenci

Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun'a tabidirler. Sözleşmeli astsubaylar, 4678 sayılı Kanun'un 22'nci maddesi uyarınca emsallerine ilişkin disiplin ve ceza hükümlerine tabi olduğundan, AsCK'da yer alan suçların faili olabilirler¹⁹. Astsubaylar, erbaş ve erler, uzman erbaşlar ve uzman jandarmaların üstü durumundadırlar. 926 sayılı Kanun'un 77'nci maddesinde²⁰ yer alan sıralama, aynı zamanda subayların kendi aralarında bir astlık-üstlük sıralamasıdır.

Uzman Jandarmalar, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu'na²¹ tabidirler. Söz konusu Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca uzman jandarmalar; uzman çavuşlar, erbaş ve erlerin üstü konumundadırlar. 3466 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde²² yer alan sıralama, aynı zamanda uzman jandarmaların kendi aralarında bir astlık-üstlük sıralamasıdır.

Uzman erbaşlar, uzman çavuş ve uzman onbaşı rütbelerini taşıyan asker kişilerdir ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'na²³ tabidirler. Uzman erbaşlar, erlerin ve emsal rütbedeki erbaşların üstü olup, disiplin ve cezai müeyyideler açısından er ve erbaşların tâbi oldukları hükümlere tâbidirler. Uzman erbaşın aynı rütbedeki diğer bir uzman erbaşla astlık üstlük ilişkisi

¹⁹ DEĞİRMENCİ, Emre İtaatsizlik, s. 19; DEĞİRMENCİ, s. 129, 130. Aynı şekilde bkz. KANGAL, s. 51.

²⁰ Madde 77 – Türk Silahlı Kuvvetlerindeki astsubay rütbeleri aşağıda gösterilmiştir:
Astsubay Çavuş
Astsubay Kıdemli Çavuş
Astsubay Üstçavuş
Astsubay Kıdemli Üstçavuş
Astsubay Başçavuş
Astsubay Kıdemli Başçavuş

²¹ 28 Mayıs 1988 tarihinde kabul edilmiş olup 04 Haziran 1988 tarih ve 19832 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²² Madde 10 – Uzman Jandarma rütbeleri aşağıda gösterilmiştir.
a Uzman Jandarma Çavuş
b Uzman Jandarma Birinci Kademeli Çavuş
c)Uzman Jandarma İkinci Kademeli Çavuş
d)Uzman Jandarma Üçüncü Kademeli Çavuş
e) Uzman Jandarma Dördüncü Kademeli Çavuş
f) Uzman Jandarma Beşinci Kademeli Çavuş
g) Uzman Jandarma Altıncı Kademeli Çavuş
h) Uzman Jandarma Yedinci Kademeli Çavuş
ı) Uzman Jandarma Sekizinci Kademeli Çavuş

²³ 18 Mart 1986 tarihinde kabul edilmiş olup 25 Mart 1986 tarih ve 19058 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

bulunmamaktadır²⁴. Dolayısıyla uzman erbaşlar, aynı rütbede iseler birbirlerine karşı amire veya üste hakaret suçunu işleyemezler.

Sözleşmeli erbaş ve erler ile sözleşmeli er adayları 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'na²⁵ tâbidirler ve Kanun'un 4'üncü maddesine göre asker kişi sayılırlar. Sözleşmeli erbaşlar, muvazafılık hizmetinde olan emsal rütbedeki erbaşların üstü, emsal rütbedeki uzman erbaşların astıdır.

Erbaş, ihtiyaçları devlet tarafından karşılanan onbaşı ve çavuş rütbesindeki askerdir (İç Hz. K. m. 3). Çavuşlar, onbaşılardan üstü olarak kabul edilirler.

Er, rütbesiz askerdir. Erler; subaylar, astsubaylar, uzman jandarmalar, uzman çavuşlar, sözleşmeli erbaş ve erbaşların astıdır. Erler ile sözleşmeli erler arasında astlık üstlük münasebetleri yoktur. 6191 sayılı Kanun 4'üncü maddesinde, sözleşmeli erbaşlar ile diğer erbaşlar arasındaki astlık-üstlük münasebetini düzenlediği hâlde, sözleşmeli erler ile erler arasındaki astlık-üstlük münasebetlerine dair bir düzenleme getirmemiştir. Erlerin asker kişilikleri, askerlik şubelerinden sevk edildikleri tarihten değil, kıtalarına katıldıkları tarihten itibaren başlamaktadır²⁶. Henüz kıtasına katılmamış bir kişi, asker kişi olarak kabul edilemeyecektir²⁷.

²⁴ “Hâlen yürürlükte olan ve Uzman Erbaş Kanununun 19'ncü maddesinin verdiği yetkiye dayanarak çıkartılan Uzman Erbaş Yönetmeliğinin ‘Uzman Erbaşların Tabi Oldukları Statü ve Haklar’ başlığını taşıyan 14'ncü maddesinin ilk fıkrası ‘...Uzman erbaşlar, onbaşı ve çavuş rütbesini taşıyan asker kişi sayılırlar. Uzman erbaşın aynı rütbedeki diğer bir uzman erbaşla astlık üstlük ilişkisi yoktur...’ hükmünü içermektedir. Diğer yandan, Uzman Erbaş Kanununun 6'ncü maddesinde de, Uzman erbaşların onbaşı ve çavuş rütbesini taşıyan asker kişi sayıldıkları, muvazafılık hizmetinde ve yedeklik döneminde iken hizmete çağrıldıklarında er ve emsal rütbedeki erbaşların üstü oldukları açık bir biçimde belirtilmiştir. Uzman Jandarma Çavuşların Türk Silahlı Kuvvetlerine intisap edildikleri tarihin Uzman Jandarma Çavuşlar arasında astlık-üstlük münasebetini oluşturacağına ilişkin olan 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanununun 10 ve 11'inci maddelerinin (Uzman Erbaş olarak TSK'ya katılan ve ayrı bir kanunla statüleri belirlenen) Uzman Erbaşlar hakkında uygulama imkânı bulunmamaktadır.” (As. Yrg. Drl. Krl., 27.10.2005, 84/88). Karar için bkz. KOÇ, s. 291, 292.

²⁵ 10 Mart 2011 tarihinde kabul edilmiş olup 22 Mart 2011 tarih ve 27882 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁶ “Mevcut düzenlemeler karşısında, AsCK'nın 63/1'inci maddesinde düzenlenerek yaptırma bağlanan geç iltihak suretiyle bakaya suçunu işleyenlerin asker kişi olup

Olgun Değirmenci

AsCK'nın 3'üncü maddesinin asker kişi saydığı diğer bir grup askerî öğrencilerdir. Askerî öğrenci; subay veya astsubay yetiştirilmek üzere muhtelif okul ve üniversitelerde okuyan ve resmî kıyafet taşıyan öğrencilerdir (İç Hz. K. m. 3). Askerî öğrencilerin, askerî kanunlara ne ölçüde tâbi oldukları ile diğer askerî şahıslar ile astlık-üstlük münasebetleri İç Hizmet Kanunu'nun 113'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; astsubay meslek yüksek okulları, fakülte ve yüksek okullar ile harp okullarında okuyan askerî öğrenciler ile astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitimine tâbi tutulan adaylar AsCK'nın uygulanması bakımından askerlik yükümlülüğüne girmiş kabul edileceklerdir²⁸. Lise, ortaokul ve eşiti okulları askerî öğrencileri ise İç Hizmet Kanunu'nun 14'üncü maddesinin asta yüklediği vazifeleri yapmakla yükümlüdürler ve bu vazifelerin ihlali durumunda cezai müeyyideye tâbi tutulacaklardır²⁹. Buna göre, inceleme konumuz olan suçu oluşturan eylem, İç Hizmet Kanunu'nun 14'üncü

olmadığının tespiti gerekir. Zira bu suçu işleyenlerin asker kişi olduğunun tespiti hâlinde, Askerî Yargının görevli olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Askerî Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 26.2.1965 gün ve 1965/2-1 sayılı kararı ile Devletin asker alma hizmetini düzenlemesi itibarıyla idari bir kanun olan 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 5'inci maddesinin 5673 sayılı Kanunla ve mükellefin lehinde olarak idari bir düşünce ile tadil edilerek muvazaflık hizmetinin şubeden sevk gününden başlayacağı kabul olunmasıyla, ceza kanunlarının tadil edilmeyeceği ve bu hususun suç ve ceza yönünden herhangi bir etkisi olamayacağına, Askerî Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 20.06.1975 gün ve 1975/6-4 sayılı kararı ile de; kütasına geç iltihak suretiyle işlenen bakaya suçunun faili, askerlik şubesinden sevk edildikten sonra bu suçu işlediğine ve 1111 sayılı Askerlik Kanununun değişik 5'inci maddesine istinaden askerlik hizmeti Askerlik Şubesinden sevkle başladığına göre, ilk nazarda failin asker kişi olduğu düşünülebilir ise de, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 4'üncü maddesinde; yoklama döneminin, askerlik çağının başlangıcından, kütaya duhüle kadar geçen süreyi kapsadığı belirtilmiş olduğundan, henüz kütasına katılmamış bulunan bir yükümlünün asker kişi kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir.” (As.Yrg.1. D.,06.12.2006, 2006/1635). Karar için bkz. KOÇ, s. 369, 370.

²⁷ KANGAL, s. 54; aksi yönde bkz. ERMAN, Askerî Ceza, s. 77.

²⁸ “Astsubay sınıf okulları ‘liseden yukarı okul’ sayıldıklarından, bu okul öğrencilerinin TSK İç Hizmet Kanununun 113/a maddesi hükmü muvacehesinde, Askerî Ceza ve Askerî Muhakeme Usulü Kanunları bakımından askerlik mükellefiyeti altına girdiklerinin kabulüyle, diğer askerler hakkındaki hükümlerin bunlar hakkında da aynen tatbiki gerektiğinden...” (As. Yrg. 1. D., 10.10.1977, 285/284). Karar için bkz. KOÇ, s. 113.

²⁹ “Lise, ortaokul ve eşidi okullar askerî öğrencileri, henüz askerlik mükellefiyeti altına girmediklerinden İç Hizmet Kanunu'nun 14'üncü maddesi ile asta tahmil edilen vazifelerin yapılmaması hâlinde diğer askerlerin tâbi oldukları müeyyidelere tâbi olup, bunun dışında normal ceza kanunu hükümlerine tabidirler” (As. Yrg. 3. D., 13.7.1971, 323/321). Karar için bkz. KOÇ, s. 132.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

maddesine göre asta yüklenen vazifenin ihlali olduğundan dolayı, lise ve eşiti okul askerî öğrencileri de bu suçun faili olabileceklerdir.

Özel kanunlara tabi olan personelin yetiştirilme sürecindeki adaylık statüsüne ilişkin düzenlemeler kendi özel kanunlarında yer almaktadır. Buna göre 4678 sayılı Kanun'un 22'nci maddesine göre sözleşmeli subay adayları hakkında yedek subay adaylarına uygulanan disiplin ve ceza hükümleri, sözleşmeli astsubay adayları hakkında ise astsubay sınıf okulu öğrencilerine uygulanan disiplin ve ceza hükümleri tatbik edilir. Gerek sözleşmeli subay gerekse de sözleşmeli astsubay adayları, inceleme konumuz olan suçun faili olabilirler. Sözleşmeli er adayları 6191 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine göre asker kişi sayıldıklarından dolayı fail olabileceklerdir.

TSK ve Milli Savunma Bakanlığı (MSB) kadrolarında çalışan devlet memurlarının asker kişilikleri, 211 sayılı Kanun'un 115'inci maddesinde belirtilen yükümlülükler ile sınırlandırılmıştır (AsCK m. 3/2). İç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesi ise AsCK'nın 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrasından daha geniş bir şekilde TSK ve MSB kadrolarında çalışan tüm personeli de dâhil ederek, söz konusu personelin emrinde çalıştıkları askerî amirlere karşı ast durumunda bulunduğunu ve aynı Kanun'un 14'üncü maddesinde belirtilen vazifeleri aynen yapmaya mecbur olduğunu ifade etmiştir. Konuyu kısaca ifade etmek gerekirse; TSK ve MSB kadrolarında çalışan devlet memurları, emrinde çalıştıkları amirlere karşı ast konumundadırlar ve amirlerine tam bir hürmet göstermeye ve verilen emirleri zamanında yapmaya mecburdurlar³⁰. Bu bağlamda söz konusu personel, AsCK'nın 85'inci maddesinde yer alan suç askerî amirlerine karşı işleyebilirler. TSK ve MSB kadrolarında çalışan devlet memurlarının, diğer askerî personel ile aralarında astlık-üstlük münasebeti olmadığından dolayı, diğer askerî personele karşı inceleme konumuz olan suçun faili olabilmeleri mümkün değildir. Askerî Yargıtay Daireler Kurulu da, yerleşik Askerî Yargıtay içtihatlarını dikkate alarak, TSK ve MSB kadrolarında çalışan tüm

³⁰ Bkz. KOÇ, s. 144, 145; KARDAŞ – ÇİNGİ, s. 59.

Olgun Değirmenci

sivil personelin (işçiler dâhil), inceleme konumuz olan suç dâhil olmak üzere AsCK'da yer alan bazı suçları işleyebileceklerini ifade etmiştir³¹.

İç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesine gönderme yapan AsCK'nın 3/2'nci fıkrası sadece TSK ve MSB kadrolarında çalışan devlet memurlarından bahsetmektedir. Aynı şekilde İç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesi de, kapsamı içine sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personeli almaktadır. AsCK, sadece Devlet Memurları Kanununa göre istihdam şekillerinden biri olan memurdan³² bahsettiği hâlde, İç Hizmet Kanunu, 15.5.1975 tarih ve 1897 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki dört istihdam çeşidini de içermektedir. Ancak TSK ve MSB kadrolarında görevli olan ve 4857 sayılı İş Kanunu³³ hükümlerine tabi olan işçilerin, Askerî Ceza Kanunu uygulamasında asker kişi sayılıp sayılmadığı hususu öğretilmelidir. Bazı yazarlar, yukarıda ifade ettiğimiz Askerî Yargıtay Daireler Kurulu kararı doğrultusunda TSK ve MSB kadrolarında çalışan işçilerin de bazı askerî suçları işleyebileceklerini ifade ederken³⁴, bazı yazarlar da işçilerin askerî cezaya tabi suçları

³¹ “Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli tüm sivil personelin emrinde çalıştıkları askerî amirlere karşı ast durumunda oldukları, İç Hizmet Kanununun 14 nci maddesinde asta yüklenen görevleri aynen yapmaya mecbur oldukları aksine hareket edenlerin askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olacakları belirtilmiştir. Buna göre ve yerleşmiş Askerî Yargıtay içtihatları da nazara alındığında TSK’de görevli tüm sivil personel Askerî Ceza Kanununda yazılı ‘amire hakaret’, ‘amire mukavemet’, ‘amire fiilen taarruz’, ‘emre itaatsizlikte ısrar’ gibi askerî cürümleri ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanununda yazılı ‘amire saygısızlık’ ve ‘emre itaatsizlik’ gibi disiplin suçlarını işleyebileceklerdir.” (As. Yrg. Drl. Krl., 10.4.2003, 9/33). Karar için bkz. KOÇ, s. 281.

³² Memur, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesinde tanımlanmıştır. Madde 4 - (Değişik madde: 30.05.1974-KHK-12; Değiştirilerek kabul: 15.05.1975 - 1897/1 md.)

Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.

A) Memur:

Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.

Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.

³³ 22 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilmiş olup, 10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁴ KOÇ, s. 146.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

işleyemeyecekleri görüşündedir³⁵. Belirtelim ki, AsCK'nın 3'üncü maddesi sadece memurlardan bahsetmektedir. Buna karşın İç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesi ise bu kapsamı genişletmekte ve Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan diğer istihdam şekillerinde çalışan personeli de askerlerin tabi olduğu cezai müeyyideye tabi kılmaktadır. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'na tâbi personelin, asker kişilerin tabi olduğu cezai müeyyideye tabi olacağına ilişkin kanuni bir dayanak bulunmamaktadır.

b. Fiil

(1) Hareket

(aa) Genel Olarak

Askerî Ceza Kanunu'nun 85'inci maddesinin 1'inci fıkrasında “amire ve üste hakaret” etmekten bahsedilmektedir³⁶. Suçun basit şeklinde hareket, hakaret etmektir. Hakaret, “...diğer bir kimse hakkında bir eylemi işlediğini(n) iddia e(dilmesi) (maddei mahsusa tayin ve isnat etmesi) ile halkın hakaret ve düşmanlığına (husumetine) uğraması sonucunu doğuracak yahut namus ve haysiyetine dokunacak bir eylem isnat etmesi...”³⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. Söz konusu tanımlama mülga 765 sayılı Kanun'un hakaret suçunu düzenleyen 480'inci maddesinde yer almaktaydı.

Hakaret suçunun oluşabilmesi için, failin mağdura belirli bir fiil ya da olgu isnat etmesi gereklidir. TCK'nın 125'inci maddesinde bu durum açıkça

³⁵ “AsCY'nın 3.maddesinde ‘askerî şahıs’ olarak sayılan ‘müstahdemler’ bu suçun faili olamazlar. Çünkü müstahdemler sırf askerî suçları işleyemezler.” KARDAŞ – ÇINGİ, s. 61; ERMAN, Askerî Ceza, s. 87.

³⁶ “Bireyin şerefine saldırı teşkil eden filler, bir takım suçların oluşmasına sebebiyet vermekle birlikte, bunlardan bazıları sadece insan şerefinin ihlalini yaptırırma bağlarken, diğer bazıları ise, şerefin dışında başka bazı değerlere zarar verilmesini de cezalandırırlar. Buna göre, sadece insan şerefini ihlal eden suç tipleri ‘genel tahkir suçları’; şereften başka bir takım değerlere tecavüz edenleri ise, ‘özel tahkir suçları’ olarak isimlendirmek mümkündür... TCK'nın ‘Cumhurbaşkanı'na hakaret’ başlıklı 299, ‘Devletin egemenlik alametlerini aşağılama’ başlıklı 301, ‘Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret’ başlıklı 341. maddelerinde ise ‘özel tahkir suçları’ düzenlenmiştir.” YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 43, 44; ÖNDER, s. 229; SOYASLAN, s. 231; ERMAN, Hakaret, s. 3; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 3051; Yazarların bu tasnifinden hareketle bireyin şerefine yanı sıra başka değerleri de koruduğundan bahisle amire ve üste hakaret suçunun ‘özel tahkir suçları’ndan olduğunu söyleyebiliriz.

³⁷ YILMAZ, s. 305.

Olgun Değirmenci

ifade edilmiştir. Ancak söz konusu madde gerekçesinde 765 sayılı TCK'da benimsenen hakaret ve sövme ayrımının kaldırıldığı ifade edilse de, fiilen bu ayırım geçerliliğini korumaktadır. Zira hakaret ve sövme, aynı cezaya haiz suçun seçimlik hareketleri olarak düzenlenmektedir³⁸.

AsCK'nın 85'inci maddesinde suçun basit şeklinin sadece hakaret ile mi oluşacağı, mutlaka somut bir fiil veya olgu isnadının mı gerekli olduğu, somut bir fiil veya olgu isnadı olmaksızın şeref ve saygınlığa saldırı eyleminin cezalandırılabilir nitelikte olup olmadığı ilk bakışta anlaşılammaktadır. Bununla birlikte maddenin ikinci fıkrasında hakaretin bir maddei mahsusa tayini ile meydana gelmiş olması, cezayı artıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Maddei mahsusa; "*şahsa, konuya, yere, zamana ve şekle ait birtakım tamamlayıcı unsurların gösterilmiş olması*"³⁹, "*zaman ve yer belirtmek suretiyle suç isnadı*"⁴⁰ anlamlarında kullanılmaktadır. Buradan hareketle maddei mahsusa tayini ile hakaretin, ceza hukuku öğretisindeki hakaret eylemine karşılık geldiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, AsCK'da hakaret, sövme karşılığı; maddei mahsusa tayini ile hakaret ise hakaret karşılığı kullanıldığı sonucuna varılmaktadır⁴¹.

Amir veya üste hakaret suçunun oluşabilmesi için mağdurun belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Bununla birlikte mağdurun isminin açıkça belirtilmesine gerek yoktur. Her ne kadar AsCK'da mağdurun belirlenmesine ilişkin TCK'nın 126'ncı maddesine benzer bir düzenleme bulunmasa da, diğer kişiler tarafından hakaret ve sövmenin kime yöneltildiği açıkça anlaşılabilir veya somut fiil veya olgu isnadı üstü kapalı geçirtilmiş olsa bile muhatap tespit edilebiliyorsa hem ismin belirtildiği hem de hakaretin açıklandığı sonucuna varmamız gerekecektir⁴². Hakaret ve sövme teşkil eden sözler duyulduğunda, kime karşı söylendiğinin anlaşılabilir olduğu durumlarda muhatap müşahhas hâle gelmiştir. Bir kimsenin "*lakabının söylenmesi, isminin baş harflerinin veya yalnızca isim veya soy isminin söylenmesi, failin o kişiye taktığı ismin söylenmesi veya*

³⁸ ARISOY, s. 162; HAFIZOĞULLARI – KURŞUN, s. 6; DONAY, s. 197.

³⁹ SOYASLAN, s. 237; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 3054.

⁴⁰ KOÇ, s. 485.

⁴¹ Bkz. aynı şekilde ÇELEN, s. 291.

⁴² YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 48.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

herkesin anlayacağı şekilde 'malum şahıs' denmesi durumunda"⁴³ muhatap müşahhas hâle geldiğinden suç oluşmuş olacaktır.

Hakaret ve sövmeye, bir veya birden fazla sayıda amir veya üstün muhatap alınması gerekmektedir. Hakaret ve sövme belli bir amire yapılmayıp, ferden belirlenemeyen bir gruba yapılmakta ise AsCK m. 85'te yer alan suç oluşmayacaktır. Bu durumda örneğin hakaret ve sövmenin bir subay grubuna veya TSK'da görevli tüm personele veya TSK'nın manevi şahsiyetine yapılması durumunda TCK m. 301'de yer alan "devletin kurum ve organlarını" aşağılama suçunun varlığı söz konusu olabilir⁴⁴.

Hakaret ve sövme teşkil eden sözlerin veya yazıların sanığın arzu ve iradesiyle muhatabın veya başkalarının bilgisine ulaşması veya ulaşabilme imkânlarının doğmuş olması gerekmektedir⁴⁵. Ceza hukukunda bir suçtan bahsedebilmek için her şeyden önce kanuni tipte tanımlanan bir fiilin mevcut olması gerekir⁴⁶. Fiil, dış dünyada beliren iradi insan davranışdır⁴⁷. Dolayısıyla dış dünyada beliren davranış iradi değilse fiilden, fiil olmadığından dolayı da suçtan bahsedilemeyecektir. Amir veya üste hakaret suçu bakımından, muhatabı esas alan ve hakaret veya sövme içeren davranışların, fail tarafından özgür iradesi ile dış âleme yansıtılması gereklidir. Dolayısıyla ast veya maiyet tarafından amir veya üstü hakkında kendi giz alanında tuttuğu deftere veya dış âleme yansıtmadığı mektuba yazılan hakaret ve sövme içeren sözler, amire veya üste hakaret suçunu oluşturmayacaktır⁴⁸.

⁴³ ARISOY, s. 158.

⁴⁴ "Hakaret belli bir üste yapılmayıp, bütün bir subay camiasına tevcih edildiği takdirde, AsCK'nın 85 nci maddesi değil, TCK'nın 159 ncu maddesinde yazılı orduya hakaret suçunu teşkil eder." (As. Yrg. 2. D., 28.6.1962, 1812/1645).

⁴⁵ As. Yrg. Drl. Krl., 8.3.1990, 43/38. Karar değerlendirmesi için bkz. KOÇ, s. 485.

⁴⁶ DÖNMEZER – ERMAN, I, s. 369; HAKERİ, s. 123; DEMİRBAŞ, s. 201; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 236; ÖZGENÇ, s.171; KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 128.

⁴⁷ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Ceza Genel, s. 238; ÖZGENÇ, s. 171; DEMİRBAŞ, s. 201; .

⁴⁸ "Somut olayımızda öncelikle, Askerî Mahkemece, sanık tarafından kaleme aldığı anlaşılan günlüğün bazı sayfa ve bölümlerine hüküm gerekçesinde yer verilerek, bu sayfalarda yazılı olan sanığın duygu ve düşüncelerinin, sanığın üstlerine ve amirlerine karşı hakarete bulunduğu ilişkin en esaslı delil olarak kabul edilen günlük defterinin, bir bütün olarak ele alınıp, bu defterin, gerek düzenleniş amacı, gerekse içeriği itibarıyla

(bb) Sövme

Sövme, isnat edilen somut bir eylem ya da olgu olmaksızın, kişi hakkında soyut bir değer yargısını içeren ve kişinin onur, şeref ve saygınlığını azaltmaya, küçük düşürmeye yönelik sözler, işaretler, yazı veya resimlerdir⁴⁹. Örneğin kişiye, “serseri”, “alçak”, “hayvan”⁵⁰ şeklinde hitap edilmesi, somut bir fiil veya olgu isnadı olmaksızın onur, şeref ve saygınlığına saldırıdır ve sövme olarak nitelenir. Askerî Yargıtay Daireler Kurulu 1971 tarihli bir kararında, “...her ne suretle olursa olsun, bir kimsenin şerefine, namusuna, şöhretine, haysiyetine ve onuruna yöneltilen kasti ve haksız tecavüzler(in)...” hakaret suçunu oluşturduğunu belirtmiştir. Söz konusu karardan da anlaşılacağı kadarı ile sövme hareketi de, AsCK’nın 85’inci maddesi ile cezalandırılır hareketler arasındadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere sövme şifahen gerçekleştirilebileceği gibi yazı, resim, işaret, belli bir anlam ifade eden vücut hareketleri ile de

değerlendirilmesi, irdelenmesi ve sanığın ruh hâlinin tahlilinin yapılması (suç kastının belirlenmesinde esas olmak üzere) gerekmektedir. Sanığın askerlik yaptığı süre içerisinde gerek yaşadığı, günlük olay ve anılarını kaydettiği, gerekse, duygu ve düşüncelerini, sevgilerini, sevinçlerini, üzüntülerini, öfkelerini aktardığı, iç dünyasını paylaştığı ve bir sırdaş gibi kabul ettiği günlük defterine, üst ve amirlerine yönelik yazdığı birtakım hakaretimiz cümleleri, muhataplarına veya başkalarına ulaştırmak veya duyurmak gayreti ve çabası içinde bulunmadığı gibi, bu yönde kastının bulunduğu dair dosya kapsamında bir delil veya emarenin mevcut olmadığı görülmüştür. Bu itibarla, hakaret teşkil eden sözleri içeren günlüğün, iç dünyasında barındırdığı duygu ve düşüncelerini eylemsel olarak ortaya koymadığı gibi, bu olgunun, kendi istemine aykırı bir biçimde dış âleme yansıdığı anlaşılmalıdır; Sanık tarafından henüz ortadan kaldırılacak durumda iken, yani, sanığın şahsi tasarruf alanında bulunduğu bir sırada, nöbetçi heyeti tarafından, yatağının üzerinden (kendi arzusu, bilgisi ve iradesi dışında) alınarak, günlük içeriğinin öğrenilmesinde, dolayısıyla, tahkir edici sözlerden, bu şekil ve şartlarda haberdar olunmasında, sanığın herhangi bir dahlinin ve kastının bulunmadığı anlaşıldığından, sanığın, manevi unsurları itibarıyla oluşmayan müstet suçtan beraetine karar verilmesi gerekirken, mahkûmiyetine hükmedilmesinde yasal isabet bulunmadığı sonucuna varılmakla...” (As. Yrg. 2. D., 22.02.2006, 234/229); “Mektupla yapılan hakaretin suç teşkil edebilmesi için söz konusu mektubun ya alenen okunması veya mektubun sanığın irade ve ihtiyarı ile aleniyete intikal ettirilmesi gerekli olup, bölük komutanı tarafından sanığın elinden zorla alınarak açılıp okunan mektupta bu suçun unsurları yoktur.” (As. Yrg. Drl. Krl., 7.11.1991, 145/139); “Failin hatıra defterine üstleri hakkında hakaret içeren sözler yazması anılan suçu oluşturmaz.” (As. Yrg. 5. D., 28.4.1999, 265/259). Kararlar için bkz. KOÇ, s. 487 vd.

⁴⁹ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 52; ARISOY, s. 164.

⁵⁰ TCK m.125 gerekçesi için bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Ceza Kanunları, s. 155.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

gerçekleştirilebilir⁵¹. Kişinin yüzüne tükürülmesi, bir tutam ot uzatıp “ye” denmesi de sövme teşkil edecektir⁵².

Somut bir fiil veya olgu ile ilişkilendirilmediği sürece kötü bir niteliği veya huyu ifade eden sözler, kişinin bedeni arızasını ifade eden veya kişiye bir hastalık izafe eden sözler de sövme teşkil eder. Örneğin kişiye “serseri”, “kör”, “şaşı”, “topal”, “kambur”, “fregili”, “psikopat” denmesi hâlinde sövme suçu oluşacaktır⁵³.

Sövme, icrai bir hareketle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali bir hareketle de gerçekleştirilebilir. Örneğin mağdurun sözüne cevap vermemek veya uzattığı eli sıkmamak bu kapsamda değerlendirilebilir⁵⁴. Ancak belirtmeliyiz ki, mağdur tarafından gerçekleştirilen hitaba karşılık vermemek, şartlarının oluşması durumunda AsCK’nın 82/1’inci fıkrasında⁵⁵ düzenlenen “amir veya üste saygısızlık” suçunu da oluşturabilir⁵⁶. İhmali hareketin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda kişinin şeref ve saygınlığına saldırının oluştuğuna hâkim tarafından kanaat getirilmesi durumunda AsCK m. 85, amir veya üste zorunlu olan saygının gösterilmemesi hususuna kanaat getirilmesi durumunda ise AsCK m. 82/1 oluşacaktır.

⁵¹ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 52; ARISOY, s. 164; TOROSLU, s. 113.

⁵² DÖNMEZER, s. 265; ARISOY, s. 164

⁵³ TCK m.125 gerekçesi için bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Ceza Kanunları, s. 155.

⁵⁴ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 52; ARISOY, s. 165.

⁵⁵ *Amir veya üste saygısızlık ve tehdit*

Madde 82 (Madde başlığıyla birlikte yeniden düzenleme: 22.3.2000 – 4551/m.20)

Toplu asker karşısında veya silahlı iken hizmete veya hizmete ilişkin hâllerde amire veya üste zorunlu olduğu saygıyı göstermeyen veya uyarıyı saygı duruşu ile kabul edip dinlemeyen asker kişiler, üç aydan bir seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Amir veya üstünü herhangi bir suretle tehdit edenlere, altı aydan iki seneye kadar hapis cezası verilir. Fiil toplu asker karşısında veya silahlı iken veya hizmet esnasında işlendiği takdirde, verilecek hapis cezası bir yıldan az olamaz.

⁵⁶ “Amir veya üstün ‘merhaba arkadaşlar’, ‘merhaba asker’ hitabına mukabele etmeyip, sükûta geçtirmenin, üste karşı gösterilmesi zaruri saygı ve hürmetin yerine getirilmemesinden ibaret olduğu ve dolayısıyla fiilin; AsCK’nın 82 nci maddesindeki hürmetsizlik suçunu teşkil ettiği düşünülmeden isyan vasfında kabulü kanuna aykırıdır” (As. Yrg. Gen. Krl, 20.10.1961, 1391/46). Karar için bkz. KOÇ, s. 462.

Olgun Değirmenci

Beddua niteliğindeki fiillerin sövme niteliğinde olmadığı öğretide savunulmaktadır⁵⁷. Nitekim Askerî Yargıtay da beddua nitelikli sözlerin hakaret suçunu oluşturmayacağını kararında belirtmiştir⁵⁸. Yargıtay da, 765 sayılı TCK döneminde vermiş olduğu istikrarlı içtihatlarında “*Allah belanı versin*”, “*Allah cezanı versin*” şeklindeki ifadelerin “*Tanrısal ceza dileme, beddua anlamında olup, şeref ve haysiyeti incitici mahiyette olmadıklarını*” ifade etmiştir⁵⁹.

Askerî ceza hukukuna göre sövme eyleminin suç oluşturduğundan bahsedilebilmesi için sövmenin amire veya üste yöneltilmesi gereklidir. Amire veya üste yöneltilmeyen sövme bu suça sebebiyet vermeyeceği gibi hiç kimseye yöneltilmeyen söz ve hareketler de hakaret suçuna vücut vermeyecektir⁶⁰.

AsCK'nın 85'inci maddesinde sövmenin huzurda yapılmış olması ile gıyapta yapılmış olması arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Sövme teşkil eden sözler ve hareketler, huzurda yapılabileceği gibi gıyapta da yapılabilir. Gıyapta yapılan hareketler bakımından ihtilat⁶¹ koşuluna ilişkin TCK m. 125/1'de yer alan hususlar kanuni bir dayanağı olmadığından dolayı AsCK m. 85 için uygulanmayacaktır.

(cc) Hakaret

AsCK'nın 85'inci maddesinin 2'nci fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren bir hâl olarak düzenlenen “*maddei mahsusa tayini ile hakaret*”, kişiye somut bir fiil veya olgu isnadında bulunmaktadır. İsnadın somut olması; belli bir zaman, yer, konu ya da olayla irtibatlandırılabilir olması

⁵⁷ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 53; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 3057.

⁵⁸ As. Yrg. 1. D., 24.10.1958, 3720/3866. Karar için bkz. KARDAŞ – ÇİNGİ, s. 623.

⁵⁹ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 53.

⁶⁰ ARISOY, s. 165.

⁶¹ Hukuk sözlüğünde anlamı “*Karışıp görüşme; karışma; bir araya gelme; katılma; başkalarıyla ilişkide bulunma*”dır (YILMAZ, s.365). Bkz. ayrıca ARIKAN, s. 2 vd.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

anlamına gelmektedir⁶². Ancak bu unsurların hepsinin değil, fiilin ayırt edilebilir olması için gerekli olanlarının belirtilmesi yeterlidir.⁶³

İsnadın gerçekleşmiş bir fiile ilişkin olması gereklidir⁶⁴. Gelecekte gerçekleşecek olaylar somut bir fiil isnadı olarak değerlendirilmezler. Bununla birlikte, gelecekte gerçekleşecek olayların, hâlihazırda gerçekleşen olaylar ile ilişkisinin kurulması ve söz konusu ilişkinin kişinin onur, şeref ve saygınlığını zedeleyici nitelikte olması durumunda suçun varlığından söz edilebilecektir. Gelecekte gerçekleşeceği olasılık olarak ileri sürülen olaylar somut bir fiil isnadı değil, sövme veya şartlarının gerçekleşmesi durumunda iftira suçunu gerçekleştirir. Örneğin, “*Fatma boşanırsa evine komşusu Ali’yi alıp zina eder*”⁶⁵ ifadesi hakaret değil sövme fiilini oluşturacaktır⁶⁶.

İsnat edilen fiilin insandan kaynaklanan fiil olması gerekir⁶⁷. Nitekim isnat edilen fiilin bir insan tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması ve bu durumda herkes tarafından kabul edilmesi hâlinde suçun varlığından bahsedilemeyecektir. Bu hâlde isnat edilen eylem mağdurun şeref ve haysiyetini zedelemeye elverişli değildir⁶⁸.

Bazı durumlarda bir kişi için hakaret oluşturan eylem, o kişiyle yakınlığı veya ilgisi dolayısıyla başka bir kişi için sövme suçunu oluşturabilir. Özellikle eşlerden birine karşı yapılan ahlaka aykırı fiil isnatları, diğer eş bakımından şeref ve saygınlığın ihlali olarak

⁶² TOROSLU, s. 111; ARISOY, s. 162.

⁶³ “*Madde tayini suretiyle hakaret, bir kimseye belli bir fiil tayin ve isnat edilerek şeref ve haysiyetine tecavüzde bulunulmasıdır. Bu suçun gerçekleşmesi için mağdura yüklenen fiilin belirli olması şarttır. Fiilin muayyen sayılabilmesi için şahsa, şekle, konuya, yere ve zamana ilişkin unsurlar gösterilmiş olmalıdır. Bu unsurların tamamının birlikte söylenmesi şart değildir. Sözlerin, isnat edilen fiili belirleyecek açıklıkta olması yeterlidir. Çoğu zaman isnat edilen vakianın hangi zaman ve yerde meydana geldiğinin belirtilmesi, madde tayini suretiyle hakaret suçunun oluşması için yeterli olmaktadır. Tarafların sosyal durumları, sözlerin söylendiği yer ve söyleniş şekli, söylenmeden önceki olaylar nazara alınarak suç vasfı tayin olunmalıdır.*” (Yargıtay CGK, 23.11.1992, 283/306). Karar için bkz. ARISOY, s. 163.

⁶⁴ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 3055.

⁶⁵ Yargıtay 2. CD., 2.10.2003, 7438/11051. Karar için bkz. KAYANÇİÇEK, s. 58.

⁶⁶ KAYANÇİÇEK, s. 58.

⁶⁷ “*Sanığın, asteğmenin eşinin kuaför er ile öpüştüğüne dair havadis yayması ve dedikodu yapması, AsCK’nın 85’ nci maddesinde yazılı ‘madde-i mahsusa isnadı’ suretiyle hakaret suçunu teşkil eder.*” (As.Yrg.1.D., 2.11.1988, 675/677). Karar için bkz. KOÇ, s. 486.

⁶⁸ TOROSLU, s. 111.

Olgun Değirmenci

değerlendirilebilecektir. Öğretide dolayısıyla hakaret olarak isimlendirilen bu durum, ancak çok yakın akrabalar (üstsoy, altsoy, kardeş ve eş gibi) açısından kabul edilmektedir⁶⁹. Dolayısıyla amir veya üstün; eşi, alt ve üstsoyu veya kardeşlerinden birine yönelik ahlaka aykırı fiil isnatları, amir veya üst bakımından sövme teşkil edebilecektir⁷⁰.

İsnat edilen fiilin gerçek olup olmaması suçun oluşumuna etkili değildir⁷¹. Bilinen bir olayın başkalarına söylenmesi de hakaret suçunu oluşturur⁷². İsnadın gerçek olması durumu, isnadın ispatı ile ilgili bir durumdur. AsCK'da isnadın ispatına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gibi Askerî Yargıtay da, AsCK'nın uygulanmasında isnadın ispatına yer olmadığını kararlarında belirtmiştir⁷³. İsnat edilen fiilin, bütün detaylarının belirtilmiş olmasına gerek yoktur. Açıklanan kısımları itibarıyla, isnat edilen fiilin hakaret niteliğinde bir fiil olduğunun tarafsız kişiler tarafından anlaşılması durumunda hakaret suçu oluşacaktır⁷⁴.

Sövme hareketi için yukarıda değindiğimiz ve askerî ceza hukukunda sövmenin huzurda veya gıyapta yapılması arasında bir farkın bulunmadığına, ihtilata ilişkin düzenlemenin AsCK m. 85 için uygulanmayacağına ilişkin hususlar hakaret eylemi için de geçerlidir. Dolayısıyla mağdurun kendisine hakaret edildiğini anlayabildiği hâllerde veya farklı mekânlarda bulunmakla birlikte kendisine sarf edilen sözlerin işitilmesi durumunda veya suçun mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde veya mağdurun olmadığı bir ortamda veya mağdurun doğrudan hakaretin içeriğine vakıf olamayacağı şekilde işlenmesi hâlinde AsCK m. 85'te yer alan suçun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir.

⁶⁹ TOROSLU, s. 112, 113.

⁷⁰ "Astsubayın eşinin terhis olan bir askerle cinsel ilişkide bulunarak onunla kaçığının söylenmesi astsubayın eşi için madde mahsusa isnadiyla hakaret suçunu oluşturmakla birlikte mağdur astsubay için dolaylı (adi) hakaret suçunu oluşturur." (As. Yrg. Drl. Krl., 8.2.1996, 23/20). Karar için bkz. KARDAŞ – ÇINGİ, s. 609; KOÇ, s. 487.

⁷¹ TOROSLU, s. 111; KAYANÇİÇEK, s. 59; ARISOY, s. 163.

⁷² TOROSLU, s. 111; KAYANÇİÇEK, s. 59; ARISOY, s. 163.

⁷³ "AsCK'daki hakaret suçunda, TCK'nın 480 nci maddesindeki ispat iddiasına yer yoktur." (As. Yrg. 1. D., 8.5.1950, 2125/812). Karar için bkz. KOÇ, s. 486; "TCK'nın 480 nci maddesine göre tanınan ispat hakkında AsCK'nın 85 nci maddesine münferit hakaret suçlarını işleyenlerin faydalandırılmasına kanuni mesaj yoktur." (As. Yrg. 4. D., 11.5.1971, 228/219). Karar için bkz. KOÇ, s. 486.

⁷⁴ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 51.

(2) Netice

Hakaret suçu bir zarar değil, tehlike suçudur⁷⁵. Ayrıca dış dünyada bir neticenin meydana gelmesi gerekli değildir. Başka bir anlatımla, failin eylemi sonucunda amirin veya üstün şeref, onur veya saygınlığının zedelenmesine, toplum içinde küçük düşmesine, askerî itaat, terbiye ve disiplinin bozulmuş olmasına gerek yoktur.

Failin, amir veya üste sövme veya hakaret eylemlerinde bulunması ile suç tamamlanmış olur. Ayrıca failce güdülen amacın gerçekleşmiş olup olmadığı aranmaz. Bu görünümü itibarıyla amire veya üste hakaret suçu soyut tehlike suçudur⁷⁶.

c. Mağdur

AsCK m.85'te düzenlenen suçun mağduru amir veya üstüdür. Kişinin aralarında astlık üstlük bulunmayan kişiye karşı sövme ve hakaret eylemlerini gerçekleştirdiği takdirde amire veya üste hakaret suçu oluşmayacağı gibi astına karşı aynı eylemleri gerçekleştirmesi durumunda da inceleme konumuz olan suç oluşmayacaktır.

Amir, İç Hizmet Kanunu'nun 9'uncu maddesinde "*Makam ve memuriyet itibarıyla emretmek salâhiyetine haiz kimse...*" olarak tanımlanmıştır. Benzer tanıma AsCK m.13'te de yer verilmiştir. Kişinin yapmış olduğu görev itibarıyla, yürürlükte olan mevzuata göre emir verme yetkisi altında bulunan herkes ilgili kişinin maiyeti olduğu gibi, emir verme yetkisine sahip olan kişi de emri altındakilerin amiri sayılacaktır.

Amirlik, bir göreve atanmakla veya vekâlet etmekle kazanılabileceği gibi İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliğinde bazı görevlerin amir yetkilerine haiz olduğu açıkça da belirtilmiştir⁷⁷. Bazı görevlerden doğan sınırlı amirliklerden ilki garnizon komutanlığıdır. İç Hizmet Kanunu'nun 47'nci maddesinde garnizon komutanlarının, garnizona dâhil bütün kıta ve askerî kurumların amiri olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla garnizon komutanının amir vasfı, mülki olarak sınırlandırılmış ve sadece garnizonuna

⁷⁵ ARISOY, s. 169.

⁷⁶ ARISOY, s. 169.

⁷⁷ TİFTİK – İNCİRCİOĞLU – DEĞİRMENÇİ, s. 1-18 vd.

Olgun Değirmenci

hasredilmiştir⁷⁸. İkinci sınırlı amirlik kışla, konak veya ordugâh komutanlığıdır. İç Hizmet Kanunu'nun 52'nci maddesine göre bu kişiler, İç Hizmet Yönetmeliği'nin 175-194'üncü maddeleri arasındaki görevlerin icrası bakımından amir sayılırlar. Diğer bir sınırlı amirlik nöbet süresi ve nöbet mahalli ile sınırlı olmak üzere nöbetçi amirliğidir. İç Hizmet Yönetmeliği'nin 411'inci maddesine göre nöbetçi amiri kışladaki bütün nöbetçi subay, astsubay ve sivil personel ile erbaş ve erlerin amiridir⁷⁹. İç Hizmet Yönetmeliği'nin 396 ve 410'uncu maddeleri arasında düzenlenen görevleri yapmakla yükümlü olan nöbetçi subay, astsubay, çavuş ve onbaşı gibi personel, söz konusu görevlerle ilgili olarak o görevleri yerine getirmesi gereken kişilere karşı amir konumundadırlar⁸⁰. Amire veya üste hakaret suçunun, askerî karakol, nöbetçi ve devriyelerine karşı işlenmesi durumunda AsCK m.106 gereğince, söz konusu karakol, nöbetçi ve devriyeleri amir sayılırlar. Burada düzenlenen amirlik emir verme yetkisi ile ilgili değil, kendilerine karşı işlenen bazı suçlar bakımından (AsCK m. 85, 86, 90, 91) amir kabul edilmesi ile ilgilidir. Amir sayılan karakol, karakol nöbetçisi veya

⁷⁸ “Garnizon hizmetlerine müteallik bir emre riayetsizlik, emre itaatsizlik suçunu teşkil eder.” (As. Yrg. Gn. Krl., 20.4.1956, 108/45). Karar için bkz. TİFTİK – İNCİRCİOĞLU – DEĞİRMENCİ, s. 1-21.

⁷⁹ “TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği hükümlerine göre nöbetçi amirleri kıta komutanlarının bulunmadığı zamanlarda ona ait vazifeleri yapmak salahiyetini haiz oldukları, bu görevin devamı sırasında bütün subay, astsubay, er ve erbaşların amiri buldukları ve onları her hususta tavzif etmek yetkisi ile mücehhez oldukları cihetle, nöbetçi amirlerinin hizmet sebebiyle vermiş oldukları emre riayet edilmemesi hâlinde emre itaatsizlikte ısrar suçu teşekkül eder.” (As. Yrg. Gn. Krl., 26.1.1962, 33/36). Karar için bkz. TİFTİK – İNCİRCİOĞLU – DEĞİRMENCİ, s.1-22.

⁸⁰ “TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nin 395-399'uncu maddelerine göre kendilerine bölük nöbetçi çavuşluğu görevi verilen kıta çavuşlarının, bu görevleri yapabilmeleri bakımından teçhiz edildikleri yetkileri kullandıklarında diğer kıta çavuşlarının amiri sayılmaları gerekir.” (As. Yrg. Drl. Krl., 8.11.1979, 77/86); “TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nin 396'ncı maddesi tarifati dairesinde bölük komutanlığınca bölük nöbetçi onbaşı olarak görevlendirilen er diğer erlere nazaran amir durumundadır.” (As. Yrg. 4. D., 26.11.1974, 1023/1038) Kararlar için bkz. TİFTİK – İNCİRCİOĞLU – DEĞİRMENCİ, s. 1-23; “Askerî Yargıtay 3 ncü Dairesinin 15.11.1994 gün ve 544/544, Drl.Krl.nun 2.11.1995 gün ve 103/99; 8.11.1979 gün ve 77/86; 27.4.1989 gün ve 179/162 esas ve karar sayılı ve benzeri içtihatları nazara alındığında ‘nöbetçi onbaşı olarak görev yapan ere karşı diğer erin taarruzu, üste fiilen taarruz suçunu oluşturacağı’ gibi ‘bölük nöbetçi onbaşları AsCK'nın 15 nci madde tanımına uygun nöbetçi değillerse de, İç Hizmet Yönetmeliğinin 396 ncı maddesi gereğince görevlerini yaparken ve yetkilerini kullanırken hemrütbelerinin ve diğer erlerin amiri sayılırlar.” (As. Yrg. 3. D., 28.1.1997, 62/58). Karar için bkz. KOÇ, s. 295.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

devriyeler, aynı Kanun'un 15'inci maddesinde tanımlanmaktadır⁸¹. Dolayısıyla söz konusu tanımda yer alan özelliklere sahip oldukları takdirde, bunlara karşı işlenen hakaret ve sövme eylemleri amire karşı yapılmış sayılacaktır⁸². İç Hizmet Kanunu'nun 92'nci maddesi uyarınca askerî inzibat erbaş ve erleri vazife esnasında diğer erbaş ve erlere karşı karakol sıfatını ve karakolların kanuni salahiyet ve mesuliyetlerini haizdirler. Bundan dolayı, diğer erbaş ve erler tarafından görevleri esnasında asker inzibat er ve erbaşlarına yapılacak hakaret ve sövme eylemleri AsCK m. 85 kapsamında değerlendirilecektir⁸³. İnzibat vazifelerinin inzibat subay veya astsubayları tarafından yapılması durumunda, söz konusu personel ancak kendi rütbelerindeki veya ast rütbedeki subay ve astsubaylara karşı amir konumunda sayılacaktır (İç Hz. K . m. 92/C).

Amir konusu ile ilgili son olarak belirtelim ki, amirlerin emir vermeye yetkili oldukları personelden bazıları kendi üstleri olabilir. Bu durumda dâhi amir, söz konusu personel üzerinde emir vermeye yetkilidir ve kendisine karşı işlenen hakaret ve sövme eylemleri AsCK m. 85 kapsamındadır.

⁸¹ *Nöbetçi, karakol, devriyenin tarifi*
Madde 15 – 1 – Bu kanunun tatbikatında nöbetçi hizada ve seferde emniyet, muhafaza, disiplin, tarassut maksatlarıyla silahlı olarak bir yere konulan ve muayyen bir talimatı bulunan tek veya çift askerdir.
2 – Karakol hizada ve seferde aynı maksatlarla konulan ve bir amir emrinde bulunan silahlı bir kısım askerdir.
3 – Devriye hizada ve seferde aynı maksatlarla muayyen bir muntıkada seyyar olarak vazife yapan bir veya daha ziyade silahlı askerdir.

⁸² Nöbetçi tanımları için bkz. İŞIKLAR, s. 9 vd; "...Böylece, sanık Hv.P.Uzm.Çvş... 'nın, Orduvi otopark görevlisi olan bir eri darp ederken, olay yerinde AsCK'nun 15/1'inci maddesinde yapılan tarife uygun silâhli nöbetçi olan ve TSK İç Hizmet Kanununun 78/b ve 80'inci maddelerine göre, kendi muntıkası dâhilinde bir cürüm işlemekte olan her şahsa anında müdahale etme ve yakalama yetkisi bulunan P.Er... 'yı dinlemeyip tüfeğini tutmak ve ona tabanca çekmeye yeltenerek tehdit etmek suretiyle mukavemette bulunduğu, AsCK'nun 106'ncı maddesi hükmüne göre bu suçu amire karşı yapmış sayılacağından aynı Kanunun 90/1'inci maddesi kapsamında giren 'amire mukavemet etmek' suçunu işlediği anlaşılmış bulunmaktadır." (As. Yrg. 3. D., 20.1.2004, 47/46). Karar için bkz. İŞIKLAR, s. 166.

⁸³ "Devriye vazifesi gören inzibat erinin, AsCK'nun 15'nci, ve 106'ncı maddeleri hükümlerince sanık er ve çavuşun amiri sayılabilmesi ve dolayısıyla sanıkların amirlik durumunu unsur sayan maddelere göre cezalandırılabilmesi için suçun devriye vazifesinin ifası sırasında veya bu vazifenin ifasından dolayı ika edilmiş olması lazımdır." (As. Yrg. 1. D., 20.10.1959, 3692/4539). Karar için bkz. TİFTİK – İNCİRCİOĞLU – DEĞİRMENCİ, s. 1-26.

Olgun Değirmenci

Üst, AsCK m. 13'te “*rütbe ve kıdem büyüklüğünü gösterir*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre rütbe bakımından büyük olan personel, kendisinden rütbe bakımından küçük olan personelin üstü sayılacaktır. Kıdem, “*Belli bir rütbeye nasıp tarihinden itibaren o rütbede hizmet süreleri veya aynı nasıplılar arasında yeterlik bakımından üstünlük sırası...*” (926 sayılı Kanun m. 3) şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla aynı rütbeye sahip olanlardan, yönetmelikte belirtilen ve hizmetten sayılan süresi daha fazla olan, diğer bir anlatımla nasbı daha geride olan personel üst konumundadır. Askerî personel arasındaki astlık-üstlük ve amir-maiyet ilişkileri hizmetle sınırlı değildir ve her zaman geçerlidir.⁸⁴

Belirtelim ki, TSK ve MSB kadrolarında görevli sivil personelin amirleri haricindeki askerî şahıslarla arasında astlık-üstlük münasebeti yoktur. Amirleri ile olan münasebeti ise hizmetle sınırlıdır⁸⁵ ve hizmet dışındaki durumlara genişletilemez.

Askerî öğrenciler bakımından ise bütün askerî öğrenciler subaylara; astsubay hazırlama ve astsubay meslek yüksek okulu öğrencileri ile astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitimine tabi tutulan adaylar aynı zamanda astsubaylara karşı ast durumunda olup, askerî öğrencilerin belirtilen hâllerin dışında gerek kendi aralarında gerekse de erbaş ve erlere karşı astlık-üstlük münasebetleri yoktur (İç Hz. K. m. 113).

4- Tipikliğin Manevi Unsuru

Amire veya üste hakaret suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi (TCK m. 21/1) olduğundan, failin AsCK m. 85'te yer alan ve suçun kanuni tanımına dâhil olan unsurları bilmesi ve eylemini isteyerek

⁸⁴ “İç Hizmet Kanununa göre, birbirlerini tanıyan askerler arasında astlık-üstlük münasebeti her zaman geçerli olduğundan, hadisenin futbol oynarken meydana gelmiş olması sebebiyle astlık-üstlük münasebetinden bahsedilemez demek yerinde değildir.” (As. Yrg. 3. D., 22.2.1966, 171/178). Karar için bkz. KOÇ, s. 45.

⁸⁵ “211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu gereğince sivil personele tanınan ast sıfatı, bu şahısların amirleri ile olan hizmet münasebetine ilişkin bulunduğu cihetle sair hâl ve hadiselere teşmil edilemez.” (As.Yrg.2.D., 13.12.1961, 2166/2148). Karar için bkz. KOÇ, s. 45.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

gerçekleştirmesi gerekir. Başka bir anlatımla, “*kastın varlığı için, failin hem suçun kanuni tanımında yer alan unsurlar bakımından bilgiye sahip olması (bilmesi), hem de bu unsurların gerçekleşmesini istemesi gerekmektedir*”⁸⁶.

AsCK m. 85'e bakıldığında suçun ayırt edici unsurları olarak mağdur ve eylemin düzenlendiği görülmektedir. Eylem, hakaret (sövme) ve madde mahsusaya tayini ile hakaret (hakaret)'tir. Eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi için failin, bilerek ve isteyerek tahkir edici nitelikteki sövme eylemini icra etmesi veya somut bir fiil veya olgu isnat etmesi gereklidir. Failin ayrıca bir saik ile hareket etmesine gerek yoktur⁸⁷. Madde metninde, kanun koyucu herhangi bir saike yer vermemiştir. Dolayısıyla şaka yapma veya alay etme saiki ile hareket eden kişinin eylemi diğer koşullarında mevcudiyeti hâlinde amire veya üste hakaret suçunu oluşturacaktır⁸⁸.

Mağdurun özelliği bakımından AsCK m. 85 özel bir düzenlemeye sahiptir. Buna göre hakaret veya sövmeye muhatap olan kişinin, failin üstü veya amiri olması gereklidir. Fail, en geç eylemi gerçekleştirdiği esnada, muhatap aldığı kişinin kendi üstü veya amiri olduğunu bilmesi gereklidir. Failin, mağdurun şahsı hakkındaki bilgi eksikliği eylemi amire veya üste hakaret suçu olmaktan çıkaracaktır. Bu durumda, TCK m. 125'te yer alan hakaret suçu veya 477 sayılı Kanun'un 55'inci maddesinde yer alan astına sövme veya hakaret suçu söz konusu olacaktır. Örneğin birlik sınırları dışında tartıştığı bir kişiye kendi üstü olduğunu bilmeden söven bir askerî personelin eylemi AsCK m. 85'i oluşturmaz. Çünkü söz konusu personel suçun kanuni tanımında yer alan ve mağdurun şahsına ilişkin bir özelliği bilerek eylemi gerçekleştirmemektedir.

⁸⁶ KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 186. Diğer tanımlar için bkz. HAKERİ, s. 177; DEMİRBAŞ, s. 330; DÖNMEZER – ERMAN, II, s. 210.

⁸⁷ KARDAŞ – ÇINGİ, failin mağdurun onurunu kırma bilinç ve iradesiyle davranması gereklidir ifadeleri ile suçun oluşumunda saikin arandığına işaret etmişlerdir (KARDAŞ – ÇINGİ, s. 605). Ancak kanun koyucu, suçun oluşumu için herhangi bir saik aramamıştır. Failin eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi yeterlidir ayrıca amirinin veya üstünün onur, şeref veya saygınlığını zedeleme amacı taşımasına gerek yoktur. Saikin aranmadığına ilişkin bkz. ÖZEN, Mustafa, s. 99.

⁸⁸ ARISOY, s. 170.

Olgun Değirmenci

Suçun olası kast ile işlenmesi mümkündür⁸⁹. Kanun koyucu, madde metninde doğrudan kastı aradığına ilişkin herhangi bir ifade kullanmadığından, suçun olası kast ile işlenebileceği sonucuna varmak gereklidir. Zira fail, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen eylemi icra ederse, amire veya üste hakaret suçu oluşacaktır. Bu kapsamda, söylediği söylerin amirin veya üstünün şeref, onur ve saygınlığını zedeleyeceğini veya hakaret veya sövme eylemini gerçekleştirdiği kişinin amiri veya üstü olduğunu öngören kişi olası kast ile hareket etmiş olacaktır.

5- Kusurluluk

TCK'nın genel hükümleri, birkaç istisna dışında AsCK için de uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim 31 Mart 2005 tarih ve 5329 sayılı Kanun ile AsCK'na eklenen Ek Madde 8 gereğince, TCK'nın genel hükümleri, fer'i askerî cezalar ve zamanaşımına ilişkin AsCK'nın 49'uncu maddesi saklı kalmak kaydıyla, AsCK'da yer alan suçlar bakımından da uygulanacaktır.

TCK'ya hâkim olan suç genel teorisi, haksızlık ve kusuru birbirinden ayırmıştır (TCK m. 30, 40/1). “*Kusurun konusunu gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan dolayı failin kınanıp kınanamayacağı oluşturmaktadır*”⁹⁰. Ceza sorumluluğu bakımından failin kusurunun bulunması gereklidir. Failin kınanabilmesi için eyleminin haksızlık oluşturduğunun bilincinde olması ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip bulunması gereklidir⁹¹.

Çalışmamızda bu başlık altında kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerden haksızlık yanılığına ilişkin tespitlere değinilecektir. TCK'nın 30'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi(nin)*” cezalandırılmayacağına ilişkin düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemede, kişinin işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemesi olarak tanımlanan haksızlık yanılığısı

⁸⁹ ÖZEN, Mustafa, s. 99.

⁹⁰ KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 295. Diğer tanımlar için bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 475; HAKERİ, s. 270; DEMİRBAŞ, s. 370; ÖZGENÇ, s. 343.

⁹¹ KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 297; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 475; HAKERİ, s. 270; DEMİRBAŞ, s. 370; ÖZGENÇ, s. 343.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

yer almaktadır. Haksızlık yanlışlığının ilk görünüm şekli failin yasaklayıcı normu gözden kaçırmasıdır⁹². Bu görünüm şekli, “*failin davranış normunu bilmemesinden, bilmekle birlikte onun hükümsüz olduğunu düşünmesinden veya yanlış yorumlayarak kendi fiili bakımından uygulanamaz olduğunu sanmasından kaynaklanmaktadır*”⁹³. Amire ve üste hakaret suçunun failinin, uzun yıllar yurt dışında yaşadığı ve toplumda o harekete yüklenen anlamı bilmediği için hakaret oluşturduğunu düşünmediği bir el hareketini amirine veya üstüne yapması hâlinde haksızlık yanlışlığının ilk şeklinden bahsetmek mümkün olacaktır. Bu durumda fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu düşünmemekte, amirinin veya üstünün onur, şeref ve saygınlığını zedelemeyi amaçlamamaktadır. Haksızlık yanlışlığının ikinci görünüm şekli ise, “*gerçekte olmamasına rağmen işlemiş olduğu fiili hukuka uygun hâle getiren bir sebebin bulunduğunu düşünerek hareket etmesi*”⁹⁴ durumudur. Bu görünüm şeklinin, inceleme konumuz olan suç bakımından önem arz etmediği kanaatini taşımaktayız.

6- Hukuka Aykırılık Unsuru

AsCK m. 85’te yer alan suçun unsurlarının gerçekleşmesi ile beraber, kural olarak, hukuka aykırılığın da ortaya çıkmış olduğu kabul edilir. Bununla birlikte, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin olayda mevcut olması hâlinde, eylemin hukuka aykırılığından ve oluşmuş bir suçtan bahsedilemeyecektir⁹⁵. Bu başlık altında bazı hukuka uygunluk nedenlerinin, inceleme konumuz olan suça uygulanabilip uygulanamayacağına ilişkin hususlara değineceğiz.

TCK’nın 26/2’nci fıkrasında düzenlenen bir hukuka uygunluk nedeni olan “*ilgilinin rızası*”, amir veya üste hakaret suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır. İlgilinin rızasından bahsedilebilmesi için; kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkının varlığı, rızaya ehliyetinin bulunması ve suçtan önce veya en geç suçun icra hareketlerinin tamamlanması anında açık veya örtülü olarak rızanın beyan

⁹² KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 324; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 475; HAKERİ, s. 270; DEMİRBAŞ, s. 370; ÖZGENÇ, s. 343.

⁹³ KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 324. Ayrıca bkz. KARAKURT, s.144.

⁹⁴ KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 324. Ayrıca bkz. KARAKURT, s.144.

⁹⁵ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 60.

Olgun Değirmenci

edilmesi gereklidir⁹⁶. Öncelikle inceleme konumuz olan suçta korunan tek hukuksal yarar bireye ait şeref değildir. Askerî disiplin, terbiye ve itaat de korunması gereken hukuksal değerlerden olduğundan dolayı, mağdurun üzerinde tek başına tasarrufta bulunabileceği bir hakkı söz konusu değildir. Bu bakımdan ilgilinin rızası amir veya üste hakaret suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni değildir.

İkinci olarak “hakkın kullanılması”⁹⁷ hukuka uygunluk nedeninin, amir veya üste hakaret suçu bakımından uygulanabilirliği sorununa değinmemiz gerekmektedir. Bilindiği üzere 1982 Anayasası’nın 74’üncü maddesinde vatandaşların, kendileri veya kamu ile ilgili konularda dilek ve şikâyetlerini ilgili makamlara iletebileceği düzenlenmiştir. Özel bir düzenleme olarak da İç Hizmet Kanunu’nun 25’nci maddesinde müracaat, 26’ncı maddesinde ise şikâyet hakkı düzenlenmiştir. İç Hizmet Kanunu’nun 26’ncı maddesine göre; “*Her asker, gerek hizmete ve gerek zati işlerine ait kanun ve nizamların kendisine vermiş olduğu hak ve yetkiler herhangi bir surette haksız olarak ihlal edilirse veya ihlal edildiğini zannederse şikâyet etmek hakkını haizdir.*”.

Şikâyet hakkı kullanılırken doğal olarak belirli kimselere suç teşkil eden veya şeref ve haysiyeti ihlal eden başka bir fiil isnat edilebilir. Silahlı Kuvvetler camiasındaki her ferdin görevi, disiplini tesis ve idame ettirmektir. Disiplin ise kısaca kanun ve diğer idari düzenleyici işlemlerde öngörülen hususların yerine getirilmesidir. Kanun ve diğer idari düzenleyici işlemlere, başka bir anlatımla pozitif hukuka aykırı işlemlerinin görevli mercilere bildirilmesi, askerî toplumun söz konusu fiiller karşısında tepkisiz kalmamasını, bu yolla da askerî düzeni ve disiplini korumasını sağlayacaktır. Bu açıdan bakıldığında şikâyet hakkının kullanılması ve bu kapsamda pozitif

⁹⁶ KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 283-286; DÖNMEZER – ERMAN, II, s.62 vd.; ÖZGENÇ, s. 325 vd.; DEMİRBAŞ, s. 293 vd.; HAKERİ, s. 254 vd.; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 459 vd.; TOROSLU, s. 158 vd.; HAFIZOĞULLARI, s. 247 vd.

⁹⁷ Bkz. EREM, s. 5 vd.; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, s. 423 vd.; HAKERİ, s. 250 vd.; TOROSLU, s. 155 vd.; DEMİRBAŞ, s. 284 vd.; ÖZGENÇ, s. 283 vd.; HAFIZOĞULLARI, s. 247 vd.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

hukuka aykırı fiillerin ilgili makamlara bildirilmesinde büyük bir sosyal fayda bulunmaktadır⁹⁸.

İç Hizmet Kanunu'nun 26'ncı maddesi, şikâyet konusu ile kişi arasında bir ilginin bulunmasını aramıştır. Buna göre, kişinin hak veya yetkilerinin ihlal edilmesi veya kişinin bu hak ve yetkilerinin ihlal edildiğini zannetmesi gerekir. Bu kapsam içinde kaldığı ve kişide hak ve yetkilerinin ihlal edildiğine dair en az bir zan bulunduğu takdirde, şikâyet hakkını kullanacak kişi hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır. Kişi kendisine tanınan hakkın sınırlarını aşarak, hak ve yetkilerinin ihlal edilmediğini bilerek, aslen vaki olmamış bir eyleme yönelik olarak şikâyet yoluna giderse ve şikâyet içeriği amir veya üstünün onur, şeref ve saygınlığını zedeleyebilecek nitelikte ise amir veya üste hakaret suçu oluşur⁹⁹.

1982 Anayasası'nın 39'uncu maddesinde ispat hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; “*Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hâllerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının araştırılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.*”. Bu düzenleme 1961 Anayasası'nın 34'üncü maddesinden aynen alınmış olup, 1924 Anayasası'nda ispat hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁰.

İsnadın ispatı biraz farklı şekilde TCK'nın 127'nci maddesinde düzenlenmiş ve söz konusu düzenleme öğretide eleştirilere neden olmuştur¹⁰¹. İsnadın ispatının hukuki niteliği konusunda TCK'nın gerekçesi ile öğretisi arasında bir uyum söz konusu değildir. TCK'nın 127'nci maddesinin gerekçesine göre isnadın ispatı bir hukuka uygunluk nedenidir

⁹⁸ ERMAN, s. 133; YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 61.

⁹⁹ “*Üstü bulunan subay aleyhine verdiği dilekçede kıza hakkında şeref ve haysiyet düşürücü isnatta bulunan sanığın bu hareketi ile üstünün şahsını hedef aldığından fiil askeri bir suçtur.*” (As. Yrg. 1. D., 12.2.1957, 4642/708). Karar için bkz. KOÇ, s. 70.

¹⁰⁰ Anayasa metinleri için bkz. KARAMUSTAFAOĞLU – TURHAN, s. 64.

¹⁰¹ DÜLGER, s. 571 vd.

Olgun Değirmenci

ve iddiayı ispat ile beraber hukuka aykırılık kalkacaktır. Buna karşılık öğreti, isnadın ispatını çoğunlukla cezasızlık sebebi olarak değerlendirmektedir¹⁰². Askerî Yargıtay, gerek 1924 Anayasası döneminde¹⁰³ gerekse de ispat hakkının açıkça düzenlendiği 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarında¹⁰⁴, amir veya üste hakaret suçunda isnadın ispatına başvurulamayacağını açıkça ifade etmiştir.

İsnadın ispatında somut bir fiil veya olgunun isnadının mevcut olması gerekir. Böyle bir isnat olmaksızın sadece olumsuz değerlendirmelerin ispatı söz konusu olamayacağından, isnadın ispatının sövme eylemleri bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu bakımdan AsCK m. 85/1 bakımından isnadın ispatı yoluna gidilmesi mümkün değildir. Ancak AsCK m. 85/2’de düzenlenen madde mahsusa tayini ile hakaretin, askerlik görev ve hizmetinin yerine getirilmesi ile ilgili olması durumunda isnadın ispatı hakkının sanığa tanınması gereklidir. Zira söz konusu hak, Anayasadan doğan bir hak olup, isnadın ispatının kaynağı TCK değildir. Amir veya üst sıfatını taşıyan kişilerin, TCK’nın genel hükümleri bağlamında kamu görevlisi olduğu açıktır. Dolayısıyla Anayasada düzenlenen ve bireyler için doğrudan talep edilebilir bir hakkın, amire ve üste hakaret suçlarında niçin uygulanmadığı izaha muhtaçtır.

7- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

Teşebbüsten bahsedilebilmesi için suçun elverişli araçlarla doğrudan doğruya icrasına başlanması ancak failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması gerekir (TCK m. 35). Ceza hukukunda bazı yazarlar tarafından her suçta bir neticenin bulunduğundan hareketle, netice ile hareketin iç içe geçtiği suçlara “*neticesi harekete bitişik suçlar*”

¹⁰² HAFIZOĞULLARI,- KURŞUN, s. 9 vd.; YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 82; ARISOY, s. 191; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 464.

¹⁰³ “AsCK’daki hakaret suçunda, TCK’nın 480 nci maddesindeki ispat iddiasına yer yoktur.” (As. Yrg. 1. D., 8.5.1950, 2125/812). Karar için bkz. KOÇ, s. 486.

¹⁰⁴ “TCK’nın 480’nci maddesine göre tanınan ispat hakkından AsCK’nın 85 nci maddesine münderiç hakaret suçlarını işleyenlerin faydalandırılmasına kanuni mesağ yoktur.” (As. Yrg. 4. D., 11.5.1971, 228/219). Karar için bkz. KOÇ, s. 486.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

denmektedir¹⁰⁵. “*Neticesiz suç yoktur*” anlayışını kabul etmeyen yazarlar ise tamamlanması için kanuni tanımda neticenin aranmadığı suçlar için “*sırf hareket suçları*” terimini kullanmaktadırlar¹⁰⁶.

Amir veya üste hakaret suçunun kanuni tanımında, ayrıca bir netice aranmamaktadır¹⁰⁷. Zira kanun koyucu, amir ve üstün onur, şeref ve saygınlığının zedelenmesini veya askerî itaat veya disiplinin bozulmasını kanuni tanımda düzenlememiştir. Bundan dolayı inceleme konumuz olan suç kural olarak teşebbüse mümkün değildir¹⁰⁸. Failin, amirine veya üstüne karşı, huzurda veya gıyapta, onur, şeref veya saygınlığına yönelik saldırıyı gerçekleştirdiği veya somut bir fiil veya olguyu isnat ettiği anda suç tamamlanmış olur.

Amir veya üste hakaret suçunun gıyapta işlenmiş olması durumunda ihtilat koşulu aranmayacağından hareketin gerçekleşmesi ile beraber suç gerçekleştirilmiş olur.

Ancak suçun huzura eşit sayılan araçlarla işlenmesi başka bir anlatımla mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, hareketin kısımlara bölünmesi imkânı mevcut olduğundan teşebbüsün mümkün olacağı kabul edilmelidir. Bu durumda öğretide çoğunlukla verilen posta örneğine değinmek gereklidir. Hakaret içeren mektubun postaya verilmesi ancak mağdura bir şekilde ulaşmamış olması hâlinde teşebbüsün bulunduğu ifade edilmiştir¹⁰⁹.

b.İştirak

¹⁰⁵ DÖNMEZER – ERMAN, I, no. 516 vd.; CENTEL – HAMİDE – ÇAKMUT, s. 254.

¹⁰⁶ KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 163, 164; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Ceza Genel, s. 273; ÖZGENÇ, s. 180.

¹⁰⁷ “...hakaret ve tehdit suçları maddi sonuç doğurmayan salt hareket suçlarıdır...” (As. Yrg. Drl. Krl., 9.6.2003, 54/51). Karar için bkz. KOÇ, s.485.

¹⁰⁸ TCK’da düzenlenen hakaret suçu hakkında benzer değerlendirmeler için bkz. ARISOY, s. 199; YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 68; ÖZEN, Mustafa, s. 101; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 458; ÇELEN, s. 292.

¹⁰⁹ KAYANÇİÇEK, s. 334; ARISOY, s. 199; “Bir görüşe göre, hakaret suçunda icra hareketlerin kısımlara bölünebildiği hâllerde teşebbüs olanaklı görülmekte ise de, mağdura mektup yahut iletinin ulaşmaması durumunda bizatihi suçun konusunun tartışılması gerekir.” KAYANÇİÇEK, s. 335.

Olgun Değirmenci

Amir ve üste hakaret suçu gerçek özgü suç niteliğindedir. Kanun koyucu, söz konusu suçun faili olabilmek için bir takım nitelikler aramaktadır. Bunlar, failin, mağdura göre ast veya maiyet olması durumudur. Dolayısıyla amir ve üste hakaret suçunda, ast veya maiyet olmayan bir kişinin müşterek fail olabilmesi mümkün değildir. İnceleme konumuz olan suçta iştirak bakımından müşterek faillik haricinde bir özellik göstermemektedir.

c. İçtima

Amir veya üste hakaret suçunda, suçların içtima bakımından iki husus önem kazanmaktadır. Bunlardan ilki suçun zincirleme suç şeklinde işlenmesi, diğeri ise birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi, yani aynı nev'iden fikri içtima hâlidir.

Amir veya üste hakaret suçunun bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı amir veya üste karşı birden fazla işlenmesi hâlinde bir cezaya hükmedilecektir (TCK m. 43). Örneğin amirinin kapısına birer gün ara ile üç defa sövme içeren kâğıtlar yapıştıran maiyetin eylemi tek suç kabul edilecek ve ceza artırılabilecektir.

İkinci olarak ise amir veya üste hakaret suçunun, birden fazla üste veya amire karşı tek fiille işlenmesi durumudur. Örneğin üstü olan iki subaya hitaben “şerefsizsiniz” diyen astsubayın eylemi TCK m. 43/2 gereğince zincirleme suç hükümlerine tabi olacaktır¹¹⁰.

Amire veya üste hakaret suçunun, AsCK m. 106 kapsamında hakaret suçu bakımından amir sayılan kişilere karşı işlenmesi hâlinde, ayrıca hizmet esnasında işlendiğinden dolayı nitelikli hâl uygulanmaz. Örneğin nöbetçi olan er, hizmet hâlinde bulunduğundan dolayı kendisine karşı işlenen hakaret eylemi, özel hükümden dolayı amire karşı işlenmiş sayılmaktadır.

¹¹⁰ “Sanığın üstü bulunan iki astsubaya karşı bir anda sarf ettiği hakaret teşkil eden sözlerinde tek hakaret kastı vardır.” (As.Yrg.1.D., 29.9.1993, 388/385) Karar için bkz. KOÇ, s.487. Askerî Yargıtay 1993 tarihli kararında kanaatimizce hatalı olarak olayı suçun manevi unsuru açısından ele almış ancak doğru sonuca varmıştır. Olayda “aynı fiile aynı suçun farklı kişilere karşı aynı anda işlenmesi” olarak tanımlanan aynı neviden fikri içtima hâli vardır. Dolayısıyla birden fazla suç tek suç gibi kabul edilecek ve sanığa TCK m. 43/1 uyarınca ceza artırılarak verilecektir.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

Bu anlamda, hizmet hâli suçun unsuru olduğundan, ayrıca nitelikli hâlin tespitinde göz önüne alınmaz¹¹¹.

8- Suçun Nitelikli Hâlleri

a. Hizmet Esnasında veya Hizmete İlişkin Muameleden Dolayı İşlenmesi

Amire ve üste hakaret suçunun hizmet esnasında veya hizmete ilişkin muameleden dolayı işlenmesi suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlidir. Hizmet, AsCK'nın 12'nci maddesinde tanımlanmıştır. AsCK uygulamasında hizmet, “*gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması hâlidir.*”.

Tanıma göre iki durum hizmet olarak kabul edilmektedir. Bunlardan ilki bilinen (malum) ve belli (muayyen) bir vazifenin yapılması durumudur. İkincisi ise amir tarafından emredilen bir vazifenin yapılması durumudur.

Hizmet ayrıca İç Hizmet Kanunu'nda da tanımlanmıştır. Buna göre; “*Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işler...*” hizmeti oluşturmaktadır. Bu tanım incelenecek olursa, AsCK'da yer alan tanımla benzerlik gösterdiği görülmektedir. Zira İç Hizmet Kanunu'na göre; kanunlar nizamlarda yazılı olan hususlarla, amir tarafından emredilen hususlar hizmeti oluşturmaktadır. Bu noktadan hareketle, AsCK'da “*malum ve muayyen olan*” ibaresi ile “*kanunlarla nizamlarda*” düzenlenen hususların ifade edilmek istendiği anlaşılmaktadır. Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun, 2008 yılında vermiş olduğu bir karar da, vardığımız bu noktayı doğrulamaktadır¹¹². Askerî Yargıtay Daireler Kurulu, hizmeti; “*kanunlarda*

¹¹¹ “*Amirlik sıfatını haiz nöbetçi ere karşı işlenen üste hakaret suçunun ayrıca ‘hizmet esnasında’ işlendiğinden bahisle nitelikli hâlin gerçekleştiğinden söz edilemez.*” (As. Yrg. Drl. Krl., 17.12..1965, 146/154). Karar için bkz. KARDAŞ - ÇINGİ, s. 621.

¹¹² “*AsCK'nın 12'nci maddesinde belirtilen “malum ve muayyen olan askerî vazife”den, yasalarda yapılması veya yapılmaması önceden açıkça gösterilen hususları, “Bir amir tarafından emredilen vazife”den ise, yasalarda veya diğer düzenlemelerde önceden belirlenmeyip, amirlerin takdirlerine bırakılan hususları anlamak gerekmektedir. Bu nedenle, her kademedeki amirin, konusu suç oluşturmayan ve yasa veya diğer hukuk kurullarıyla düzenlenmemiş konularda kendisinin düzenleme yapıp emir vermeye yetkili*

Olgun Değirmenci

ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması açıkça gösterilmiş olan hükümlerle; kanunlarda ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması yetkili amirlerin takdirine bırakılan ahvalde, amirlerin bu takdirlerine dayanarak yapılmasını veya yapılmamasını istediği hususlar...” şeklinde tanımlamıştır¹¹³.

Hizmetin tanımında kullanılan nizam, İç Hizmet Kanunu'nun 5'inci maddesinde tarif edilmiştir. Buna göre nizam; tüzükler, kararnameler, yönetmelikler, talimnameler ve talimatlarda yazılı olan hükümlerdir. Nizam, idarenin düzenleyici işlemleridir ve 5'inci maddedeki sayım sınırlı değil, örnekleyicidir. Dolayısıyla idare tarafından yürürlüğe konulan ve yazılı tüm düzenleyici işlemler nizam kavramına dâhildir.

Bu kapsamda amir veya üst; kanun veya nizamlarda düzenlenen veya amir tarafından emredilen bir vazifeyi yerine getirdiği süre boyunca hizmet hâlinindedir. Ayrıca belirtmeliyiz ki, İç Hizmet Kanunu'nun 24'üncü maddesi gereğince disipline aykırı gördüğü duruma müdahale eden üst de hizmet hâlinindedir¹¹⁴.

Hizmet hâli, çalışma saatlerine genişletilemez¹¹⁵. Amir veya üst çalışma saatleri içinde kanun, nizam veya amir tarafından belirlenen bir vazifeyi yerine getirmediği durumlarda hizmet hâlinde kabul edilemez.

Kanun koyucunun hizmet hâlini suçun nitelikli hâli olarak kabul etmesinin sebebi askerî hizmetin kesintisiz sürdürülmesindeki zorunluluktur¹¹⁶.

Suçun hizmet hâlinde işlendiğinin kabul edilebilmesi için amirin veya üstün kanun, nizam veya amir tarafından belirlenen bir vazifeyi yerine getirirken hakarete muhatap olması gerekmektedir. Hizmet hâlinin varlığı

olduğunda kuşku bulunmamaktadır.” (As. Yrg. Drl. Krl., 17.1.2008, 7/7). Karar için bkz. KOÇ, s. 13.

¹¹³ As. Yrg. Drl. Krl., 25.1.1996, 13/11. Karar için bkz. KOÇ, s. 289.

¹¹⁴ “TSK İç Hizmet Kanununun 14, 24 ve Yönetmeliğın 28 nci maddelerine göre, her üstün hizmet hâli söz konusu olmaksızın, her zaman ve her yerde astlarının disipline aykırı gördüğü hâllerine müdahale etmesi ile taraflar için hizmet hâli doğduğı gibi, astlarının merkez komutanlığına götürülmesi hususundaki üstün davet emri dahi hizmete ait işlemlerdendir.” (As. Yrg. 2. D., 12.11.1963, 2135/1161). Karar için bkz. KOÇ, s. 55.

¹¹⁵ KARDAŞ – ÇINGİ, s. 604.

¹¹⁶ KARDAŞ – ÇINGİ, s. 604.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

için amirin veya üstün hizmet hâlinde olması yeterlidir¹¹⁷. Ayrıca failin hizmet hâlinde bulunup bulunmadığı suçun nitelikli hâlinin oluşumu açısından önemli değildir.

Amire veya üste hakaret suçunun, hizmete yönelik bir muameleden doğması hâlinde de ceza artırılabacaktır. Hizmete yönelik bir muameleden doğması, amir veya üst tarafından kanun, nizam veya amir tarafından belirlenen bir vazifeyi yerine getirmesi ve failin söz konusu vazifeyi yerine getirmesinden dolayı amir veya üste hakaret etmesi anlamındadır¹¹⁸. Nitelikli hâlin uygulanabilmesi için vazifenin ifası ile hakaret teşkil eden fiil arasında nedensellik bağlantısının bulunması gereklidir¹¹⁹. Suçun hizmete yönelik bir muameleden dolayı işlendiğinden bahisle nitelikli hâlin uygulanabilmesi için hareketin gerçekleştirildiği anda ayrıca failin veya mağdurun hizmet hâlinde olması gerekli değildir¹²⁰.

Suçun nitelikli hâlinde olan hakaretin hizmet esnasında yahut hizmete müteallik bir muameleden dolayı vuku bulması durumu, madde mahsusa tayini ile hakarete uygulanamayacaktır. Zira hem nitelikli hâlin birinci fıkrada düzenlenmesi bu duruma engel oluşturmaktadır hem de nitelikli hâl için öngörülen cezanın, madde mahsusa tayini ile hakaret için öngörülen cezanın sınırları içinde olması uygulamada nitelikli hâlin cezayı artırıcı bir neden olarak göz önüne alınmasını engelleyecektir.

¹¹⁷ “Fiilin ‘hizmet esnasında’ yapıldığının kabulü için üstün hizmet hâlinde bulunması yeterlidir. Sanıkla mağdur arasında bir hizmet ilişkisinin varlığına lüzum ve zaruret yoktur.” (As. Yrg. Drl. Krl., 1.2.1996, 18/14). Karar için bkz. KARDAŞ – ÇINGİ, s. 609.

¹¹⁸ “Mağdurun gece dersine toplanılması emri üzerine failin hakaret ettiği anlaşıldığından suçun hizmete müteallik muameleden dolayı gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.” (As. Yrg. Drl. Krl., 1.2.1996, 18/14). Karar için bkz. KARDAŞ – ÇINGİ, s. 609; “Failin mağdur tabip yüzbaşıya ‘eğer ben bu olaydan dolayı bir yıl kaybedersem yüzbaşının eline portakal veririm, elinde patlar, bir portakallık işi var’ diyerek sevk edildiği tıbbi işlem nedeniyle hakarete ve tehditte bulunduğu anlaşıldığından hakaretin hizmete ilişkin bir muameleden dolayı gerçekleştiği kabul edilmelidir.” (As. Yrg. 5. D., 15.2.1995, 140/139). Karar için bkz. KARDAŞ – ÇINGİ, s. 610. “Sanığın görevden alınmasından sorumlu tuttuğu iki astsubay hakkında ‘anasını avradını s.et. orospu çocukları’ demek suretiyle hizmete ilişkin işlem nedeniyle tek bir üste hakaret suçu işlenmiştir.” (As. Yrg. 1. D., 29.9.1993, 18/14). Karar için bkz. KARDAŞ – ÇINGİ, s. 609.

¹¹⁹ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 72.

¹²⁰ ÇELEN, s. 292.

b. Umuma Teşhir Olunmuş Yazı, Resim veya Sair Neşir Vasıtalarıyla İşlenmesi

Amir veya üste hakaretin, herkesin görebileceği şekilde yazı, resim veya diğer basın araçlarıyla işlenmesi hâlinde ceza arttırılacaktır. Hakaret veya sövme içeren yazı veya resmin failin egemenlik alanı dışına çıkararak, kamu tarafından bilinir olması gerekmektedir. Yazı veya resmin tek bir kişinin bilgisine ulaşması ile suç tamamlanmış olacaktır¹²¹.

Neşir, “yayın; yayım; yayma” anlamlarına gelmektedir¹²². Sair neşir vasıtaları ifadesi ile hakaretin ne şekilde olursa olsun yayımlanmış olmasıdır. TCK’nın 6’ncı maddesinde basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçlarının kastedildiği ifade edilmiştir. Her ne kadar tanım, TCK’nın uygulamasında neşir vasıtalarına ilişkin ise de genel hükümlere dâhil olduğundan, AsCK bakımından da uygulanabilir. Bu kapsamda, yayımlanmış olması kaydıyla hakaretin panoya asılan yazı, resim, basılmış olan dergi, kitap, televizyon, radyo veya bilişim sistemlerinden yapılması hâlinde cezayı artıran nitelikli hâl uygulanacaktır.

c. Resmi Makamlara Verilip Üzerinde İşlem Yapılan Evrak İle İşlenmesi

Amire veya üste hakaret suçunun diğer bir nitelikli hâli, hakaretin resmi makamlara verilip üzerinde işlem yapılan evrak ile işlenmesidir. Evrakın üzerinde işlem yapılmaması hâlinde nitelikli hâl gerçekleşmez. Kanaatimizce üzerinde işlem yapılmasından kasıt, evrakın içeriğine en az bir kişinin vakıf olmasıdır. Nitekim TCK’da düzenlenen hakaret suçunda, resmi makamlara gönderilen yazılı belgelerde hakaret niteliğinde bir isnadın mevcudiyeti hâlinde, evrakın içeriğine en az üç kişinin vakıf olması gerektiği öğretide aranmaktadır¹²³. Buna ilişkin Yargıtay kararları da, öğreti paralelindedir¹²⁴. En az üç kişinin evrak içeriğine vakfiyetinin aranmasının

¹²¹ KARDAŞ – ÇINGİ, s. 604.

¹²² YILMAZ, s. 617.

¹²³ ÖNDER, s. 234; YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 57.

¹²⁴ “Boşanma davasında maznun tarafından verilen cevap lahiyasının hâkim tarafından görülerek kayda havale edildiği ve kaydiye harcının yapıldığı ve kâtip tarafından da görülerek diğer tarafa tebliğ edildikten sonra dosyasında konulduğu ve mahkemece tetkik

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

nedeni, resmi makamlara verilen evrakın gıyapta hakaret teşkil etmesinden dolayı ihtilat koşulunun gerçekleşmesidir. Amire veya üste hakaret suçunun gıyapta veya huzurda yapılması arasında bir fark olmadığından dolayı, resmi makamlara verilen evrakın içeriğine en az bir kişinin vakıf olması hâlinde nitelikli hâl kapsamında değerlendirme yapılacaktır.

9- Yaptırım

AsCK'da yer alan suçun sövme hareketi bakımından cezası üç aydan bir seneye kadar hapistir. Suç, hakaret etmek suretiyle işlenirse ceza altı aydan beş seneye kadar hapistir.

Suçun, hizmet esnasında yahut hizmete müteallik bir muameleden dolayı vuku bulması hâlinde ceza altı aydan üç seneye kadar hapistir. TCK m. 125 gereğince suçun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmiş olması hâlinde ceza altı sınırı bir yıl olarak uygulanacaktır. Ancak AsCK m. 85'te, sövmenin hizmete yönelik bir işleminden dolayı olması durumunda ceza alt sınırı altı aydır. Kamu görevlisi olan amir veya üste görevinden dolayı sövme hareketinin gerçekleştirilmesi durumunda ceza alt sınırı bakımından TCK'daki düzenleme ile uyumsuzluk söz konusudur. Ceza alt sınırının, TCK m. 125 doğrultusunda bir yıldan az olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Hakaretin, umuma teşhir olunmuş yazı, resim veya sair neşir vasıtalarıyla işlenmesi veya resmi makamlara verilip üzerinde işlem yapılmış evrak ile yapılması hâlinde ise ceza bir seneden beş seneye kadar hapistir.

AsCK m.85'te yer alan suç, sırf askerî suçtur. Bu nedenle Ek Madde 8 uyarınca, TCK m. 50'de düzenlenen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile TCK m. 75'te düzenlenen önödeme hükümleri inceleme konumuz olan suç için uygulanamaz.

edilmiş bulunduğu nazara alınmadan ihtilat unsurunun tekevvün etmemiş olduğundan bahisle ve bu sebebe müsteniden beraat kararı verilmesi yolsuzdur.” (Yrg. 4. CD., 15.10.1955, 11008/16280). Karar için bkz. SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5055. “Dilekçe ile yapılan hakaretlerde dilekçenin birkaç daire veya memur tarafından görülmesi ile ihtilat unsurunun teşekkül edeceği ve dilekçede yazılı sözlerin yargıcın vakar ve haysiyetini ihlal edecek mahiyette olduğu düşünülmeksizin beraat kararı verilmesi yolsuzdur.” (Yrg. 4. CD., 11.2.1949, 1157/2155). Karar için bkz. PERİNÇEK – ÖZDEN, s. 632. Söz konusu kararlar için ayrıca bkz. YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 57, 58.

Olgun Değirmenci

Suçun failinin subay, astsubay, uzman jandarma olması ve aldığı cezanın bir seneden fazla hapis cezası olması durumunda, asıl ceza ile birlikte TSK'dan çıkarma fer'i cezası da verilir. Mahkûmiyet cezasının üç aydan fazla ancak bir seneden az (bir sene dâhil) olması durumunda ise askerî mahkeme ayrıca TSK'den çıkarma fer'i cezasına hükmedebilir (AsCK m. 30).

Sözleşmeli subay ve astsubaylar ile uzman erbaşlar için askerî mahkemelerden alınan bir ay veya daha fazla süreli hapis cezası, ayrıca sözleşmenin feshini gerektirmektedir.

Askerî öğrenciler bakımından amire veya üste hakaret suçundan alınan üç aydan fazla hapis cezası askerî öğrencilik hukukunun kaybedilmesine sebebiyet verecektir. Askerî mahkemeden alınan üç ay ve daha az hapis cezasında ise askerî mahkeme öğrencilik hukukunun kaybettirilmesi fer'i cezasına hükmedebilecektir (AsCK m. 32).

Onbaşı ve çavuşlara amire veya üste hakaret suçundan verilen bir seneden fazla hapis cezası, rütbenin geri alınması fer'i cezasının uygulanmasını gerektirecektir. Cezanın üç aydan fazla olması ancak bir seneden az (bir sene dâhil) durumunda rütbenin geri alınmasına askerî mahkemece hükmedilebilecektir. Sözleşmeli erbaşlar hakkında rütbenin geri alınması fer'i cezası uygulanmayacaktır (6191 sayılı Kanun m. 4).

10- Kovuşturma

Amire ve üste hakaret suçu, diğer askerî suçlarda olduğu gibi şikâyete tabi bir suç değildir.

Amire veya üste hakaret suçunda görevli mahkeme askerî mahkemedir. 353 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesine göre askerî mahkemeler asker kişilerin askerî suçlarına ait davalara bakmakla görevlidirler.

Yetkili askerî mahkeme ise failin emri altında bulunduğu komutanlığın teşkilatında bulunan askerî mahkemedir (353 sayılı Kanun m. 21)¹²⁵.

¹²⁵ Madde 21

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

İnceleme konumuz olan suçun asker kişilerle iştirak hâlinde işlenmesi durumunda, asker kişiler bakımından yargılama yetkisi askerî mahkemelere aittir. Bununla birlikte sivil şahısların soruşturmaları Cumhuriyet Savcılarınca, kovuşturmaları ise adlî yargı mahkemeleri tarafından yapılacaktır (CMK m. 3/2)¹²⁶.

11- Sonuç

Amir veya üste hakaret suçu, askerî itaat ve inkıyadı bozan askerî cürümlerendir. Söz konusu suç, AsCK m. 85'te üç fıkra hâlinde düzenlenmiştir. Askerî Ceza Kanunu, TCK'nın aksine sövme ve hakaret eylemleri bakımından ceza farklılığını korumuş, madde mahsusa tayini ile hakaret olarak isimlendirdiği hakaret eylemi için cezayı, hakaret olarak isimlendirdiği sövmeden daha ağır tutmuştur.

Amire veya üste hakaret suçu 4551 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve madde metninde geçen mafevk kelimesi üst olarak Türkçeleştirilmiştir. Ancak madde başlığında mafevk kelimesi varlığını korumaktadır. Bu durumun, unutmaya sonucuna olduğu, kanun koyucunun başka bir amacına işaret etmediğini düşünmekteyiz.

Amir veya üste hakaret suçunda korunan hukuksal yarar karma nitelik göstermektedir. Bu suç ile askerî terbiye, disiplin ve itaatın korunmasının yanı sıra amir veya üstün onur, şeref ve saygınlığı da korunmaktadır.

Amir veya üste hakaret suçunda fail ve mağdur özellik göstermektedir. Mağdurun, amir veya üst olması gereklidir. Bununla bağlantılı olarak da failin, hakarete muhatap olan mağdurun astı veya maiyeti olması gereklidir. Aralarında amir – maiyet veya ast – üst ilişkisi bulunmayan kişiler arasında hakaret veya sövme eyleminin gerçekleşmesi hâlinde, TCK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Askerî mahkemelerin yetkisi, teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirinin kadro ve kuruluş itibarıyla emirleri altında bulunan kişiler ile adli bakımdan kendisine bağlanmış birlik veya askerî kurum mensupları hakkında caridir.

¹²⁶ Sivil şahısların, asker kişilerle beraber bir suçu iştirak hâlinde işlemelerine ilişkin 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 12'nci maddesi ile karşılaştırınız. Ayrıca bilgi için bkz. DEMİRAG, s. 82 vd.

Olgun Değirmenci

Amir veya üste hakaret suçu, sövmek suretiyle amir veya üstün onur, şeref veya saygınlığına saldırıda bulunma şeklinde işlenebileceği gibi somut bir fiil veya olgu isnadında bulunmak suretiyle de işlenebilir. AsCK, birinci hareket için hakaret, ikinci hareket için ise madde mahsusaya tayini suretiyle hakaret kavramlarını kullanmaktadır. AsCK, amire veya üste hakaret suçu için suçun huzurda işlenmesi veya gıyapta işlenmesi arasında bir ayırım yapmamıştır. Bundan dolayı, TCK'da düzenlenen ihtilata ilişkin esaslar inceleme konumuz suç için uygulanmaz.

Amire veya üste hakaret suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Failde ayrıca bir saik aranmaz. Suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir ancak olası kastla işlenmesi mümkündür.

Amire veya üste hakaret suçunda, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz. Failin, hak ve yetkilerinin haksız olarak ihlal edildiğine ilişkin ilgili mercilere şikâyetle bulunması ve bu suretle de somut bir fiil veya olgu isnat etmesi durumunda, hak fail tarafından kötüye kullanılmıyorsa, hukuka uygunluk nedeninden istifade etmesi gerekmektedir.

Öğreti tarafından özel bir cezasızlık hâli olarak değerlendirilen isnadın ispatı kurumu, Askerî Yargıtay kararları uyarınca askerî ceza hukukunda uygulama alanı bulmamaktadır. Kaynağını Anayasadan alan bir hak olarak isnadın ispatının askerî ceza hukukunda uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

TCK m. 125'te hakaret suçunun nitelikli hâli olarak düzenlenen kamu görevlisine karşı hakaret eyleminin, AsCK m. 85'te yer alan düzenlemeden daha dar nitelikli olduğunu ifade etmeliyiz. TCK m. 125'te düzenlenen nitelikli hâlin uygulanabilmesi için kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret veya sövme hareketinin gerçekleştirilmesi gerekir. Buna karşın AsCK m. 85'in uygulanabilmesi için mağdurun amir veya üst olması yeterlidir ayrıca hakaret ve sövme hareketinin görevinden dolayı gerçekleştirilmesi gerekli değildir.

AsCK m. 85'te düzenlenen amire veya üste hakaret suçunun; suçun unsurları itibarı ile TCK m. 125'te düzenlenen hakaret suçundan farklı bir suç olmasına rağmen, her iki suçu oluşturan hakaret ve sövme hareketleri

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

benzerlik taşımaktadır. Bu kapsamda, AsCK m. 85'te yer alan suç oluşturulan hareketlerin, TCK m. 125'te yer alan hakaret suçuna benzer şekilde düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda yer alan sonuç ve değerlendirmeler kapsamında AsCK m. 85'in ilk iki fıkrasının aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz;

“Amire veya üste söven veya hakaret edenlerin cezası”

Madde 85 – 1. Bir amire veya üste onur, şeref veya saygınlığını rencide edebilecek nitelikte söven üç aydan iki seneye kadar hapis, bu nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ise altı aydan beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Hakaret veya sövmenin hizmet esnasında veya hizmete yönelik bir işleminden dolayı vuku bulması hâlinde ceza alt sınırı bir yıldan az olamaz.

Olgun Değirmenci

Kaynakça

ARISOY, Mine, Hakaret, *TBB Dergisi*, Sa. 72, 2007.

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı. Ankara 2010.

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Gereçeli Ceza Kanunları, 10. Baskı. Ankara 2010.

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Ahmet Caner, TCK Şerhi, C. 3, Ankara 2009.

BRÖCKLING, Ulrich, Disiplin. Askerî İtaat Üretiminin Sosyolojisi ve Tarihi (Çev.:Veysel Atayman), İstanbul 2001.

CENTEL, Nur – HAMİDE, Zafer – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası. İstanbul 2006.

ÇELEN, Orhan, Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1999.

ÇETİN, Erol, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Ankara 2005.

DEĞİRMENCİ, Olgun, Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Disiplin Mahkemeleri (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6), *KHO Bilim Dergisi*, C. 20, Sa. 1, 2009.

DEĞİRMENCİ, Olgun, Askerî Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu, *KHO Bilim Dergisi*, C. 18, Sa. 2, 2008.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2007.

DEMİRBAĞ, Fahrettin, Askerî Yargı, ‘Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi’ Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu, Sempozyum Ankara 18-20 Haziran 2008, TBB Yayınları: 51.

DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, 14. Bası. İstanbul 1997.

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, 14. Bası. İstanbul 1997.

DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1988.

DÜLGER, İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 127. Maddesinin Anayasaya Uygunluğu Sorunu (İspat Hakkı), 3.Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran 2008 İstanbul.

EREM, Faruk, Ceza Hukukunda “Hakkın Kullanılması”, *AÜHFD*, C. 41, Sa. 1-4, 1989.

ERMAN, Sahir, Askerî Ceza Hukuku, 7. Bası. İstanbul 1983.

ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. Baskı. İstanbul 1989.

HAFIZOĞULLARI, Zeki – KURŞUN, Günal, Türk Ceza Hukukunda Şerefe Karşı Suçlar, *Polis Dergisi*, Sa. 48, Nisan – Mayıs – Haziran 2006.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukukunda Şerefe Karşı Suçlar, (<http://www.baskent.edu.tr/zekih/uygulamaci/hakaret.doc>, erişim tarihi: 10 Şubat 2010).

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2009.

IŞIKLAR, Celal, Türk Silahlı Kuvvetlerinde Nöbet, Ankara 2006.

İPEKSÜMEROĞLU, Niyazi, Askerî Kaza Sistemine Bir Bakış, *AÜHFD*, C. 8, Sa. 1-4.

KANGAL, Zeynel T., Askerî Ceza Hukuku, Ankara 2010.

KARAKURT, Ahu, Türk Ceza Kanunu’nda Hata, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 4. Sa. 10. Ağustos 2009.

Olgun Değirmenci

KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer – TURHAN, Mehmet, 1961-1982 T.C. Anayasaları Karşılıklı Metinler ve 1876, 1921 ve 1924 Anayasa Metinleri, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı. Ankara 1993.

KARDAŞ, Ümit – ÇINGİ, Mehmet, Askerî Ceza ve Ceza Yargısı, İstanbul 2001.

KAYANÇIÇEK, Murat, Şerefe Karşı Suçlar, Ankara 2008.

KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı. Ankara 2010.

KOÇ, Cihan, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı. Ankara, 2009.

ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.

ÖZBEK, Veli Özer, Şerefe Karşı Suçlar, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Y. 2, Sa. 5, Nisan 2005.

ÖZEN, Muharrem, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, in: 3.Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran 2008 İstanbul.

ÖZEN, Mustafa, Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi, *TBB Dergisi*, Sa. 75, 2008.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası. Ankara 2008.

PERİNÇEK, Sadık – ÖZDEN, Cahit, Türk Ceza Kanunu ve Buna Ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, Ankara 1953.

SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 4, 3. Baskı. Ankara 1999.

SEVİĞ, Vasfi Raşid, Askerî Adalet, *AÜHFD*, C. 9, Sa. 1-2, 1952.

Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu

SEVİĞ, Vasfi Raşid, Askerî Ceza Kanunu, *AÜHFD*, C.10, Sa. 1-4, 1953.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı. Ankara 2005.

TARHAN, Emine Ülker, Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları, Ankara 2007.

TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı. Ankara 2008.

TİFTİK, Cem – İNCİRCİOĞLU, Erkan – DEGİRMENCİ, Olgun, Askerî Ceza Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2009.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

YENİDÜNYA, Ahmet CANER – ALŞAHİN, Mehmet Emin, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, *TBB Dergisi*, Sa.68, 2007.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı. Ankara 1996.

YURTCAN, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2004.

boş

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNA GÖRE İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA NİTELİKLİ HALLERİN DİĞER SUÇ ORTAKLARINA GEÇİŞİ SORUNU

Seydi KAYMAZ*

ÖZET

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, suç ortaklarından birine bağlı cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı; uygulanacak ise hangi koşullarda uygulanacağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağluluk kuralına ilişkin hükümlerin bu sorunu çözdüğü düşüncesiyle kanunda ayrıca bu konuda bir düzenleme yapılmasına gerek duyulmamıştır. Ancak öğretide TCK'nın 40. maddesinde yer alan hükümlerin sorunu çözmekten uzak olduğu belirtilerek, nitelikli hallerin geçişiyle ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Nitelikli hallerin geçişi konusundaki Yüksek Mahkememizin uygulaması da kararlı değildir.

Bu çalışmada bağluluk kuralından ne anlaşılması gerektiği, TCK'da yer alan bağluluk kuralından ne anlaşılması lazım geldiğine ve bağluluk kuralının gereklerine değinilecektir. Daha sonra TCK'nın mevcut düzenlemesi ışığında iştirak halinde işlenen suçlarda nitelikli hallerin geçişine ilişkin sorunun çözümüne ilişkin değişik görüşler ve Yüksek Mahkememiz Yargıtay'ın uygulaması aktarıldıktan sonra görüşlerimize ve bazı önerilerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler : Bağluluk kuralı, iştirak halinde işlenen suç, özgü suç, iştirak, şerik, nitelikli haller, kişiye bağlı nitelikli haller, fiile bağlı nitelikli haller.

THE PROBLEM REGARDING EFFECT OF QUALIFIED CASES ON THE OTHER ACCOMPLICES IN CRIMES COMMITTED JOINTLY, ACCORDING TO TURKISH PENAL CODE NO. 5237

On the condition that a crime which can be committed by only one person is committed jointly, the problem is whether the qualified case which mitigates or aggravates the punishment for one of the accomplices will also be applied for the other accomplices or not, and in which conditions it shall be applied if it is to be applied.

* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Seydi KAYMAZ

Considering that the provisions regarding dependency rule arranged in the Article 40 of Turkish Penal Code solve this problem, it has not been considered that a new arrangement must be done in this issue. However, in the doctrine, it is claimed that the provisions specified in the Article 40 of Turkish Penal Code are far from finding a solution for the problem, and different opinions have been put forward for passing the qualified cases. Regarding passing the qualified cases, the application of our Supreme Court is also not determined.

In this study, what dependency rule means, what dependency rule which take part in Turkish Penal Code should mean and the requirements of the dependency rule as well as the responsibility in the cases special crimes are committed jointly shall be handled. Then, after giving various opinions regarding the solution to the problems of passing the qualified cases for the crimes committed jointly, under the light of current arrangement of Turkish Penal Code and giving the applications of the Supreme Court of Appeals, we will also give opinions and some suggestions.

Key Words *Dependency rule, jointly committed offences, specific offences, participation, accomplice, qualified cases, person-dependent qualified cases, action-dependent qualified cases.*

I. GİRİŞ

İştirak, bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin aralarındaki anlaşma ve işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır.¹ Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından iştirak halinde işlenmesi durumunda, nitelikli hallerin diğer ortaklar hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacak ise hangi koşullarda uygulanacağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyucu, TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen hükümlerin iştirak halinde işlenen suçlarda, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten nitelikli hallerin geçişi sorununu çözdüğü düşüncesiyle bu konuda bir hüküm koyma gereği duymamıştır. Ancak doktrinde önemli bir kesim TCK'nın 40. maddesinin nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişi sorununu çözmediği görüşünde olup, bu konudaki tartışmalar halen devam etmektedir. Nitelikli

¹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 481; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 321; İÇEL/EVİK, s. 263.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

hallerin geçişi konusundaki Yüksek Mahkememizin uygulamasının kararlı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Aşağıda önce iştirak halinde işlenen suçlarda sorumluluğun genel esasları, bağlılık kuralı ve gerekleri, konularına değinilecektir. Nitelikli hallerin geçişi başlığı altında, nitelikli hallerden ne anlaşılması gerektiği, nitelikli hallerin geçişinin koşulları ve bağlılık kuralının iştirak halinde işlenen suçlarda nitelikli hallerin geçişiyle ilişkisi irdelenecektir. Daha sonra ise mevcut yasal düzenlemeye göre nitelikli hallerin geçişi sorununun çözümü üzerinde durulacak, buna ilişkin çeşitli görüşler ve Yargıtay uygulaması ile görüşümüze yer verilecektir. Suç ortakları² hakkında cezanın ne şekilde belirlenmesi gerektiği sorunu incelendikten sonra, sonuç kısmında bazı tespit ve önerilerimize yer verilecektir.

II. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA SORUMLULUĞUN GENEL ESASLARI

A. Genel Olarak

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde iştirak halinde işlenen suçtan söz edilir. İştirakten söz edilebilmesi ve iştirak halinde işlenen suçtan dolayı sorumluluk için, suç ortaklarında suça iştirak iradesinin mevcut olması, suç ortakları bakımından aynı olan bir suçun işlenmiş veya işlenmesine teşebbüs edilmiş olması, birden suç ortağı tarafından yapılmış suç sayılan hareketlerin mevcut olması ve nihayet hareketlerle netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunması lazımdır. Suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekli ve yeterlidir; failin kusurlu olmaması ve cezalandırılmaması halinde de suça iştirak mümkündür.

İştirak halinde işlenen suçlarda suça katılan suç ortaklarının iştirak statülerinin ve meydana gelen suçtan ne şekilde sorumlu tutulmaları gerektiğinin tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. 5237 sayılı TCK'nın iştirake ilişkin hükümleri ve gerekçeleri nazara alındığında, "suçun kanuni

² Suç ortakları terimi, suça fail, müşterek fail, yardım eden veya azmettiren şeklinde şerik olarak katılanların tümünü ifade etmek için kullanılmıştır. Buna göre, suç ortağı kapsamına, fail, müşterek fail, yardım eden, suç işlemeye teşvik eden ve azmettiren dâhildir.

Seydi KAYMAZ

tanımında öngörülen fiili gerçekleştiren kişi” faildir.³ Fail, davranışı ile tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını tek başına gerçekleştiren kişi olarak da tanımlanmış⁴ olup failin sorumluluğuna gidilebilmesi için iştirake ilişkin hükümlere ve bağıllık kuralına ihtiyaç yoktur.

Bir kişi (fail) tarafından işlenebilen suçun “birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” ise müşterek faillik olarak tanımlanmıştır. Müşterek faillik için suç ortakları olan failer arasında birlikte suç işleme kararı bulunmalıdır. “*Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir*”⁵. Müşterek failerin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmeleri için iştirake ilişkin hükümlere ve bağıllık kuralına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirmeyen, ancak suçun gerçekleşmesi için nedensel değeri bulunan hareketleri icra eden suç ortakları şerik olarak kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, suçun işlenişine bulunduğu katkı suçun kanuni tanımındaki haksızlığı gerçekleştirmeyen kişiler şerik olarak nitelendirilmektedir.⁶ Kanunumuza göre şeriklik statüsü “yardım etme” ve “azmettirme”den ibarettir.

Kanunilik ilkesi uyarınca, suça katılan ancak davranışları suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirmeye elverişli bulunmayan kişilerin cezalandırılması mümkün değildir. Doktrindeki hâkim görüş

³ 5237 sayılı TCK. nun 37. madde gerekçesi.

⁴ ERDEM, s. 206.

⁵ TCK'nın 37. madde gerekçesi.

⁶ ÖZGENÇ, s. 472. “İştirake bağıllık kuralından geniş kapsamlı olarak anlaşılan şudur: Bir suça katılmak isteyen ve buna yönelik maddi veya manevi nitelikte katkıda bulunmuş olanın bu katkısı suça katılmış olarak kabul edilebilmesinde yeterli değildir ve iştirak kurallarının harekete geçmesi bakımından daha başka bir şartın da gerçekleşmesi gerekir. Bu şart, asli failin bütün suça katılanlar bakımından aynı olan bir suçu işlemiş olmasıdır. Bu şartın gerçekleşmiş olması gerekir ki, suça katılanlar işlenmiş olan bu suçtan sorumlu tutulabilsinler. Daha başka bir ifade ile iştirak bağımsız bir niteliğe sahip bir müessese değildir ve varlığını asli failin bir suçu gerçekleştirmiş olması halinde kazanabilir.” ÖNDER, s. 487-488. Yazar, 765 sayılı TCK'da asli ve feri fail ayırımı yapılması, şahsi ve fiili nedenlerin sirayetinin düzenlenmesi ve suça katılanların cezalarının asli faille göre belirlenmesinden, 765 sayılı TCK'da da bağıllık kuralının kabul edildiği sonucuna varmaktadır. Bkz. ÖNDER, s. 487.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

“fail”in dar yorumlanması gerektiği yönündedir;⁷ kanunumuzun benimsediği görüş de budur.⁸ Fail, suçun kanuni tanımından öngörülen fiili gerçekleştiren kişi olup, hareketleri ile suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirmemekle birlikte buna katkıda bulunan kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için cezalandırılmalarına olanak tanıyan hükümlere ihtiyaç vardır. 5237 sayılı TCK bakımından bu genişletici işlev TCK’nın 37-40. maddelerinde düzenlenen iştirake ve bağlılık kuralına ilişkin hükümlerle yerine getirilmektedir.⁹ Özetle, iştirak ve bağlılık kuralına ilişkin hükümler sorumluluk alanını dar anlamdaki failden, suça şerik olarak katılanlara genişleten hükümlerdir. Buradan şeriklerin katkılarının değersiz olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Gerçekten şeriklerin hareketleri de korunan hukuksal değere bir saldırı niteliği taşımaktadır; ancak cezai sorumluluğun doğması fail tarafından suçun kanuni tanımında yazılı fiilin gerçekleştirilmesine veya en azından buna teşebbüs edilmesine bağlıdır.

Özgü suçlar, ilgili suç tanımında failin özel bir niteliği sahip olmasının arandığı suçlardır.¹⁰ Herkes değil, ancak bazı özel vasıfları taşıyan kişiler bu suçun faili olabileceğine göre, bu özel vasıfları taşımayanların bu tür suçların işlenmesine katılmaları halinde sorumluluk statülerinin ne olacağı, ne şekilde sorumlu tutulmaları gerektiği sorunu ortaya çıkmıştır. TCK’nın 40/2 maddesinde, “*özü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir*” denilmektedir. Böylece, suça katkı dereceleri ne olursa olsun, özel faillik niteliklerini taşımayan kişilerin bu tür suçların faili olamayacakları kabul edilmiştir. Kanunumuza göre, özel faillik niteliklerini taşımayan kişiler bu suçlara ancak azmettiren veya yardım eden olarak katılabilirler. “*Örneğin, zimmet suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir. Özel faillik niteliğini taşımayan kişiler, özü suça iştirak etmeleri halinde, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur.*”¹¹ Kanunumuzun bu çözüm şekli eleştirilmiş ve sadece kanunun aradığı

⁷ MAHMUTOĞLU, s. 59, DÖNMEZER/ERMAN, s. 486; EREM, s.536; TOROSLU, s. 204; DEMİRBAŞ, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 499.

⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 502; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 358; ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 444;

⁹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 481-482.

¹⁰ ERDEM, s. 206.

¹¹ TCK’nın 40. madde gerekçesi.

Seydi KAYMAZ

nitelikleri taşıyan kişilerin değil, bu nitelikleri taşımayan kişilerin de bu suçlara iştirak edebileceği belirtilmiştir.¹²

B. Bağlılık Kuralı ve Gereklere

1. Bağlılık Kuralı

Kanunumuz, suçun işlenmesine olan katkıları suçun kanuni tanımına uymayan suç ortaklarını şerik olarak kabul etmektedir. Kanunumuza göre, suça azmettiren ve yardım edenler şeriktir. Şeriklerin cezalandırılabilmesi için, bir kişinin (failin) suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirmiş olması lazımdır. Yani ancak bu halde şeriklerin gerçekleşen fiilden sorumlu tutulabilmeleri mümkün olur. İşte şeriklerin gerçekleşen kanuni tarife uygun fiilden dolayı sorumlu tutulabilmelerinin bağlılık kuralı ile mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹³ Örneğin, fail veya müşterek failer tarafından hırsızlık suçu işlenmediği sürece gözcülük yapan kişinin eylemi cezai sorumluluğu doğurmaz. Yine suç işlenmediği sürece azmettirmenin cezalandırılması mümkün değildir. Kanunumuzda başarıya ulaşmamış azmettirme yaptırım altına alınmamıştır. Örneğin, (A)'nın (C)'yi öldürmesi için (B)'yi azmettirmekten cezalandırılabilmesi için (B) nin bu fiili gerçekleştirmesi lazımdır; aksi halde (A) cezalandırılmaz.

*“Bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin işlenen suçtan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece; suçun işlenişinde hâkimiyet kuramadığı... için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde, gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmektedir.”*¹⁴ Diğer bir ifadeyle, bağlılık kuralı, fail olarak sorumlu tutulabilmek için suçun kanuni tanımına göre gerekli koşulların bulunmaması halinde, bu koşulların yerine ikame edilmekte ve bu suretle suça iştirak edenlerin sorumluluğu sağlanmaktadır. Örnek olayımızda (A)'nın eylemi, başlı başına suç teşkil etmediği ve bu katkısı nedeniyle (A)'yı kasten öldürme suçunun faili veya müşterek faili olarak kabul etmek mümkün olmadığı halde, bağlılık kuralı sayesinde şerik

¹² TOROSLU, s. 223; İÇEL/EVİK, s. 272; DEMİRBAŞ, s. 485; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 521.

¹³ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 482.

¹⁴ Bkz. 5237 sayılı TCK.nun 40. madde gerekçesi.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

olarak sorumluluğu yoluna gidilebilmektedir. Özetle, bağlılık kuralı, şeriklik halinde cezalandırılabilirliğin dayanağını oluşturmaktadır.¹⁵

Bu söylenenlerle, suça azmettirme veya yardım etme şeklindeki iştirakin değerinin bulunmadığı değil, fail veya müşterek failer tarafından suçun işlenmesi veya suça teşebbüs edilmesi halinde şeriklerin cezalandırılabilceği ifade edilmek istenmiştir. Yoksa şeriklerin cezalandırılmasının nedeni, suça iştirak iradesiyle katılmaları ve fail veya faillerin hukuka aykırı eylemlerine nedensel değeri de olan hareketlerle destek olmaları ve bu konuda bizzat kusurlu olmalarıdır.¹⁶

Bazı suçlar, ancak kendisinde bazı özel nitelikler bulunan kişiler tarafından işlenebilir. Bu suçlara özgü suçlar denilmektedir. Örneğin rüşvet suçu veya görevi kötüye kullanma suçu ancak bir kamu görevlisi tarafından işlenebilir; diğer kişiler bu suçun faili olamazlar. Bu kişiler yaptıkları katkının niteliğine göre yardım eden veya azmettiren olarak meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilirler. Bunun için de özel faillik niteliğini taşıyan fail veya failer tarafından özgü suça ilişkin kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirilmesi lazımdır. Bu sığata sahip olmayan yardım eden veya azmettiren ise bu sığata sahip fail dolayısıyla meydana gelen suçtan sorumlu tutulabilmekte; diğer bir ifadeyle bağlılık kuralı özel faillik niteliğinin yerine ikame edilmektedir.¹⁷

2. Bağlılık Kuralının Gereklere

Bağlılık kuralı başlığını taşıyan TCK'nın 40/1. maddesine göre, “suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir failin varlığı” gerekli ve yeterlidir. Buna sınırlılığı bağlılık kuralı da denilmektedir. Buna göre, iştirak halinde işlenen bir suçtan ve bu suçtan sorumluluk için öncelikle bir suçun işlenmesi veya suça teşebbüs edilmesi lazımdır. TCK'nın 40/3. maddesinde de, “suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” denilmektedir.

¹⁵ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 482; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 379.

¹⁶ ERDEM, s.210. Bir görüşe göre, şerikliğin haksızlığı, failin gerçekleştirdiği asıl failin haksızlığına bağlıdır. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382.

¹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 380.

Seydi KAYMAZ

İkinci olarak iştirak edilen fiilin kasten işlenmesi lazımdır. Buna göre, eğer fail kasten hareket etmemiş ise şeriklerin meydana gelen sonuçtan sorumlulukları söz konusu olmaz. Sorumluluk için kastın dışında başka subjektif unsurların da gerçekleşmesi gereken hallerde fail bakımından bu unsurlar da gerçekleşmiş olmalıdır. Örneğin, saik suçlarında failin kasten hareket etmesi yetmeyecek, ilgili suçun kanuni tanımında yazılı saikle hareket etmesi de aranacaktır.¹⁸ Ancak şeriklerin sorumluluğu için failin ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur; herkes kendi kusuruna göre sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, bağlılık kuralı uyarınca, şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için fail veya müşterek failerin, kanuni tanıma uyan bir suçu işlemesinin şart olması, şeriklerin işlenen suç bakımından kendisinden kaynaklanan kişisel nedenden dolayı sorumlu tutulmalarına engel değildir. Şerikin cezalandırılabilmesi için failin kanuni tanımındaki fiilleri gerçekleştirmesi gerekli ise de, bu durum, şerikin, failin kişisel durumunun dikkate alınmamasını ve şerikin kişisel durumuna göre hakkında uygulanacak kanun hükümleri ile cezalandırılmasına mani teşkil etmez.

Fail veya şeriklerden kaynaklanıp cezanın artırılması, hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması sonucunu doğuran kişisel nedenlerin diğer suç ortaklarına geçişi konusunda kanunumuzda bir düzenleme yapılmamıştır. Oysa bu konuyu düzenleyen Alman Ceza Kanununun 28/2 maddesinde, “*kanun, cezanın ağırlaştırılmasını, indirilmesini veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel nitelikli özel unsurlara yer vermiş ise, bunlar yalnızca kendisinde bu neden bulunan suça iştirak edenler (fail veya suç ortakları) hakkında uygulanır*”¹⁹ denilerek kişisel nedenlerin yalnızca bu nedenler kendisinde bulunan fail veya şerikler hakkında uygulanacağı belirtilmektedir. Aşağıda çeşitli görüşler ışığında bu konu ele alınacaktır.

Nihayet fiilin hukuka aykırı olması lazımdır. Buna göre, fiilin diğer unsurları gerçekleşmesine rağmen olayda hukuka uygunluk nedenleri mevcut ise, fail meydana gelen neticeden sorumlu olmayacağı gibi bu suça iştirak edenler de sorumlu olmayacaklardır. Örneğin, kendisine yönelik haksız bir saldırıyı defetmek isteyen faile yardım edilmesi halinde, failin fiili

¹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382.

¹⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347.

hukuka uygun olması nedeniyle suç teşkil etmediğinden bu suça iştirak eden kişilerin de sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

III. NİTELİKLİ HALLERİN GEÇİŞİ SORUNU

A. Nitelikli Hallerden Ne Anlaşılması Gerektiği

1. Genel Olarak

Bir suçun daha ağır veya daha hafif olarak nitelendirilmesini sağlayan ve dolayısıyla suçun temel şekline nazaran faile daha az veya daha çok ceza verilmesini gerektiren haller, nitelikli haller olarak adlandırılmaktadır. Bu nedenler, suçun varlığı için zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve dolayısıyla cezanın daha ağırlaştırılmasını veya daha az ceza verilmesi sonucunu doğuran, ancak mevcut olmamaları halinde ise suçun varlığına etki etmeyen nedenlerdir.²⁰ 765 sayılı TCK döneminde, cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucunu doğurmalarından yola çıkılarak suça etki eden nedenler ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler olarak adlandırılmıştır. Bu nedenlerin de fiilden veya failden kaynaklanmasına göre fiili veya kişisel nedenler ayrımı yapılmıştır.²¹

Kanunumuz “nitelikli hal” terimini tercih etmiştir. Gerçekten, 5237 sayılı TCK’nın 61/4 maddesinde, “bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hal” ifadesi kullanılmaktadır. 5237 sayılı TCK’nın 40. maddesinin gerekçesinde de, ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin fiili veya kişisel olarak ayırımı tabi tutulmasının bilimsel olmadığı ve uygulamada duraksamalara neden olduğu belirtilerek “*kişisel ağırlatıcı nedenlerin*” ve “*fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması*” hükümlerine yer verilmediği belirtilmektedir.²²

²⁰ DÖNMEZER/ERMAN, s. 366; AYDIN, s. 221. Bazı kanunlarda bizatihi suçun iştirak halinde işlenmesi bir ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Ancak kanunumuzda, bizzat suçun iştirak halinde işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmemiştir. KESKİN, s. 221.

²¹ Ayırımılar konusunda bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 370-37; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 579-580; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 361-362 vd; ÖNDER, s.513-515; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 358 vd; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 762; TOROSLU, s. 177-178.

²² TCK’nın 40. madde gerekçesi

Seydi KAYMAZ

Belirtelim ki kanun koyucunun fiili ve kişisel nedenlerin ayırımının duraksamalara neden olduğu şeklindeki tespiti doğrudur. Ancak aşağıda belirtileceği üzere, bağlılık kuralı bu sorunu çözmekten uzak görünmektedir. Gerçekten bağlılık kuralı, eylemleri suçun kanuni tanımına uymayan, yardım eden ve azmettiren gibi şeriklerin cezalandırılmasının temelini oluşturmakla birlikte, görüşümüze göre, bağlılık kuralı, en azından TCK'nın 40. maddesinde yer alan düzenleme iştirak halinde işlenen suçlarda cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasına ilişkin bir hüküm öngörmemektedir. Nitelikli hallerin geçişi konusunda ulaştığımız sonuçlar bu nedenlerin fiili veya kişisel olmasına göre farklılık göstermektedir Alman hukukunda da durum bu merkezdedir. O nedenle, biz, kişisel ve fiile bağlı nitelikli haller ayırımı yapmayı uygun görmekteyiz. Bu konuda ileri sürülen görüşlere bir zemin hazırlamak bakımından fiili ve kişisel nedenlerden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması lazımdır.

2. Cezanın Ağırlaştırılması ve Hafifletilmesi Sonucunu Doğuran Fiili ve Kişisel Nedenler

Cezayı etkileyen kişisel ve fiile bağlı nedenlerden ne anlaşılması gerektiği hususundaki görüşlerde birlik yoktur. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde bu kanun 66. maddesi kapsamına giren kişisel hallerin neler olduğu, hangi hallerin fiile ilişkin olduğu konusu tartışma konusu olmuştur. Örneğin, adam öldürmenin canavarca bir hisle, kan gütmeye veya töre saikiyle işlenmesinin fiile bağlı bir ağırlatıcı neden mi yoksa kişisel bir ağırlatıcı neden mi olduğu hususunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Dönmezer/Erman, tasarlama ve canavarca hissin kişisel birer ağırlatıcı neden olduğu görüşündedirler.²³ Erem/Danişman/Artuk'a göre, failin mağdurla usul- furu ilişkisi içinde bulunulması hem fiili hem de kişisel bir nitelik taşımakta, ancak fiili unsurun daha ağır basmaktadır.²⁴

Suçun işleniş biçiminden, mağdurun sıfatından, suçun işlendiği yer veya zamandan, suçun maddi konusundan veyahut meydana gelen zarar

²³ DÖNMEZER/ERMAN, s. 557; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 414.

²⁴ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 414. Halen Yargıtay 1. Ceza Dairesi üyesi olarak görev yapan İskender'de bu halin fiile bağlı bir nitelikli hal olduğu görüşündedir. İSKENDER, s. 146.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

veya tehlikenin ağırlığından kaynaklanıp cezanın ağırlaştırılması veya hafifletilmesi sonucunu doğuran halleri fiile bağlı nitelikli hal olarak kabul etmek gerekir.

Kıyafet değiştirerek veya silahla gasp suçunun işlenmesi (TCK 149/1-a-b md), kasten yaralama fiilinin silahla işlenmesi, (TCK 86/3-e), adam öldürmenin, yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle işlenmesi, suçun işleniş biçiminden kaynaklanan nitelikli hallere örnek gösterilebilir. Hırsızlık suçunun geceleyin işlenmesi (TCK 143 md) veya bina dâhilinde veya kamu kurum veya kuruluşlarına veyahut ibadet yerlerinde işlenmesi, (TCK 142/1-a md) suçun işlendiği yer ve zamandan kaynaklanan fiile bağlı nitelikli hale örnek olarak gösterilebilir. Adam öldürmenin, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı veya gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi ise mağdurdan kaynaklanan fiili bir nitelikli hal olarak kabul edilmelidir.

Suçta etki eden kişisel nedenlerden, failin şahsından veya fail ile mağdur arasındaki ilişkiden veya saikten kaynaklanan nedenler anlaşılmalıdır.²⁵ Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre, failin kişisel bir vafına ve saikine ilişkin nedenler kişisel nedenlerdir. Nitelikli adam öldürmek suçuyla ilgili yapılan bir ayırımda bu suçun işlenme nedenleri ve biçimleri üç kategoride değerlendirilmiştir.²⁶ 1) Zevk, cinsel tatmin, mal ve öteki temel güdüler; 2) Sinsice, zalimce ve kamu için tehlikeli olacak şekilde; 3) Diğer bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya onu gizlemek için.²⁷ İşte yukarıda gösterilen 1 ve 3. kategoride yer alan öldürme fiillerinin

²⁵ ERMAN, s. 54

²⁶ BOHLANDER, , s. 189.

²⁷ Birinci kategoride yer alan öteki temel güdülerle adam öldürmekten maksat; kişinin derin ahlaki çöküntüsünü, temel moral değerlerden yoksun olduğunu gösterecek şekilde fiilin işlenmesidir. Kendisiyle cinsel ilişkide bulunmayı reddeden mağdurenin öldürülmesi, başkasının eşi ile daha çok ve rahat ilişkide bulunmak için onun eşinin/sevgilisinin öldürülmesi, ailenin şerefini kurtarmak amacıyla kızını öldürmek, dini veya etnik bir gruba mensup olması nedeniyle birini öldürmek gibi fiiller buna örnek olarak gösterilmektedir. Arkadan vurmak suretiyle, uyumakta iken, umulmadık ve savunmasız

Seydi KAYMAZ

failin kişiliği ve onun saikiyle ilgili bulunduğu ve bu nedenlerin kişisel nedenler olduğu kabul edilmektedir.²⁸ TCK'nın 82/1-d maddesinde düzenlenen failin mağdurla olan altsoy ve üst soy ilişkisi ile eş ve kardeş ilişkisinin cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran kişisel bir neden olduğunda tereddüt edilmemelidir.²⁹

Failin şahsından veya mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanmamakla beraber, saikinden kaynaklanan canavarca his, kan gütme ve töre saikinin de kişisel bir nitelik olduğunu ve bu nedenlerin cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran kişisel bir nitelikli hal olduğunu düşünmekteyiz.³⁰ Doktrinde büyük ölçüde kabul gören ve Yüksek Mahkememizin de kabul ettiği soğukkanlılık teorisine göre, failin önceden suç kararını verip, vazgeçmek için yeterli bir zamana sahip olmasına rağmen suç işleme kararında sebat etmesi gereklidir. Bu ise failin zihinsel bir faaliyetine ilişkindir ve dolayısıyla kişisel bir nitelik arz etmektedir. Plan kurma teorisine göre ise tasarlamadan; failin suç işleme kararını vermesi ile suçu işlemesi arasında geçen sürede suçu ne şekilde işleyeceğine dair plan yapması anlaşılmalıdır. Plan yapma süreci yalnızca zihinsel bir faaliyetten ibaret olmayıp, çoğu kez saldırı mahallinin tespiti ve burada bir keşif yapılması, saldırı araçlarının ve pusu yerinin hazırlanması, mağdurun savunmasını imkânsız kılacak veya zorlaştıracak tedbirlerin alınması gibi maddi hareketlerin yapılmasını gerektirir. Dolayısıyla tasarlama yalnızca

bir halde iken yapılan saldırılar sonucu adam öldürmek fiilleri de sinsice adam öldürmek suçlarına örnek olarak gösterilmektedir. BOHLANDER, s. 190.

²⁸ BOHLANDER, s. 189.

²⁹ *Maddi olayda sanık, babası ile birlikte amcasını yaralamıştır. Diğer sanık ile mağdurun kardeş olduklarına kesin vakıftır, bilmektedir. Bu nedenle diğer sanık hakkındaki "şahsa bağlı cezayı ağırlaştırıcı sebebi" bilen sanık hakkında, TCY'nin 66, 457/1'nci maddeleri uygulanmalıdır.*

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile sanık D. hakkındaki Özel Daire onama kararının kaldırılarak hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmelidir. (CGK. 13.12.1993; E. 1/319 - K. 322)

Sanık A.'nin maktul B.'in sanık N.'in eşi olduğunu suç işlemesi nedeniyle TCY'nin 66. maddesi nazara alınarak TCY'nin 449. maddesi uygulanarak ceza tayini gerekirken 448. madde uygulanmak suretiyle karar verilmesi. (1. CD. 31.03.1998; E. 816 - K. 962)

Sanık B.'in birlikte suç işleyen babası olan sanık M.'in mağdurun kardeşi olduğunu bildiğinin ve TCY'nin 66. maddesi uyarınca bu ağırlatıcı nedenini kendisine buluşturarak TCY'nin 457/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi. (4. CD. 09.10.1997; E. 7851 - K. 8219)

³⁰ Benzer görüş için bkz. BOHLANDER, s. 189.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

failin zihni faaliyetine ilişkin kişisel bir nitelikten ziyade fiilin işlenme biçimini de kapsamakta, diğer bir ifadeyle fiile ilişkin hususları da içermektedir. Esasen her tasarlama bir plan yapma veya en azından bir hazırlık yapma aşaması bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında tasarlamayı yalnızca failin zihinsel bir faaliyeti olarak kabul etmek güçtür.³¹ Yüksek Mahkememiz de 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararda tasarlamayı kişisel bir neden olarak kabul etmemiştir.³² Kuşkusuz ki, bir nedenin kişisel bir neden mi yoksa fiile bağlı bir neden mi olduğunu belirlemek her zaman kolay değildir.

Eğer failin şahsından kaynaklanan bir sebep suçun unsuru ise artık cezayı ağırlaştırıcı bir kişisel nedenden söz edilemez. Örneğin, zimmet ve rüşvet suçunda, failin memur sıfatını taşıması suçun unsurudur; o nedenle bu hal cezayı ağırlaştırıcı kişisel bir hal olarak değerlendirilemez.³³

Hafizoğulları/Özen'e göre, kast kuralı³⁴ geçerli olduğuna göre, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran nedenlerin kişisel mi yoksa fiili mi olduğunu araştırmaya gerek yoktur. Çünkü kast kuralı geçerli olduğuna, burada tartışılacak bir sorun yoktur, bu sebepler ister kişiye isterse de fiile bağlı olsunlar bilindiklerinde sirayet edecek aksi halde sirayet etmeyeceklerdir.³⁵

Suçu etkileyen nedenlerle, kişisel hafifletici nedenleri, şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı ortadan kaldıran kişisel sebeplerle karıştırmamak gerekir. Gerçekten, suçu etkileyen nedenler cezayı da etkilerler, ancak cezayı etkileyen her neden suçu etkileyen neden değildir. Bu sebeplerden şahsi

³¹ Tasarlamının fiile bağlı cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olduğu konusunda bkz. Aydın, s. 235.

³² TCK'nın 66. maddesi, bir cürüm ve kabahati beraber işleyenlerden birinde cezayı artıracak "şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsafı" diğer sanıklara sirayetini öngören cezayı artırıcı bir hüküm olup, TCK'nın 450/1. maddesiyle birlikte sanıklara **şahsa bağlı olmayan**, idam cezasını gerektiren ve 66. maddesinin uygulamada alanı dışında kalan **450/4. maddesinin** de uygulandığı göz önünde tutulmaksızın, sanık M.H.Ö.'e 66'nci maddenin uygulanması suretiyle noksan ceza verilmesi, yasaya aykırıdır. (1. CD. 23.12.1994, 4121/ 4640)

³³ DÖNMEZER/ERMAN, s. 552.

³⁴ Hafizoğulları/Özen'in kast kuralı ile ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin suç ortağının iradesinin kapsamında bulunmasını ve bu suretle kusurlu olmasını kastettiği anlaşılmaktadır.

³⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 363.

Seydi KAYMAZ

cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler, suça etki etmeyip, diğer bir ifadeyle suçun daha ağır veya daha hafif olması sonucunu doğurmayıp, çeşitli düşüncelerle faile ceza verilmemesini veya cezasından indirim yapılmasını gerektiren sebeplerdir.³⁶

B. Nitelikli Hallerin Suç Ortaklarına Geçişinin Koşulları

1. İşlenen Suçun Bütün Suç Ortakları Bakımından Aynı Olması

Ağırlatıcı nedenlerin şerikler hakkında uygulanması, ancak şeriklerin iştirak iradesinin üzerinde birleştiği suça, yani aynı suça ilişkin olması ve şeriklerin bu ağırlatıcı nedeni bilmeleri halinde mümkün olabilir. Şeriklerden biri, iştirak iradesinin dışında kalan bir suçu işlemiş ise, örneğin, şeriklerin iradesi öldürmeye yönelik olduğu halde, şeriklerden biri ayrıca ölenin üzerindeki parayı da almış ve hırsızlık suçunu da işlemiş ise hırsızlık suçundan diğer şeriklerin sorumlu tutulması mümkün olmaz. Zira sirayet ve bağlılık kuralı bakımından, işlenen suç bütün şerikler bakımından aynı olmalıdır. Örneğimize dönersek, öldürmek suçu bakımından işlenen suç bütün şerikler bakımından aynı olmakla birlikte hırsızlık suçu bakımından aynı şey söylenemez. Bağlılık kuralı uyarınca icrasına başlanılan suçun tüm şerikler bakımından aynı olması ile anlatılmak istenen de budur.³⁷ Bazen, failin şahsından kaynaklanan bir durum suçun vasfını değiştirebilir; fiil başka bir suça vücut verebilir. Örneğin, kamu görevlisi olmayan bir kişinin muhafaza etmek veya belli bir şekilde kullanmak üzere verilen bir malı inkâr etmesi ve mal edinmesi, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur (TCK 155 md). Buna karşılık, failin memur olması halinde suçun vasfı değişir, fiil zimmet suçuna dönüşür. Bu durumda artık failin şahsından kaynaklanan ağırlatıcı bir nedenin sirayeti söz konusu olmaz; çünkü burada artık fiil bir başka suçu oluşturmaktadır.³⁸

Cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli haller ise suçun aynı sayılmasına engel değildir. Burada, cezanın ağırlştırılması sonucunu doğuran nitelikli halin diğer suç ortaklarına yüklenebilip yüklenemeyeceği

³⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 579; ÖNDER, s. 423 vd; ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.540 vd; DÖNMEZER/ERMAN, s. 554; ERDEM, s. 214; HAKERİ, İştirak, s.102-103

³⁷ Bu konuda bkz. DEMİRBAŞ, s. 476.

³⁸ DÖNMEZER/ERMAN, s. 526, 552.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

sorunu ortaya çıkar ki, bu da ağırlaştırıcı nedenlerin sırayetiyle hükümlerine göre çözümlenir.³⁹ Adam öldürme suçunda failin mağdurla olan yakınlığı cezanın artırılmasını gerektiren suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Dikkat edilmelidir ki yukarıda görevi kötüye kullanma-zimmet suçundan farklı olarak burada suçun vasfı değişmemektedir. Suç, bütün şerikler bakımından aynıdır; yine adam öldürmek suçu olarak kalmaktadır. Ancak suç ortaklarından birinin mağdurla olan yakınlığı cezayı ağırlaştırır bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. İşte bu gibi hallerde, suç ortaklarından birinin mağdurla yakınlığından dolayı cezayı ağırlaştırılan nedenin diğer şeriklere sirayet edip etmeyeceği veya ne şekilde sirayet edeceği sorunu gündeme gelir.

2. Bilme Koşulu

İştirakte sorumluluğun sınırını iştirak iradesi belirler. Buna göre, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran bir nitelikli halden suç ortağının sorumlu tutulabilmesi için bu hususun iradesinin kapsamında bulunması, yani bunu bilmesi ve buna rağmen suça katılmayı istemesi lazımdır.⁴⁰ Bilme, kasta ilişkin genel hükmün özel bir uygulama şeklinden ibarettir.⁴¹ Bir Ceza Genel Kurulu Kararında da özlü bir şekilde ifade edildiği üzere, “*şeriklere sirayet, iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesi ile çizileceği kuralı ile bağdaşır olmalıdır*”.⁴² Dolayısıyla cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran bir nitelikli halin varlığından haberdar olmayan suç ortağı hakkında bu nitelikli halin uygulanması ve cezasının ağırlaştırılması mümkün değildir. Bu, kusur ilkesinin de bir gereğidir. Gerçekten, cezanın ağırlaşması sonucuna yol açan nitelikli haller bakımından da herkes kendi kusuru nispetinde sorumlu tutulacağına göre, bu nitelikli hali bilen kusurlu olduğu kabul edilerek bu nitelikli hal hakkında uygulanacak, bu nitelikli hali bilmeyenin ise kusurundan söz edilemeyecek ve cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli hal bu durumdan haberi olmayan suç ortağı

³⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 526.

⁴⁰ DÖNMEZER/ERMAN, s. 556; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 356-357.. “Vukuf gerçekleşeceğini kesin olarak bilmektir. Yoksa meydana gelebilirliğini veya gelebileceğini öngörmek vukuf sayılmaz.” (CGK. 27.10.1986; 1/293-466)

⁴¹ GÖZÜBÜYÜK, s. 301

⁴² CGK, 27.10.1986, 1/293-466.

Seydi KAYMAZ

hakkında uygulanmayacaktır.⁴³ Aksi hal, kusursuz ceza olmaz ilkesinin ihlali anlamına gelir. Kusursuz ceza olmaz ilkesi uyarınca kusurun ağırlaştırıcı nedenleri de kapsamı şarttır.⁴⁴

Bilmekten, ağırlaştırıcı nedenin gerçekleşeceğinin kesin olarak bilinmesi anlaşılmalıdır. Bu halin gerçekleşebileceğinin tahmin edilmesi, bilmek sayılmaz ve dolayısıyla cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli halin sirayetini neden olmaz.⁴⁵

3. Suçun İşlenmesini Kolaylaştırması Koşulu

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde ve uygulamada, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran nitelikli hallerin sirayeti için bunların varlığının bilinmesi yeterli kabul edilmiş, ayrıca suçun işlenmesini kolaylaştırmaları aranmamıştır. Esasen bu nedenler suçun işlenmesi üzerinde etkili olan ve kolaylaştıran nedenler olduğundan, (örneğin, yaralama suçunun silahla işlenmesi, (765 sayılı TCK 457/1 md) öldürmenin zehirle gerçekleştirilmesi, (765 sayılı TCK 449/2 md) bu nedenlerin ayrıca suçun işlenmesini kolaylaştırması aranmamıştır. Mevaz kanundan farklı olarak, 765 sayılı TCK'nın 66. maddesinde cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran kişisel nedenin uygulanması için bu ağırlaştırıcı nedenin suçun işlenmesini kolaylaştırması koşulu aranmamıştır. Ancak doktrinde, suçun işlenmesini kolaylaştırmayan kişisel neden dolayısıyla cezanın ağırlaştırılması nedeni olarak kabul edilmesi haklı olarak eleştirilmiştir.⁴⁶

5237 sayılı TCK'nın, iştirak halinde işlenen suçlarda cezanın ağırlaştırılması ve hafiflemesi sonucunu doğuran nitelikli hallerin sirayeti sorununu çözmediği görüşünde olan yazarlar, kusurluluk ilkesi uyarınca bu nedenlerin bilinmesi koşuluyla suç ortakları hakkında uygulanması gerektiğini belirtmekte, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran kişisel hallerden dolayı cezanın artırılabilmesi için ayrıca bu halin suçun

⁴³ HAKERİ, İştirak, s. 103.

⁴⁴ İÇEL/EVİK, s. 271

⁴⁵ HAKERİ, İştirak, s. 103; DÖNMEZER/ERMAN, s. 559; ÖNDER, s. 515, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 363.

⁴⁶ DÖNMEZER/ERMAN, s. 556, ÖNDER, s. 514,

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

işlenmesini kolaylaştırması gerektiğini savunmaktadırlar.⁴⁷ Bu görüşte olan yazarlardan Hafizoğulları/Özen'e göre, kişiye bağlı suç u ağırlaştırıcı nedenlerin diğ er suç ortakları bakımından uygulanabilmesi için bu nedenin sadece diğ er suç ortakları tarafından bilinmesi yetmez, ayrıca o nedenin suç un iş lenmesinde etkili olması veya suç un iş lenmesini kolaylaştırması lazımdır.⁴⁸

Aşağıda açıkladığımız üzere, kişisel kanaatimiz, 5237 sayılı TCK'da açık bir hüküm bulunmadığından kişisel nedenlerin suç ortaklarına sirayet etmesi mümkün değildir; o nedenle bu konuda bir görüş belirtmeyi gereksiz görmekteyiz. Ancak eğer kişisel nedenlerin diğ er suç ortaklarına sirayet etmesi kabul edilecek ise, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğ urmaları için bu nedenlerin suç un iş lenmesinde etkili olması, suç un iş lenmesini kolaylaştırması aranmalıdır.

IV. BAĞ LILIK KURALININ İŞ TİRAK HALİNDE İŞ LENEN SUÇ LARDA NİTELİKLİ HALLERİN GEÇ İŞ İYLE İLİŞ KİSİ

A. Genel Olarak

İştirak halinde iş lenen suç larda, fiile bağlı veya suç ortaklarından birinden kaynaklanan cezayı artıran veya azaltan kişisel veyahut fiili veya kişisel nedenler mevcut olduğu halde diğ erlerinde bulunmayabilir. Örneğ in, kanunumuzda başkasını kasten öldürmek TCK'nın 81/1. maddesi ile yaptırım altına alındığı halde, failin kardeşini, eşini, alt soy veya üstsoyundan birini öldürmesi nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir.(TCK 82/1-d md) Bu suç un, ölenin belirtilen niteliklere sahip yakını olan suç ortağı ile birlikte bu niteliklere sahip olmayan suç ortağı veya ortakları ile iş tirak halinde iş lenmesi durumunda, TCK'nın 82/1-d. maddesindeki nitelikli halin diğ er suç ortakları hakkında uygulanıp uygulanamayacağı veya hangi hallerde uygulanacağı tartışmalı bir konudur.

Bu konunun tartışmalı olmasının nedeni 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi kişisel ve fiile bağlı nedenlerin sirayeti konusunda bir düzenleme yapılmamış olmasıdır. Gerçekten, 765 sayılı TCK'nın 66 ve

⁴⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362; AYDIN, s. 234.

⁴⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 342.

Seydi KAYMAZ

67. maddelerinde şahsa ve fiile bağlı kişisel nedenlerin geçişi sorunu konusu açıkça düzenlendiği halde, 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinde bu konuda bir hüküm yer almamaktadır. Bu konuda bir hüküm öngörülmemesi unutkanlıktan kaynaklanmamaktadır. Kanun koyucu bağlılık kuralına ilişkin hükümlerin bu sorunlara cevap verdiği düşüncesiyle bu konuda bir düzenleme yapmayı gereksiz görmüştür. Kanun koyucuya göre, “*bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır*”⁴⁹

Acaba 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesi, gerekçede iddia edildiği gibi nitelikli hallerin geçişi sorununu çözmekte midir? Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

B. Bağlılık Kuralının Nitelikli Hallerin Geçişi Sorununu Çözdüğü Görüşü

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralıyla suça iştirak edenlerin hangi koşullarda sorumlu olacakları açıkça belirtilmiş olduğundan, ayrıca nitelikli hallerin şeriklere geçişine ilişkin bir hükme yer verilmesine gerek yoktur. Buna göre, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanması sorunu bağlılık kuralına ilişkin hükümler ile çözümlenecektir.⁵⁰

Bağlılık kuralının, iştirak halinde işlenen suçlarda cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanması sorununu çözdüğü görüşünde olan Özgenç, kanunda bağlılık kuralına yer verilmesi nedeniyle, 765 sayılı TCK'da veya Hükümet Tasarısında olduğu gibi kişisel ağırlaştırıcı edenlerin ve fiili ağırlaştırıcı nedenlere yer verilmesine gerek kalmadığını belirtmektedir. Yazara göre, bu 765 sayılı TCK'da ve Hükümet Tasarısında yer verilen bu hükümler bağlılık kuralının bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin bir ürünü olup, bağlılık kuralı kabul edildiğine göre bu hükümlere yer verilmesi gereksizdir.⁵¹

⁴⁹ TCK 40. madde gerekçesi.

⁵⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382-383.

⁵¹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 484.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

Aynı görüşü paylaşan Koca/Üzülmez'e göre, bağıllık kuralı, bir suçun işlenişine katkıda bulunan şeriklerin cezalandırılmalarının ortak şartını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık kuralı, meydana gelen suç nedeniyle şeriklerin hangi şartlarda sorumlu tutulabileceklerini belirlemekte olup, azmettiren veya yardım edenin iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmeleri için bağıllık kuralının gereklerinin gerçekleşmesi lazımdır. Yazarlara göre, 5237 sayılı TCK'da bağıllık kuralıyla bir suçu işlenmesine iştirak edenlerin hangi şartlarda sorumlu olacakları açıkça belirtilmiş bulunduğundan nitelikli hallerin diğer şeriklere uygulanmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.⁵²

Dikkat edilirse, sorun yalnızca şerikler bakımından ele alınmış, müşterek faillerden kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir halin diğer müşterek faillere sirayeti konusuna değinilmemiştir. Bunun nedeni, bağıllık kuralının, suçun işlenmesine azmettirme veya yardım etme suretiyle katılan şeriklerin sorumlu tutulmalarını sağlayan bir kurum olarak kabul edilmesidir. Bu görüş sahiplerine göre, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen bağıllık kuralı ile suça iştirak edenlerin hangi şartlarda sorumlu tutulacakları açıkça belirtildiğinden, nitelikli hallerin şeriklere geçişine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Nitelikli hallerin şeriklere etkisi konusunda sadece bağıllık kuralı esas alınacaktır.⁵³

C. Bağıllık Kuralının Nitelikli Hallerin Geçiş Sorununu Çözmediği Görüşü

Doktrinde önemli bir kesim, TCK'nın 40. maddesindeki düzenlemenin iştirak halinde işlenen suçlarda ağırlaştırıcı geçiş konusunu düzenlemediğini savunmaktadır.⁵⁴ Bizim kişisel görüşümüz de bu yöndedir.⁵⁵ Bağıllık kuralının nitelikli hallerin geçiş sorununu çözmediğini savunan yazarlardan Roxin/İsfen, Türk kanun koyucusunun, cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerin diğer şeriklere sirayet etmeyeceğini belirttiğini,

⁵² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382.

⁵³ Buna katı bağıllık kuralı denilmektedir. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382.

⁵⁴ ÜNVER, Kusurluluk, s. 70; AYDIN, s. 231-232.

⁵⁵ Mevcut düzenlemeye göre, nitelikli hallerin geçiş konusundaki görüşlerimiz bazı yönlerden diğer yazarlarından görüşlerinden farklılık arz etmektedir. Bu konuda aşağıda "Görüşümüz" başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

Seydi KAYMAZ

ağırlaştırıcı veya hafifletici özel kişisel niteliklerin sirayeti konusunda ise bilinçli olarak, ancak herhangi detaylı bir dogmatik gerekçelendirmede bulunmadan, bağıllık kuralı ilkesinin sirayete ilişkin problemleri çözmeyi mümkün kılacağını ifade ettiğine işaret etmekte ve bu düşüncenin tam anlamıyla doğru olmadığını belirtmektedirler. Yazarlara göre, bağıllık kuralı ilkesinin, faillik için özel bir yükümlülük konumunun ihlalinin gerekli olduğu suçlarla sınırlandırılması lazımdır.⁵⁶

Bağıllık kuralı, bir suçtan sorumlu tutulabilmek için suçun kanuni tanımına göre gerekli koşulların bulunmaması halinde, bu koşulların yerine ikame edilmekte ve böylece, eylemleri suçun kanuni tanımına uymayan, yardım eden ve azmettiren gibi şeriklerin cezalandırılmasının temelini oluşturmaktadır. Ancak, bağıllık kuralı, en azından TCK'nın 40. maddesinde yer alan düzenleme iştirak halinde işlenen suçlarda cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasına ilişkin bir hüküm öngörmemektedir. Bağıllık kuralına yer verilen Alman Ceza Kanununda da ayrıca nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişine ilişkin hükümlere yer verilmesi ihtiyacı duyulmuştur (Alman CK 28/2 md).

Bağıllık kuralının iştirak halinde işlenen suçlarda ağırlaştırıcı ve hafifletici nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasına ilişkin sorunu çözmediği görüşünde olan yazarların mevcut durumda sorunun ne şekilde çözümleneceğine ilişkin görüşlerinde birlik olmayıp, bu konuya aşağıda değinilecektir.

V. MEVCUT DÜZENLEMESİNE GÖRE İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA NİTELİKLİ HALLERİN GEÇİŞİ SORUNUNUN ÇÖZÜMÜ

A.Genel Olarak

Bağıllık kuralından yola çıkarak, bağıllık kuralının iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerin sorumluluğuna ilişkin hükümler içerdiğini savunan bu görüş sahiplerinin şerikler ve müşterek failer bakımından ulaştıkları sonuçlar farklıdır. Buna karşılık, bu görüş sahipleri, cezanın artırılması sonucunu doğuran nitelikli halin kişisel veya fiile bağlı olması

⁵⁶ ROXİN/İSFEN, s. 289-290. Aynı yönde bkz. İÇEL/EVİK, s. 271.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

arasında bir ayırım yapmadan her iki hal bakımından aynı sonuca ulaşmaktadırlar. Bağlılık kuralının sorunu çözmediğini savunanlar ise, ağırlaştırıcı nedenlerin fail veya şerikten kaynaklanması veya ağırlaştırıcı nedenlerin fiile veya kişiye bağlı olması bakımından bir ayırım yapmadan, bilmeleri halinde bu nedenlerin diğer suç ortakları bakımından da uygulanması gerektiğini belirtmektedirler. O nedenle, bağlılık kuralının, cezayı ağırlaştıran nedenlerin diğer suç ortakları bakımından uygulanması sorununu çözdüğünü savunanların görüşleri, fail ve şeriklerin katılımı ile işlenen iştirak halinde işlenen suçlar ile müşterek faillik hali bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır.

Hafifletici nedenlerin diğer suç ortakları hakkında uygulanması sorunu bakımından ise her iki görüş sahipleri arasında bir fark bulunmamaktadır.

B. Cezanın Ağırlaştırılması Sonucunu Doğuran Nitelikli Haller Bakımından

1. Bağlılık Kuralının Sorunu Çözdüğünü Savunanların Görüşleri

a. İştirak Halinde İşlen Suçlar Bakımından

aa. Ağırlaştırıcı Nedeninin Failden Kaynaklanması

Bu görüş sahiplerine göre, şeriklerin sorumluluğu faile göre belirlenecektir. Buna göre, yardım eden ve azmettiren şeklindeki şeriklerin sorumluluğu, azmettirdikleri veya yardım ettikleri esas fiile göre tespit edilecektir.⁵⁷

Buna göre, (A)'nın suç delillerini gizlemek maksadıyla kasten öldürme suçunu işlediği, (B)'nin de (A)'ya silah temin ederek iştirak ettiği olayda, (B) kasten öldürme suçunun nitelikli halinden (TCK 82/1-h), eğer bu durumu biliyorsa şerik olarak katılan (A)'da bu nitelikli hale iştirak etmekten TCK'nın 82/1-f ve 39. maddelerine göre sorumlu olacaktır.⁵⁸ Eğer, (B) nitelikli hali bilmemekte ise TCK'nın 81/1, 39. maddesine göre cezalandırılacaktır. Yine babasını öldürmeye karar vermiş olan bir kişiye

⁵⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382-383.

⁵⁸ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 487.

Seydi KAYMAZ

zehir sağlayan, kasten öldürme suçunun nitelikli şekline yardım etmekten sorumlu tutulacaktır.⁵⁹

bb. Ağırlaştırıcı Nedenin Şeriklerden Kaynaklanması

Bağlılık kuralı gereğince şeriklerin sorumluluğunun faile göre belirleneceğini savunan görüş sahiplerine göre, yardım eden ve azmettiren şeklindeki şeriklerin sorumluluğu, azmettirdikleri veya yardım ettikleri esas fiile göre tespit edilecektir.⁶⁰ Bunun sonucu olarak ağırlaştırıcı nedenin şerikten kaynaklandığı hallerde, bağlılık kuralı uyarınca şerikin sorumluluğunun faile göre belirlenmesi gerektiği gerekçesiyle, şerikten kaynaklanan ağırlatıcı neden diğer suç ortakları bakımından uygulanmayacaktır. Buna göre, (A) ile (B)'nin evli olduğunu, (C) isimli şahsın, (A)'nın eşi olan (B)'yi öldürdüğünü, (A)'nın da bu fiilin gerçekleşmesinde (C)'ye yardım ettiği olayda, (C), (A)'nın işlemiş olduğu niteliksiz adam öldürmek suçuna iştiraktan cezalandırılacaktır. Diğer bir ifadeyle (A) TCK'nın 81/1 maddesi uyarınca, (C)'de TCK'nın 81/1 ve 39. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.⁶¹

b. Müşterek Failler Bakımından

Doktrinde bağlılık kuralının müşterek faillik bakımından bir özellik taşımadığı, müşterek faillerin birinden kaynaklanan cezayı ağırlandıran nitelikli bir halin diğer müşterek failler hakkında uygulanmayacağı ileri sürülmüştür. Esasen, TCK'nın 40. maddesindeki bağlılık kuralına ilişkin hükümlerin iştirak halinde işlenen suçlarda, cezayı ağırlandıran nitelikli hallerin sirayeti sorununu çözdüğünü savunan yazarlar da soruna müşterek failler bakımından değil, şerikler açısından yaklaştırmışlardır. Çünkü bu görüş sahiplerine göre, bağlılık kuralı, azmettiren veya yardım eden şeklinde suça katılan şeriklerin sorumluluğunun koşullarını düzenlemekte olup, bu kurum müşterek faillikle ilgili bir hüküm içermemektedir. Özetle, müşterek faillerin işlenen suçtan sorumlu olmaları için bağlılık kuralına gerek

⁵⁹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 487.

⁶⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382-383.

⁶¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.383. Yazarlar TCK'daki düzenlemenin teorik olarak bir hata içermediğini belirtmekle beraber, bu benzeri örneklerin adalet duygusunu rencide ettiğini kabul etmektedirler. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 383, dipnot.1385.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

olmadığı düşüncesiyle nitelikli hallerin sirayet konusu da yalnızca şerikler bakımından ele alınmıştır.⁶²

Bu görüş sahiplerine göre, (A) ve (B) isimli faillerin, birlikte (B)'nin babasını öldürmeleri halinde, müşterek faillerden (A) suçun basit şekli olan kasten adam öldürmek suçundan TCK'nın 81. maddesine, (B) ise suçun nitelikli şekli olan kasten babasını öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-d. maddesine göre cezalandırılacaktır.⁶³

Sorunu bağıllık kuralı ile ilişkilendiren ve bağıllık kuralının müşterek failer bakımından bir özellik taşımadığını belirten Koca/Üzülmez'e göre, eğer (A) isimli kişi, (B)'nin, kendi babasını (B'nin babası) öldürmesi eylemine yardım etmek suretiyle katılmış ise, (B) kendi babasını öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-d maddesiyle, bu suça iştirak eden (A) da TCK'nın 82/1-d ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmalıdır.⁶⁴

Bağıllık kuralının, iştirak halinde işlenen suçlarda ağırlaştırıcı nedenlerin suç ortaklarına sirayetine ilişkin bir hüküm içermediğini savunan Hakeri'de bu ihtimal bakımından aynı sonuca ulaşılmaktadır.⁶⁵ Ancak yazar, yukarıda verilen örnekte, B'nin hem azmettiren, hem de müşterek fail olması durumunda, farklı sonuca ulaşılmaktadır.⁶⁶

Müşterek fail, fiil üzerinde hâkimiyet kurduğundan kuşkusuz ki, fiilin haksızlık içeriği daha fazladır. O nedenle de eylemi daha ağır bir yaptırım ile karşılanmaktadır. Örneğimize dönersek, (A) isimli kişi müşterek fail olarak, (B)'nin babasını öldürmek için daha çok şey yapmakta, ölümün meydana gelmesi bakımından nedensel değeri daha fazla eylemlerde bulunmaktadır. Ancak, müşterek fail olarak gerçekleştirdiği eylem bakımından hakkında diğer müşterek failin şahsından kaynaklanan ağırlaştırıcı neden uygulanmaz iken, haksızlık içeriği ve nedensel değeri daha az eylemlerle bu suça yardım etmek suçu bakımından bu ağırlaştırıcı

⁶² KOCA/ÜZÜLMEZ, s.382-383.

⁶³ HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 338; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 383; ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 487.

⁶⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.383.

⁶⁵ HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 338

⁶⁶ HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 338

Seydi KAYMAZ

neden uygulanmaktadır ki bu durumu izah etmek güçtür. Bu şekilde bir uygulama ceza adaleti bakımından haksız sonuçlara neden olacaktır.

2. Bağlılık Kuralının Sorunu Çözmediğini Savunanların Görüşleri

Bu görüş sahiplerine göre, kanunda cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten nedenlerin suç ortakları bakımından uygulanmasına ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de, kusurluluk ilkesi uyarınca bu sorunun çözümü mümkündür.

Erdem, 5237 sayılı TCK'da Alman Ceza Kanununun 28/2. maddesine benzer bir hüküm yer almasa da, suç ortakları kusurları ölçüsünde cezalandırılacaklarına göre, cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran nitelikli hallerin ancak bunları bilen suç ortakları hakkında uygulanabileceğini belirtmektedir.⁶⁷

TCK'nın 40. maddesinde yer alan bağlılık kuralına ilişkin hükümlerin ağırlatıcı ve hafifletici diğer suç ortakları hakkında uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ortaya çıkacak sorunlara bir çözüm getirmediğini belirten Aydın'ın, kusurluluk ilkesine göre sorunu ele alıp çözüm üretmeye çalıştığı görülmektedir.⁶⁸

5237 sayılı TCK'nın 40. maddesi hükümlerinin bu sorunu çözmeye elverişli olup olmadığı hususunda bir değerlendirmede bulunmamakla beraber, 40. maddenin bu konuyla ilgisi olmadığı görüşünde olduğu anlaşılan Demirbaş'a göre, iştirak halinde işlenen suçlarda, faillerden veya suç ortaklarından birinde suça tesir eden neden, bilmeleri koşuluyla diğer fail veya şerikler bakımından da uygulanacaktır. Buna göre, (A) isimli kişinin (B) isimli kiralık katili karısını ((A)'nın karısı) öldürmesi için azmettirmesi halinde, eğer (B), (A)'nın karısını öldürdüğünü biliyorsa (B) eş öldürmek ağırlatıcı nedeninden sorumlu olacak ve 82/1-d maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.⁶⁹ Görüldüğü üzere, Demirbaş, ağırlatıcı nedenin failden veya şerikten kaynaklanması arasında bir ayırım yapmadan, bir suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, faillerden veya suç ortaklarından birinden

⁶⁷ ERDEM, s. 214.

⁶⁸ AYDIN, s.231 vd.

⁶⁹ DEMİRBAŞ, s. 493.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

kaynaklanan ağırlatıcı nedenin bilmesi koşuluyla diğer fail veya suç ortakları hakkında uygulanacağını belirtmektedir.⁷⁰

Hafizoğulları/Özen, 5237 sayılı TCK'da cezanın ağırlaştırıcı ve hafifleten hallerin sirayetinin düzenlenmediğini, bu durumun da kanunu yorumlayan ve uygulayan hâkimi bağlamayacağını belirtmektedirler. Yazarlara göre, hâkim kast kuralını uygulayarak sorunu çözmeye imkânına sahiptir. Bu durum kanunilik ilkesini de ihlal etmez; çünkü kast kuralı kanunda mevcuttur.⁷¹ Buna göre, suç ortaklarından birinden kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı bir neden bilmeleri koşuluyla diğer suç ortakları hakkında da uygulanacaktır.⁷² Bir suç ortağının şahsından veya mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal bilinmesine rağmen, diğer suç ortağı veya ortakları suça katıldığına göre, cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli halin suç ortaklarının iradesinin, daha doğrusu kastlarının kapsamında olduğu ve dolayısıyla cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli hal, bu hal kendilerinde bulunmayan suç ortaklarına da uygulanacaktır.⁷³

Nitelikli hallerin şerikler bakımından uygulanması konusunda kanunumuzda bir hüküm öngörülmediğini, sorunun genel kurallara göre çözümlenmesi gerektiğini belirten Hakeri'nin bu konudaki görüşleri ve çözüm önerileri Hafizoğulları/Özen ve 765 sayılı TCK'nın 66 ve 67. maddesi hükümlerinin çözüm tarzı ile örtüşmektedir. Yazara göre, azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu faile göre belirlendiğinden, bağlılık ilkesi uyarınca, bilmeleri koşuluyla failden kaynaklanan ağırlatıcı nitelikli hal⁷⁴ azmettiren ve yardım eden, yardım edenden kaynaklanan ağırlatıcı neden de fail bakımından uygulanacaktır. Buna göre, (A) isimli bayan, sevgilisi (B)'ye kendi babasını (yani A'nın babasını) öldürmesi için teşvik ettiğinde (A)'dan kaynaklanan ağırlaştırıcı neden (B) hakkında da

⁷⁰ DEMİRBAŞ, s.493.

⁷¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 360. Benzer bir düşünceyi dile getiren Yaşar/Gökcan/Artuç da cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin kast kapsamında bulunması koşuluyla şerikler hakkında uygulanacağını belirtmektedirler. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Cilt.II, s. 2743.

⁷² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362

⁷³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 363.

⁷⁴ Yazar nitelikli hal ifadesini kullanmaktadır. Bkz.HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 337.

Seydi KAYMAZ

uygulanacaktır.⁷⁵ Buna göre, (A) 5237 sayılı TCK'nın 82/1-d, 39. maddeleri uyarınca, (B)'de 82/1-d maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Bununla birlikte yazarın ağırlaştırıcı nedenlerin müşterek faillere sirayeti konusundaki yaklaşımı farklıdır. Yazar, müşterek faillikte, ağırlaştırıcı nedenin yalnızca kendisinde bu kişisel hal bulunan müşterek fail hakkında uygulanabileceği görüşündedir. Yazara göre yukarıdaki örnek biraz değiştirildiğinde farklı bir sonuca ulaşılır. Örneğin, (A) babasını öldürmesi için (B)'yi hem azmettirmiş, hem de (B) birlikte ateş ederek öldürmüş ise, (B)'de mevcut olan nitelikli hal, bu durumu bilen (A) hakkında tatbik olunacaktır. Dolayısıyla müşterek faillikte uygulanmayan nitelikli hal, suç ortağının aynı zamanda şerik olarak suça katılması durumunda uygulanmış olacaktır.⁷⁶

Hakeri, her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık kuralına ilişkin hükümlerin, iştirak halinde işlenen suçlarda ağırlaştırıcı nitelikli nedenlerin diğer suç ortaklarına uygulanması sorununa çözüm getirmediğini belirtmekte ise de, ağırlaştırıcı nedenlerin müşterek failler hakkında uygulanması konusundaki görüşlerinden bağıllık kuralına ilişkin hükümleri, en azından bağıllık kuralının ağırlaştırıcı nedenlerin müşterek failler bakımından etkisi(sizliği)ne ilişkin açıklamaları dikkate aldığı anlaşılmaktadır.⁷⁷

B. Cezanın Hafifletilmesi Sonucunu Doğuran Nitelikli Haller Bakımından

Bağıllık kuralının nitelikli hallerin geçişi sorununa çözüm getirdiğini savunan yazarlar şeriklerin sorumluluğunun asıl faile göre belirleneceğini belirtmekte, ancak sorumluluğun belirlenmesinde şeriklerin kastı, yani iradesinin de belirleyici olduğunu belirtmektedirler. Yazarlara göre, fail ile mağdurun kardeş olduğunu bilmeyen şerik hakkında fail ile mağdur arasındaki kardeşlik ilişkisinden kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal (TCK 86/3 md) uygulanmayacaktır.⁷⁸ TCK'nın 40. maddesindeki

⁷⁵ HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 337-338.

⁷⁶ HAKERİ, Ceza Hukuku, s. 338

⁷⁷ Gerçekten, bağıllık kuralının, müşterek failler bakımından bir özellik taşımadığı, o nedenle müşterek faillerden kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenlerin sirayeti bakımından bir role sahip olmadığı belirtilmektedir. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.488.

⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 383.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

düzenlemeden bu konuda bir sonuca ulaşmanın zor olduğunu belirten Özbek, TCK'nın 40/1. maddesindeki hükmün ters anlamından ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin diğer şeriklere etki edeceği sonucuna ulaşılabilirliğini belirtmektedir. Yazara göre, fiile bağlı hafifletici nedenlerden bilse de bilmese de tüm şerikler yararlanacaklardır.⁷⁹

TCK'nın 40/1 maddesindeki düzenlemenin soruna bir çözüm getirmediğini savunan yazarlardan Hafizoğulları/Özen ve Aydın kişiye bağlı hafifletici nedenlerin diğer şerikler hakkında uygulanamayacağı, buna karşılık fiile bağlı hafifletici nedenlerin ise bilinsin veya bilinmesin tüm şerikler bakımından uygulanacağını savunmaktadırlar.⁸⁰ Akbulut'da kişisel nedenlerin ancak kendisinde bu nedenler bulunan kişiler hakkında uygulanması gerektiğini belirtmektedir.⁸¹

Yalnızca fail veya faillerin şahsından kaynaklanan nitelikli hallerin yalnızca ilgililer bakımından etki yapacağını ve diğer fail veya faillere etki etmeyeceğini belirten Erman'a göre, şeriklerin sorumluluğu faile göre belirleneceğinden, fail bakımından söz konusu olan ağırlaştırıcı nedenler şeriklere de etki edecektir. Ancak burada şerikler kastlarına göre sorumlu tutulabilecektir; yani kişisel veya fiile bağlı ağırlaştırıcı nedenlerin şerikler bakımından uygulanabilmesi için şeriklerin bu nedenleri bilmeleri gereklidir.⁸²

D.Yargıtay'ın Uygulaması

a. Genel Olarak

Yüksek Mahkememizin ve özellikle de nitelikli hallerin geçişine ilişkin hükümlerin uygulanma alanı bulunduğu suçlara bakmakta olan Yargıtay 1. Ceza Dairesinin yıllar içinde vermiş olduğu kararlara bakıldığında, Yüksek Mahkemenin bu konudaki görüşünün net olmadığı, bazen yakın tarih aralıklarında aynı konuda farklı kararlar verdiği görülmektedir. Doktrinde üzerinde halen tartışmalar devam eden ve çok çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişi konusundaki kafa

⁷⁹ ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/ TEPE, s. 494.

⁸⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362, AYDIN, s. 232-233; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347.

⁸¹ AKBULUT, s.213.

⁸² ERMAN, s.61-62.

Seydi KAYMAZ

karışıklığının uygulamaya yansması doğal karşılanmalıdır. Biz Yüksek Mahkememizin kararlarını çeşitli başlıklar altında irdelemeye çalışacağız.

b. Failden Kaynaklanan Kişisel Nitelikli Haller

İnceleme imkânı bulduğumuz Yüksek Mahkememizin bir kararında, sanıklardan biri (Faysal) babaannesini öldürmeye azmettirme, diğer bir sanık (Kemal) ise babaannesini öldürme suçunu işlemiştir. İki sanık da (Ömer ve Serkan) yardım etmek suretiyle bu suça iştirak etmişlerdir. Dikkat edilirse kişisel nitelikli hal hem azmettiren konumundaki şerik Faysal'dan hem de fail konumundaki Kemal'den kaynaklanmaktadır. Yüksek Mahkememiz, *“Sanık Faysal'ın babaannesini öldürmeye azmettirme, sanık Kemal'in babaannesini öldürme, sanıklar Ömer ve Serkan'ın bu suça yardım suçlarından kurulan hükümlerde; sanıkların eylemi olay tarihinden haftalar önce kararlaştırdıkları, yaptıkları planı sebat ve ısrarla uygulamaya koydukları, tasarlanan eylem ile icrası arasında geçen sürede kararlarından vazgeçmedikleri anlaşılmalı, suç vasfında kazanılmış hak olmayacağı da gözetilerek, eylemlerine uyan “5237 sayılı TCK.nun 82/1-d” maddesine aynı maddenin “a” bendinin de eklenmesine karar verilmesi suretiyle”* hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiş ve böylece gerek şerik, gerekse de failden kaynaklanan kişisel nitelikli halin şerikler hakkında uygulanmasını hukuka uygun bulmuştur (1.CD.,21.10.2009, 2009/6225 E, 2009/6198 K).

Yüksek Mahkememiz vermiş olduğu bir başka kararda da *“suça yardım eden olarak katılana, katıldığı suçun asıl failinin şahsına bağlı ağırlatıcı nedenler sirayet edeceğinden tebliğnamede yardımcı fail olarak mahkûmiyetine karar verilen sanıklar Nurdoğan ve Yakup'un hüküm fıkralarından 82/1 maddenin d bendinin çıkarılmasına dair”* Yargıtay C. Başsavcılığının görüşünü benimsemiştir (1. CD., 12.6.2008, 2008/489 E, 2008/4996 K).

c. Şeriklerden Kaynaklanan Fiile Bağlı Nitelikli Haller

Açık bir ifade yer almasa da kararlarından anlaşıldığı kadarıyla Yüksek Mahkememiz, adam öldürme suçlarında kan gütme ve töre saikini fiile bağlı nitelikli bir neden olarak kabul etmekte ve şeriklerden kaynaklanan bu nitelikli halin failer hakkında uygulanması gerektiğine karar

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

vermektedir. Yargıtay'ın kararına konu olayda, sanıklar Hasan ve Mehmet fail aralarında kan davası bulunan maktul Yalçın'ı öldürmesi için fail İbrahim'i azmettirmişlerdir. Fail tasarlama koşulları oluşacak şekilde Yalçın'ı öldürmüştür. Yerel Mahkeme, faili tasarlayarak ve kan gütme saikiyle adam öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-a-j maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar vermiş, failin azmettirenlerin ortaya çıkarılmasına katkı sağladığı gerekçesiyle faile verilen cezayı TCK'nın 38/3 maddesi uyarınca indirimine tabi tutmuştur (Gaziantep 3. Ağır Ceza Mahkemesi, 15.11.2007, 2007/35 E, 2007/377 K). Kararı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi TCK'nın 38/3 maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle fail hakkındaki hükmü bozmakla beraber, azmettirenlerden kaynaklanan nitelikli hal olan kan gütme saikine ilişkin hükümlerin fail hakkında uygulanmasını hukuka aykırı bulmamıştır (Yargıtay 1. CD. 1.7.2009, 2009/5808 E, 2009/4145 K).

Yüksek Mahkeme'nin kararına konu olan bir başka olayda sanıklardan biri, amcasının çocukları ile birlikte kardeşini töre saikiyle öldürmeye teşebbüs etmiştir. Yargıtay amca çocukları olan sanıklar bakımından akrabalıktan kaynaklanan kişisel nitelikteki ağırlaştırıcı neden olan TCK 82/1-d maddesinin uygulanamayacağına hükmetmiş, sanıklar hakkında töre saikine ilişkin nitelikli halin uygulanmasını hukuka aykırı görmemiştir (1. CD., 18.5.2011, 2010/7365 E, 2011/3231 K).⁸³

d. Şeriklerden Kaynaklanan Kişisel Nitelikli Haller

Aykırı bazı kararları bulunsa da Yüksek Mahkememiz vermiş olduğu birçok kararda, TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralını gerekçe göstererek şeriklerden kaynaklanan kişisel nedenlerin diğer suç

⁸³ *Sanıklar Turan, Salih ve Musa'nın mağdur Leyla ile amca çocukları oldukları, 5237 sayılı TCK.nun 40.maddesindeki bağlılık kuralı koşullarının olayımızda bulunmadığı TCK.nun 82/1-d maddesinin uygulanması bozmayı gerektirmekte ise de bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, sanıklar Turan, Salih ve Musa yönünden hüküm fıkrasından 5237 sayılı TCK.nun 82/1.maddesinin "d" bendi çıkarılarak, sanıkların 5237 sayılı TCK.nun 82/1.maddesinin e-k bentleri ile cezalandırılmasına karar verilmesi suretiyle CMUK.nun 322.maddesiyle tanınan yetkiye dayanılarak DÜZELTİLEN hükümlerin ONANMASINA* (1. CD., 18.5.2011, 2010/7365 E, 2011/3231 K) Bu olayda, nitelikli halin geçişi nedeniyle değil, töre saikinin bizatihi maktulenin amcasının çocukları olan sanıklardan kaynaklanması nedeniyle haklarında bu nitelikli halin uygulanması muhtemeldir.

Seydi KAYMAZ

ortakları hakkında uygulanamayacağına karar vermektedir. Yüksek Mahkemenin kararına konu olan bir olayda maktul ile bir akrabalığı bulunmayan fail, maktülü öldürmüş, maktulün eşi de yardım etmek suretiyle bu suça iştirak etmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, “ sanık Ramazan yönünden; sanığın maktulle akrabalık bağının bulunmadığı anlaşılma, TCK.nun 82/1-d maddesinin uygulanması kanuna aykırı ise de, ceza miktarı dikkate alındığında, bu durum yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, CMUK.nun 322. maddesindeki yetkiye dayanılarak, hüküm fıkrasının mahsus bölümünde yer alan, “5237 Sayılı Yasanın 82/1,a,d-son maddesindeki” (d) bendinin çıkartılmasına karar verilmek suretiyle DÜZELTİLEN, hükümlerin ONANMASINA” karar vermiştir (1.CD., 23.02.2010, 2009/3865 E, 2010/1054 K).⁸⁴

Az da olsa Yüksek Mahkememiz tersine kararlar da vermiştir. Örneğin Yüksek Mahkeme, “bilme” unsuruna da işaret ederek “sanık Halil İbrahim’in, eşi olan maktuleyi öldürmesi için sanık Adem’i azmettirdiği, sanık Adem’in de, maktulenin sanık Halil İbrahim’in eşi olduğunu **bildiği anlaşılma**, azmettiren kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı sebebin sirayetinin kabulü ile, sanık Adem hakkında öldürme suçundan 5237 sayılı TCK’nın 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulmasında isabetsizlik bulunmadığına” karar vermiştir (1. CD., 1.2.2010, 2010/438 E, 2010/493 K). Buna karşılık Yüksek Mahkeme bir başka kararında “bilme” unsuruna işaret

⁸⁴ Yüksek Mahkememizin benzer bir kararı da şu şekildedir:

B-a) Sanık Gülistan’ın, tahrik altında suçu tasarlayarak, uyku halinde olup “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda” bulunan eşini öldürttüğü anlaşılma, 5237 sayılı TCK’nun 38. maddesi delaletiyle 82/1-a-d-e, 29 ve 62. maddeleri gereğince,

b) Sanık İsmet’in, tasarlayarak uyku halinde olup “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda” bulunan maktülü öldürdüğü anlaşılma, 5237 sayılı TCK’nun 82/1-a-e ve 62. Maddeleri gereğince,

c) Sanık Dudu’nun, tasarlayarak uyku halinde olup “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda” bulunduğu bildiği maktülü yeğeni İsmet’e öldürttüğü anlaşılma, 5237 sayılı TCK’nun 82/1-a-e ve 62. Maddeleri gereğince,

d) Sanık Hasan’ın, tasarlayarak, suç işleme kararını kuvvetlendirdiği ve fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaadettiği anlaşılma, 5237 sayılı TCK’nun 82/1-a, 39/2-a ve 62. Maddeleri gereğince,

Cezalandırılmaları gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde cezalandırılmalarına karar verilmesi, (1. CD., 7.4.2009, 2008/9190 E, 2009/1928 K).

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

etmesine rağmen azmettiren kaynaklanan kişisel nitelikli halin fail hakkında uygulanmayacağına hükmetmiştir.⁸⁵

e. Müşterek Faillerden Kaynaklanan Kişisel Nitelikli Haller

Yargıtay müşterek fail olarak adam öldürmek suçunu işleyen faillerden birinden kaynaklanan kişisel nitelikli halin diğer sanık hakkında da uygulandığı bir yerel mahkeme kararını hukuka aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme, “*sanık Gökhan'ın, sanık Zeliha'nın eşi olan maktülü Zeliha ile birlikte tasarlayarak öldürdükleri anlaşılmalı, 5237 sayılı TCK.nun 40/2 maddesi de dikkate alındığında, Gökhan'ın aynı Yasanın 37/1 maddesi delaletiyle 82/1-a maddesi uyarınca tasarlayarak adam öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, 82. maddenin 1-d bendinin de uygulanması(nı) yasaya aykırı*” bulmuştur (1. CD., 25.11.2009, 2009/5242 E, 2009/7257 K).

Yargıtay 1.Ceza Dairesinin incelemiş olduğu bir dosyada, sanık Hamdullah ve Durdu, birlikte sanık Durdu'nun eşi olan Cahit'i öldürmüşlerdir. Yerel Mahkeme, sanık Hamdullah'ın da TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar vermiştir (Zonguldak 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 10.4.2008, 2007/104 E, 2008/51 K). Temyiz üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi “*5237 sayılı TCK.nun 40/1-2 maddesi uyarınca, sanık Durdu'dan kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı neden suçun faili olan sanık Hamdullah'a sirayet etmeyeceğinden, bu sanık hakkında TCK.nun 82/1-d maddesi ile uygulama yapılamayacağına düşünülmemesi*” nedeniyle hükmü bozmuştur (1. CD., 10.11.2010, 2008/10570 E, 7354 K)⁸⁶.

⁸⁵ “**Sanık (Sevgi Ü)'nin oğlu olduğunu bildiği (Kenan Ü)'yi öldürmekten sanık (Ali A), işbu suça sanık (Ali A)'ı azmettirmekten sanık (Sevgi Ü)'nin yapılan yargılanmaları sonunda:(...)5237 sayılı Yasanın 40. maddesinde öngörülen bağlilik kuralı gereğince şahsa bağlı ağırlaştırıcı nedenlerin asli fail için uygulanamayacağı nazara alınarak, sanık Ali hakkında kurulan hükümle ilgili olarak 5237 sayılı Yasanın 82. maddesinin "d fıkrasının" hüküm fıkrasından çıkartılarak DÜZELTİLEN..hükmün ONANMASINA” (1.CD., 25.10.2007, 2006/4960 E, 2007/7805 K. Aynı yönde bkz 1. CD., 28.9.2009, 2008/1045 E, 2009/5418 K).**

⁸⁶ Yüksek Mahkeme; “maktule Besime'nin, sanık Orkide'nin babaanesi olduğu, olay tarihinde sanıklar Gökhan ve Orkide'nin maktule Besime'nin evinde gizlice buluştukları, birlikte esrar içtikten sonra maktulenin sanıkları uygunsuz vaziyette gördüğü, maktule tarafından olayın ailesine anlatılacağı endişesi ile sanık Orkide'nin korktuğu ve sanık

E. Görüşümüz

Öncelikle belirtelim ki TCK'nın 40. maddesindeki düzenlemenin, bu maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucunu doğuran nitelikli hallerin suç ortaklarına geçişi sorununu çözmediği görüşündeyiz. Gerçekten TCK'nın 40/1 maddesinde düzenlenen bağlılık ilkesi, ancak kanuni tanıma uygun olmayan fiillerin cezalandırılabilmesi noktasında bir fonksiyon icra etmekte olup ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin geçişine ilişkin bir hüküm içermemektedir. TCK'nın 40. maddesinin 2 ve 3. fıkralarının konumuzla ilgili olmadığı ilk bakışta anlaşılmaktadır. “...suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” şeklindeki 40. maddenin 1. fıkrasındaki hükmün sorunu çözebileceği düşünülebilir. Cezalandırmayı önleyen kişisel sebepler, şahsi cezasızlık sebepleri veya cezayı kaldıran şahsi sebeplerdir. Maddedeki hüküm de cezalandırmayı önleyen bu sebeplerle ilgili olup, hükme göre, şeriklerden biri hakkında cezalandırmayı önleyen şahsi bir sebep veya şahsi cezasızlık sebebinin bulunmaması diğer şeriklerin sorumluluğunu etkilemeyecek; diğer şerikler eylemlerinden dolayı sorumlu olacaklardır. Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesine

Gökhan'ı, maktuleyi öldürmesi için azmettirdiği, bunun üzerine her iki sanığın birlikte maktuleyi öldürdüğü olayda; 5237 sayılı TCK'nın 40/1-2. maddesi göz önüne alındığında, sanık Orkide'den kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı nedenin suçun faili olan sanık Gökhan'a sirayet etmeyeceği düşünülmeksizin, sanığın kasten öldürme suçundan 5237 sayılı TCK'nın 81/1. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken, TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca hüküm kurulması'nı yasaya aykırı bulmuştur. (1.CD, 10.2.2010, 2009/2844 E, 2010/758 K) 1.CD., 23.7.2008, 2007/9263 E, 2008/6219 K; 1.CD, 25.11.2009, 2009/5242 E, 2009/7257 K) Yüksek Mahkeme yakın bir zamanda vermiş olduğu bir karar ile bu yöndeki uygulamasını sürdürmüştür. “Oluşa ve dosya içeriğine göre; mağdur Zeynep'in, sanık Bura'nın annesi olduğu, Amasya Çocuk Yetiştirme Yurdu'nda kalan sanıkların olay günü alkol aldıktan sonra, mağdur Zeynep'in köydeki evine gittikleri, kapıya çalarak beklemeye başladıkları, mağdurun kapıyı açmasıyla, yanlarında getirdikleri bıçaklarla mağdura saldırarak, göğüs, karın ve sol bacağından bıçakladıkları mağduru, midede kesi oluşturarak hayati tehlike geçirmesine neden olacak şekilde birlikte yaradıkları olayda; 5237 sayılı TCK.nun 40/1-2. maddesi gözönüne alındığında, sanık Bura'dan kaynaklanan şahsi ağırlaştırıcı nedenin suçun faili olan sanık Aykut'a sirayet etmeyeceği düşünülmeksizin, sanığın kasten öldürmeye teşebbüs suçundan 5237 sayılı TCK.nun 81/1, 35 maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken, TCK.nun 82/1-d, 35 maddeleri uyarınca hüküm kurulması” (1.CD, 20.02.2012, 2011/7541 E, 2012/1005 K)

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

başlandığı anda mevcut olan sebeplerdir. Örneğin, hırsızlık mala zarar verme, güveni kötüye kullanma suçlarının kanunda yazılı belli akrabalık derecesine sahip kişiler aleyhine işlenmesi halinde failin cezalandırılması mümkün değildir (TCK 167/1 md). Cezayı kaldıran şahsi sebepler ise, suç tamamlandıktan sonra gerçekleşirler ve suç tamamlandıktan sonra kişiye ya hiç ceza verilmemesi veya daha az ceza verilmesi sonucunu doğururlar. Örneğin etkin pişmanlık cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir⁸⁷ ve bu sebep yalnızca ilgili şerik hakkında uygulanır. Kanunun düzenlemesi, yalnızca cezayı kaldıran şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerle ilgilidir. Çoğu kapsayanın azı da kapsayacağı kuralı düzenlemenin ters anlamından yola çıkılarak şahsi cezasızlık sebepleri veya cezayı azaltan şahsi sebeplerin de düzenlemenin kapsamında kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilirse de maddenin açık olan lafzı karşısında bu şekilde bir yoruma katılmak mümkün değildir.

Bağlılık kuralının düzenlendiği TCK'nın 40. maddesi bakımından örnek alındığını düşündüğümüz Alman Ceza Kanununun 28/2 maddesinde; *“kanun, cezanın ağırlaştırılmasını, indirilmesini veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel nitelikli özel unsurlara yer vermiş ise, bunlar yalnızca kendisinde bu neden bulunan suça iştirak edenler (fail veya suç ortakları) hakkında uygulanır”* denilmektedir.⁸⁸ Dolayısıyla Alman Ceza Kanununda cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucunu doğuran kişisel nedenlerin geçişi açık bir hükümlerle düzenlenmiştir. O nedenle Alman Ceza Kanunundaki bu hükümden yola çıkılarak 5237 sayılı TCK'nın 40 maddesinin de benzer yoruma tabi tutulması mümkün değildir.⁸⁹

Cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucunu doğuran nitelikli hallerin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorununa çözüm aranırken aşağıdaki hususların göz önünde bulundurulması lazımdır.

1) Ceza hukukunda objektif sorumluluk kabul edilmediğinden, herkes kendi fiilinden sorumlu olacaktır. Ceza hukukundaki, kusursuz ceza olmaz ilkesi uyarınca kişi ancak kusurlu fiilinden sorumlu tutulabilir. Ayrıca bu

⁸⁷ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 552.

⁸⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347, dipnot.1306.

⁸⁹ ERMAN, s. 58.

Seydi KAYMAZ

ilke uyarınca kişi ancak kendi kusuru kadar sorumlu tutulabilir. Buna göre kişi, ancak kendi kusurlu fiilinden ve kusuru kadar sorumlu tutulabilir.⁹⁰

2) Ceza kanununda kanunilik ilkesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller bakımından da geçerlidir. O nedenle, fiile ilişkin olmayıp, suç ortaklarından birine ilişkin kişisel bir nedenle cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran bir nitelikli halin diğer suç ortaklarına yüklenebilmesi için bu hususun kanunda açıkça yazılı olması lazımdır.

3)TCK'nın 61/son maddesi uyarınca, kanunda açıkça yazılmadıkça, cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilir.

4) Cezayı hafifleten veya ağırlaştırıcı kişisel nedenler subjektif nitelikte olup, kişisel nedenler belirli bir kişinin kişiliği ve mağdur ile ilişkisi dikkate alınarak kabul edilen nedenlerdir. Fiili nedenler ise fiilin işlenişinden kaynaklanan nedenler olup objektif niteliktedir.

Buna göre, cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran fiile bağlı nitelikli haller bütün şerikler hakkında uygulanacaktır; bu nedenlerin uygulanması için şerikler tarafından bilinmesine gerek yoktur. Zira fiile bağlı hafifletici nedenler objektif olup, bütün suç ortakları hakkında sonuç doğururlar.⁹¹ Örneğin, hırsızlıkta malın değerinin az olması fiile bağlı bir hafifletici neden olup bütün suç ortakları bakımından uygulanır. Bu nedenin suç ortakları hakkında uygulanması için suç ortaklarının bunu bilip bilmemeleri bir öneme sahiptir.⁹²

Kişisel nedenler belirli bir kişinin kişiliği ve mağdur ile ilişkisi dikkate alınarak kabul edildiğinden bu nitelikli haller yalnızca ilgili kişi bakımından sonuç doğururlar ve diğer suç ortakları hakkında uygulanmazlar. 5237 sayılı TCK'da kişisel sebeplerin diğer fail veya şeriklere geçişine ilişkin bir hüküm bulunmadığına göre, cezanın ağırlaştırılması sebebi olarak düzenlenen hallerde bu sebepler yalnızca ilgili kişi veya kişiler hakkında uygulanabilir.

O nedenle (A) isimli bayanın, sevgilisi (B)'ye kendi babasını (yani A'nın babasını) öldürmesi için teşvik ettiği örnek olayda, yardım eden

⁹⁰ ÜNVER, Objektif Sorumluluk, s. 121.

⁹¹ ERDEM, s.214; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362.

⁹² HAKERİ, İştirak, s. 86; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362, AYDIN, s.233.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

konumundaki (A)'nın sorumluluğuna gidilebilmesi için (B)'nin (A)'nın babasını öldürmesi veya bu suça teşebbüs etmesi gerekli ise de, suç işlendikten (A)'nın kişisel durumunun dikkate alınmamasını gerektirmez. Bu durum, bağlılık kuralı uyarınca suçun, suç ortakları bakımından aynı olması gerektiği şeklindeki kuralı ihlal etmez. Gerçekten, suç fail ve şerik bakımından da öldürme suçu olup, suç aynıdır; (A)'nın şahsından kaynaklanan cezayı ağırlaştıran bir nedenin varlığı bu durumda bir değişiklik yaratmaz. Esasen bu durum, 82/1-d maddesinde yer alıp cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran nitelikli halin kabul edilmesindeki amaç ile de çelişir. Kanun koyucu fiilin haksızlık içeriği, failin tehlikeliliği bakımından daha ağır bir fiil olarak kabul ettiği içindir ki, bu hal bakımından daha ağır bir yaptırım öngörmüştür. Suçu fail olarak gerçekleştirmek bakımından nitelikli halin gerektirdiği ceza tayin edilmesine rağmen, bu suça iştirak etmek bakımından temel halinden ceza tayin edilmesini izah etmek güçtür. Örneğimizdeki olayda (A)'nın niteliksiz adam öldürme suçuна yardım etmekten sorumlu tutulması, kişinin kendi eyleminden sorumlu olması gerektiği şeklindeki kural ile de çelişir. Gerçekten, bu olayda (A)'nın fiili, babasını öldürmeye teşvik etmektir. Kaldı ki 5237 sayılı TCK'nın 61/10. maddesine göre, kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir. Fail ile mağdur arasındaki kişisel ilişki cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran bir nitelikli hal kabul edilmesine rağmen, bu nitelikli halin suç ortağı hakkında uygulanmaması, ona kanunda yazılı olmayan bir ceza muafiyeti sağlamak anlamına gelir. Bu şekilde bir uygulama kusur ilkesine de aykırı olur. Ceza hukukunda sorumluluk kusura dayanmakta olup, suça iştirak eden her kişi de kusuru oranında sorumlu olur. TCK'nın 40/1 maddesindeki her bir suç ortağının kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır şeklindeki hüküm yalnızca kişisel cezasızlık nedenleriyle ilişkili gibi görünse de cezayı ağırlaştıran veya hafifleten nitelikli haller bakımından da geçerlidir.⁹³

⁹³ Alman Ceza Kanununun 29. maddesinde, her bir suç ortağının, diğerlerinin kusuru dikkate alınmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılacağı belirtilerek, sorumluluğun her bir suç ortağının kendi kusuruna göre tespit edilmesi gerektiği ayrı bir maddede düzenlenmiştir. (The German Criminal Code, (Translated by Michael Bohlander) http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf (Erişim Tarihi: 12.9.2011) Bu hususa dikkat çeken Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, benzer hükmün bağımsız bir

Seydi KAYMAZ

5237 sayılı TCK'nın 61/10. maddesindeki hüküm ağırlaştırıcı nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayet etmesi bakımından da öneme sahiptir. Bilindiği üzere, 765 sayılı TCK'nın 66 ve 67. maddesinde ağırlatıcı nedenlerin bilmesi halinde diğer suç ortaklarına sirayet edeceği belirtilmekteydi. Dolayısıyla, kendi şahsından kaynaklanmayan ağırlatıcı bir nedenden dolayı failin sorumlu tutulması bu kanun hükümlerine göre mümkün olmaktadır. 5237 sayılı TCK'da bu yönde bir hüküm bulunmadığına göre, şahsından kaynaklanan ağırlatıcı bir neden bulunmayan fail veya şerikler bakımından bu ağırlatıcı nitelikli halin uygulanmasının, kanunda açıkça yazılı olmadıkça ceza ne artırılabilir, ne de eksiltilebilir şeklindeki hükme ve kanunilik ilkesine aykırı olacağını düşünmekteyiz.⁹⁴ Zira kanunilik ilkesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller bakımından da geçerlidir.⁹⁵

Failin mağdurla yakınlığından kaynaklanan şahsi ilişkinin kanunda cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlendiği, o nedenle kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiği düşünülebilir. Ancak bu, mağdurla yakınlığı bulunan suç ortağı bakımından doğru olmakla birlikte, diğer suç ortakları bakımından doğru değildir. Diğer suç ortaklarının, cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi, yani cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli halin geçişi için 765 sayılı TCK'nununda olduğu gibi kanunda bu hususta açık bir düzenleme bulunmalıdır. O nedenle, yukarıda verilen, (A) ile (B)'nin evli olduğu, (C) isimli şahsın, (A)'nın eşi olan (B)'yi öldürdüğü, (A)'nın da bu fiilin gerçekleşmesinde (C)'ye yardım ettiği olayda; (C)'nin, kasten öldürme suçundan TCK'nın 81. maddesi uyarınca,

şekilde düzenlenmeyip 40/1 maddesinde düzenlenmesi nedeniyle TCK'da cezanın faile göre belirlenmesi ilkesinin kabul edildiğinin söylenemeyeceğini belirtmektedirler. (ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/ TEPE, s.485) Sorumluluğun her bir suç ortağının kusuruna göre belirlenmesi gerektiği şeklindeki hükmün Alman Ceza Kanununda olduğu gibi ayrı ve bağımsız bir maddede düzenlenmesinin gerekli ve yararlı olduğunu belirtmekle beraber, mevcut hükümlere göre de farklı bir yorum yapmanın isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

⁹⁴ Kusurluluk ilkesine göre, bilmesi koşuluyla (C)'nin TCK'nın 82/1-d maddesine göre sorumlu tutulması gerektiği düşünülebilir. Eğer bu düşüncede haklılık payı olmuş olsaydı, 765 sayılı TCK'nın 66 ve 67. maddesindeki düzenlemelere ihtiyaç olmazdı. Bu maddeler ihtiyaç duyulduğuna göre bu düşüncenin paylaşılmadığı sonucuna ulaşılır.

⁹⁵ DÖNMEZER/ERMAN, s. 371; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 540; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 762.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

(A)'nın ise, TCK'nın 82/1-d, 39. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği görüşünderiz.⁹⁶ Ayrıca, kendisinden kaynaklanan kişisel bir nedene sahip olan yardım eden veya azmettiren şeklindeki şerikten kaynaklanan bu nitelikli halin yalnızca ilgili şerik hakkında uygulanması gerektiğine, fail veya müşterek fail hakkında uygulanmayacağına ilişkin Yargıtay kararlarını isabetli bulmaktayız.⁹⁷

İştirak halinde işlenen suçlarda, iştirak iradesinin, diğer suç ortaklarının eylemini kendi eylemi haline getirdiği, o nedenle, bilmesi koşuluyla diğer suç ortaklarının fiilden veya bir suç ortağının mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanıp cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin, bilmeleri koşuluyla diğer suç ortakları bakımından da uygulanması gerektiği iddia olunabilir. Bu görüş, fiili ağırlaştırıcı nedenler bakımından doğrudur. Çünkü cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran fiili nedenler objektif nitelikte olup, suça bağlı ve suçta saklı nedenlerdir.⁹⁸ Suç ortağı cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran fiili bir nedenin varlığını bilmekte ise, yani bu husus iştirak iradesinin kapsamında ise suça ilişkin bu nedenin o suç ortağı hakkında uygulanması kusur ilkesi ile de uyumlu olacaktır. Zira iştirak iradesi bu nitelikli hali kapsamına almaktadır. Tam tersine, bildiği halde suç ortağı hakkında cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli halin uygulanmaması, kişiye kanunda bulunmayan bir muafiyet tanımak anlamına gelir ve TCK'nın 61/10. maddesi hükümlerine de aykırı olur.⁹⁹ Buna karşılık, suç ortaklarından birinin şahsından veya mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanan subjektif nitelikteki cezayı artıran nitelikli haller bakımından farklı

⁹⁶ Nitekim ağırlaştırıcı nedenin, şerikten kaynaklandığı hal bakımından farklı düşünen yazarların da müşterek faillik bakımından bu çözüm tarzını benimsedikleri görülmektedir.

⁹⁷ 1. CD, 10.11.2010, 2008/10570 E, 7354 K; 1.CD., 23.02.2010, 2009/3865 E, 2010/1054 K. Aynı yönde görüş için bkz. AKBULUT, s. 212.

⁹⁸ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 413.

⁹⁹ Kanımızca, 765 sayılı TCK'da fiili ağırlaştırıcı nedenlerin bilmeleri koşuluyla şeriklere iştirak edeceğine dair bir hüküm bulunmamış olsaydı dahi, kusurluluk ilkesi uyarınca aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Gerçekten, cezayı ağırlaştırıcı fiili nedenler, suçun bütünü oluşturulan maddi olaylara dayanır; dolayısıyla bilmeleri koşuluyla bu nedenler bütün suç ortaklarına sirayet eder. Örneğin, öldürülecek olan küçük ise ve bu husus suç ortakları tarafından biliniyorsa, adam öldürme suçunu kolaylaştıran ve cezayı ağırlaştırıcı bu nitelikli hal bunu bilen bütün suç ortakları hakkında uygulanacaktır. Bu kusurluluk ilkesinin de bir gereğidir. Esasen burada fiil diğer suç ortakları bakımından da küçüğü öldürmek suçudur; çünkü bu husus iradelerinin kapsamındadır ve iradeleri bunun üzerinde birleşmiştir.

Seydi KAYMAZ

düşünmek gerekir. Adam öldürmek, failin kötülüğünün ve tehlikeli halinin bir göstergesidir. Ancak, insanın yakınlarını, örneğin annesini, babasını, kardeşini veya eşini öldürmesi onun daha çok kötülüğüne ve tehlikeli haline ve acımasızlığına işaret eder.¹⁰⁰ Bu durumda fail çoğu kez yükümlülüklerine aykırı (örneğin, çocuklar ve anne-baba bakımından söz konusu olan bakım ve gözetim yükümlülüğü) hareket etmektedir. Ancak diğer suç ortaklarının bu durumu bilmeleri, onların da aynı derecede kötülüğüne, tehlikeliliğine ve acımasızlığına işaret etmez. Çünkü öldürülenin diğer suç ortakları ile bir yakınlığı mevcut değildir. Onlar için öldürülen herhangi bir kişidir; öldürülenin bir suç ortağının yakını olması diğerleri bakımından herhangi bir kişi olmasına engel teşkil etmez.¹⁰¹ Suç ortaklarının sorumluluğunun fiile dayandığı belirtilerek 765 sayılı TCK'nın kişisel nedenlerle suçun niteliğinin değişmesi halinde, nitelikli halin diğer suç ortaklarına sirayet etmesine ilişkin hükümleri eleştirilmiştir.¹⁰² Nitekim bu kuralın yumuşatılması amacıyla suç ortaklarından birinin şahsından veya mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanıp cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin bilmeleri koşuluyla diğer suç ortaklarına sirayeti kabul edilmekle birlikte hâkime cezayı belli oranlarda indirme yetkisi verilmiştir (765 sayılı TCK 66 md).

Kısaca tekrarlamak gerekirse, nitelikli hal şahsı bakımından veya mağdurla kişisel ilişkisinden kaynaklanmayan bir suç ortağına, bu durumu bilmesi halinde dahi diğer suç ortağının şahsından veya mağdurla olan kişisel ilişkisinden kaynaklanan nitelikli halin yüklenmesi, kişinin başkasının eyleminden sorumlu olması anlamına gelecektir. Alman Ceza Kanununun

¹⁰⁰ ERMAN/ÖZEK, s. 32. Bu durumda, yalnızca suç ortağına ilişkin büyük bir vazifenin ihlal edilmesinin söz konusu olduğu ve bu halin yalnızca ilgili hakkındaki cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir. (MAJNO, s.358). Ancak, suç ortaklarından birinin şahsından kaynaklanan bir sebep suçun işlenmesini kolaylaştırmış ise bu hususun bilmeleri koşuluyla diğer suç ortaklarına sirayet etmesi uygun olur. Çünkü burada suça ve suçun işlenmesine katkıda bulunan bir neden söz konusudur. Suç ortaklarının bilmeleri koşuluyla bu ağırlatıcı nedenden sorumlu tutulmaları kusur ilkesini ihlal etmez. O nedenle yapılacak bir yasal düzenlemede suçun işlenmesini kolaylaştıran kişisel nedenin bilmeleri koşuluyla diğer suç ortaklarına sirayet etmesinin kabul edilmesi yararlı olacaktır. Günümüz için suçun işlenmesini kolaylaştıran, suçun işlenmesine katkıda bulunan ve dolayısıyla fiili bir niteliğe de bürünen bu gibi hallerin fiile ilişkin neden olarak da kabul edilerek, bilmeleri koşuluyla diğer suç ortaklarına da sirayet etmesinin kabul edilmesi uygun bir çözüm olur.

¹⁰¹ AKBULUT, s. 212.

¹⁰² EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 377-378

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

düzenlemesi de, kişisel nedenlerin yalnızca kendisinde bu nedenler bulunan kişiler hakkında uygulanabileceği yönündedir. Alman Ceza Kanununun 28/2 maddesine göre, ““kanun, cezanın ağırlaştırılmasını, indirilmesini veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel nitelikli özel unsurlara yer vermiş ise, bunlar yalnızca kendisinde bu neden bulunan suça iştirak edenler (fail veya suç ortakları) hakkında uygulanır.”¹⁰³

Cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran fiile bağlı nitelikli nedenlerin şerikler hakkında uygulanabilmesi için bu nedenlerin fail tarafından bilinmesi lazımdır. Bu, sorumluluğun fiile göre belirlenmesinin ve kusur ilkesinin bir sonucudur. Buna göre, suç ortakları eğer fiile bağlı bir ağırlatıcı nedenin varlığından bilgi sahibi iseler, yani bu ağırlatıcı nedeni bildikleri halde iştirak katkısını sürdürmekte iseler, iştirak kastı ağırlatıcı nedeni de kapsamına aldığından bu ağırlatıcı nedenin o suç ortakları hakkında uygulanması kusur ilkesinin bir gereğidir. Buna karşılık, bazı suç ortakları bu ağırlatıcı nedenin varlığı konusunda bilgi sahibi değilse, kusur ilkesi uyarınca bu ağırlatıcı nedenin onlar hakkında uygulanması mümkün değildir. Buna göre adam öldürmek isteyen faile silah temin eden kişi (şerik), failin adam öldürmek suçunu işleyeceğini bilmekle beraber, küçük bir çocuğu öldüreceğini bilmiyorsa, yani bu husus kastının kapsamından değilse adam öldürmenin nitelikli şekline (TCK 82/1-e) değil, adam öldürmenin temel şekline (TCK 81 md) yardım etmek suçundan sorumlu olur.¹⁰⁴

Cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran fiile bağlı nitelikli haller bütün şerikler hakkında uygulanacaktır; bu nedenlerin uygulanması için şerikler tarafından bilinmesine gerek yoktur. Zira fiile bağlı hafifletici nedenler objektif olup, bütün suç ortakları hakkında sonuç doğururlar.¹⁰⁵ Örneğin, hırsızlıkta malın değerinin az olması fiile bağlı bir hafifletici neden olup bütün suç ortakları bakımından uygulanır. Bu nedenin suç ortakları

¹⁰³ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347, dipnot.1306.

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 481-482; AKBULUT, s. 209.

¹⁰⁵ ERDEM, s.214; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362.

Seydi KAYMAZ

hakkında uygulanması için suç ortaklarının bunu bilip bilmemeleri bir öneme sahip değildir.¹⁰⁶

Gerçek özgü suçlarda, örneğin zimmet veya rüşvet suçlarında, failin kişisel özellikleri veya yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi sorumluluğun nedenini teşkil etmektedir.¹⁰⁷ Kendisinde bu nitelikler bulunmayan kişiler ise şerik, yani azmettiren, yardım eden veya teşvik eden olarak sorumlu tutulacaklardır. Kanunda yazılı niteliklere sahip olmayan kişi bu suçun faili olamayacağından, bu niteliklere sahip olmayan kişinin ilgili suç tipindeki fiili gerçekleştirmesi halinde suç oluşmayacak; eylemleri şeriklik niteliğinde olan kişiler kanunda yazılı niteliklere sahip olsalar bile suç meydana gelmeyecek ve dolayısıyla nitelikli hallerin geçişi şeklinde bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Alman Ceza Kanununda, ilgili suç tipinde yazılı niteliklere sahip olmayan şeriklerin cezasından indirim yapılması öngörülmüştür. (Alman Ceza kanunu 28/1 md) Buna göre suçun düzenlendiği ilgili kanun maddesinde yazılı niteliklere sahip olmayan şeriklerin cezası indirime tabi tutulduğu halde bu niteliklere sahip şeriklerin cezasında bu nedenle bir indirime gidilmeyecektir. Kanunumuzda bu yönde bir hüküm bulunmadığına göre, suçun düzenlendiği kanun maddesinde yazılı niteliklere sahip olmayan şeriklerin cezasından bu nedenle bir indirim yapılmayacaktır.

VI. SUÇ ORTAKLARI HAKKINDA CEZANIN BELİRLENMESİ

Bağlılık kuralı şeriklerin sorumluluğunun kaynağını göstermekte, failin sorumluluğuna ilişkin bir hüküm taşımamaktadır.¹⁰⁸ Dolayısıyla failin sorumluluğu ve hakkında uygulanacak hükümler tespit edilirken şeriklerden kaynaklanan herhangi bir nitelikli hal nazara alınmayacaktır. Esasen sorun

¹⁰⁶ HAKERİ, İştirak, s. 86; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362, AYDIN, s.233.

¹⁰⁷ Alman Ceza Kanununda, failin sorumluluğuna yol açan -suçu nitelikli hale getiren değil- kişisel nedenlerden söz edilmekle, bu niteliklerin bulunmaması halinde cezai sorumluluğun ortaya çıkmayacağı vurgulanmıştır. (Alman Ceza Kanunu 28/1 md. The German Criminal Code, (Translated by Michael Bohlander) http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf (Erişim Tarihi: 12.9.2011)

Oysa TCK'nın 40/1 maddesinde bu şekilde bir ifade yerine, "özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur" şeklinde bir ifade tercih edilmiştir. Kanunumuzdaki bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. İÇEL/EVİK, s. 272.

¹⁰⁸ AKBULUT, s.211.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

failden ziyade şeriklerin işlenen suçtan dolayı ne şekilde cezalandırılmaları gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır. Suçun oluşması ve dolayısıyla şeriklerin cezalandırılabilirmeleri için fail tarafından suçun yasal tanımında yazılı fiilin gerçekleştirilmesi lazımdır. Bağlılık kuralı, şeriklik halinde cezalandırılabilirliğin dayanağını oluşturmaktadır.¹⁰⁹ Bu söylenenlerle, suça azmettirme veya yardım etme şeklindeki iştirakin değerinin bulunmadığı değil, fail veya müşterek failer tarafından suçun işlenmesi veya suça teşebbüs edilmesi halinde şeriklerin cezalandırılabilereceği ifade edilmek istenmiştir. Yoksa şeriklerin cezalandırılmasının nedeni, suça iştirak iradesiyle katılmaları ve fail veya failerin hukuka aykırı eylemlerine nedensel değeri de olan hareketlerle destek olmaları ve bu konuda bizzat kusurlu olmalarıdır.¹¹⁰ Özetle, şerikler hakkında uygulanacak hükümler tespit edilirken kendi kusurları ve kişisel durumları da dikkate alınacaktır; bağlılık kuralı buna engel bir hüküm taşımamaktadır. Kaldı ki TCK'nun 40/1 maddesinde de herkesin kendi kusuruna göre sorumlu tutulacağı belirtilmektedir.

Türk Ceza Kanununa göre, suç ortakları hakkında ne şekilde ceza tayin edilmesi gerektiğine ilişkin görüşümüzü belirtmeden önce Alman Hukuku bakımından sorunun ne şekilde çözümlendiğini incelemekte fayda bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 28/1. maddesinde, failin sorumluluğuna yol açan kişisel özellikler şeriklerde mevcut değilse cezalarının 49/1 maddesine göre indirime tabi tutulacağı belirtilmektedir. 28/2 maddesinde de, “*kanun, cezanın ağırlaştırılmasını, indirilmesini veya ortadan kaldırılmasını gerektiren kişisel nitelikli özel unsurlara yer vermiş ise, bunlar yalnızca kendisinde bu neden bulunan suça iştirak edenler (fail veya suç ortakları) hakkında uygulanır*”¹¹¹ denilmektedir. Alman Ceza Kanununun 27/2 maddesine göre, yardım edenlerin cezası fail için öngörülen ceza dikkate alınarak tespit edilecektir. Azmettirenlerin ise, sanki kendileri

¹⁰⁹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 48-482; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 379-380.

¹¹⁰ ERDEM, s.210. Bir görüşe göre, şerikliğin haksızlığı, failin gerçekleştirdiği asıl fiilin haksızlığına bağlıdır. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 378.

¹¹¹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 347, dipnot.1306.

Seydi KAYMAZ

failmiş gibi cezalandırılacakları belirtilmektedir (Alman Ceza Kanunu 26 md).¹¹²

Alman Ceza Kanununun 212. maddesinde kasten adam öldürmek suçu için 5 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Alman Ceza Kanununun 211. maddesine göre ise adam öldürmenin zevk, cinsel tatmin, mal ve öteki temel güdüler; sinsice, zalimce veya kamu için tehlikeli olacak şekilde veyahut diğer bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya onu gizlemek için işlenmesi halinde müebbet hapis cezası öngörülmüştür.¹¹³ Öğretide Alman Ceza Kanununun 211. maddesinde düzenlenen adam öldürmek suçları, işlenme nedenleri ve biçimleri bakımından üç kategoride değerlendirilmiştir.

- 1) Zevk, cinsel tatmin, mal ve öteki temel güdüler
- 2) Sinsice, zalimce ve kamu için tehlikeli olacak şekilde;
- 3) Diğer bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya onu gizlemek için.

1 ve 3. kategorideki nedenler kişisel nedenler, 2. kategorideki nedenler ise fiile ilişkin nedenler olarak kabul edilmektedir.¹¹⁴

Adam öldürmek suçu bakımından aşağıda aktarılan örnekler sorunun Alman Hukuku bakımından ne şekilde çözümlenmeye çalışıldığı ve yukarıdaki hükümlerin ne şekilde uygulandığı hususunda açıklayıcı niteliktedir.

a) Failin (F)'nin yukarıda belirtilen bir veya üçüncü gruptaki özelliklere sahip olduğu; suça yardım eden şerik (§)'nin bu özelliklere sahip olmadığı, ancak (F)'nin bu özelliklere sahip olduğunu bildiği olayda Federal Temyiz Mahkemesi, hem (F), hem de (§)'nin 211. maddede yazılı adam öldürmek suçundan sorumlu olduğuna, ancak (§)'nin cezasının aynı

¹¹² The German Criminal Code, (Translated by Michael Bohlander) http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf (Erişim Tarihi: 12.9.2011)

¹¹³ Alman Hukukunda Ceza Kanununun 211. maddesinde düzenlenen adam öldürme suçlarının 212. maddesinde yer alan adam öldürmenin nitelikli hallerini mi oluşturduğu yoksa bağımsız bir suç mu olduğu konusunda da görüş ayrılıkları mevcuttur. Türk Ceza Kanununun 82. maddesindeki adam öldürme suçları açıkça nitelikli hal olarak kabul edildiğinden Türk hukuku bakımından bu tartışma yaşanmayacaktır.

¹¹⁴ BOHLANDER, s.189.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

kanunun 49. maddesi uyarınca indirim tabii tutulması gerektiğine hükmetmektedir. Öğretiye göre bu olayda (Ş)'nin adam öldürme suçunun temel şekli olan 212. maddeye göre sorumlu tutulması lazımdır.

b) Fail (F), 211. maddede yazılı niteliklere sahip olmadığı halde şerik (Ş) sahip olabilir. Federal Temyiz Mahkemesi, şerikten kaynaklanan nitelikli halin suçu daha ağır olarak nitelendiremeyeceği, bu durumda hem fail (F) hem de şerik (Ş)'nin adam öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre Ceza Kanununun 28/1 maddesinde öngörülen ve cezanın 49/1 maddesi uyarınca indirim tabii tutulmasını öngören hüküm yalnızca nitelikli halin failde bulunup şerikte bulunmadığı hallerde uygulanabilen bir hükümdür.

Öğretiye göre, 28/2 maddesinde yer alan cezanın ağırlaştırılması, hafifletilmesi ve ortadan kaldırılmasını öngören hükümler yalnızca ilgili kişi hakkında sonuç doğurur şeklindeki hüküm, bu hükmün fail hakkında uygulanma imkânı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın şerik (Ş) hakkında uygulanmalıdır. Dolayısıyla fail (F) adam öldürmenin temel şeklinden (212 md), şerik (Ş) ise adam öldürmenin nitelikli halinden (211 md) sorumlu tutulmalıdır.

c) Fail (F) adam öldürmenin ağır halinden sorumluluğu gerektirir kişisel bir özelliğe sahip olmasına rağmen, şerik (Ş) başka bir niteliğe sahip olabilir. Öğretiye göre, hangi kişisel özelliğe sahip bulunduğu önemli olmayıp, bu olayda hem fail hem de şerik adam öldürmenin ağır halinden sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. Federal Temyiz Mahkemesine göre, faildeki özellik, şerikin sorumluluğunun tespitinde belirleyicidir. Ancak Yüksek Mahkeme istenmedik haksız durumlardan kaçınmak için geliştirdiği bir yorumla, şerikteki özelliğin faile göre baskın olduğu durumlarda 49. maddesine göre indirim yapılamayacağı görüşündedir.¹¹⁵

Görüldüğü üzere, esas itibariyle Federal Temyiz Mahkemesinin görüşü şeriklerin cezasının faile göre belirlenmesi gerektiği yönünde olmakla beraber, öğretinin görüşleri, şeriklerin kişisel durumlarına ve kusurlarına göre haklarında uygulanacak kanun maddelerinin tespit edilmesi gerektiği şeklindedir.

¹¹⁵ BOHLANDER, s.192-193.

Seydi KAYMAZ

Kanunumuzda gerek yardım edenin, gerekse de azmettirenin “*işlenen suçun cezası*” ile cezalandırılacağı belirtilmektedir (TCK 38/1, 39/1 md). Suç kavramı, hem suçun temel şeklini, hem de suçun nitelikli halini kapsamaktadır. Kanunumuzda, şeriklerin fail için öngörülen ceza ile cezalandırılacağı şeklinde bir ifade yer almayıp, “*işlenen suçun cezası*” ile cezalandırılacakları belirtildiğine göre, şeriklere ceza tayin edilirken failin cezası ölçü olarak alınmayacaktır¹¹⁶. Diğer bir ifadeyle kanunumuz, şeriklerin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için fail tarafından suçun kanuni tanımında yer alan fiilin gerçekleştirilmiş olmasını aramakla beraber, suça katılanların cezasını asli faile bağlı tutmamıştır. Zira “*işlenen suçun cezası*”, “*faile verilecek ceza*” ile aynı anlama sahip değildir. Failin sıfatı, mağdurla olan ilişkileri nedeniyle faile daha ağır veya daha hafif bir ceza verilmesi mümkündür. Eğer kanun maddesinde, suç ortaklarının faile verilecek ceza ile cezalandırılacakları belirtilmiş olsaydı, cezanın hafifletilmesi veya ağırlaştırılması sonucunu doğuran bu haller şerikler bakımından da geçerli olacak ve onlara da faile verilecek ceza tayin olunacaktı. Ancak kanunumuz, şeriklere, “*faile verilecek ceza*” yerine, “*işlenen suçun cezası*”nın verilmesini tercih etmiştir. Bundan anlaşılması gereken şudur: Eğer şerik bizzat kendisi fail olarak suç işlemiş olsaydı kendisine ne ceza tayin edilmesi gerekli idiye o ceza tayin edilecektir.¹¹⁷ Elbette ki şerik olarak suça katıldığı için kanunun öngördüğü oranlarda cezası bir indirimine tabi tutulacaktır.¹¹⁸ Bundan çıkan bir başka sonuç da, fiile bağlı nedenlerin bilmeleri koşuluyla suç ortaklarına sirayet etmesi, kişisel nedenlerin ise sirayet etmemesidir.¹¹⁹ Fakat kanun koyucu elbette ki bu konuda farklı bir düzenleme yoluna gidebilir ve fiili ve

¹¹⁶ AKBULUT, s.212. TCK'nın 38. maddesindeki “işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı” ifadesinden yola çıkan Erman ise farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Yazara göre, TCK'nın 38. maddesinde azmettirenin “fail gibi” cezalandırılacağı hükmü yerine “işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı” hükmü yer aldığına göre azmettirenin cezası, fail kendisi olsaydı hakkındaki ceza hangi hükme göre belirlenecek idi ise o şekilde tespit edilmeyecektir. ERMAN, s. 58.

¹¹⁷ TCK.un 37 ve 38. maddesindeki düzenlemelerden yola çıkan Centel/zafer/Çakmut'a göre de, yasada cezaların eşitliği eylem yönünden öngörüldüğü için, faille hükmedilen cezaların farklı olması, örneğin azmettirenin suçu birlikte gerçekleştirenlerden daha ağır ceza alması mümkündür” diyerek aynı sonuca ulaşmaktadırlar. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 525.

¹¹⁸ KUNTER, s. 84.

¹¹⁹ Kunter, 765 sayılı TCK'da suç ortaklarının cezası asli faile göre değil, işlenen suça göre belirlendiği 765 sayılı TCK bakımından aynı sonuca ulaşmaktadır. Bkz. KUNTER, s. 84.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

kişisel nedenlerin sirayeti konusunda hükümler öngörebilir. Örneğin 765 sayılı TCK'nın 66 ve 67. maddelerinde bu konuda düzenleme yapılmıştı. Ancak 5237 sayılı TCK'da bu konuda bir düzenleme yapılmadığına göre, fiili nedenlerin bütün suç ortakları bakımından geçerli olduğunu-çünkü bu nedenler suça ilişkindir ve suç ortaklarının iradesinin kapsamındadırlar-ancak kişisel nedenlerin de ancak kendisinde bu nedenler bulunan kişiler bakımından uygulanacağını kabul etmek gerekir.

Şimdi çeşitli ihtimallerin değerlendirildiği ve bir kısmı yukarıda da verilen örneklerle görüşümüzü ve suç ortakları hakkında ne şekilde ceza tayin edilmesi gerektiğini açıklamaya çalışalım.

1) (A) ile (B) evli olup, (A) eşi olan (B)'yi öldürmeyi düşünmektedir. (C) isimli şahıs öldürme eyleminde kullanılmak üzere (A)'ya tabanca vermiş ve (A) bu tabanca ile (B)'yi öldürmüştür.

Bu ihtimalde, evlilik ilişkisinden kaynaklanan kişisel nitelikli cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal fail (A)'dan kaynaklanmaktadır. Yardım eden şerik (B) bu durumu bilse dahi fail ile öldürülen arasındaki evlilik ilişkisinden kaynaklanan bu kişisel nitelikli cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal onun hakkında uygulanmaz.

Buna göre, (A) nitelikli adam öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-d maddesi uyarınca, (C) ise, TCK'nın 81. ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmalıdır.

2. Örneğimizi biraz değiştirelim ve (A)'nın, eşi olan (B)'yi öldürmesi için (C) isimli şahsı azmettirdiğini ve bu azmettirme sonucu (C)'nin (B)'yi öldürdüğünü düşünelim.

Bu ihtimalde (A) azmettiren, yani şerik konumundadır; evlilik ilişkisinden kaynaklanan kişisel nitelikli hal de şerik (A) bakımından mevcuttur. Kanunumuzda suç ortaklarından kaynaklanan kişisel nitelikteki cezayı ağırlaştırıcı nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayet edeceğine dair bir hüküm bulunmadığından, bu nitelikli halin diğer suç ortaklarına sirayet etmesinin mümkün olmadığı görüşünde olduğumuzu daha önce ifade etmiştik. Kanaatimize göre, kişisel nitelikteki ağırlaştırıcı neden hangi suç ortağı bakımından söz konusu ise o suç ortağı hakkında uygulanabilir. Buna

Seydi KAYMAZ

göre, (A) eşi olan (B)'yi öldürmesi için (C) isimli şahsı azmettirdiğinden, TCK'nın 38 ve 82/1-d maddeleri uyarınca cezalandırılmalı, (C)'ye ise niteliksiz adam öldürmek suçundan yani TCK'nın 81. maddesi uyarınca ceza tayin edilmelidir.

3) Örneği biraz daha değiştirelim ve (A) ile (C)'nin birlikte tabancaları ile (B)'ye ateş edip öldürdüğünü düşünelim.

Bu ihtimalde (A) nitelikli adam öldürmek suçundan TCK'nın 82/1-d, (C) niteliksiz adam öldürmek suçundan TCK'nın 81. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

Buraya kadar verdiğimiz örnekler, kişisel nitelikli hale ilişkin idi. Şimdi nitelikli halin fiile ilişkin olduğu ihtimaller bakımından sorunu incelemeye çalışalım.

1) (A) isimli şahsın arsasına inşaat yapmak istediğini, ancak belediyedeki ilgili görevli (B)'nin mevzuata uygun olmaması nedeniyle bu inşaat için ruhsat talebini reddettiğini, bu nedenle (A)'nın (B) isimli görevliyi öldürmeye karar verdiğini, (B)'yi öldürmesi için de tetikçi olan (C) isimli şahsı azmettirdiğini, (C) isimli şahsın da tabanca ile (B)'yi öldürdüğünü düşünelim.

Burada, suçun mağdurundan, mağdurun vasfından kaynaklanan fiili bir nitelikli hal söz konusudur. Kusurluluk ilkesi uyarınca fiilden kaynaklanan bu nitelikli hal bunu bilen suç ortakları hakkında uygulanabilecek, diğer bir ifadeyle suç ortaklarına sirayet edecektir.

Olayımızda (A) azmettiren, yani şerik konumunda olup, bir kamu görevlisini yerine getirmiş olduğu kamu görevi nedeniyle öldürmeye (C) isimli şahsı azmettirmiştir. Dolayısıyla (A)'nın eylemi, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle kamu görevlisinin öldürülmesini öldürmeye azmettirmektir. Bu nedenle (A) TCK'nın 38 ve 82/1-g maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

Tetikçi olan fail (B) ise, bu durumu bilip bilmemesine göre bir değerlendirme yapılacaktır. Eğer tetikçi olan fail (B) bu durumu bilmekte, yani öldürmenin nedenin yerine getirmiş olduğu kamu görevi olduğu hususunu bilmekte ise TCK'nın 82/1-g maddesi uyarınca cezalandırılacaktır; aksi halde TCK'nın 81. maddesi uyarınca eylemden sorumlu tutulacaktır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

2) Yukarıdaki örneği biraz değiştirip, (C) isimli şahsın (A)'ya öldürme eyleminde kullanması için tabanca verdiğini (A)'nın da (B)'ye tabanca ile ateş edip öldürdüğünü düşünelim.

Bu ihtimalde (A) yine TCK'nın 82/1-g maddesi ile cezalandırılacaktır. Eğer (C), (B)'nin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürüleceğini bilerek (A)'ya tabanca vermiş ise TCK'nın 82/1-g ve 39. maddeleri uyarınca, eğer bu durumu bilmeden, yalnızca (A)'nın bir adam öldüreceğini bilerek tabancayı vermiş ise TCK'nın 81 ve 39. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

3) Örneği biraz daha değiştirip, (A) ve (C)'nin tabancaları birlikte (B)'ye ateş edip öldürdüklerini kabul edelim. (A) ve (C)'nin müşterek fail olarak hareket ettiği bu ihtimal bakımından da, kusurluluk ilkesi uyarınca, nitelikli hal bunu bilen fail bakımından uygulanacaktır. Örneğimizde, (A) bu nitelikli hali bildiğinden TCK'nın 82/1-g maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Eğer (C) bu nitelikli hali bilmekte ise o da TCK'nın 82/1-g maddesi uyarınca, aksi halde TCK'nın 81. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

Kanun koyucu, azmettiren veya azmettirilenin cezasının tayini bakımından başka kriterler de öngörmüştür. TCK'nın 38/1 maddesine göre, azmettiren ile azmettirilen arasında altsoy ve üst soy ilişkisinin bulunması halinde azmettirenin cezası üçte birden yarıya kadar artırılacaktır. Azmettirenin belli olmaması ve azmettirilenin kendisini kimin azmettirdiğini söylemesi halinde azmettirilenin cezasında belli oranlarda indirim yapılması öngörülmüş olup, (TCK 38/2 md) bu gibi hallerde azmettirilenin cezasının hesaplanmasında TCK'nın 38/2. maddesi hükümleri dikkate alınacaktır.

VII. SONUÇ

Görüldüğü üzere, 5237 sayılı TCK'da iştirak halinde işlenen suçlarda, suç ortaklarından kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin diğer ortaklara sirayeti konusunu düzenleyip düzenlemediği hususunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunduğu gibi, TCK hükümlerinin soruna bir çözüm getirmediğini savunanların önerdikleri çözüm önerileri de birbirinden farklıdır. Hangi görüşün isabetli olduğunu günümüz için kesin bir şekilde tayin etmek mümkün olmasa da bir şeyi kesin olarak söylemek mümkündür

Seydi KAYMAZ

ki o da kanunumuzun düzenlemesinin yetersiz olduğudur. Bu konuda acilen bir yasal düzenleme yapılmalıdır. Konunun bağıllık kuralının yer aldığı 40. maddesi çerçevesinde düzenlenmesi veyahut ayrı bir madde veya maddelerde düzenlenmesi elbette ki kanun koyucunun tercihidir. Ancak, mevcut düzenlemenin sorunu çözdüğü görüşünde olan yazarların sorunun çözümü bakımından ileri sürdüğü çözüm önerileri, haksız ve izahı güç sonuçlara neden olduğundan, yapılacak yasal düzenlemede bu sonuca ulaşmayı mümkün kılan hükümlere yer verilmemelidir.

Örneğin, 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağıllık kuralının iştirak halinde işlenen suçlarda, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin sirayeti sorununu çözdüğünü belirten yazarlardan Koca/Üzülmez, (A) ile (B)'nin evli olduğu, (C) isimli şahsın, (A)'nın eşi olan (B)'yi öldürdüğü, (A)'nın da bu fiilin gerçekleşmesinde (C)'ye yardım ettiği olayda, (C)'nin, (A)'nın işlemiş olduğu niteliksiz adam öldürmek suçuna iştirakten cezalandırılacağını savunmaktadırlar. Buna göre, (A) TCK'nın 81/1 maddesi uyarınca, (C)'de TCK'nın 81/1 ve 39. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır ki bu çözümün kanun karşısında eşitlik ve cezanın suçun ağırlığıyla orantılı olması gerektiği şeklindeki ilkeyle uyumlu olmadığı açıktır. Kanunumuzda eşini öldüren failde daha büyük bir kötülük ve acımasızlık bulunduğu ve eşler arasındaki ilişkinin fiilin işlenmesi bakımından kolaylık sağlaması nedeniyle bu halin nitelikli bir hal olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna rağmen olayımızda TCK'nın 40. maddesi hükümlerinden yola çıkıldığı belirtilerek, eşinin öldürülmesine yardımda bulunan fail, niteliksiz adam öldürmek suçuna yardım etmekten sorumlu tutulmaktadır. O nedenle, yapılacak yasal düzenleme, bu tür sakıncaları giderilmeli, sorumluluğun, fiilin haksızlık içeriği ve suç ortaklarının suça katkılarının niteliği ve nedensel değeri ile suç ortaklarından kaynaklanan kötülük ve acımasızlık dikkate alınarak belirlenmesine olanak tanıyan bir düzenleme yapılmalıdır. Yapılacak bir yasal düzenlemede Alman Ceza Kanununun 28/2. maddesinin örnek alınması yararlı olacaktır.

KAYNAKLAR

AKBULUT, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.XIV, Sayı:1, Yıl.2010, s.167-214

AYDIN, Devrim, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Ankara 2009

BOHLANDER, Micheal, *Principles of German Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2008.

CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası, İstanbul 2008

DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2011

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, 9. Bası, İstanbul 1986

ERDEM, M.Ruhan, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı.5, Aralık 2005, s.204-215

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997.

EREM, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler*, Cilt.1, Ankara 1993

ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişileri Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994

ERMAN, Barış, “Yargıtay 1’inci Ceza Dairesi Kararlarına İlişkin Değerlendirmeler,”

(Tebliğ) Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, Yargıtay-Türk

Ceza Hukuku Derneği, 15.01.2011, Ankara. s.50-62.

The German Criminal Code, (Translated by Michael Bohlander)
http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf
(Erişim Tarihi: 12.9.2011)

Seydi KAYMAZ

GÖZÜBÜYÜK, A.Pulat, *Türk Ceza Kanunu Açılımı*, Cilt. I, Genişletilmiş 4. bası, İstanbul 1980

HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2008.

HAKERİ, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl.1, Sayı.1, Ekim 2006. s.75-109.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2011

İÇEL, Kayıhan/EVİK, A.Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, II, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2007

İSKENDER, Salih Zeki, *Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu*, Ankara 2011.

KESKİN, Serap, “Suç Ortaklığı”, *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997) İstanbul 1998.s.227-233.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2011.

KUNTER, Nurullah, *Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mecmuası, Cilt.13, Sayı.1, 1974, s.65-94

MAHMUTOĞLU, Fatih, Selami, *Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza*

Sorumluluğu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt. LXIII, Yıl 2005, Sayı.1-2, 2005. s.57-112.

MAJNO, *Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt.1, Ankara 1977

ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt. II, İstanbul 1989

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/ TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda...

ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara 2001

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2011

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M.Ruhan, *Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2011.

ROXİN, Claus/İSFEN, Osman, (Çev: Osman İsfen), “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri,” Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2006. s.277-293.

TOROSLU, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku*, Ankara 2005.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997) İstanbul 1998. s.109-195.

ÜNVER, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl.1, Sayı.1, Ekim 2006. s.37-73.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*; Cilt.II, Ankara, 2010.

Boş

TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNDE EVRENSEL HİZMET KAVRAMI

Bülent KENT*

ÖZET

Bilgi ve iletişim teknolojileri olarak ifade edilen geniş bir sektörün bir bölümünü oluşturan telekomünikasyon sektörü bütün sektörler için alt yapı oluşturmaktadır. Bu sektör özelleştirme ve serbestleştirme faaliyetleri ile birlikte yeni aşamaya girmiştir. Bu gelişmeler ve mevzuattaki yenilikler, yeni kavramları da ortaya çıkarmıştır. Bunlardan birisi de “evrensel hizmet” kavramıdır. Bu makalede öncelikle telekomünikasyon kavramı ve hizmetleri, Türkiye’deki gelişimi, evrensel hizmet, ilgili hukuki düzenlemeler ve bu konudaki sorunlar üzerinde durulacaktır. Ayrıca Alman sistemindeki benzer müesseseler mukayeseye imkân verecek düzeyde, ana hatları ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Telekomünikasyon, telekomünikasyon hizmetleri, evrensel hizmet.

THE CONCEPT OF UNIVERSAL SERVICE IN TELECOMMUNICATIONS SECTOR

ABSTRACT

Telecommunication sector ,which is a part of wide sector expressed as information communication technologies, is the infrastructure for all sectors. This sector has entered a new stage in conjunction with the privatization and liberalization activities. These improvements and innovations in legislation have made out new concepts as well. One of these concepts is “Universal Service” . In this article; telecommunication concept and services, its improvement in Turkey, universal service, related legal arrangements and problems about this issue are primarily discussed. In addition to these, similar institutions in German system are examined with their main lines in comparison to have a chance to compare.

Key Words: Telecommunication, telecommunication services, universal service

* Yrd. Doç. Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Günümüzde iletişim teknolojileri alanında meydana gelen hızlı değişim, bu değişime ayak uydurma gereğini kaçınılmaz hale getirmiştir. Devletler değişime ayak uydurabilmek için, özellikle iletişim sektörlerinin “özelleştirilmesi” ve “serbestleştirilmesi” politikalarını uygulamaya koymuşlardır. Bu tür politikaların uygulamaya konulmasından sonra anayasada ifadesini bulan “sosyal devlet” ilkesi gereğince, yeni düzenlemeler yapma gereksinimi doğmuş ve “evrensel hizmet” konusu gündeme gelmiştir.

Evrensel hizmet kapsamındaki hizmetlerin sunulabilmesi için ülkelerde değişik adlarla fonlar kurulmuştur. Türkiye’de de evrensel hizmet kapsamında Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından bir gelir kalemi oluşturulmuştur. Telekomünikasyon sektöründe Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’ndan lisans alan firmaların ciroları üzerinden belli bir miktarın her yıl bu gelir kalemine aktarılması gerekmektedir. Bir başka deyişle, Türkiye’de diğer ülkelere benzer evrensel hizmet fonu kurulamamıştır.

Bu çerçevede bir diğer önemli konuda Türkiye dışındaki ülkelere bakıldığında evrensel hizmet fonlarının ya da gelir kalemlerinin bakanlıklar bünyesinde değil, düzenleyici/regülasyon kurumları yetkisinde olduğu görülmektedir. Fona gelir sağlamak, fonun doğru ve etkin yönetimi ile ilgili kararları almak yine bu tür kurumların yetkisi altında bulunmaktadır.

I. Telekomünikasyon Kavramının Tanımı

Eski Yunancada uzak anlamına gelen “tele” (uzak) ön eki ile ve Latince “paylaşmak” “kommunikasyon” (communicare) kelimelerinden türeyen “telekomünikasyon” kavramı Türkçede iletişim anlamına gelmektedir. Farklı disiplinler tarafından değişik biçimlerde tanımlanan telekomünikasyon daha çok hukuki bir kavram olarak kabul edilmektedir¹. Kavram günümüzde, genel olarak değişik iletim sistemleri ile her türlü verilerin gönderilmesi ve alınması anlamına gelmektedir. Bu nedenle

¹ GERSDORF, Hubertus, Vorlesungsskript zum Telekommunikationsrecht, 2008, s. 5.

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

telekomünikasyon faaliyetlerinde verinin bir göndericisi, bir alıcısı ve bir de verinin aktarıldığı ortam bulunmaktadır².

Elektronik sektörün bir dalı kabul edilen telekomünikasyon sektörü, yakın zamana kadar, telefon cihazı ve onun ucuna bağlı kablo ağlarından oluşan ses iletimi ile özdeş kabul edilmiştir. Otomatik sayısal teknolojinin³ kullanımına başlanmasıyla sesin yanında, metin, resim ve görüntülerde iletmeye başlanmıştır. Böylece “Bütünleşik Hizmetler Sayısal Şebekesi” (ISDN) hizmetlerinin sunumu mümkün hale gelmiştir.

A. Hukuki Düzenlemelerde Telekomünikasyon Kavramı

1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 1. maddesine göre telekomünikasyon kavramı, “Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını” ifade etmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı gibi telekomünikasyon farklı teknik kavramlardan oluşmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında Alman Telekomünikasyon Kanununda da telekomünikasyon kavramı daha basit fakat benzer teknik kavramlarla tanımlanmıştır. Kanunun 3. maddesine göre, telekomünikasyon (Telekommunikation) telekomünikasyon cihazları ile sinyallerin gönderilmesi, alınması ve iletilmesi anlamına gelmektedir. Görüldüğü gibi kavram teknik bir içeriğe sahiptir⁴.

1982 Anayasası’nın 22. maddesinde yer alan ve kişinin temel haklarından biri olan ‘haberleşme hürriyeti’ telekomünikasyon kavramı ile bağlantılı anayasal tek düzenlemedir. Anayasada telekomünikasyon kavramı doğrudan hiç kullanılmamıştır. Telekomünikasyon hizmetlerinin Türkiye’de olduğu gibi devlet tekeli altında verilmeye başlandığı Almanya’da Federal Anayasa telekomünikasyon kavramına doğrudan üç ayrı madde de yer

² İÇÖZ, Özge, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 16, Ankara 2003, s. 20.

³ Telefon sisteminin ilk kullanılmaya başlandığı dönemlerde aboneler arasındaki bağlantı “manuel” olarak gerçekleştirilirken, teknolojinin gelişmesiyle önce “otomatik” sonra da “sayısal santraller” kullanılmaya başlanmıştır.

⁴ TRUTE, Hans-Heinrich/SPOERR, Wolfgang/BOSCH, Wolfgang, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, Kommentar, Berlin/New York 2001, s. 63.

Bülent KENT

vermektedir. Bunlar; posta ve telekomünikasyon hizmetlerinin federal hükümetin yetkisi altında olduğunu öngören 73/7. maddesi, Federal Hükümet'in veya bir federal bakanın, posta ve telekomünikasyon tesislerinden yararlanılması konusu ile harç tarifelerinin esaslarını düzenleyen yönetmeliklerin Federal Konsey'in (Bundesrat) onayına bağlı olduğunu düzenleyen 80/2. maddesi ve son olarak da posta ve telekomünikasyon idarelerini düzenleyen 87f maddesidir. 87f maddesinin 1. fıkrasında Federal Hükümet tüm bölgelerde uygun (angemessen) ve yeterli (ausreichend) posta ve telekomünikasyon hizmeti sunmakla yükümlü tutulmuştur. 2. fıkrada bu hizmetleri yerine getiren kurumların federal idare içerisinde yer aldığı ifade edilmiştir. 3. fıkra da ise Federal Hükümete posta ve telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin bazı görevleri federal idare içerisinde yer alan başka kurumlara aktarabilme yetkisi verilmiştir. Ayrıca bu tür bir yetki devri söz konusu olduğu durumda da posta ve telekomünikasyon hizmetlerinin uygun ve yeterli sunulması konusundaki Federal Hükümetin sorumluluğunun devam edeceği belirtilmiştir.

Avrupa Birliği hukukunda, "Avrupa Birliğini Kuran Anlaşmanın" sadece 154. maddesinde telekomünikasyon kavramı geçmektedir. Madde topluluk arasında enerji, ulaşım ve telekomünikasyon ağlarının kurulması ve geliştirilmesini öngörmüştür.

B. Türkiye'de Telekomünikasyon Hizmetlerinin Gelişimi

Osmanlı İmparatorluğu döneminde telekomünikasyon hizmetleri 23.10.1840 tarihinde bir kanunname ile Postahane-i Amirane'nin kurulması ile başlamıştır. 1855 yılında da Telgraf Nezareti kurulmuş 1871 yılında da Posta ve Telgraf kurumları birleştirilerek Posta ve Telgraf Nezaretine dönüştürülmüştür.

İlk telefon sistemi ise 1911 yılında Amerikan Westren Elektrik şirketi tarafından İstanbul'da kurulmuştur. Şirkete telefon işletmeciliği yapması için 30 yıllık imtiyaz verilmiştir. Şirket kendisi adına telefon işletmeciliğini yerine getirmesi için Dersaadet Telefon Anonim Şirketi'ni kurmuştur. Devlet 1. Dünya Savaşı sırasında şirkete el koymuş, Cumhuriyetin ilanından sonrada 13.6.1936 tarih ve 3026 sayılı Kanun ile bedelini ödeyerek şirketi satın almıştır.

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

Osmanlı İmparatorluğundan devralınan ve özel şirketler aracılığıyla yerine getirilen telgraf ve telefon işletmeciliği 21.02.1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile baştan düzenlenmiştir. 1936 tarih ve 2290 sayılı Kanunla Posta ve Telgraf İdaresi (PTT) kurulmuş ve ülke düzeyinde telekomünikasyon hizmetlerini yerine getirmekle görevlendirilmiştir. 3613 sayılı Kanunla 1939 yılında Ulaştırma Bakanlığına bağlanan PTT Kurumu, 6145 sayılı Kanunla 1953 yılında da iktisadi devlet teşekkülü olarak tekrar düzenlenmiştir.

Siyasette liberalleşmenin egemen olduğu 1980 sonrası dönemde telekomünikasyon işletmelerinin özelleştirilmesi hep gündemde olmasına rağmen değişik hukuki ve siyasi sebeplerden dolayı bu gerçekleşmemiştir. Özelleştirme konusunda önemli bir adım 10.06.1994 tarih ve 4000 sayılı Kanun ile olmuştur. 4000 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 406 sayılı Kanunun 1. maddesi değiştirilerek posta ve telgraf tesisi ve işletmesine ilişkin hizmetleri için Posta İşletmesi, telekomünikasyon hizmetleri için ise 233 sayılı KHK ile Türk Ticaret Kanunu'na ve özel hukuku hükümlerine tabi Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulmuştur. Ayrıca Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin %49'a kadar olan hissesinin özel sektöre devredilebileceği yani kurumun özelleştirilebileceği ifade edilmiştir. (4000 sayılı Kanun ile 406 sayılı Kanunu eklenen Ek 17. madde). Ancak Anayasa Mahkemesi, "Şirket hisselerinin satışının kimlere, hangi yöntemle, nasıl yapılacağı, posta işletmesine ayrılacak pay oranı, satış ve lisans ücretlerinin kullanım alanlarının belirlenmesinde tek yetkili olarak Ulaştırma Bakanlığının gösterilmiş olması, bu yetkilerin belirsizliği ve genişliği, bunların yasa ile saptanmasının zorunlu olduğu" gerekçesiyle söz konusu Kanunun EK 17. ve 18. maddelerini kısmen iptal etmiştir⁵.

Avrupa Birliği müktesebatına uyum hedefi çerçevesinde telekomünikasyon sektöründe gerçekleştirilen reform çalışmalarının son aşamasını 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun oluşturmaktadır. Kanun ile getirilen önemli yeniliklere telekomünikasyon sektöründe düzenlemeler yapmak üzere idari ve mali özerkliğe sahip Telekomünikasyon Kurumu'nun kurulması ve Türk Telekom'un kamu iktisadi kuruluşu statüsünden

⁵ Anayasa Mahkemesi, 22.12.1994, E. 1994/70- K. 1994/65/2, RG; 28.10.1995, sayı: 22185.

Bülent KENT

çıkartılarak, tamamen özel hukuk hükümlerine tâbi kılınması örnek verilebilir. Telekomünikasyon Kurumu'nun kurulması ile Ulaştırma Bakanlığı'nın elinde bulunan düzenleyici yetkiler sektörel düzenleyici otorite olarak kabul edilen Telekomünikasyon Kurumu'na devredilmiştir. 2001 yılında 4673 sayılı Kanun ile Ulaştırma Bakanlığı elinde bulunan lisans verme yetkileri de aynı şekilde Telekomünikasyon Kurumu'na devredilmiştir.

Türk Telekom'un özelleştirilmesi 2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunla 406 sayılı Kanunun EK 17. maddesinde yer alan yabancılara satışa ilişkin %45'lik sınırlamanın kaldırılmasından sonra 2005 yılında gerçekleşmiştir. Türk Telekom'un, tarihindeki en önemli gelişmelerden biri olan bu özelleştirme ile %55 oranındaki hissesi bir özel şirkete devredilmiştir.

2005 yılında 5369 sayılı Kanun ile "evrensel hizmet" kurumu Türk Hukukuna bir Kanun ile girmiştir. Yürürlüğe giren en yeni Kanun 10.11.2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunudur. Bu Kanun ile dağınık olan mevzuat hükümleri derlendiği gibi Telekomünikasyon Kurumu'nun adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değiştirilmiştir. Kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip özel bütçeli Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Kurul ve Başkanlık teşkilatından oluşmaktadır. Kurul Başkanı Kurumun en üst idarî amiridir. Kurum'un yönetim ve temsil yetkisi Başkana aittir. Başkan gerektiğinde temsil yetkisini yazılı olarak devredebilir.

C. Telekomünikasyon Hizmetleri

Ekonomik faaliyet kolları içinde hizmet üreten sektörler arasında yer alan telekomünikasyon sektörü, yerine getirdiği hizmetler bakımından "temel hizmetler" ve "katma değerli hizmetler" olarak iki grupta incelenmektedir⁶. Bu tür hizmetler başlıca iki kullanıcı gruba verilmektedir. Bunlar, son kullanıcılar (tüketiciler) ve kurumsal kullanıcılarıdır. Kurumsal

⁶ Bu konudaki farklı görüşler için bkz, ARIÖZ, Ali; Telekomünikasyon Sektöründe Serbetleşme Süreci, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 69, Ankara 2005, s. 4.

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

kullanıcılar, başka bir mal veya hizmetin üretiminde doğrudan veya dolaylı olarak telekomünikasyon hizmetini kullananlar olarak kabul edilmektedir⁷.

1980’li yılların ortalarına kadar birçok ülkede “kamu hizmeti” olarak değerlendirilen telekomünikasyon hizmetleri yüksek miktarda batık maliyet ve büyük ölçek ekonomisi gerektirdiği için doğrudan devlet tarafından tekel olarak yerine getirilmiştir. Ayrıca hizmetin doğrudan devlet eliyle yürütülmesinde soğuk savaş döneminin getirdiği ulusal güvenlikle ilgili endişeler de büyük rol oynamıştır.

1. Temel Telekomünikasyon Hizmetleri

Ses iletimini ve evrensel hizmetleri kapsayan hizmetler temel telekomünikasyon hizmetleri olarak kabul edilmektedir. Sadece abonelik sözleşmesiyle verilebilen bu tür hizmetlerin herkese verilme zorunluluğu bulunmaktadır. Nitekim Danıştay da, Türk Telekom’a karşı açılan bir davada, Türk Telekom için, “yürüttüğü kamu hizmetinin niteliği gereği gerekli koşulları yerine getiren herkesle abonelik sözleşmesi imzalamak zorunda olduğu için sözleşme serbestisi kısıtlanan davalı idare” ifadelerini kullanarak bu görüşü savunmuştur⁸. Ayrıca Yüksek Mahkeme kararında telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti olduğunu açıkça kabul etmiştir⁹.

Türk pozitif hukukunda telekomünikasyon hizmetleri kural olarak kamu hizmeti özelliği taşımalarına rağmen, genel kuralın istisnası da bulunmaktadır. Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nin¹⁰ 6. maddesine göre, bir gerçek veya tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların dâhilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşınmayan, münhasıran şahsi veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir elektronik haberleşme hizmeti verilmesinde kullanılmayan, sağlanmasında herhangi bir ticari amaç güdülmeyen ve kamu kullanımına açık olarak sunulmayan, kamu kurum ve kuruluşlarının

⁷ ARDIYOK, Şahin; Türk Telekomünikasyon A.S.’nin Özelleştirilmesi: Sektörde Doğum Sancıları, Rekabet Dergisi Sayı: 5, Ankara 2001, s. 20.

⁸ Danıştay 10. Daire, E. 1996/3874, K. 1999/2144, 29.04.1999, Danıştay Dergisi, Sayı: 102, s. 607-609.

⁹ ULUSOY, Ali; Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002, s. 3.

¹⁰ Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği, RG: 28.05.2009, Sayı: 27241.

Bülent KENT

münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları, elektronik haberleşme hizmetleri kamu hizmeti olarak kabul edilmemektedir. Bu tür hizmetler, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirmeye tâbi olmayan hizmetlerdir. Böylece sunulmasında herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç olmayan haberleşme hizmetleri kamu hizmeti özelliği taşımayan hizmetler olarak kabul edilmektedir. Bu kişisel telekomünikasyon tesisleriyle sağlanan telekomünikasyon hizmetleri pozitif hukukumuzdaki “kamu hizmeti” özelliği taşımayan telekomünikasyon hizmetlerinin tek örneğini oluşturmaktadır¹¹. Sunulabilmesi için bir yetki belgesi gereken telekomünikasyon hizmetleri ise kamu hizmeti özelliği taşıyan hizmetler olarak kabul edilmektedir¹².

Temel telekomünikasyon hizmetleri sadece taşıma kapasitesi sağladıkları için, bu tür hizmetlerin sunulmasında öncelikle bir iletim hattına gereksinim duyulmaktadır. İletim hatları, hizmetin görüleceği yerden santrale kadar olan bakır ve fiber optik tel hatlardır. Bakır kablolar daha sınırlı kapasiteye sahip oldukları için genellikle yerel hatlarda kullanılırken, fiber optik kablolar nispeten daha yüksek kapasiteli iletim araçları oldukları için şehirlerarası ve uluslararası görüşmelerde kullanılmaktadır.

Temel telekomünikasyon hizmetlerinin üzerinden verileceği hatların tümüne “telekomünikasyon şebekesi” denilmektedir. Bir başka ifadeyle şebekeler, bir veya daha fazla nokta arasında iletişim sağlamak amacıyla bu noktalar arası bağlantıları oluşturan her türlü iletim ağını ifade etmektedir. Bu anlamıyla temel hizmetlerin sunulduğu şebekeler, telekomünikasyon sistemlerinin kendisidir. Şebekeler içinde mutlaka terminal cihazı, yönlendirme sistemi (santral) ve çevre birimlerinin bulunması gerekmektedir¹³. Telefonlar, faks ve teleks makineleri, televizyon ve bilgi işlem cihazları terminal cihazları olarak kabul edilirken, çevre birimleri, terminal cihazı ve santralleri birbirine irtibatlamakta kullanılan sistem olarak anlaşılmaktadır. Teknolojinin hızlı gelişimi sonucu bugün irtibatlama da fiber optik kablolar ağırlıklı bir şekilde kullanılmaktadır.

Abone ile santral arasındaki hatta bağlantı (hat) denilmektedir. ‘Santral’ ile ‘bağlantı’ telefon şebekelerinin en temel iki unsurunu

¹¹ ULUSOY, s. 28.

¹² ULUSOY, s. 21.

¹³ ARDIYOK, s. 18; İÇÖZ, s. 21.

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

oluşturmaktadır. Aboneler arasında ayrı ayrı hatlar çekmek ekonomik olmadığı için, her abone yerel düzeyde, bulunduğu yerdeki diğer abonelerle birlikte santral denen bir yönlendirme merkezine bağlanmaktadır¹⁴.

Telekomünikasyon şebekesinin, santralden hizmetin götürüleceği (ev, iş yeri gibi) son noktaya kadar ki kısmına “yerel şebeke ağı” denilmektedir. Temel telekomünikasyon hizmetlerinin en temel birimleri olan yerel şebekeler nitelikleri itibarıyla halen ‘doğal tekeli’ olarak kabul edilirler¹⁵, bu nedenle de telekomünikasyon sektörünün “darboğazı” olarak nitelendirilmektedirler¹⁶. Düşük kapasiteli ancak çok yaygın bir yapıya sahip bu şebekedeki hatların yatırım, bakım ve işletme maliyetleri yüksektir. Bundan dolayı, sektörün en önemli segmentini oluşturmasına rağmen yerel hizmetlerin sunulduğu bu şebekeler, ana işletmeciler için uygulanan evrensel hizmet zorunluluğu gibi yükümlükler nedeniyle çok az kâr potansiyeline sahiptirler¹⁷.

Telefon şebekelerinin şehirlerarası santralleri birbirine bağlayan telekomünikasyon şebekesinin bölümüne ise, ‘şehirlerarası şebeke’ denilmektedir. Telekomünikasyon şebekesinin uluslararası bağlantısını oluşturan bölüme ise ‘uluslararası şebeke’ denilmektedir. Bu bölümler yüksek kapasiteli kablo ya da uydu iletim sistemlerinden oluşmaktadır. Yerel hizmetlere göre hat başına yatırım, bakım ve işletme maliyetleri daha düşüktür.

2. Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri

Katma değerli telekomünikasyon hizmetleri, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 1. maddesine göre, “Aboneler arasında iletilen ses ve veri dâhil her türlü mesajın formu, muhtevası, kodu, protokolü veya benzer

¹⁴ ARDIYOK, s. 19; İÇÖZ, s. 22.

¹⁵ Bununla birlikte yerel şebekeye alternatif teşkil edebilecek birtakım şebekelerde mevcuttur. Bunlardan en önemlisi kablo-TV şebekesidir. Kablo –TV şebekesi, yerel telefon şebekesi gibi yerel kullanıcıların konutlarına ulaşabilen yerel bir altyapıdır. İlk etapta sadece analog televizyon yayınlarının kesintisiz ve net bir şekilde televizyon izleyicilerine ulaştırılmasına yönelik olarak geliştirilen kablo-TV şebekesi, teknolojik gelişmeler sonucunda daha geniş bant kapasitesi, daha çok yayın ve katma değerli hizmetler sunabilmenin yanında; ses, görüntü ve bilgi iletiminde kullanıcıların evindeki ve/veya işyerindeki bağlantı noktalarına kadar bütün iletişim altyapılarından ve tekniklerinden daha ileri bir imkân oluşturur hale gelmiştir. ARIÖZ, s. 64.

¹⁶ İÇÖZ, s. 21.

¹⁷ ARDIYOK, s. 22.

Bülent KENT

hususları üzerinde bilgisayar işlemleri ile veya başka surette işlem yapıp, aboneye veya kullanıcıya ilave, farklı veya yeniden yapılandırılmış bir mesaj ileten veya yüklenilmiş, kaydedilmiş mesaj ve veriler ile aboneler arası interaktiviteyi sağlayan telekomünikasyon hizmetlerini” ifade etmektedir. Mobil telefon, çağrı cihazı, elektronik posta ve veri iletimi, bankaların ATM hizmetleri, video konferans, etkileşimli televizyon hizmetleri gibi bilgi yoğun hizmetler, katma değerli hizmetler olarak kabul edilmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, teknolojik gelişmelerle birlikte katma değerli hizmetlerin çeşitliliği de her geçen gün artmaktadır. Dolayısıyla katma değerli telekomünikasyon hizmetleri, temel telekomünikasyon hizmetleri gibi sınırlı sayı da değildir. Temel telekomünikasyon hizmetleri bilindiği gibi sadece ses iletimi ve evrensel hizmetleri kapsamaktadır. Ayrıca katma değerli telekomünikasyon hizmetleri devlet tarafından yerine getirilebildiği gibi özel girişimcilerde bu tür hizmet alanlarında faaliyette bulunabilirler.

Katma değerli hizmetler, temel hizmetler ile aynı ya da farklı bir telekomünikasyon şebekesi üzerinden sunulabilir. Bununla beraber katma değerli hizmetler, telekomünikasyon sektörünün “doğal tekeli” özellikleri taşımayan ve rekabete açılmaya en uygun olan bölümdür. Katma değerli hizmetler rekabete açılırken hâkim telekomünikasyon şirketlerinin rekabeti engelleyici davranışları göze çarpmaktadır. Çünkü katma değerli hizmetler sunulurken, hizmetin aşamalarından bir veya bir kaçında temel telekomünikasyon hizmetlerinin alt yapısının kullanılması gerekmektedir.

II. Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet İlkesi

A. Evrensel Hizmet Kavramının Gelişimi

Telekomünikasyon sektörünün özelleştirilmesi devletin bu alandaki sorumluluğunu ortadan kaldırmamıştır. Bilâkis artık özel sektör tarafından yerine getirilen bu hizmetin son tüketiciye ‘makul bir fiyat’ ve ‘kalitede’ sunulabilmesi için devlete kontrol ve denetim konusunda sorumluluklar yüklenmiştir. Bir başka ifadeyle; kamu hizmetleri bakımından devletin gittikçe işletmecilikten çekilip, etkin bir denetçi ve düzenleyici rolüne soyunduğu görülmektedir. Devlet, bu işlevini ya bir Amerikan modeli olan

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

“bağımsız idari otoriteler” aracılığıyla ya da Fransa dışında uygulandığı biçimiyle “idari bürokratik model” aracılığıyla yerine getirmektedir¹⁸.

Devlet monopolünün (Staatsmonopol) hâkim olduğu sistemden vazgeçilerek serbest rekabete dayalı serbest piyasa düzenine geçilmesi ile¹⁹ tam rekabet ortamında istikrarlı ve şeffaf bir telekomünikasyon piyasasının oluşturulması hemen sağlanamamıştır. Bu nedenle toplumun ekonomik veya coğrafi açıdan farklılık gösteren her kesimine bazı telekomünikasyon hizmetlerinin ulaştırılabilmesini sağlamak amacıyla bu tür bazı hizmetler “evrensel hizmet kapsamına dâhil edilmiştir. Bir başka ifadeyle, piyasa mekanizmasının hâkim olduğu sistemde amacı kâr maksimizasyonu olan firmaların, yatırım yapmayı kârlı bulmayacakları ve bu nedenle de hizmet götürmekten sakınacakları alanlara devlet eliyle hizmet sunumu amaçlanmıştır. Bu hizmetlerin sunumunu gerçekleştirmek üzere pek çok ülkede telekomünikasyon sektöründe çalışan firmaların net gelirlerinin belli bir kısmını aktaracağı bir havuz (Evrensel Hizmet Fonları) oluşturulmuştur²⁰.

Telekomünikasyon sektöründe “evrensel hizmet” kavramı ilk olarak 1893 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde Graham Bell tarafından kendi dev telefon şirketini küçük rakip işletmecilere karşı korumak amacıyla ortaya atılmıştır. Fakat kavram AT&T nin o dönemki başkanı olan Theodore

¹⁸ GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2006, s. 870.

¹⁹ Telekomünikasyon hizmetleri devletler tarafından tekel olarak yürütüldüğü gibi genellikle posta hizmetleri ile birleştirilmiştir. Ayrıca dikey bütünleşmenin sağlanması amacıyla telekomünikasyon cihazları üretimi ve pazarlaması da ulusal tekeller tarafından yürütülmüştür. A.B.D’de 1970’li yıllarda başlayıp 1980’li yılların başında AT&T kararı etrafında şekillenen yapısal değişimleri ve verimlilik artışlarını, 1980’lerin ortalarında İngiltere ve Japonya’da ulusal telekomünikasyon kuruluşlarının özelleştirilmesi ve sektörün yeniden düzenlenmesi takip etmiştir. OECD ülkelerinde, İngiltere ve Japonya’dan sonra telekomünikasyon cihazları piyasası ve katma değerli hizmetlerin sunumu ile ilgili olarak kapsamlı reformlar yapılmıştır. KÜHLİNG, Jürgen/ELBRACHT, Alexander, Telekomünikasyonrecht, Heidelberg/München/Berlin 2008, s. 1 vd.; ARDIYOK, s. 23.

²⁰ Bu fonlar, farklı ülkelerde farklı isimler almaktadır. Örneğin; İngiltere’de Evrensel Hizmet Yükümlülüğü (Universal Service Obligation, USO), Şili’de Telekomünikasyon Kalkınma Fonu (Telecommunication Development Fund, FDT) gibi.

Bülent KENT

Vail tarafından 1907 yıllarında geliştirilmiştir²¹. Ne var ki gerçek anlamda “evrensel hizmet” terimi, Amerikan telekomünikasyon sektörüne 1934 yılında çıkarılan bir yasayla girmiştir. Bu yasadaki önce temel telefon hizmetlerine erişim ya çok zordu ya da kırsal kesimde yaşayan vatandaşlar için ulaşılamaz durumdaydı. Bu yasayla kırsal bölgelerde iletişimi mümkün kılan düzenlemeler yapılmıştır. Bununla birlikte modern anlamda Amerika Birleşik Devletleri’nde evrensel hizmetin asıl düzenlemesini yapan, ana amaçları tespit eden yasa 1996 yılında kabul edilen “Telekomünikasyon Yasası”dır. Bu Yasada amaçlar şu şekilde sıralanmıştır²²:

-Kaliteli hizmeti makul ve karşılanabilir bir fiyattan, mümkün olan en kısa sürede sunmak,

-Tüm ülke genelinde ileri telekomünikasyon hizmetlerine erişimi artırmak,

-Telekomünikasyon hizmetlerinin düşük gelir grupları, kırsal kesimde ve hizmet maliyetinin yüksek olduğu bölgelerde yaşayanlar da dâhil olmak üzere tüm tüketiciler için ulaşılabilirliğini artırmak. Bunu yaparken de bu kesimlere sunulan hizmet oranını kentsel kesimde yaşayanlara sunulan hizmet oranına yakın bir seviyeye çıkarmaktır.

Avrupa Birliği’nde de 1998 yılında telekomünikasyon sektörünün liberalleştirilmesinden sonra piyasa mekanizmasıyla karşılanmasa bile, bazı temel iletişim hizmetlerini sunmak amacıyla güvenli bir iletişim ağının belirli bir kalitede ve kabul edilebilir bir fiyatta sürdürülmesi hususunda uzlaşmaya varılmıştır. Ayrıca telekomünikasyon sektörlerine ilişkin özelleştirme ve serbestleşme politikaları başladığında, bu politikaların temel amacının öncelikle tüm kullanıcılar açısından bu tür hizmetlere ulaşılabilmesi, ekonomik açıdan bu tür hizmetlerin karşılanabilir olması ve belli kalitede olmasının sağlanması olarak da belirtilmiştir²³. Sunulması planlanan bu temel hizmetler de “evrensel hizmet” olarak adlandırılmıştır²⁴.

²¹ Evrensel hizmetin Amerika’daki gelişimi ve özellikle Theodore Vail’in "One system, one policy, universal service" görüşleri için bkz. www.cybertelex.com.org/usf , Erişim Tarihi, 03.11.2011.

²² WINDTHORST, Kay; Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, München 2000, s. 5.

²³ WINDTHORST, s. 22.

²⁴ Avrupa Birliği hukukunda “kamu hizmeti” kavramı yerine “genel ekonomik yarar hizmeti”, “minimum hizmet” ve “evrensel hizmet” gibi değişik kavramlar

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

1999 yılı düzenleyici çerçeve raporunda, evrensel hizmetin sürdürülmesine ve internet uygulamalarının asgari hızla iletişimi sağlayacak şekilde güncelleştirilmesine karar verilmiştir. Evrensel hizmetin ana prensipleri ise 2002/22/EC Direktifi (Evrensel Hizmet ve Kullanıcıların Hakları) ile belirlenmiştir. Avrupa Birliği uygulamasında evrensel hizmetin aşağıdaki hizmetleri içerdiği kabul edilmiştir:

- Sabit bölgeden kamusal telefon ağıyla irtibat,
- Kamu kullanımına açık telefon hizmetlerine erişim,
- Rehber bilgi hizmetine erişim,
- Umumi ankesörlü telefonlara erişim ve
- Malul kullanıcılar ve özel sosyal ihtiyaçlara gereksinim duyanlar için kolaylıklardır.

Avrupa Birliği hukukuna Avrupa Birliği Komisyonunun 1987 yılında telekomünikasyon alt yapısına ilişkin çıkarttığı “Yeşil Kitap”²⁵ ile girmiş olan evrensel hizmet rejimi Alman Federal Anayasasında 1994 yılında anayasal güvence altına alınmıştır²⁶. Federal Anayasanın 87f/1. maddesine göre, federal yönetim, posta ve telekomünikasyon hizmetlerinin uygun ve yeterli olarak, tüm bölgeleri kapsayacak şekilde sunulması konusunda sorumlu tutulmuştur. 1996 yılında Alman Telekomünikasyon Kanununun da yapılan reformla, evrensel hizmet ile ilgili düzenlemelere bu Kanunda ilk kez yer verilmiştir.

Günümüzde telekomünikasyon ve posta hizmetlerine ilişkin hukuksal düzenlemelerde önemli bir konuma sahip olan evrensel hizmet kavramı 1982 Anayasası’nda yer almamaktadır. Türk hukukunda ilk kez evrensel hizmetten 27.01.2000 tarihli 4502 sayılı Kanunda bahsedilmiştir. Bu Kanunun, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 1. maddesinde

kullanılmaktadır. Türk hukukunda ise, kamu hizmeti kullanılmadığı zaman “asgari hizmet”, “evrensel hizmet” kavramları kullanılmaktadır. GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Ankara 2010, s. 678.

²⁵ 30.06.1987, COM (87) 290. Avrupa Birliği’nin telekomünikasyon sektöründe evrensel hizmet kapsamında görülen hizmetler daha sonradan Telekomünikasyon Hizmetleri Direktiflerinde (90/388/EEC), Arabağlantı Direktiflerinde (97/33/EC) ve Telefon Direktiflerinde (98/10/EC), çerçeve Direktifinde (2002/21/EC), Evrensel Hizmetler Direktifinde (2002/22/EC) düzenlenmiştir. Avrupa Birliği Hukukuna uygun araçlar kullanmak şartıyla üye ülkeler, bu Direktiflerde belirlenen evrensel hizmetlerin kapsamını genişletebilmek imkânına da sahiptirler.

²⁶ SACHS, Michael Grundgesetz Kommentar, München 2009, Art. 87f., Rn. 8.

Bülent KENT

değişiklik yapan 1. maddesinde evrensel hizmetten, bu kavrama eş anlamlı olarak kullanılan “asgari hizmetler” tanımlanırken açıkça söz edilmiştir. İlgili maddeye göre, asgari hizmet Bakanlık tarafından Kurum’un ve işletmecilerin görüşleri alınmak suretiyle konu ve kapsamı belirlenen, coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, belirlenmiş kaliteyi haiz ve herkesin karşılayabileceği şekilde makul bedel karşılığında sunulacak olan ve ankesörlü telefon, acil telekomünikasyon hizmetleri ve telefon rehber hizmetlerini de ihtiva eden asgari evrensel hizmet türlerini” ifade etmektedir. Aynı Kanunun yine 406 sayılı Kanunun 4. maddesini değiştiren 4. maddesinde evrensel hizmet kavramının çerçevesi belirlenmeye çalışılmıştır.

4502 sayılı Kanunla, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 1. maddesine eklenen fıkra hükmü gereği; Türk Telekom, görev sözleşmesinde belirlenen asgari hizmetleri sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Söz konusu sözleşme gereğince Türk Telekom ankesörlü veya kontrollü telefon hizmetlerini, acil yardım çağrılarını ve rehberlik hizmetlerini asgari hizmet olarak yürütmekle görevlendirilmiştir. Ancak 14 Kasım 2005 tarihinde Türk Telekom’un özelleştirilmesi ile birlikte, Türk Telekom’un bu görevleri ortadan kalkmış ve Türk Telekom ile aynı türden hizmetleri sunmak üzere başka işletmeciler de yetkilendirilmiştir. Bundan dolayı evrensel hizmet konusu hakkında yeni düzenlemeler yapma zorunluluğu ortaya çıkmış, bu bağlamda da 5369 sayılı “Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, 25.06.2005 tarihinde 25856 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun amacı; “kamu hizmeti niteliğini haiz, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektöründe evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir”. şeklinde belirlenmiştir.

Telekomünikasyon ve posta hizmetleri ile başlayan ve bugün enerji sektörü içinde geçerli olan evrensel hizmet modern devletin önemli bir unsuru olan “sosyal devlet” ilkesine de uygun düşmektedir. Günümüzde bireyin gündelik yaşamı için vazgeçilmez hizmetlerin en azından asgari

düzye sunumunda evrensel hizmet ne kadar gelişirse sosyal devletinde o kadar gelişeceği şüphe götürmez bir gerçekliktir²⁷.

1. Evrensel Hizmet Kavramının Tanımı

5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu'nun 2. maddesinde; “coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dâhil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetler” evrensel hizmet olarak tanımlanmıştır. Tanımdan bütün yurttta geçerli olmak üzere evrensel hizmetin üç unsuru bulunduğu görülmektedir. Bunlar, “herkes tarafından erişilebilir” olma, “önceden belirlenmiş kalitede” olma ve “makul bir bedel” de olmadır. Söz konusu hizmette bu unsurların kümülatif bulunması gerekirken aralarında bir öncelik sıralaması da mevcut değildir. Bu unsurlara “asgari hizmet düzeyi” de denilebilir.

Kanunda verilen tanımın, Avrupa Birliği hukukunda ve üye ülkelerin telekomünikasyon kanunlarında verilen tanımlarla benzer olduğu görülmektedir. Örneğin Alman Telekomünikasyon Kanunu'nun 78 ve 87. maddeleri arasında evrensel hizmete ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 78. madde de evrensel hizmet (Universaldienst) posta ve telekomünikasyon hizmetlerinin, coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir (flächendeckend), uygun (angemessen) ve yeterli (ausreichend) olarak kullanıcılara sunulması şeklinde tanımlanmıştır. “Uygunluk” hem kalite hem de fiyat bakımından geçerli olmaktadır. “Yeterlilik” ise miktar/nicelik (Quantitat) bakımından aranılan bir unsur olarak kabul edilmektedir²⁸. Ayrıca asgari olarak (ein Mindestangebot) verilecek bu hizmetlerin sunulmasının temel ihtiyaç (als Grundversorgung) olarak vazgeçilmez olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanununun 1. maddesinde tam rekabet ortamının kurulduğu telekomünikasyon piyasasında regülasyonun amacının bütün herkese (flächendeckend), uygun (angemessene) ve yeterli (ausreichende) hizmetin sağlanması olduğu da ifade edilmiştir.

²⁷ SACHS, Art. 87f., Rn. 8.

²⁸ SACHS, Art. 87f., Rn. 12.

Bülent KENT

2. Evrensel Hizmetin Sağlanmasında Geçerli Olan İlkeler

Kanunda genel olarak evrensel hizmetlerinin yürütülmesinde göz önünde tutulması gereken ilkelere oldukça geniş yer verilmiştir. Fakat bu ilkeler optimal bir hizmetin verilebilmesi için değil asgari/zorunlu hizmetlerin verilebilmesi için geçerli olan ilkelerdir. Aksi durumda yeni teknolojilerle sunulan bütün hizmetlerin herkes tarafından erişilebilecek şekilde, belli kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bedel karşılığında sunulmasını kabul etmek, evrensel hizmetin amacını aşması anlamına gelmektedir. Bundan dolayı asgari hizmetlerin verilmesini de “mutlak” olarak görmeyip, ulaşılması gereken bir amaç olarak kabul etmek gerekmektedir.

Evrensel hizmetin eşit ve bütün olarak ülke sınırları içerisinde yaşayan tüketicilere sağlanmasında geçerli olan bu ilkeler 5369 sayılı Kanununun 3. maddesinde sayma yoluyla belirtilmiştir.

a) Evrensel Hizmetten, Türkiye Cumhuriyeti Sınırları İçerisinde Yaşayan Herkes, Bölge ve Yaşadığı Yer Ayırımı Gözetilmeksizin Yararlanır

Evrensel hizmetler, kamu yararının karşılanması faaliyetlerini içerdikleri için, kimlere, hangi topluluk veya topluluklara hitap ediyorlarsa, bunlar arasında ayırım yapılmaksızın bütün ilgili kişilere sunulması gerekmektedir. Bu nedenle evrensel hizmet yükümlüsü işletmenin, bu tür hizmetlerden, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşayan herkesin, bölge ve yaşadığı yer ayırımı gözetilmeksizin yararlanması için gerekli teknik alt yapıyı tedarik etmesi gerekmektedir (Yer/bölge ayırımı yapılmaması ilkesi). Böylece evrensel hizmetin sunulacağı zorunlu alanı belirten bu ilke ile coğrafi yerleşimden bağımsız olarak o ülkenin tüm bireylerinin belirlenen hizmetlerden, aynı kalitede yararlanabilmesi sağlanmış olacaktır.

Ülke sınırları içerisinde olmak şartıyla yerleşim yeri ister şehir merkezlerinde isterse merkezlerden çok uzakta olsun yer/bölge ayırımı yapılmadan evrensel hizmetin her tarafa götürülmesi gerektiği ifade eden bu ilke hukuk devletinin de zorunlu bir sonucudur. Zira herkes gerek evrensel hizmetlerden yararlanmada gerekse evrensel hizmetlere katılmada eşittir. “Coğrafi süreklilik” ile evrensel hizmete ulaşmada “eşitlik” arasında sıkı bir

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

bağ söz konusudur²⁹. Bu tür hizmetlerin yalnızca belirli bir coğrafyada, belirli tüketicilere sunulması evrensel hizmeti anlamsız hale getireceği gibi Anayasanın eşitlik ilkesinde ayrı olurdu.

b) Evrensel Hizmet, Fert Başına Gayrisafi Yurt İçi Hâsıla Tutarı da Göz Önünde Bulundurularak Karşılabilir ve Makul Fiyat Seviyesinde Sunulur

5369 sayılı Kanunun 3. maddesi evrensel hizmetin, fert başına gayrisafi yurt içi hâsıla tutarı da göz önünde bulundurularak karşılanabilir ve makul fiyat seviyesinde sunulması gerektiğini öngörmüştür. Bu ilke ile tüketicilerin gelirleri hangi düzeyde olursa olsun söz konusu hizmeti alabilecek biçimde bir fiyatın belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Böylece bireylerin gelirlerine göre ayırım gözetilmeksizin evrensel hizmeti alabilme haklarının olduğu vurgulanmıştır (Tüketicilerin gelirlerine göre ayırım yapılmaması ilkesi).

Anayasanın hem sosyal devlet, hem de eşitlik ilkesi ile bağlantılı olan bu ilke ile evrensel hizmetlerin düşük gelirli kullanıcıların da karşılayabileceği bir seviyede ve maliyet temelinde gerçekleşmesi amaçlanmıştır. Zira insanın, insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi içinde yaşayabilmesi için, evrensel hizmetlerin kendisine sunulması gerekmektedir. Günümüzde telekomünikasyon ya da internet hizmetlerinden mahrum kalan insanların insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyini sürdürmeleri mümkün değildir.

c) Düşük Gelirliler, Özürlüler ve Sosyal Desteğe İhtiyacı Olan Grupların da Evrensel Hizmetten Yararlanabilmesi İçin Uygun Fiyatlandırma ve Teknoloji Seçeneklerinin Uygulanabilmesine Yönelik Tedbirler Alınır

Sosyal devlet ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak bir diğer ilke de düşük gelirliler, özürlüler ve sosyal desteğe ihtiyacı olan grupların evrensel hizmetten yararlanabilmesi için uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesine yönelik tedbirlerin alınmasıdır. Bu tür hizmetlerin sunulmasında düşük gelirliler, özürlüler ve sosyal desteğe ihtiyacı olan grupların belirlenme yetkisi Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'ndadır. Bakanlık, ilgili kurum ve kuruluşların da

²⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 690.

Bülent KENT

görüşünü alarak bu tür grupları belirlemektedir. Bu gruplara hizmetin uygun ve indirimli fiyatlarla sunulabilmesi için maliyetler gerekçeleri ve belgeleriyle birlikte yükümlü işletmeciden istenmektedir. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı kendisine gelen bu bilgi ve belgeleri inceler ve maliyetleri temel alarak tespit yapabileceği gibi doğrudan karşılanabilir fiyat seviyesini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görüşünü alarak da belirleyebilir. Ayrıca, düşük gelirli, özürllü ve sosyal desteğe ihtiyacı olan gruplara sunulan hizmet tarifelerinde yapılacak indirimlere ilişkin faturalar yükümlü işletmeci tarafından 3'er aylık dönemler halinde Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na sunulmaktadır. Bu faturalar Bakanlıkça incelenerek onaylandıktan sonra fatura bedeli "Merkez Muhasebe Birimi" tarafından def'aten ödenmektedir.

Önceki ilke ile doğrudan bağlantısı olan bu ilke devletin temel amaç ve görevlerinin belirtildiği 5. maddeyi somutlaştıran bir ilke olarak da kabul edilmelidir. İlgili maddenin özellikle "Devletin temel amaç ve görevleri... sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktadır" bölümü bu ilkenin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Yine Anayasanın 61. maddesinin 2. fıkrasında Devletin sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağına yönelik düzenleme de evrensel hizmetin sağlanmasında bu ilkenin göz önünde alınması gerektiğini göstermektedir.

d) Evrensel Hizmet, Önceden Belirlenmiş Hizmet Kalitesi Standartlarında Sunulur

Evrensel hizmetlerin sağlanmasında öneme sahip bir diğer ilke evrensel hizmetlerin önceden belirlenmiş hizmet kalite ve standartlarında olacağını ifade eden ilkedir. Bu ilke ile evrensel hizmet yükümlülerinin, evrensel hizmeti sağlarken söz konusu hizmeti belli kalitenin altında sunmaları engellenmiştir. Ancak bu durum işletmeler için ekstra yükümlülükler sebeptir. Çünkü bazı evrensel hizmetlerin belli kalitede coğrafi konumu ve ekonomik durumu ne olursa olsun herkese ve ülkenin her yerine, hem de yüksek olmayacak bir fiyattan sunulması çok önemli bir yatırım maliyeti gerektirmektedir. Bilindiği gibi işletmeler

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

evrensel hizmeti kâr elde etmek için değil kamu yararını sağlamak için yerine getirmektedirler. İşletmeler bu maliyetten kaçınmak amacıyla hizmeti gereği gibi sunmak istemeyebilirler. İşte işlemlerin bu tür faaliyetlere sapmaları daha baştan bu ilke ile engellenmiştir.

e) Evrensel Hizmetin Sunulmasında ve Ulaşılmasında Devamlılık Esastır

Son olarak bir diğer ilkede evrensel hizmetin sunulmasında ve ulaşılmasında devamlılık esasını kabul eden ilkedir (Evrensel hizmetlerin devamlılığı ilkesi). Bu ilke aslında “devletin devamlılığı” ilkesinin bir sonucudur³⁰. Bu nedenle devamlılık evrensel kamu hizmetinin herhangi bir kesintiye uğramadan, düzenli ve yeterli olarak yerine getirmesini gerektirir³¹. Bununla beraber devamlılık ihtiyaçlarla bağlantılı ve orantılıdır. İhtiyaçlar günün veya yılın belli zamanlarında azalabilir, hatta duyulmayabilir³². İhtiyacın kendini her an hissettirdiği telekomünikasyon hizmetlerinde faaliyetin sürekliliği, kesintisizliği daha belirgindir.

Evrensel kamu hizmetleri kamu yararını sağlayan faaliyetler oldukları için sürekli yapılması gereken hizmetlerdir. Ancak yasa koyucu kanunlarla bu tür hizmetlerin sunulmasında sınırlar koyabilir. Şayet bir sınırlama öngörülmemiş ise kesintisiz ve düzenli yerine getirilmesi gerekmektedir. Evrensel hizmet yükümlüsü işletme, hizmetin yürütülmesine yönelik talepleri reddederse tüketiciler tarafından hukuki yollara başvurma imkânı bulunmaktadır.

Devamlılık ilkesi, hizmetin evrensel hizmet yükümlüsü işletmeden beklenen kalitede yerine getirilmesini de gerektirir. Aksi durumda yirmi dört saat sunulması gereken telekomünikasyon hizmetleri yeterli bir şekilde yerine getirilemiyorsa sürekli görülmesinin yararı olmayacaktır. Bir başka ifadeyle; evrensel hizmetlerin devamlılığı ilkesi ile düzenlilik arasında sıkı bir bağ söz konusudur. Düzenlilik hizmetin işleyişiyle ilgilidir. Bu işleyiş, önceden belirlenmiş koşullara uygun olmalıdır; sadece sürekli olması

³⁰ ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2006, s. 487; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s. 537.

³¹ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNLER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 471.

³² YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 2009, s. 73.

Bülent KENT

yetmez³³: Örneğin telekomünikasyon hizmetlerinde hatlar da sıklıkla düşme oluyor, ya da internet bağlantısı çok yavaş ve aksayarak gerçekleşiyorsa, bu hizmetlerin belki sürekliliği vardır ama düzenliliği yoktur.

3. Evrensel Hizmetin Kapsamını Belirleme Yetkisi

Evrensel Hizmetin Sağlanması Hakkında Kanunun 5. maddesine göre, evrensel hizmetin kapsamı; ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartları da göz önünde bulundurularak, üç yılı aşmamak üzere belirli aralıklarla, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun ve işletmecilerin de görüşlerini alarak Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca yapılacak teklif üzerine Bakanlar Kurulunca yeniden belirlenebilir. Bakanlar Kurulu evrensel hizmetin kapsamını genişletme yetkisine sahip olmasına rağmen, kapsamı daraltma yetkisine sahip değildir. Avrupa Birliği mevzuatının da aynı uygulama bulunmaktadır. Buna göre, üye ülkeler direktiflerde belirtilen evrensel hizmetin kapsamını genişletme imkânına sahip olmalarına rağmen bunları daraltmamaktadırlar. Örneğin Fransız Telekomünikasyon Kanununun da düzenlenen evrensel hizmetler, Avrupa Birliği mevzuatının evrensel hizmet kapsamından daha geniştir. Kanuna göre kamu hizmeti niteliğinde görülen telekomünikasyon hizmetleri, “evrensel hizmetler”, “zorunlu hizmetler” ve “kamusal misyonlar” olmak üzere üç grupta düzenlenmiştir. Evrensel hizmet, Avrupa Birliği organlarınca belirlenenlere paralel olarak öncelikle, bütün sosyal katmanlara ve herkese sağlanan bir telefona erişme hakkını ve bununla birlikte ücretsiz acil arama hizmetlerini, bilinmeyen numaralar ve rehber hizmetlerini ve kamusal telefon kabinlerini, küçük tüketiciler ve sosyal yardıma muhtaç aileler için özel indirimli tarifeler içermektedir. Ayrıca bunlara ek olarak, borcun değişik nedenlerle ödenmemesi üzerine kapatılan telefonlardan 1 yıl süreyle minimum bazı hizmetlerin devam ettirilmesine de yer verilmektedir³⁴.

4. Evrensel Hizmetin Kapsamı

5369 sayılı Evrensel Hizmetlerin Sağlanması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinde evrensel hizmet kapsamı yedi başlık halinde düzenlenmiştir. Bunlar sınırlı sayıda olmayıp Bakanlar Kurulu günün ihtiyaçlarına ve

³³ YAYLA, s. 75.

³⁴ ULUSOY, s. 116.

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

teknolojik gelişmelere uygun olarak bu kapsama yeni evrensel hizmetleri ekleyebilmektedir.

Kanun maddesinde belirtilen ilk evrensel hizmet “sabit telefon hizmetleridir”. Bu hizmetler, elektronik haberleşme şebekesi üzerinden verilen, sabit bir noktadan ses iletimini ihtiva eden hizmetleri kapsamaktadır. Sabit telefon hizmetlerinin nihai kullanıcıların yerel, ulusal ve uluslararası çağrılar ile faks iletişimi ve veri iletişimi yapmasını ve almasını mümkün kılacak nitelikte olması gerekmektedir.

“Ankesörlü telefon hizmetleri” ise söz konusu maddenin evrensel hizmet kapsamına giren ikinci örneği oluşturmaktadır. Para, jeton, kodlanmış kartlar ve benzeri kullanılarak telefon görüşmesi yapılmasına imkân veren özel terminal cihazına ankesörlü telefon denilmektedir. Ankesörlü telefon hizmetleri, kamu kullanımına açık, ankesörlü telefon aracılığıyla ana elektronik haberleşme şebekesine ve/veya diğer şebekelere erişim sağlanması suretiyle gerçekleşen hizmetleri kapsamaktadır. Bu tür telefonlar genel olarak halk tarafından kullanılabilir olan ve ödemesi telefon kodlarını içeren kartlarla olduğu gibi kredi kartları, ön ödemeli kartlar ve madeni paralar gibi birkaç farklı olanağa sahip olan telefonlardır. Ankesörlü telefonlarla hizmetin verilebilmesi için yeterli sayıda olmalarına dikkat edilmesi gerekmektedir.

“Basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetleri” bir diğer evrensel hizmet örneğidir. Bu tür hizmetler ile ihtiyaç sahiplerinin haberleşme hizmetlerinden en iyi şekilde yararlanmaları amaçlanmaktadır. Bilinmeyen numaraların tespitini teminen verilen rehberlik hizmetleri ile abone ismi, numarası, adresi, müşteri tipi, izin durumu ve numara tipini içeren bilgileri aktarılmaktadır. Basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetlerinin tüm abonelerin yararlanabileceği biçimde kapsamlı bir rehber ve telefon rehber danışma hizmeti şeklinde olması gerekmektedir.

Acil yardım çağruları hizmetleri ilgili Kanunun öngördüğü bir diğer evrensel hizmettir. Acil yardım çağruları hizmetleri, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kabul görmüş yangın, sağlık, doğal afetler ve güvenlik gibi acil durumlarla ilgili olarak bilgilerin itfaiye, polis, sağlık gibi kuruluşlara en hızlı ve en uygun şekilde iletilmesini sağlamaktadır. Acil yardım çağruları

Bülent KENT

hizmetleri, 112 gibi acil telefon hizmetlerine erişimi, herhangi bir ödeme şekline tabi olmaksızın, ücretsiz olarak mümkün kılmaktadır.

“İnternet hizmetleri” de evrensel hizmetler arasında yer almaktadır. Resmi Gazete’de 10 Kasım 2008 tarihinde yayımlanan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile yalnızca “temel” sayılan internet hizmetleri sınırlaması kaldırılmıştır. Temel internet hizmeti ile minimum 56 kbit/saniye hız olmak kaydıyla makul ve yaygın internet hizmetleri anlaşılırken, sınırlandırmanın kaldırılmasıyla internet hizmetinin sağlanmasına yönelik bilgisayar alımları, hatta masa-sandalye alımları da dâhil olmak üzere her türlü altyapı ve makine-teçhizat alımı, yer sağlanması gibi hizmetler de evrensel hizmet kapsamına dâhil edilmiştir.

Son olarak deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetleri evrensel hizmet olarak sayılmıştır. Deniz haberleşme hizmetleri sahil telsiz istasyonları aracılığıyla telsiz sistemleri kullanılarak gemi-kara ve gemi gemi arasında ses ve veri şeklinde yapılan haberleşme hizmetlerini ifade etmektedir. Seyir güvenliği haberleşme hizmetleri ise, her türlü deniz araçlarının emniyetli seyirleri için ses ve veri şeklinde yapılan telsiz yayın hizmetlerini kapsamaktadır. Özellikle denizde tehlike ve emniyete ilişkin haberleşme hizmetleri bu tür hizmetler arasında yer almaktadır. Deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetlerinin yükümlüsü olarak Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğin de Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü ve Telsiz İşletme Müdürlüğün gösterilmiştir. Adı geçen Yönetmeliğin Geçici 4/3. maddesinin de, Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu ile Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü arasında imzalanmış olup, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılan Görev Sözleşmesindeki hizmetler ile Kanunla Telsiz İşletme Müdürlüğüne verilen görevler herhangi bir yetkilendirmeye tabi olmaksızın yürütülmeye devam edeceği bildirilmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile yapılan bir diğer değişiklikle, “bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılmasına yönelik altyapı hizmetleri” ile “sayısal yayıncılığın karasal sayısal vericiler üzerinden ülkemizdeki yerleşim alanlarının tamamını kapsayacak şekilde sunulmasına yönelik altyapı hizmetleri” de evrensel hizmet kapsamına alınmıştır. Bunlar için evrensel hizmet yükümlüsü olma ve net maliyet şartlarının aranmayacağı da yasaya eklenmiştir. Böylece evrensel hizmet yükümlüsü

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

olmadan ve şirketlerin bundan elde edecekleri gelir hesabı yapılmaksızın Evrensel Hizmet Fonu'ndan aktarım yapılması olanağı sağlanmıştır (Elektronik Haberleşme Kanunu Geçici 6. madde).

Evrensel hizmetlerin kapsamı sadece söz konusu Kanun maddesi ile sınırlı değildir. Bakanlar Kurulu aldığı kararlarla bazı hizmetleri evrensel hizmet kapsamına almıştır. Örneğin 13.02.2006 tarihli, 2006/10038 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bilgi toplumunun gelişmesine katkı sağlamak amacıyla bilgisayar okuryazarlığı da dâhil olmak üzere bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılmasına yönelik hizmetler ve 05.04.2006 tarihli, 2006/10318 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile farklı yayın ortamları ve teknolojisi kullanılarak yapılan sayısal yayıncılığın (DVB-T, DVB-S, DVB-C) karasal sayısal vericiler üzerinden ülkemizdeki yerleşim alanlarının tamamını kapsayacak şekilde sunulmasına yönelik hizmetler, Bakanlar Kuruluna verilen yetki çerçevesinde, evrensel hizmet kapsamına dâhil edilmiştir.

Bakanlar Kurulu'nun son olarak 13 Mayıs 2011 tarihli Bazı Hizmetlerin Evrensel Hizmet Kapsamına Alınmasına İlişkin Kararı'na göre, nüfusu 1-500 arasındaki yerleşim yerlerinin GSM altyapısının Evrensel Hizmet Fonu kapsamında kurulacağı belirtilmiştir. Karara göre, GSM iletişim altyapısı olmayan, kırsal kesimde bulunan, yüksek maliyet alanlarından oluşan ve nüfusu 1-500 arasında bulunan yerleşim yerlerinin iletişimini sağlamak amacıyla altyapı kurulması ve işlettilmesine ilişkin hizmetler, 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanununun 5'inci maddesinde yer alan 'Evrensel Hizmetler' kapsamına dâhil edilmiş ve Kararın ekinde bulunan listede bu tanıma uyan 2 bin 128 yerleşim alanına yer verilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından baktığımızda Alman Telekomünikasyon Kanunu'nun 78. maddesinde de evrensel hizmetin kapsamının benzer hizmetlerden oluştuğu göze çarpmaktadır. Bunda Avrupa Birliği Direktiflerinin etkisi büyük rol oynamaktadır³⁵. Avrupa Birliği uygulamasında evrensel hizmetin genel olarak şu hizmetleri içerdiği kabul edilmiştir: Sabit bölgeden kamusal telefon ağıyla irtibat, kamu kullanımına açık telefon hizmetlerine erişim, rehber bilgi hizmetine erişim, umumi ankesörlü telefonlara erişim, malul kullanıcılar ve özel sosyal ihtiyaçlara

³⁵ Özellikle, Evrensel hizmetin ana ilkeleri Avrupa Birliğinin "Evrensel Hizmetler Direktifinde (2002/22/EC) düzenlenmiştir.

Bülent KENT

gereksinim duyanlar için kolaylıklar sağlanmasıdır. Üye devletler, ankesörlü telefonları erişilebilir kılmakta, görme engelli bireyler için rehber danışma hizmetlerini, sağır ve konuşma engelli bireyler için ise özellikli telefon hizmetlerini ücretsiz olarak sağlamaktadırlar. Avrupa Birliği ve Alman evrensel hizmet kapsamında; Türk Evrensel Hizmetlerin Sağlanması Hakkında Kanununa 5. maddesinde yer alan “ulaşımı deniz yoluyla sağlanabilen yerleşim alanlarına yolcu taşıma hizmetleri ile deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetlerinin ayrıca ve ayrıntılı yer almadığı görülmektedir. Türkiye bir deniz ülkesi olduğu için birçok ada bulunmaktadır. Adalarda acil durumlarda ulaşım sorunu söz konusudur. Bu tür durumlarda ulaşımın sağlanması zorunluluğu getirilmiştir.

5. Evrensel Hizmet Yükümlüsü İşletmenin Belirlenmesi

Evrensel hizmet yükümlüsü, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirilmiş (imtiyaz sözleşmeleri ile ruhsat ve genel izin gibi) ve 16.6.2005 tarihli ve 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu kapsamındaki hizmetleri sağlamakla yükümlü kılınan işletmeciyi ifade etmektedir. Yetkilendirme ise telekomünikasyon hizmetlerinin sunulması ve/veya telekomünikasyon şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu nezdinde kayıtlanması veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere telekomünikasyon hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi anlamına gelmektedir.

4502 sayılı Kanunun, 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1. maddesini değiştiren 1. maddesinde, “Türk Telekom, görev sözleşmelerinde belirlenen asgari hizmetleri sunmakla yükümlüdür” hükmü yer almakta, Kanunun diğer maddelerinde ise ne Türk Telekom dışında başka bir evrensel hizmet yükümlüsü belirlenmekte, ne de idareye Türk Telekom dışındaki işletmeleri evrensel hizmet yükümlüsü olarak belirleme konusunda herhangi bir somut yetki verilmekteydi. Ancak 4502 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1. maddesinin 8. fıkrasında yer alan "Türk Telekom, görev sözleşmelerinde belirlenen asgari hizmetleri sunmakla yükümlüdür" şeklindeki son cümlesi ile aynı maddede yer alan "Asgari hizmet" tanımı madde metninden çıkarılmıştır. Ayrıca 4. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde yer alan "Asgari" ibaresi "evrensel" olarak değiştirilmiş ve 29. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi "Türk Telekom veya

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

başka bir işletmecinin, vermekle yükümlü olduğu evrensel hizmet dâhil, bazı hizmetlerin maliyetini başka hizmetlerin ücretlerinden karşılamak zorunda olduğu haller," şeklinde değiştirilmiştir. Böylece Kanunla evrensel hizmet yükümlüsü olarak sadece Türk Telekom'un belirlenmesi yolundan vazgeçilerek, telekomünikasyon sektöründe faaliyette bulunan diğer işletmelerinde evrensel hizmet yükümlüsü olabilmesinin önü açılmıştır.

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı evrensel hizmet yükümlüsünü belirli hükümler dâhilinde belirlemek yetkisine sahiptir. Buna göre, Bakanlık öncelikle evrensel hizmetin götürüleceği yerleri, verilmesi gerekli hizmet türlerini tespit edip yayınlamaktadır. Daha sonra elektronik haberleşme alt yapısından yoksun olan bölgelere götürülecek her bir hizmet için evrensel hizmet yükümlülüğüne "talip olan işletmeciler" de; hizmetin sunulacağı bölgeye, bu bölgedeki mevcut ve planlanmış elektronik haberleşme alt yapısına, verilecek hizmet türüne, maliyetlerine, uygulanacak fiyatlara, planlanmış gelirleri ve bunların toplam gelirler içindeki dağılımına, potansiyel abone sayısına, hizmet kalitesine ve evrensel hizmete dayalı olarak planladığı iş kapsamı ile ilgili mali ölçütlere ve benzeri hususlara ilişkin bilgi ve belgelerini Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na vermektedir. Gerekli gördüğü diğer hususlara ilişkin bilgi ve belgeleri de isteyebilen Bakanlık, evrensel hizmet yükümlüsünü, söz konusu hizmet için talepte bulunan işletmeciler arasından ihale ile belirlemektedir.

Görüldüğü gibi, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı öncelikle evrensel hizmetin götürüleceği yerleri ve verilmesi gerekli hizmet türlerini tespit edip yayınlamakta, daha sonrada ihale yöntemiyle de olsa evrensel hizmet yükümlüsünü kendisi belirlemez. Bakanlığın bu tür bir yetkiye sahip olması evrensel hizmet yükümlüsünün objektif kriterlere uygun olarak belirlenmesini engelleyecektir. Bize göre; Kanunla Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na verilen bu tür yetkilerin, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna devredilmesi gerekmektedir. Çünkü Kurum siyasi kaygı ve kayırlamlardan uzak olarak hizmet gereklerine göre evrensel hizmet yükümlüsünü daha objektif belirleyebilme imkânına sahiptir. Nitekim Alman Telekomünikasyon Kanununun 81. maddesine göre Alman Federal Şebeke Ajansı bu Kanununda belirtilen evrensel hizmetlerin götürüleceği yerleri, hizmet türlerini, kaç işletme tarafından yerine

Bülent KENT

getirilmesi gerektiğini tespit edip yayınlamaktadır. Daha sonrada ihale yöntemiyle evrensel hizmet yükümlüsünü kendisi belirlemektedir.

Evrensel hizmet yükümlülük süresi, bu hizmetin kesintisiz ve evrensel hizmet desteği olmaksızın sürdürülebilmesini teminen, amortisman süreleri de göz önünde bulundurularak asgari beş yıl olarak belirlenmektedir. Belirlenen işletmeciye daha sonradan "Evrensel Hizmet Yükümlülük Belgesi" verilmektedir.

6. Evrensel Hizmetin Finansmanı

5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasına dayanılarak evrensel hizmetin finansmanını düzenlemek amacıyla, 29.06.2006 tarihli, 26213 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Evrensel Hizmet Gelirlerinin Tahsili ve Giderlerin Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" çıkarılmıştır. Bu yönetmeliğin amacı, evrensel hizmetin sağlanmasına ilişkin gelirlerin tahsili ve giderlerin yapılması ile ilgili usul ve esasları belirlemek olarak ifade edilmiştir.

Yönetmeliğin 5. maddesinde evrensel hizmet gelirlerinin neler olduğu öngörülmüştür. Buna göre evrensel hizmet gelirleri:

-Hazine Müsteşarlığı hesaplarına yatırılan görev ve imtiyaz sözleşmeleri ile telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin bedelinin %2'si, (Hazine Müsteşarlığınca, yetkilendirme tarihini takip eden ayın sonuna kadar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Merkez Muhasebe Birimi hesabına aktarılır.)

-GSM işletmecileri dışındaki işletmeciler ve Türk Telekom, yıllık net satış hâsılatının %1'i, (izleyen yılın Nisan ayı sonuna kadar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na bildirilir.)

Evrensel Hizmet Fonu için GSM işletmecilerinden ekstra bir para alınmamasına rağmen Türk Telekom ve diğer tüm yeni işletmecilerin net satış hâsılatı üzerinden yüzde bir oranında kesinti yapılması hakkaniyete uygun görünmemektedir. Çünkü her ülkede piyasaya yeni giren işletmeciler teşvik edilmekte, bu düzenleme ile ise yeni işletmecilere henüz piyasaya girmeden önlerine bir engel ve ekstra yükler getirilmektedir. Piyasada faaliyette bulunan tüm işletmecilerden belli pay almak yerine, piyasada belli pazar payına sahip işletmelerden pay alınması daha doğru olacaktır. Böylece

Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı

piyasaya yeni giren işletmeler korunmuş olduğu gibi, yeni işletmelerin piyasaya girmesi teşvik de edilmiş olacaktır.

Alman Telekomünikasyon Kanunu'nun 80. maddesine göre, pazar payı en az % 4 olan ya da bir bölgede etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeler evrensel hizmet yükümlüsü olmaktadır. Federal Şebeke Ajansı her sene başında evrensel hizmet yükümlüsü işletmelerden hangilerinin ne kadar katkı payı sağlayacaklarını yayınlamaktadır. Bu tür bilgilerin yayınlanmasından itibaren bir ay içerisinde işletmelerin bu belirlenen miktarları Federal Şebeke Ajansı'na ulaştırmaları gerekmektedir.

-GSM işletmecilerinin Hazineye ödeyecekleri payın %10'u ödendiği ay içerisinde Ulaştırma Bakanlığı'na bildirilir.

-Telekomünikasyon Kurumu'nun 5.4.1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu ile 4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu uyarınca verdiği idari para cezalarının % 20'si, tahsil edildiği ayı takip eden ayın sonuna kadar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na bildirilir.

-Telekomünikasyon Kurumu'nun her üç ayda bir giderlerinin karşılanmasından sonra kalan miktarın %20'si genel bütçeye yapılacak ödmeden önce takip eden ayın on beşine kadar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na bildirilir.

Bildirilen bu meblağlar aynı süreler içerisinde Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın Merkez Muhasebe Birimi hesabına aktarılır ve bütçeye "Evrensel Hizmet Geliri" adı altında gelir kaydedilir. Ayrıca 5369 sayılı Kanunla, Bakanlar Kurulu'na bu oranları %20'sine kadar artırma veya indirme yetkisi verilmiştir. Aynı Yönetmeliğin 7. maddesinde ödenek temini ile ilgili hususlar düzenlenmiştir. Buna göre; "İşletmecilerin evrensel hizmet sağlama yükümlülükleri nedeniyle ortaya çıkan evrensel hizmetin net maliyetinin karşılanması ve 5369 sayılı Kanunda belirtilen diğer harcamaları karşılamak için Bakanlık bütçesine her yıl evrensel hizmet gelirleri tahmini kadar ödenek öngörülür. Evrensel hizmetler için ödenek ihtiyacının bu hizmet gelirleri tahmininden fazla olması halinde yeterli ödenek Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı bütçesine konulur. Bu amaçla konulan ödenek münhasıran, 5369 sayılı Kanun ile Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesi için kullanılır."

Bülent KENT

Ayrıca 26.09.2011 tarihli Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin³⁶ 13. maddesinde Haberleşme Genel Müdürlüğü'ne evrensel hizmetlerle ilgili aşağıdaki görevler verilmiştir;

-Haberleşme ve posta hizmetleri ve bunlarla ilgili evrensel hizmetler ile acil durum haberleşmesine yönelik politika, strateji ve hedefleri belirlemek ve uygulanmasını takip etmek,

-Haberleşme ve posta hizmetleriyle ilgili evrensel hizmetler ve acil durum haberleşmesine yönelik hizmet politikalarını ve yürütülme esaslarını belirlemek ve uygulanmasını takip etmek,

-Haberleşme ve posta hizmetleriyle ilgili evrensel hizmetler ve acil durum haberleşmesine yönelik altyapı ve hizmetleri planlamak, kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek, geliştirmek ve bu alandaki farklı seçeneklerin birbirini tamamlayıcı şekilde yürütülmesini sağlayacak esasları belirlemek ve denetlemek,

-Bilgi toplumu politika, hedef ve stratejileri çerçevesinde; ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlayarak e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar ile bu hizmetlere ilişkin eylem planlarını hazırlamak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmek, gerekli düzenlemeleri hazırlamak ve bu kapsamda ilgili faaliyetleri koordine etmek,

-Haberleşme ve posta hizmetleriyle ilgili evrensel hizmetleri karşılayacak evrensel hizmet yükümlülükleri ile verilecek evrensel hizmetlerin net maliyetini belirlemek ve gerektiğinde bu amaçla hizmet satın almak,

- Verilen evrensel hizmetlerle ilgili net maliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair evrensel hizmet yükümlülerini denetlemek ve evrensel hizmet yükümlülerine gerçekleşen net maliyeti ödemek,

-Evrensel hizmet kapsamında sosyal açıdan korunmaya muhtaç kimselerin özel ihtiyaçlarını karşılamak için bu kimselere verilecek hizmetler ile bunların yürütülmesini sağlayacak usul ve esasları belirlemek,

-Haberleşme, posta ve bunlarla ilgili evrensel hizmetlerin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

³⁶ Söz konusu Kararname ile Ulaştırma Bakanlığı'nın adı, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.

7. Evrensel Hizmet Fonu

Türkiye’de evrensel hizmetin sağlanması ve yürütülmesini düzenleyen Evrensel Hizmet Kanunu’nun 25 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden bu yana Evrensel Hizmet Fonu’nun oluşturulmasına ilişkin çalışmalar devam etmektedir. Bu nedenle henüz oluşturulmuş bir “Evrensel Hizmet Fonu” bulunmamaktadır. Ancak uygulamada, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Bütçesinde yer alan “evrensel hizmet gelirleri” kalemi, fon gibi işlev görmekte yani belirli kaynaklardan elde edilen gelirler, belirli amaçları gerçekleştirmek üzere kullanılmaktadır.

Bize göre, Evrensel Hizmet Fonu’nun yönetiminin Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından yürütülmesi, Fon’un kaynaklarının politik menfaatler doğrultusunda kullanılmasına sebep olabilecektir. Fonun ihalesiz kullanılarak rekabetin ihlal edilmesi ve hatta rekabet içindeki firmaların fona yaptığı ödemenin doğru kullanılmaması ihtimal dâhilinde bulunmaktadır. Gerçekte evrensel hizmet yükümlülüğü yalnızca ve yalnızca bu hizmetleri karşılamaya gücü olmayan insanlara elektronik iletişim servisi sağlamak üzerinedir. Başka bir ifadeyle; evrensel hizmet yükümlülüğü, telefon hattı sahibi olmayanlara bu hizmeti sağlamakla ilgilidir.

Evrensel Hizmet Fonu’nun yönetimini uzman bir kuruluş olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun üstlenmesi gerekmektedir. Nitekim Almanya örneğine baktığımızda Evrensel Hizmet Fon’un yönetiminin regülasyon kurumunun yetkisinde olduğu görülmektedir.

SONUÇ

Amerika Birleşik Devletleri’nin aksine Avrupa ülkelerinde ve Türkiye’de telekomünikasyon hizmetleri uzun süre kamu hizmeti olarak kabul edildiğinden, devlet eliyle ve kamu tekelleri tarafından sağlanmıştır. Ancak Amerika’da başlayan serbestleşme hareketi, sektörün belli bölümlerinin rekabete açılabilceğini ve bu şekilde sektörde etkinliğin sağlanabileceğini göstermiştir. Daha sonradan başta İngiltere olmak üzere diğer Avrupa ülkelerinde de özelleştirme ile birlikte sektör rekabete açılmaya başlamıştır.

Bütün sektörler için altyapı oluşturan telekomünikasyon sektöründe sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması, Türkiye’de ekonomik gelişmenin de ivmesi olacaktır. Ancak bunun için sektörün geleneksel kalıplar dışında ele alınarak, çağımızın değişen koşulları çerçevesinde düzenlenmesi

Bülent KENT

gerekmektedir. Bu konuda Avrupa Birliği'nin üye ülkeler için yapmış olduğu düzenlemeler yol gösterici olmalıdır.

Telekomünikasyon sektörünün yeniden yapılandırılmasında evrensel hizmetin belirlenmesi, uygulanması ve finansında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna büyük görevler düşmektedir. Hemen belirtelim ki; Kurumun bu görevlerini yerine getirebilmesi için, Kanunlarla Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na verilen özellikle evrensel hizmete ilişkin birçok yetkinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna devredilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2011.

ARDIYOK, Şahin, Türk Telekomünikasyon A. Ş.'nin Özelleştirilmesi: Sektörde Doğum Sancıları, Rekabet Dergisi Sayı: 5, Ankara 2001.

ARIÖZ, Ali, Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 69, Ankara 2005.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2006.

GERSDORF, Hubertus, Vorlesungsskript zum Telekommunikationsrecht, 2008.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2006.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2010.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, cilt I, Genel Esaslar, Ankara 2010.

İÇÖZ, Özge, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 16, Ankara 2003.

KÜHLING, Jürgen/ELBRACH, Alexander, Telekomünikationsrecht, Heidelberg, München, Berlin 2008.

SACHS, Michael, Grundgesetz Kommentar, München 2009.

TRUTE, Hans-Heinrich/SPOERR, Wolfgang/BOSCH, Wolfgang, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, Kommentar, Berlin, New York 2001.

ULUSOY, Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002.

YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 2009.

WINDHORST, Kay, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, München 2000.

BİLGİ EDİNME HAKKININ KULLANILMASINDA BİR İSTİSNA: “VERGİ MAHREMİYETİ”

Işıl Fulya ORKUNOĞLU ŞAHİN*

ÖZET

Bilgi edinme hakkı, demokratik ülkelerde vatandaşlarla idare arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde başvurulan, vatandaşlarca kaleme alınan dilekçelerin idare tarafından hızlı ve güvenilir şekilde yanıtlandırılmasına katkı sağlayan kurumlardandır. Bu hak, Türkiye’de 2003’te 4982 sayılı Kanun ile kabul edilip, 2004’te yürürlüğe girmiştir. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’na göre; tüm kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kanunda yer alan istisnai durumlar dışında her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmakla yükümlüdürler. Vergi mahremiyeti ise; mükelleflerle ilgili bilgilerin ifşa edilmemesi ve diğer kişiler yararına kullanılmaması gereğine ilişkindir. Bu nedenle çalışmada birbirinden farklı misyonlara sahip olsalar da vatandaş haklarının ve mükellef haklarının korunması için getirilmiş düzenlemeler olmaları bakımından benzerlik gösteren; bilgi edinme hakkı ve vergi mahremiyeti arasındaki ilişkiye değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Mahremiyeti(Gizliliği), Vergi Güvenliği, Bilgi Edinme Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Bazı OECD Ülkelerinde Vergi Mahremiyeti

AN INTENSIVE ABOUT THE USING OF RIGHT TO INFORMATION: “TAX CONFIDENTIALITY”

ABSTRACT

Right to Information is an act regulates relations between citizens and government in democratic countries, it’s contribute to replaying of forms quickly and trustworthy which was filled up from citizens. This right was accepted in 2003 in Turkey with Information Right Act 4982, which was came into force in 2004. According to Right to Information Act; all public institutions and enterprises and professional organizations with the status of a public entity responsible for the

* Arş.Gör., Gazi Ün. İİBF Maliye Bölümü, (iforkunoglu@gazi.edu.tr)

Işıl Fulya ORKUNOĞLU ŞAHİN

offering all information and documents to applicants except exemptional conditions which is in act. But tax confidentiality is related to not disclosure of information and documents about taxpayers and not give permission to right using of taxpayers informations and documents for other person's advantage. Therefore in this study, although they have different missions, they are similar to each other about making protective legal regulations about citizens and taxpayers rights, are mentioned relations between the right to information and tax confidentiality.

Key Words: *Tax Confidentiality(Secrecy), Tax Privacy, Right to Information, Right to Information Act, Tax Confidentiality in some OECD Countries*

GİRİŞ

Devletin ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının en temel görevlerinden birisi de vatandaşların özel yaşamlarının gizliliğini korumaktır. Dolayısıyla mükellefler vergi ile ilgili ödevlerini yerine getirirken, mükelleflerin özel hayatlarına ilişkin mali verilerin korunması Maliye Bakanlığı'nın ve bu kuruma bağlı olarak vergi işlemlerinde, vergi incelemelerinde çalışan görevlilerin ve İdari Yargılama Usul Kanunu'na tabi idari kurumlarla, burada yürütülen vergisel işlemlerde çalışan bilirkişilerin vb. diğer kurumların teminatı altındadır. Uygulamada sözü edilen bu görevin gerçekleştirilmesinde, Anayasa'daki, VUK'daki, TCK'daki, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu gibi çeşitli kanunlardaki hükümlerden yararlanılmaktadır. Ancak vergi mahremiyetine ilişkin hükümler özellikle Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmektedir ve bu kanuna 1949 yılında 5432 sayılı Kanun ile yeni bir kurum olarak dahil edilmişlerdir.

Çalışmada vergi mahremiyetinin tanımı ve önemine, vergi mahremiyetinin unsurlarına, kapsamına ve vergi mahremiyetinin bilgi edinme hakkı ile ilişkisine yer verilmektedir.

1.VERGİ MAHREMİYETİNİN TANIMI ve ÖNEMİ

Vergi idaresi ile mükellefler arasındaki ilişkide mükellefler hakkında edinilen bilgilerin güvenliğinin sağlanması, mükelleflerle ilgili bilgilerin ifşa

Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasında Bir İstisna: “Vergi Mahremiyeti”

edilmemesi ve diğer kişiler yararına kullanılmaması gerekleri mükelleflerin “vergi mahremiyeti” olarak adlandırılan temel haklarından birini oluşturur.

Mükelleflerin genel ve özel hakları bulunmaktadır. Mükelleflerin özel hakları; vergi kanunlarındaki özel durumlar, işlemlerle ilgili iken, vergi idaresi, mükellef ilişkisinde ortaya çıkan haklar ise genel haklar olup bu haklar arasında; mükellefle ilgili bilgilerin gizliliği hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı da sayılabilir¹.

Ekonomide kutsal kazanç felsefesine, hukukta ise demokrasiye ve güvenliğine bağlanan vergi mahremiyeti kavramı; vergileme sürecinde, mükellefle idare arasında kurulan vergileme ilişkisinde gizli tutulması gerekli bilgileri ve belgeleri ifade eder². Bu uygulamaya beyan esasına dayalı vergi sistemimizde mükelleflerin özel bilgilerinin açıklanmayacağına güven duyarak, doğru beyanda bulunmalarının sağlanması için başvurulmuştur³. Bu kurum aynı zamanda vergilendirme işlemlerinde elde edilen mükelleflerle ilgili bilgilerin kullanılması ile ticari rakiplerinin mükelleflere karşı haksız rekabet gücü elde etmelerini önlemektedir⁴.

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun diğer vergi suçları ile benzerlikleri ve farklılıkları incelendiğinde; vergi mahremiyetini ihlal suçunun diğer vergi suçlarından farklı olarak mükellefi cezalandırmaya yönelik olarak getirilmeyip, mükellefin işlemleri ile sorumlu olan görevlilere ilişkin olduğu görülmektedir. Diğer yandan vergi mahremiyetini ihlal suçunda takdir edilen adli para cezasının, diğer vergi cezalarının tutarı ile karşılaştırılması durumunda ise, maddi amacın vergi mahremiyetini ihlal suçunda mükelleflerin korunmasına ilişkin ilksel hedefin önüne geçtiği görülmektedir. Bunun nedenlerinden birisi, yasadaki cezanın infazının geriye yönelik olması gibi yararlı bir uygulama bulunmasına rağmen, vergi mahremiyetini ihlal suçunu işleyenlerin meslekten men edilmelerine ilişkin hukuki bir düzenlemenin olmamasıdır. Bu konudaki hukuki eksiklik giderilmelidir. Diğer bir neden ise örneğin; 2012 yılı için yıllık satışları üzerinden fatura vermeyenlere kesilecek özel usulsüzlük cezasının toplamı

¹ GERÇEK, 2006, s.127.

² YAYLA, 2011, s.123.

³ SONSUZOĞLU, 2000, s.125.

⁴ ÜNSAL, 2003, s.46.

Işıl Fulya ORKUNOĞLU ŞAHİN

88 bin TL'yi aşamayacakken, vergi mahremiyetini ihlal suçunda 5 bin güne kadar adli para cezasının azami tutarının, özel usulsüzlük suçunun cezasına oranla 500.000 TL gibi oldukça yüksek bir tutara tekabül etmesidir. Bunun nedeni; TCK'nın 52. maddesinde düzenlenen adli para cezası uyarınca; [1] Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibaret olması ve [2] En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarının, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edileceğinin öngörülmekte olmasıdır. Buradan yola çıkılarak; 5 bin güne kadar olan adli para cezasının azami tutarı günlük 100 TL'den hesaplanabilir; Buna göre 5 bin güne kadar olan adli para cezasının azami tutarı; $100\text{TL} \times 5.000 \text{ gün} = 500.000 \text{ TL}$ 'dir.

2.VERGİ MAHREMİYETİNİN UNSURLARI

Vergi mahremiyetinin unsurları olarak vergi mahremiyetini ihlal suçunu oluşturan unsurlar ile vergi mahremiyetinin sağlanması ve korunmasında görevli olan kamu görevlilerinin uymakla yükümlü oldukları unsurlara yer verilmektedir.

2.1.Vergi Mahremiyetinin İhlalini Oluşturan Suç Unsurları

Vergi mahremiyetini ihlal suçu; şahısların muamele veya hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması gereken diğer konuları ifşa etmeleri veya kendilerinin, üçüncü şahısların yararına kullanmalarını içerir.

2.2.Vergi Mahremiyetinin Sağlanması ve Korunmasında Görevli Olan Kamu Görevlileri ve Uymakla Yükümlü Oldukları Unsurlar

Vergi mahremiyetinin sağlanması ve korunmasında görevli olan kamu görevlileri vergi işlemleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar; vergi mahkemeleri, bölge idari mahkemeleri, Danıştay'da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler, vergi işlerinde kullanılan bilirkişilerdir.

Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasında Bir İstisna: “Vergi Mahremiyeti”

2.2.1.Vergi İşlemleri ve İncelemeleri İle Uğraşan Memurlar

Vergi işlemleri ile uğraşan memurlar; verginin tarhında, tahakkukunda, tahsili aşamasında ya da düzeltilmesinde, tecilinde görevli olanlar ile vergi cezası kesilecek durumların belirlenmesi ve cezalarının kesilmesinde, gecikme zammı ve gecikme faizi hesaplarının yapılmasında görevli olanları ifade etmektedir.

VUK’un 135. maddesine göre; vergi incelemeleri ile uğraşan memurlar; 07.07.2011 tarihinde 646 sayılı KHK’nin 4. maddesi ile değişen VUK’un 135. maddesine göre; vergi incelemeleri ile uğraşan memurlar; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri, Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlardır.

Arama işleminde görevli polis vergi idaresi dışında olmasına rağmen vergi mahremiyetine uymalıdır. Benzer şekilde il özel idareleri, belediyeler, köylerde vergi ile uğraşan memurlar da vergi mahremiyeti kapsamındadırlar⁵.

2.2.2.Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri, Danıştay`da Görevli Olanlar

VUK’un 5. maddesindeki “..görevli olanlar..” ifadesi ile kanunun lafzından görevli olanların kapsamının geniş tutulmak istenildiği anlaşılmaktadır.Nitekim Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri, Danıştay`da çalışan görevlilerin de vergi mahremiyetine tabi oldukları anlaşılmaktadır.

Yargıda görevli hakim veya savcılarının yanı sıra raportörler, yazı işlerinde çalışan memurlar, mübaşir ve teftiş işlerinde görevli personeli de mükellefle ilgili sırlara vakıf olabileceklerinden ötürü vergi mahremiyeti ile ilgili yasaklara uymak zorundadırlar⁶.

⁵ ORTAÇ, 1986, s.30.

⁶ KANDEMİR, 2011, s.174.

2.2.3.Vergi Kanunlarına Göre Kurulan Komisyonlara İştirak Edenler

VUK'un dördüncü kısmında takdir, zirai kazançlar ve özel komisyonlar başlığı altındaki komisyonlar arasında; takdir komisyonu, tahrir komisyonu, tadilat komisyonları, zirai kazançlar il ve merkez komisyonları, uzlaşma komisyonları sayılabilir. VUK'ta komisyonlara iştirak edenler ibaresi bulunduğundan, komisyonları oluşturan kişilerin dışındaki diğer görevlilerin de komisyon üyeleri gibi vergi mahremiyetine uymak zorunda oldukları çıkarımında bulunulabilir. Nitekim ilgili komisyonlardaki diğer görevlilerden örneğin; tahrir komisyonları için VUK'un 79. maddesinde belirtilen komisyonlar dışındaki kişilerin ve kurumlardan; kendilerinden bilgilendirme istenilen muhtar ve ihtiyar meclisleri, ticaret ve tarım odaları, belediyeler ve noterler gibi resmi veya yarı resmi teşekküllerle özel teşekküller ve şahıslarla, gayrimenkulün genel durumu, kullanım tarzı, kira veya hasılat miktarı ve tahmine yarayacak gerekli bilgilerin istenilebileceği mükelleflerin ve kiracıların vergi mahremiyetinin kapsamında buldukları düşünülmektedir.

2.2.4.Vergi İşlerinde Kullanılan Bilirkişiler

Çeşitli vergisel uzlaşmazlıkların çözümünde gerek yargı aşamalarında gerek de yargıdan önceki süreçte ilgili olaylara ya da uzlaşmazlıklara uzmanlık alanlarının uygunluğuna göre idare tarafından belirli bilirkişilerin görüşlerine başvurulmaktadır. Bu şekilde görüşleri alınan bilirkişilerin de vergi mahremiyetine uymaları gerekmektedir.

3. VERGİ MAHREMİYETİNİN İSTİSNALARI

Vergi mahremiyetini ihlal suçunu oluşturmayan unsurlar; mükellef beyanlarının vergi dairelerinde ve mükelleflerin tabi oldukları mesleki odalarda ilanı, vergi levhalarının mükelleflerce alınması, vergi ve cezaların Maliye Bakanlığı'na açıklanması, idari ve adli soruşturmalara yönelik kamu görevlilerine bilgi verilmesi ve bankalara yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgi verilmesi, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların kanunla kurulmuş meslek kuruluşlarına ve 3568 Sayılı Kanunla kurulan meslek odalarına bildirilmesidir.

Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasında Bir İstisna: “Vergi Mahremiyeti”

1.Mükellef beyanlarının vergi dairelerinde ve mükelleflerin tabi oldukları mesleki odalarda ilanı; Vergi güvenliğinin sağlanması amacıyla, gelir vergisi mükelleflerinin yıllık gelir vergisi, sermaye şirketlerinin kurumlar vergisi beyannamelerinde gösterilen matrahların (zarar da dahil) ve beyanları üzerinden tarh olunan gelir ve kurumlar vergisi ile ad ve ünvanlarının, bağlı buldukları vergi dairelerince, beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilanı vergi mahremiyetini ihlal sayılmamaktadır.

2-Vergi levhaları; Gelir Vergisi Mükellefleri ile sermaye şirketlerinin her yıl Mayıs ayının son gününe kadar vergi tarhına ilişkin tutarı ve bunlara isabet eden vergiyi **gösteren levhayı merkezlerine, şubelerine, satış mağazalarına, iş sahipleri ve mükellefler tarafından kolayca okunup görülecek şekilde asmaları,** gerekmekteydi ancak 6111 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda; “...gösteren **levhayı almak zorundadırlar.**” olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla Gelir Vergisi mükellefleri ile sermaye şirketlerinin her yıl Mayıs ayının son gününe kadar vergi tarhına ilişkin tutarı ve bunlara isabet eden vergiyi gösteren levhayı almaları gerekmektedir.

3-Vergi ve cezaların Maliye Bakanlığı’na açıklanması;

Mükelleflerin vergi tarhına esas beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarlarının Maliye Bakanlığınca açıklanması vergi mahremiyetinin dışında tutulmuştur. Vergi Usul Kanunu 5. maddenin alt bendinde, Maliye Bakanlığının bu yetkisini mahalline devredebileceği de öngörülmektedir.

4-İdari ve adli soruşturmalara yönelik kamu görevlilerine bilgi verilmesi ve bankalara yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgi verilmesi; kamu görevlilerince yapılan idari ve adli soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgelerin verilmesi ile bankalara yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgilerin verilmesi vergi mahremiyetini ihlal suçuna neden olmamaktadır. Ancak kuşkusuz ilgili kişilerin görevlerini kötüye kullanarak mükellef bilgilerini kendilerinin ya da başkalarının yararlarına kullanmaları durumu vergi mahremiyetini ihlal suçunu oluşturacaktır.

5-Maliye Bakanlığı’na sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit

olunanların kanunla kurulmuş meslek kuruluşlarına ve 3568 Sayılı Kanunla kurulan meslek odalarına bildirilmesi vergi mahremiyetini ihlal suçunu oluşturmamaktadır.

4.VERGİ MAHREMİYETİNİN HUKUKİ KAPSAMI

Anayasa'nın 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı öngörülmektedir. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." Bu madde ile Anayasamızda özel hayatın gizliliği korunmaktadır. Ancak milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık gibi durumlarda kanuna uygun olarak bu gizlilik sınırlandırılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de herkesin özel ve aile hayatına, konutuna, haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğuna, bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahının, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceğine yer verilmektedir.

Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasında Bir İstisna: “Vergi Mahremiyeti”

Bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) kararlarından iki örneğe değinilebilir. Vergi kaçakçılığı suçunun incelenmesinde mükellefin telefonunun dinlenilmesi özel hayatın gizliliğine müdahale kabul edilmiştir. Ancak bu tür bir faaliyet ilgili devletin bir kanununa dayanarak yapılması gerektiğinden ve olayın geçtiği Fransa’da bu tür bir kanun olmadığından AİHM tarafından “Huving Davası” reddedilmiştir. Diğer yandan mahkemenin “Funke Davası” kararında; gümrük vergisi yetkililerinin, yargıç kararı olmadan mükellefin evinde yaptıkları aramaların kişinin özel yaşamına müdahale olsa da, ülke ekonomik çıkarı ve suçun önlenmesi bakımından meşruluğu ifade edilmiştir. Buradaki olumlu mahkeme kararına rağmen, ilgili olayda hakim kararı olmadan mükellefin evinde arama yapıldığından mükellefin vergi mahremiyetinin ihlal edildiği görülmektedir⁷.

4.1.VERGİ HUKUKU VE VERGİ İCRA HUKUKU BAKIMINDAN

Bir suçun maddi unsurunu; faaliyette bulunmak, sonuç, faaliyetle sonuç arasındaki nedensellik ilişkisi, suçun manevi unsurunu ise; kusur oluşturur. Dolayısıyla vergi mahremiyeti suçunun maddi unsuru; gizli kalması gereken bilginin ifşası veya kullanılmasıdır⁸.Vergi mahremiyeti suçunun manevi unsuru ise; kasıttır. Ancak suçun oluşumunda failin açıkladığı unsurun gizli kalması gereken bir bilgi olduğunu bilmesi ve bunu açıklamayı istemesi gerekirken, suçun oluşumunda sır sahibine zarar vermek gibi özel bir kast gerekmez, genel kast yeterlidir⁹.

Mükelleflerin özel yaşamlarına müdahale edilmemesine yönelik getirilen ve Vergi Usul Kanunu (VUK)’ta verginin tahakkuk aşamasına ilişkin “vergi mahremiyeti” kurumu ile 6183 sayılı Kanun’da bulunan verginin tahsil aşamasına ilişkin “sırrın ifşası” kurumundan söz edilebilir¹⁰.

⁷ 25.02.1993 tarihli karar, <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=funke&sessionid=63347130&skin=hudoc-en>, 24.04.1990 tarihli karar <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=huving&sessionid=63346021&skin=hudoc-en>, (ŞARMAN, 2011, s.206-207).

⁸ ERDEM, 2005, s.251.

⁹ ERMAN, 1998, s. 103.

¹⁰ ÖZBALCI, 2006, s.886.

Işıl Fulya ORKUNOĞLU ŞAHİN

6183 Sayılı Kanun'un(AATUHK) 107. maddesinde; "Bu kanunun tatbikinde vazifeli bulunan kimseler, bu vazifeleri dolayısıyla amme borçlusunun ve onunla ilgili kimselerin şahıslarına, mesleklerine, işlerine, muamele ve hesap durumlarına ait öğrendikleri sırlarla gizli kalması gereken diğer hususları ifşa ettikleri takdirde TCK'nın 239. Maddesine göre cezalandırılırlar. Kanun'un 41'inci maddesine göre amme alacağını tahsil yetkisi verilen kuruluşlara, yapacakları tahsile yönelik bilgilerin ve 22/A maddesine göre borcun olmadığına dair belgeyi arama zorunluluğu getirilen kurum ve kuruluşlara, ödeme ve işleme taraf olanlara ilişkin borç bilgilerinin verilmesi sırrın ifşası sayılmaz; bu kurum ve kuruluşlarda vazifeli bulunan kimseler edindikleri bilgileri ifşa ettikleri takdirde birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılırlar. Bu bilgilerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir." hükmü yer almaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen vergi mahremiyeti kurumunda ise;

-Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurların;
-Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ile Danıştay'da görevli olanların;
-Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenlerin;
-Vergi işlerinde kullanılan bilirkişilerin; görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması gereken diğer hususları ifşa edemeyecekleri ve kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına(menfaatine) kullanamayacakları öngörülmektedir. Bu yasak, yukarıda yazılı kimseler, bu görevlerinden ayrılışları dahi devam eder.

Benzer şekilde; Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı Usul Müdürlüğü'nün vergi mahremiyeti konusundaki B.07.4.DEF.0.07.11/VUK.02.137/ sayılı bir özelgesine göre; vergi mükellefleri ile ilgili olup gizli kalması gereken ve vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilen bilgilerin, vergi dairesi yetkililerince ifşa edilmemesi gerekir. Buna karşılık bir hakkın ispatı için mahkemelerce zorunlu görülerek istenilmesi halinde, mahkemelere bilgi verilmesi tabiidir,

Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasında Bir İstisna: “Vergi Mahremiyeti”

ancak adres dahil mükellefin şahsına ait bilgiler avukatlara yada diğer üçüncü şahıslara verilmemelidir¹¹.

Gelir İdaresi tarafından 16.01.2010 tarihinde uygulamaya konulduğu duyurulan “özelge otomasyon sistemi” ne göre de; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 413. maddesi ile “Sirküler ve vergi mahremiyetine ilişkin hükümler göz önünde bulundurulmak şartıyla özelgeler, Gelir İdaresi Başkanlığı’na internet ortamında yayımlanır.” hükmü uygulanmaktadır. Bu uygulama ile farklı vergi dairesi başkanlıklarında (veya defterdarlıklarda) aynı konuya ilişkin farklı görüşlerin verilebilmesinin önlenmesi ve ilgili idarelerin birbirlerinin verdikleri özelgelerden haberdar olmalarının sağlanması, internetten yayın yoluyla şeffaflık sağlamak, idarenin iş yükünün hafifletilmesi hedeflenmiştir ki vergi mahremiyetinin korunmasına özen gösterilerek, mükelleflerin ve vergi sorumlularının tereddüt ettikleri konularda idarenin görüşüne başvurabilmeleri ve bu açıklamaların yayımlanabilmesi uygulamadaki olası karışıklıkların çözümüne oldukça yardımcı olacaktır.

4.2.TÜRK CEZA HUKUKU BAKIMINDAN

Vergi mahremiyetini ihlal suçu VUK’un 362. maddesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu(TCK)’nın 239. maddesine gönderme yapılarak cezaya tabi tutulmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun 239. maddesine göre; vergi mahremiyetini ihlal suçu için uygulanacak ceza, şikâyet üzerine, hapis ve adli para cezası olarak öngörülmüştür.

“Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı Veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi Veya Belgelerin Açıklanması” başlıklı TCK’nın 239. maddesinde; “(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu **ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine**, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur. (2)Birinci fıkra hükümleri, fennî keşif ve buluşları veya sınaî uygulamaya ilişkin

¹¹ Özelgeler, <http://www.ant-vdb.gov.tr/ozelgeler/ozelge.php?islem=goster&ozid=118>.

Işıl Fulya ORKUNOĞLU ŞAHİN

bilgiler hakkında da uygulanır. (3)Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz.(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır” hükümleri yer almaktadır.

VUK 362. maddede TCK 239. maddeye gönderme yapılmıyorsa vergi mahremiyetini ihlal suçunun TCK'nın 239, 258, 134'üncü maddelerine uyan vergi mahremiyetinin ihlali suçunun cezalandırılmasında hangi maddeden yararlanılacağı konusunda karışıklık ortaya çıkabilirdi. Bunun nedeni; suçun cezasının TCK'nın ilgili maddelerinde, memurlar ve diğer kişiler için ayrı şekilde belirlenmiş olmasıdır. Şöyle ki memurlar için TCK 239. ve 258. maddelerde sırasıyla suçun niteliğine göre; 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve ayrıca para cezası ile 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası öngörülürken, TCK 134. maddeye göre kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Nitekim TCK'nın “Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması” başlıklı 258. maddesine göre; “(1) Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir”. 134. madde uyarınca ise; 1.Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. 2. Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır” denilmektedir. Ancak TCK'nın 134. maddesini takip eden nitelikli haller başlıklı 137. maddesinde; “Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların; a)kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, b)belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” ibaresine yer verilmektedir. Ancak yukarıda görüleceği üzere sözü edilen bu maddelerdeki farklı niteliklerle işlenen suçların

Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasında Bir İstisna: "Vergi Mahremiyeti"

belirtilerek tek bir maddenin alt bentleri halinde düzenlenmesinin, VUK vb. diğer kanunlar tarafından da TCK'ya atıfla yapılan düzenlemelerde de daha açıklayıcı ve hukuki karışıklıklara imkan vermeyecek şekilde olacağı düşünülmektedir.

4.3.BİLGİ EDİNME KANUNU BAKIMINDAN

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu(BEHK)'nun 5. maddesine göre; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.

Bilgi edinme hakkının sınırları BEHK'da belirlenmiştir. Buna göre açıklanması hâlinde kamunun veya kişilerin zarar görebileceği bilgi belgeler bu kanun kapsamı dışındadır.

BEHK'da vergi mahremiyeti kapsamında istenilen bilgilerin, BEHK'nın kapsamı dışında olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ilgili kanunda vergi mahremiyetine ilişkin yasakları içerebilecek hükümler sırasıyla; Kanunun 9. maddesindeki "Gizli bilgileri ayırarak bilgi ve belge verme", 21. maddesindeki "Özel hayatın gizliliği" ile 23. maddesindeki "Ticari sır" dır. 9. madde uyarınca istenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanların birlikte bulunmaları durumunda, gizli ya da açıklanması yasaklanan bilgilerin çıkarıldıktan sonra kalan diğer bilgilerin başvurana sunulmakta ve bilgi ayırım gerekçesinin yazılı bildirim yapılmaktadır. 21. maddede; kişinin izin verdiği hâllerde özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır. Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, bu bilgi ve belgelerin ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek kişinin yazılı rızası alınarak açıklanabileceği yer almaktadır. 23. maddede ise; "Kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından

Işıl Fulya ORKUNOĞLU ŞAHİN

gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgiler, bu Kanun kapsamı dışındadır” ibaresi bulunmaktadır.

Dolayısıyla BEHK'nın 9., 21. ve 23. maddelerine göre; VUK'un 5'inci maddesinde vergi mahremiyeti çerçevesinde edinilen bilgilerin paylaşılmasının yasak olduğu belirtilen durumlar için; Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'ndan yararlanılması mümkün değildir. Bunun nedeni Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun özellikle de 23. maddesinde ifade edilen “gerçek ve tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgiler bu kapsam dışındadır” şeklindeki ibaresi bilgi edinme hakkına yönelik taleplerin reddini gerektirmektedir. Benzer şekilde Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesinde de belirtildiği üzere; vergisel bilgilerin kamuoyu ile paylaşılması kişinin mesleki, ekonomik çıkarlarına haksız müdahaleye neden olmaktadır.

395 sıra no'lu VUK Genel Tebliğinde ve 28.08.2010 tarihli 27686 sayılı Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelikte “özelge talebinin kapsamı” incelendiğinde de; 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca yapılan taleplerin, özelge talebinin kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir.

5. BAZI OECD ÜLKELERİNDE VERGİ MAHREMİYETİ VE BİLGİ EDİNME KANUNU

Vergi mahremiyeti ile ilgili olarak OECD ülkelerin çoğunda izlenen politikanın yalnızca vergi beyannamelerinin kamuoyuna açıklanması veya yalnızca vergi kaçırancının kamuoyuna açıklanması ve vergisel işlemlerin yapılmasına yardımcı olan görevlilerin(tax preparers) uyması gereken kuralların belirlenmesini kapsayacak şekilde uygulandığı görülmektedir. Örneğin; OECD ülkelerinden Japonya, Norveç, İsveç ve Finlandiya'da bazı kamu kuruluşlarının kurumlar vergisi beyannameleri ile ilgili bilgilere erişimine izin verilmekte iken, Norveç'te vergilendirilebilir gelir ve gelir vergisi ödemeleri hem kurumlar hem de bireyler için internette erişilebilirdir. Kanada, Yunanistan, İrlanda ve Yeni Zelanda'da vergi kaçırancılar ilan edilmektedir¹². ABD'de 6103 sayılı Gelir Vergisi Kanunu

¹² SLEMROD, 2006, s. 13.

Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasında Bir İstisna: “Vergi Mahremiyeti”

eyalet ve yerel vergi çalışanlarının mükelleflerin vergi beyannameleri ile ilgili bilgilerin açıklanmasını sınırlandırmakta ve bu bilgilerin güvenliğini sağlamaktadır ki ABD’de eyalet yönetimine bağlı olarak vergilendirmeye ilişkin bilgilerin açıklanmasına ilişkin limitler değişmektedir¹³.

Ancak ABD’de vergi beyannamelerinin doldurulmasına yardımcı olan görevlilerin(tax preparers) uyması gereken kurallar ise, 1 Ocak 2009’da güncellenerek yeniden yürürlüğe girmiş olan 7216 sayılı Kanun uyarınca belirlenmiştir. Buna göre; “tax preparers” ibaresinin kapsamındaki görevliler; mükelleflerin vergisel işlemlerinin hazırlığına yardımcı olan firmalara bağlı çalışan herhangi bir kişi, vergisel işlemlerin hazırlığı ile ilgili hizmetlerle ilişkili kişiler ve bilerek ya da ihmalle mükelleflerin vergi beyanı ile ilgili bilgileri, mükelleflerin zararına olacak şekilde açıklayanlar ya da bu tür bir bilgiyi herhangi bir amaçla kullanan ya da suç oluşturabilecek nitelikte bulunarak bu bilginin kullanılmasına yardımcı olanlar, 1.000 \$’dan daha az ya da 1 yıldan daha fazla cezalandırılmazlar veya her iki cezanın kovuşturmasına ilişkin maliyetlere bir arada katlanırlar¹⁴.

Ülkemizdekine benzer şekilde OECD’de de birçok ülkenin Bilgi Edinme Hakkı Kanunlarında vergi mahremiyeti kapsamında istenilen bilgilerin, BEHK’nın kapsamı dışında olduğuna ilişkin doğrudan hükümlere rastlanılmamaktadır. Ancak ilgili ülkelerin BEHK’larında vergi mahremiyetine ilişkin yasakları içerebilecek hükümlerin "ticari sır", “ticari veya mali bilgilerin ayrıcalığı” başlıkları ile istisnai hükümler içinde yer aldıkları görülmektedir. Örneğin ABD’de Teksas Mahkemesi(The Texas Supreme Court) tarafından ticari sırrın belirlenmesinde benimsenen yöntemlerle ilgili olarak Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 757. maddesine göre; bir bilginin ticari sır olarak değerlendirilebilmesi için getirilmiş 6 unsuru içinde barındıran bir liste oluşturulmuştur. Buna göre ticari sır niteliği taşıması gereken bilginin özellikleri şöyledir; 1. bilginin işletme dışında bilinirliği, 2. bilginin bilinme sınırının tespitinde bilginin işyerindeki personelden hangisi tarafından bilinir olduğu, 3. işletme tarafından bilginin korunmasına yönelik alınmış önlemlerin miktarı, 4. bilginin işletme ve rakipleri için değeri, 5. bilginin geliştirilmesi için işletme tarafından

¹³ LAURY- WALLACE, 2005, s.2.

¹⁴ WALKER, 2008, s.1.

harcanan güç ve para miktarı, 6. bilginin edinilmesi veya kopyalanmasının zorluğu ya da kolaylığıdır¹⁵. Kanun'un ticari ve mali bilgilerin ayrıcalığı ve yasa ile güvenliği başlıklı kısmında da; Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'ndaki istisna 552. maddenin b bendinin 4. bendinde; mali ya da ticari bilgiyi edinen kişilerin, bilgisi edinilenlerin rekabet pozisyonları açısından ciddi zarara yol açacağı durumlarda, mali veya ticari bilgilerin gizliliğinin korunması hükmünün uygulanacağı ibaresi bulunmaktadır¹⁶.

6.SONUÇ

Vergi mahremiyeti düzenlemesinde mükelleflerin korunması, vergi idaresine güven duyulmasının sağlanması ve dolayısıyla maddi ve manevi kamu yararı sağlanması amaçlanmaktadır. Bunun için idare tarafından yoklama, inceleme, arama, bilgi toplama gibi çeşitli denetim yolları ile mükelleflerle ilgili elde edilen bilgilerin, mükelleflerin özel yaşamlarının gizliliğinin korunması ve diğer bir deyişle vergi mahremiyeti çerçevesinde saklanması, ifşa edilmemesi, kendilerinin ya da üçüncü kişilerin yararına kullanılmaması gereklidir. Vergi mahremiyetini ihlal suçu sözü edilen vergi mahremiyeti ile ilgili hükümlere mükellefle ilgili işlemlerin yapılmasında sorumlu olan görevlilerce uyulmaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Vergi mahremiyetine uygulanacak ceza VUK'un 362. maddesinde TCK'nın 239. maddesine atıfta bulunarak düzenlenmiştir. Vergi mahremiyetinin ihlali suçunun oluşmadığı durumlar ise; VUK'un 5. maddesinde ve AATUHK'nın 107. maddesinde sayılmaktadır.

Bilgi edinme hakkı ile vergi mahremiyeti konularının birbirleri ile olan ilişkileri incelendiğinde ulaşılan sonuçlar ise şöyledir; birçok ülkenin Bilgi Edinme Hakkı Kanunlarında vergi mahremiyeti kapsamında istenilen bilgilerin, BEHK'nın kapsamı dışında olduğuna ilişkin doğrudan hükümlere yer verilmemiştir. Ancak çoğu ülkenin BEHK'larında vergi mahremiyetine ilişkin yasakları içerebilecek hükümler "ticari sır", vb. başlıklar ile istisnai hükümlerde bulunmaktadırlar. Türkiye'de BEHK'da vergi mahremiyeti kapsamında istenilen bilgilerin, BEHK'nın kapsamı dışında olduğuna ilişkin bir hüküm yer almamasına rağmen, BEHK'nın 9. maddesinde "Gizli

¹⁵ OAG, 2012, s.555.

¹⁶ OAG, 2012, s. 107-108.

Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasında Bir İstisna: “Vergi Mahremiyeti”

bilgileri ayırarak bilgi ve belge verme", 21. maddesinde "Özel hayatın gizliliği" ve 23. maddesindeki "Ticari sır" hükümlerinin bulunduğu görülmektedir. Sözü edilen bu maddeler uyarınca sırasıyla 9. madde uyarınca istenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanların birlikte bulunmaları durumunda, gizli ya da açıklanması yasaklanan bilgilerin çıkarıldıktan sonra kalan diğer bilgiler başvurana sunulurken, 21. maddede; kişinin izin verdiği hâllerde özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulmuştur. Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, bu bilgi ve belgelerin ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek kişinin yazılı rızası alınarak açıklanabileceği yer almaktadır. Benzer şekilde ilgili Kanun'un 23. maddesinde; “Kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgilerin de bu Kanun'un kapsamı dışında olduğu öngörülmektedir.

KAYNAKÇA

ERDEM Tahir, “Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu Ve Yeni Ceza Yasası Sonrasında Bu Suça Uygulanacak Ceza-I”, Yaklaşım, Sayı: 155, Kasım 2005, s. 244-252.

ERMAN Sahir, Vergi Suçları, İ.Ü.Fen Fakültesi Basım Atölyesi, İstanbul, 1998.

GERÇEK Adnan, “Vergilemede Mükellef Hakları ve Türkiye’deki Durumun İncelenmesi”, Vergi Sorunları, Şubat 2006, Sayı 209, s.121-149.

KANDEMİR Mevlüt, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti”, Vergi Sorunları, Haziran 2011, Sayı 273, s.171-180.

LAURY Susan, WALLACE Sally, “Tax Confidentiality and Tax Compliance: An Experimental Analysis”, 19 May 2005, National Tax Association Symposium Washington,

Işıl Fulya ORKUNOĞLU ŞAHİN

<http://classes.igpa.uiuc.edu/jgiertz/NTA-SS/Wallace-Tax%20Confidentiality%20and%20Tax%20Compliance.doc>, s.1-11.

ORTAÇ F.Rifat, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti ve Yasaklar”, Yayınlanmamış Master Tezi, G.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1986.

ÖZBALCI Yılmaz, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, 2006.

Özelgeler:<http://www.antvdb.gov.tr/ozelgeler/ozelge.php?islem=goster&ozid=118>.

SLEMROD Joel, “Taxation and Big Brother: Information, Personalisation and Privacy in 21st Century Tax Policy”, Fiscal Studies, Vol. 27, no. 1, pp. 1–15 (2006) 0143-5671.

SONSUZOĞLU Elif, “Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları, Haziran 2000, s.116-122.

ŞARMAN Ceren, “Vergilendirme ve Özel Hayatın Gizliliği”, Vergi Dünyası, Mart 2011, Sayı 355, s.200-207.

Office of Attorney General(OAG), “Public Information 2012 Hand Book”, Rev:11/11, Austin Teksas, https://www.oag.state.tx.us/ag_publications/pdfs/publicinfo_hb.pdf, 2012.

ÜNSAL Hilmi, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler”, Süleyman Demirel Üniversitesi, İİBF, Cilt 8, Sayı 3, 2003, s.27-48.

WALKER Steve, “Tax Return Preparation And Data Confidentiality: Obligation of Tax Preparer”, 24 Aralık 2008, <http://www.articlesbase.com/taxes-articles/tax-return-preparation-and-data-confidentiality-obligation-of-tax-preparer-696129.html>.

YAYLA İlyas Emre, “Türkiye’de Vergi Mahremiyeti ve AB Mevzuat Uyumu Çerçevesinde Alman Vergi Mahremiyeti Uygulaması”, Vergi Dünyası, Temmuz 2011, s.119-123.

VERGİ MAHKEMELERİNDE TEK HÂKİMLE ÇÖZÜMLENECEK DAVALARA İLİŞKİN SINIRI ARTIRAN KANUN TASARISI HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ümit Süleyman ÜSTÜN*

ÖZET

Vergi mahkemeleri, idare mahkemeleri ile birlikte idarî yargı içinde yer alan ilk derece mahkemeleridir. Vergi mahkemeleri tek hâkimle ve kurul halinde karar vermektedir. Tek hâkimle çözümlenecek davalar ise temel itibariyle parasal sınıra bağlanmıştır. TBMM'ye sunulan kanun tasarısında, bu parasal sınırın 50000 TL'ye artırılmasına yönelik bir hüküm de bulunmaktadır.

Tek hâkimle çözümlenecek davalara ilişkin parasal sınırın artırılmasının vergi yargısına olan etkileri bu çalışmada incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Yargısı, Danıştay, Bölge İdare Mahkemesi, Tek Hâkim.

EVALUATION OF DRAFT LAW ABOUT INCREASING THE LIMIT OF TAX CASES WHICH IS SOLVED BY A SINGLE JUDGE

ABSTRACT

Tax courts are first instance courts that take place in the administrative jurisdiction with administrative courts. Tax courts' decides taken by a single judge or a board. Cases are resolved by a single judge are connected to the monetary limit.

The draft law submitted to the Parliament includes a provision to increase the monetary limit to 50000 TL. Effects of tax judgment about increasing the monetary limit relating to cases of a single judge will be examined in this study.

Key Words: *Tax Law, Danıştay, the Regional Administrative Court, the single judge.*

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (sustun@selcuk.edu.tr)

I. GİRİŞ

Vergi mahkemeleri, idare mahkemeleri ile birlikte idarî yargı içinde yer alan ilk derece mahkemeleridir. Vergi uyuşmazlıklarında genel görevli yargı mercileridir¹. 2576 sayılı Kanunun² 6. maddesinde vergi mahkemelerinin görevleri düzenlenmektedir. Buna göre vergi mahkemeleri; “a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları,

b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları,

c) Diğer kanunlarla verilen işleri, çözümler”.

Vergi mahkemelerinde kararlar, bir başkan ve iki üyeden oluşan kurul (heyet) tarafından veya tek hâkimle alınmaktadır³. Vergi mahkemelerinin tek hâkimle bakacakları davalar kanunda belirlenmiştir. 2576 sayılı Kanunun 7/2. maddesinde belli miktarı geçmeyen vergi uyuşmazlıklarının tek hâkimle çözümleneceği hükme bağlanmıştır: “6 ncı maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri bir milyar lirayı aşmayan davalar, vergi mahkemesi hakimlerinden biri tarafından çözümlenir”.

Kanundaki parasal sınır, kanunun ilk çıktığı zaman 75000 TL idi⁴. Çeşitli yıllarda yapılan kanun değişiklikleri ile bu sınır artırılmıştır. İlk olarak 1988 yılında çıkarılan 3410 sayılı Kanunla parasal sınır iki milyon liraya yükseltilmiş ve yine aynı kanunla 2576 sayılı Kanuna eklenen ek 1.

¹ ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 187.

² 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, RG. 20.01.1982, S. 17580.

³ BİLİCİ, s. 130; ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 187.

⁴ Kanun ilk çıktığı zaman parasal sınır 75000 TL idi: “Kazançları götürü usulde tespit edilen mükelleflerin sınıf ve derecelerinin tespitine ilişkin işlemlere karşı açılan davalar ile her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yetmişbeş bin lirayı geçmeyen tarhlara karşı açılan davalar vergi mahkemesi Hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir”.

Vergi Mahkemelerinde Tek Hâkimle Çözülenecek Davalara İlişkin...

madde ile söz konusu parasal sınırın 1.1.1993 tarihinden itibaren 10 milyon TL olarak uygulanması kabul edilmiştir⁵.

Kanundaki parasal sınırın enflasyon karşısında aşınmasının önlenmesi için, daha sora çıkarılan 4577 sayılı Kanunla⁶, bu parasal sınırın her yıl yeniden değerlendirilmesinde artışına yönelik olarak 2576 sayılı Kanunun ek 1. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre, “*Bu Kanunun tek hakimle çözümlenecek davalara ilişkin 7 nci maddesindeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirilmesinde artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların on milyon lirayı aşmayan kısımları dikkate alınmaz*”.

Böylelikle tek hâkimle bakılacak davalara ilişkin parasal sınır, her yıl yeniden değerlendirilmesinde artırılacaktır. Buna göre, 2012 yılı için tek hâkimle bakılacak davalara ilişkin parasal sınır 9230 TL’dir.

Davaların tek hâkimle veya kurul halinde çözümlenmesi, bu kararlara karşı gidilecek kanun yolu bakımından önem arz etmektedir. Tek hâkimle bakılan davalar Bölge İdare Mahkemeleri’nde itiraz yoluyla incelenirken, kurul halinde verilen kararlara karşı ise Danıştay’da temyiz yoluna gidilmektedir. Nitekim Bölge İdare Mahkemeleri’nin görevlerini düzenleyen 2576 sayılı Kanunun 8. maddesinde, bu mahkemelerin “*Yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemelerinde tek hakim tarafından 7 nci madde hükümleri uyarınca verilen kararları itiraz üzerine*” inceleyip kesin olarak hükme bağlayacağı kuralı yer almaktadır.

Tek hâkimle bakılacak davalara ilişkin parasal sınırın yükseltilmesine yönelik çalışma bulunmaktadır. Bu bağlamda, yargı

⁵ 3410 sayılı 6.1.1982 Tarihli ve 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, RG. 02.03.1988, S. 19742. Ek madde 1: “*Bu Kanunun tek hakimle çözümlenecek davaları belirleyen 7 nci maddesindeki parasal sınırlar 1/1/1993 tarihinden itibaren sekiz milyon lira olarak uygulanır*”.

⁶ Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile İdarî Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 15.06.2000, S. 24080.

Ümit Süleyman ÜSTÜN

hizmetlerinin etkinleştirilmesi amacıyla hazırlanan ve TBMM'ye sevk edilen Kanun tasarısının⁷ 37. maddesinde “2576 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarında yer alan “birmilyar lirayı” ibareleri “ellibin Türk Lirasını” şeklinde değiştirilmiştir” hükmü yer almaktadır⁸. Buna göre idarî yargıda tek hâkimle çözümlenecek davalara ilişkin parasal sınırın (2012 itibarıyla) 9230 TL'den 50000 TL'ye çıkarılması hedeflenmektedir. Bu şekildeki bir düzenlemenin Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın iş yükünü derinden etkileyeceği açıktır.

Çalışmada, vergi mahkemelerinde tek hâkimle karara bağlanacak davalara ilişkin parasal sınırın artırılmasının muhtemel sonuçları, geçmiş yıllara ilişkin istatistikî bilgilere dayanılarak değerlendirilmeye tabi tutulmaya çalışılacaktır.

II. KANUN TASARISINDAKİ DÜZENLEMENİN GEREKÇESİ

Tasarının genel gerekçesinde⁹, yargılama sürecinin yavaş işlediği vurgulanmakta ve bu tasarının yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla bugüne kadar yapılan düzenlemelerin devamı niteliğinde olduğu belirtilmektedir: “*Son yıllarda yargının iş yükünün aşırı şekilde ağırlaşması ve yargılama sürecinin yavaş işlemesi, Anayasamızın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kabul ettiği makul sürede yargılanma hakkı ve devletin makul sürede yargılama yükümlülüğünün gereğinin yerine getirilmesini önemli derecede engellemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlâli nedeniyle Türkiye'nin tazminat ödemek zorunda kaldığı fiillerin önemli bir kısmının da makul sürede yargılama ilkesinin ihlâliyle*

⁷ “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Cezaların Ertelemesi Hakkında Kanun Tasarısı”. Başbakanlığın 30.01.2012 tarih ve 464/544 sayılı yazısı ile TBMM'ye gönderilmiştir. Tasarının tam metni ve gerekçeleri için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2012/ocak/kanuntasarisison/tasarison.pdf>, ET. 05.02.2012.

⁸ Tasarının 40. maddesinde benzer hüküm, idarî yargıda duruşma yapılmasına ilişkin olarak getirilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 17. maddesindeki duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırın 50000 TL'ye yükseltilmesi planlanmaktadır.

⁹ Tasarının gerekçesi için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2012/ocak/kanuntasarisison/tasarison.pdf>, ET. 05.02.2012.

Vergi Mahkemelerinde Tek Hâkimle Çözülenecek Davalara İlişkin...

*ilgili olduğu düşünüldüğünde, makul sürede yargılama yükümlülüğünün önemi daha da artmaktadır*¹⁰.

İdarî yargı ile yapılan değişikliklerin genel gerekçesinde ise, Danıştay'ın iş yükünün azaltılması ve bu suretle Danıştay'a gerçek bir temyiz ve içtihat mahkemesi sıfatının kazandırılmasının amaçlandığı ifade edilmektedir: *“Bu değişikliklerin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararı verdiği bazı sorunların giderilmesi, Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davaların azaltılması, iş yükünün hafifletilmesi, Danıştayın gerçek bir temyiz ve içtihat mahkemesi hüviyetini kazanabilmesi, bir kısım kararların heyet kararına gerek olmaksızın, üye hakim tarafından alınabilmesi, yargılama sürelerinin kısaltılması sağlanacaktır*”¹¹.

Tek hâkimle görülecek davalara ait parasal sınırın artırılmasını hükme bağlayan maddenin gerekçesinde ise, ülkemizde tek hâkimle görülen dava sayısının çok düşük kaldığı, yapılacak düzenleme ile davaların daha hızlı karara bağlanmasının mümkün olacağı belirtilmektedir¹².

III. MEVCUT PARASAL SINIRDAKİ İŞLEYİŞİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu bölümde, açıklanan son iki yıla (2009 ve 2010) ait veriler ele alınacak ve ona göre bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Vergi mahkemelerinin 2009 yılına ilişkin görev yükü şu şekilde belirtilebilir¹³: (01.01.2009-31.12.2009 arası)

¹⁰ Tasarı, s. 25.

¹¹ Tasarı, s. 27.

¹² Madde 37 gerekçesi: *“Maddeyle, idare ve vergi mahkemelerinde tek hâkim tarafından görülecek davalara ilişkin parasal sınır yeniden düzenlenmektedir. İdarî yargı sisteminden büyük ölçüde esinlendiğimiz Fransa’da ilk derece yargılamasında davaların yaklaşık 2/3’ü tek hâkim tarafından yürütülmektedir. Ülkemizde ise ilk derece mahkemelerinde tek hâkimle görülen davaların sayısı oldukça düşük kalmaktadır. Düzenlemeyle tek hâkim tarafından karara bağlanacak dosyaların sayısı artırılmaktadır. Bununla davaların daha hızlı karara bağlanmasının mümkün olacağı değerlendirilmektedir”*. Tasarı, s. 34-35.

¹³ http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/idari/idari13.pdf ’den yararlanılarak oluşturulmuştur. ET. 24.10.2011.

Ümit Süleyman ÜSTÜN

GELEN İŞ	DAVA SAYISI
Geçen Yıldan Kalan	72177
Yıl İçinde Gelen	110733
Bozularak Gelen	5528
TOPLAM	188438

Vergi mahkemelerinin 2010 yılına ilişkin görev yükü ise şu şekilde belirtilebilir¹⁴: (01.01.2010-31.12.2010 arası)

GELEN İŞ	DAVA SAYISI
Geçen Yıldan Kalan	76533
Yıl İçinde Gelen	130134
Bozularak Gelen	5795
TOPLAM	212462

Buna göre vergi mahkemelerinin 2009 yılındaki iş yükü toplam 188438'dir. Bunun üçten birinden fazlasını (%38,30) geçen yıldan kalan dosyalar oluşturmaktadır. 2010 yılında ise mahkemelerin iş yükü artmıştır: 212462. Bunun % 30,02'sini geçen yıldan kalan dosyalar oluşturmaktadır. Geriye kalanı ise gelecek yıla devretmektedir¹⁵.

¹⁴ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2010/ist_tab.htm 'den yararlanılarak oluşturulmuştur. ET. 05.02.2012.

¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜN, s. 55.

Vergi Mahkemelerinde Tek Hâkimle Çözömlenecek Davalara İlişkin...

İtiraz mercii olan Bölge İdare Mahkemelerinin iş yükü incelendiği ise ortaya çarpıcı bir durum çıkmaktadır¹⁶:

BÖLGE İDARE MAHKEMESİ ESAS DOSYASI İŞ YÜKÜ (1/1/2009 - 31/12/2009)										
GÖNDEREN MAHKEME	KONULAR	GELEN İŞ				ÇIKAN İŞ			DEVREDEN İŞ	
		GEÇEN YILDAN KALAN	YIL İÇİNDE GELEN	TOPLAM	%	İTİRAZ	KARAR DÜZELTME	TOPLAM		
İDARE	İTİRAZ	2153	14852	17005	22,4	11844	3523	15367	1638	
	BAĞLANTI	44	1665	1709	2,2	1662	0	1662	47	
VERGİ	İTİRAZ	11131	43330	54461	71,6	34075	11018	45093	9368	
	BAĞLANTI	101	918	1019	1,3	1006	0	1006	13	
	GÖREV, YETKİ UYUŞMAZLIĞI	8	521	529	0,7	529	0	529	0	
	DİĞER	560	782	1342	1,8	1256	71	1327	15	
	TOPLAM	13997	62068	76065	100,0	50372	14612	64984	11081	

Bölge İdare Mahkemelerin 2009 yılındaki iş yükünün 72,9'unu vergi mahkemelerinden gelen dosyaları oluşturmaktadır.

¹⁶ http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/idari/idari2.pdf, ET. 24.10.2011.

Ümit Süleyman ÜSTÜN

Bölge İdare Mahkemelerinin 2010 yılı iş yükü ise şu şekildedir¹⁷:

BÖLGE İDARE MAHKEMESİ ESAS DOSYASI İŞ YÜKÜ (1/1/2010 - 31/12/2010)									
GÖNDEREN MAHKEME	KONULAR	GELEN İŞ				ÇIKAN İŞ			DEVREDEN İŞ
		GEÇEN YILDAN KALAN	YIL İÇİNDE GELEN	TOPLAM	%	İTİRAZ	KARAR DÜZELTME	TOPLAM	
İDARE	İTİRAZ	1638	14571	16209	19,8	10982	3208	14190	2019
	BAĞLANTI	47	1955	2002	2,4	1949	0	1949	53
VERGİ	İTİRAZ	9368	52324	61692	75,3	37712	14931	52643	9049
	BAĞLANTI	13	1111	1124	1,4	1076	0	1076	48
	GÖREV, YETKİ UYUŞMAZLIĞI	0	852	852	1,0	839	0	839	13
	DİĞER	15	39	54	0,1	41	1	42	12
	TOPLAM	11081	70852	81933	100,0	52599	18140	70739	11194

Bölge İdare Mahkemelerinin 2010 yılındaki iş yükünün % 76,7'sini vergi dava dosyaları oluşturmaktadır. Bölge İdare Mahkemelerinin vergiye ilişkin dava sayılarında yıldan yıla artış meydana gelmektedir. Bu bakımdan Bölge İdare Mahkemeleri adeta vergi mahkemelerinin itiraz mercii hüviyetine bürünmüş gibidir.

Bu bilgilerden Bölge İdare Mahkemelerinin vergi davalarında önemli bir fonksiyon gördüğü sonucu çıkmaktadır. Bölge İdare Mahkemelerinin iş yükünün neredeyse dörtte üçünden fazlası vergi davalarından oluşmaktadır. Ancak bu durumun Danıştay'ın vergi davaları ile ilgili iş yükünü çok da hafifletmemiş olduğu görülmektedir.

¹⁷ http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2010/idari/idari2.pdf, ET. 05.02.2012.

Vergi Mahkemelerinde Tek Hâkimle Çözülenecek Davalara İlişkin...

Danıştay'ın 2009 yılına ilişkin iş yükü şu şekilde belirtilebilir¹⁸:

DANIŞTAY İŞ YÜKÜ (1/1/2009-31/12/2009)							
DAİRELER	GELEN İŞ			ÇIKAN İŞ	GELECEK YILA DEVİR	ÇIKANIN GELENE (%)	M ¹⁸
	GEÇEN YILDAN DEVREN GELEN	YIL İÇİNDE GELEN	TOPLAM				
İDARİ DAVA DAİRELERİ G. K.	5652	4170	9822	4659	5163	47,4	441
VERGİ DAVA DAİRELERİ G. K.	503	731	1234	813	421	65,9	215
BİRİNCİ	250	1740	1990	1813	177	91,1	43
İKİNCİ	7492	6450	13942	5020	8922	36,0	515
ÜÇÜNCÜ	5459	6272	11731	4555	7176	38,8	420
DÖRDÜNCÜ	8488	9500	17988	7259	10729	40,4	413
BEŞİNCİ	11618	7916	19534	8047	11487	41,2	521
ALTINCI	18056	16100	34156	13127	21029	38,4	481
YEDİNCİ	8953	9539	18492	5845	12647	31,6	505
SEKİZİNCİ	11091	10979	22070	8320	13750	37,7	463
DOKUZUNCU	8012	10005	18017	5424	12593	30,1	481
ONUNCU	14203	16909	31112	11667	19445	37,5	424
ONBİRİNCİ	20739	9010	29749	11205	18544	37,7	700
ONİKİNCİ	11481	9449	20930	7802	13128	37,3	514
ONÜÇÜNCÜ	17397	7434	24831	11403	13428	45,9	589
TOPLAM	149394	126204	275598	106959	168639	38,8	491

M¹⁸ : Ortalama görülme süresi(Gün); Dosyanın daireye gelişi ile daireden çıkışı arasında geçen zaman olarak hesaplanmıştır.

¹⁸ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/danistay/danistay1.pdf,ET. 24.10.2011.

Ümit Süleyman ÜSTÜN

Danıştay'ın 2010 yılına ilişkin iş yükü ise şu şekildedir¹⁹:

DAİRELER	DANIŞTAY İŞ YÜKÜ (1/1/2010-31/12/2010)						M*
	GELEN İŞ			ÇIKAN İŞ	GELECEK YILA DEVİR	ÇIKANIN GELENE (%)	
	GEÇEN YILDAN DEVREN GELEN	YIL İÇİNDE GELEN	TOPLAM				
İDARİ DAVA DAİRELERİ G. K.	5163	4878	10041	3698	6343	36,8	483
VERGİ DAVA DAİRELERİ G. K.	421	827	1248	701	547	56,2	228
BİRİNCİ	177	2162	2339	2127	212	90,9	33
İKİNCİ	8922	7268	16190	5285	10905	32,6	569
ÜÇÜNCÜ	7176	7491	14667	4561	10106	31,1	516
DÖRDÜNCÜ	10729	9986	20715	6628	14087	32,0	538
BEŞİNCİ	11487	7953	19440	8010	11430	41,2	517
ALTINCI	21029	13582	34611	12240	22371	35,4	605
YEDİNCİ	12647	11035	23682	6080	17602	25,7	636
SEKİZİNCİ	13750	10007	23757	7563	16194	31,8	614
DOKUZUNCU	12593	11916	24509	7114	17395	29,0	567
ONUNCU	19445	16742	36187	12130	24057	33,5	542
ONBİRİNCİ	18544	10613	29157	11924	17233	40,9	571
ONİKİNCİ	13128	9632	22760	6901	15859	30,3	631
ONÜÇÜNCÜ	13428	5110	18538	8918	9620	48,1	591
DAİRELER T.	163055	123497	286552	99481	187071	34,7	565
TOPLAM	168639	129202	297841	103880	193961	34,9	560

M* : Ortalama görülme süresi(Gün); Dosyanın daireye gelişi ile daireden çıkışı arasında geçen zaman olarak hesaplanmıştır.

Danıştay'da davaların karara bağlanma sürecinin yavaş işlediği anlaşılmaktadır. Çıkan davaların oranının gelen davaların ancak 2009 yılında %38,8'ini, 2010 yılında ise % 34,9'unu karşılaması bu durumu göstermektedir.

Vergi davaları ile görevli dairelerin (3, 4, 7, 9 ve vergi dava daireleri genel kurulunun) toplam iş yükü 2009 yılı için 67462'dir. Bu ise Danıştay'ın toplam iş yükünün % 24,47'sine tekabül etmektedir. 2010 yılında ise bu dairelerin toplam iş yükü 84821'dir. Bu sayı, 2010 toplam iş yükünün % 28,47'sine karşılık gelmektedir. Bu açıdan Danıştay'da görülen davaların ancak dörtte birinin doğrudan vergi ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır²⁰.

Doktrinde istinaf modelini esas alan üç kademeli bir yapılanmanın uygun olacağı vurgulanmaktadır²¹. Bölge İdare Mahkemelerine, gerçek

¹⁹ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2010/danistay/danistay1.pdf, ET. 05.02.2012.

²⁰ ÜSTÜN, s. 59.

²¹ ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 188; KUMRULU, s. 57; SABAN, s. 310-311.

Vergi Mahkemelerinde Tek Hâkimle Çözömlenecek Davalara İlişkin...

istinaf niteliği kazandırılmalıdır. Bölge İdare Mahkemelerinin vergilere ilişkin görev alanları sınırlı tutulduğundan, bu mercilerin sembolik nitelikte kaldığı iddia edilmektedir²². Ancak Bölge İdare Mahkemelerinin görev yükünün yaklaşık olarak dörtte üçünden fazlasını vergi mahkemelerinden gelen itirazların oluşturduğuna yönelik istatistiğe göre, bu mahkemeler vergi yargısı açısından önemli bir fonksiyon görmektedir. Fakat sağlıklı bir işleyiş açısından, bu mahkemelerin görev alanlarının yeniden belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Buna göre, görev alanının dava konusuna göre belirlenmesi çok daha isabetli olacaktır²³.

2009 yılında, Bölge İdare Mahkemelerinde itiraz yoluyla incelenen vergi davaları sayısı 55480, Danıştay'da temyizen incelenen vergi davalarının sayısı ise 67462 olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla 2009 yılında vergi mahkemeleri kararlarından kanun yoluna gidilenlerin % 45,12'si Bölge İdare Mahkemelerine, % 54,87'si ise Danıştay'a gitmiştir.

2010 yılında ise bu rakamlar Bölge İdare Mahkemeleri için 62816 (% 42,54), Danıştay için 84821 (% 57,45) olarak gerçekleşmiştir. 2010 yılında bir önceki yıla oranla, Bölge İdare Mahkemelerine itiraz başvuruları % 45'ten % 42'ye düşmüştür. Danıştay'a temyiz başvuruları ise % 54.87'den % 57,45'e yükselmiştir.

Bu bilgiler doğrultusunda Danıştay'ın vergi davalarına ilişkin iş yükünün Bölge İdare Mahkemelerinden daha çok olduğu anlaşılmaktadır. Vergi mahkemelerinin tek hâkimle verdiği kararların sayısal olarak düşük kaldığı ortadadır. Ayrıca her geçen yıl bu sayının azalmaktadır. Danıştay'ın iş yükünün de oransal olarak arttığı anlaşılmaktadır. Bu da, tek hâkimle görülecek davalara ilişkin kanunda yer alan parasal sınırın düşük kaldığının çok önemli bir göstergesidir.

Danıştay'ın temyiz mercii olarak, vergi hukukunun ve vergi yargısının gelişiminde katkısı büyüktür. Bu yüzden Danıştay'ın gerçek içtihat mahkemesi kimliğine kavuşturulması gerektiği doktrinde haklı olarak

²² ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 188; Bu mahkemelerin tıkaç fonksiyonunu çok küçük ölçüde yerine getirdikleri belirtilmektedir. Bkz. KUMRULU, s. 56.

²³ Bkz. KUMRULU, s. 56-57.

Ümit Süleyman ÜSTÜN

ileri sürülmektedir²⁴. Danıştay'ın gerçek içtihat mahkemesi hüviyetine kavuşturulabilmesi de iş yükünün azaltılması, nitelikli davaların Danıştay'a gelmesiyle mümkün olabilecektir.

IV. SONUÇ

Bölge idare Mahkemeleri ve Danıştay vergi hukukunda önemli görev ifa etmektedir. Özellikle Danıştay içtihatları sayesinde vergi hukukunun gelişimine büyük katkı sağlamaktadır. Ancak Danıştay'ın bu görevini layıkıyla sürdürebilmesi, içtihat oluşturma işlevini yeterince titizlikle yerine getirebilmesine bağlıdır. Bu bakımdan Danıştay'ın iş yükünün azaltılması, nitelikli davaların Danıştay'a gönderilmesi büyük önem arz etmektedir.

Mevcut durum incelendiğinde, kanun yollarının yaklaşık % 45'inin Bölge İdare Mahkemelerine yapılan itirazlardan ve yaklaşık % 55'inin Danıştay'a yapılan temyiz başvurularından oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu haliyle Danıştay, kanun yollarına müracaatların yarısından fazlasında görev almış bulunmaktadır. Danıştay'ın gerçek bir yüksek içtihat mahkemesi sıfatına sahip olabilmesi için bu oranın düşmesi gerektiği açıktır.

Tasarıyla tek hâkimle bakılacak davalara ilişkin parasal sınırı artırılmasının hedeflenmesi, Danıştay'ın gerçek bir yüksek içtihat mahkemesi olarak görev yapabilmesi için oldukça önemli bir adım niteliğindedir. Bu sayede Bölge İdare Mahkemelerinin yükü artacak, Danıştay'a ise daha az sayıda dosya intikal edecektir. Bu da Danıştay açısından olumlu niteliktedir.

Daha çok sayıda dosyanın Bölge İdare Mahkemelerine gidecek olması, benzer konularda farklı Bölge İdare Mahkemelerinden verilen kararların birbiriyle çelişen tarzda olmasına da yol açabilecektir. Farklı Bölge İdare Mahkemelerinin benzer konularda, kararlarında farklılıklar meydana gelebilecektir. Bu durumun düzeltilmesi için, bu mahkemelerden verilen farklı içtihatların Danıştay'ın bünyesinde birleştirilmesine yönelik bir düzenleme yapılması olumlu olacaktır.

²⁴ Bunun için de Danıştay, belli kriterlere göre kendisine intikal edecek sınırlı sayıdaki uyuşmazlığa, yüksek içtihat mahkemesi sıfatıyla bakmalıdır. Bkz. SABAN, s. 311; KUMRULU, s. 57.

Vergi Mahkemelerinde Tek Hâkimle Çözömlenecek Davalara İlişkin...

Tasarının bu şekilde kanunlaşması halinde, Bölge İdare Mahkemelerinin vergi ile ilgili iş yükü daha da artacaktır. Bu mahkemelerde görölmekte olan dosyaların dörtte üçü vergiye ilişkindir. Yapılan düzenleme sonrası bu oranın idarî davalar aleyhine biraz daha artması söz konusu olacaktır. Bu bakımdan Bölge İdare Mahkemelerinin görevlerinin ve yapısının yeniden ele alınması gerekebilecektir. Aslında, vergi yargısının idarî yargı dışında ayrı, bağımsız bir yargı kolu olarak düzenlenmesi, muhtemel sorunların önlenmesinde belki de en etkin çözüm yolu olacaktır.

KAYNAKÇA

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü,
<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> Erişim Tarihi: 05.02.2012.

BİLİCİ Nurettin (2010), *Vergi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

KUMRULU Ahmet (1989), *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik*, Ankara: Çoğaltma.

ÖNCEL Muallâ – KUMRULU Ahmet – ÇAĞAN Nami (2011), *Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.

SABAN Nihal (2006), *Vergi Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

ÜSTÜN Ümit Süleyman (2011), *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Yargısı?*, ÇAĞA Hukuk Vakfı 2011 Ödölünü alan henüz yayımlanmamış eser.

Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Cezalarının Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2012/ocak/kanuntasarisison/tasarison.pdf> Erişim tarihi: 05.02.2012.

BOŞ

ÇEVİRİ>>

BOŞ

İNŞAATÇI İPOTEĞİNE İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER*

Dr. Roland PFÄFFLI / Daniela BYLAND*

Çeviren: Fahri Erdem KAŞAK*

1 Ocak 2012’de taşınmaz eşya hukukuna ilişkin kısmi değişiklik yürürlüğe girecektir. Bununla birlikte inşaatçı ipoteğine ilişkin hükümler de değişikliğe uğrayacaktır. Bu çalışmada anılan yenilikler kısaca anlatılacaktır. Ayrıca Profesör Schumacher tarafından kendisinin inşaatçı ipoteğine ilişkin temel eserine ek olarak yayınlanan kısa tamamlama cildinden de bahsedilecektir.

1. Giriş

- 1 Ocak 2012’de taşınmaz eşya hukukuna ilişkin kısmi değişiklik¹ ve bununla birlikte tamamen değiştirilen tapu siciliyle ilgili tüzük (yeni adı: Tapu Sicili Tüzüğü)² ile elektronik resmi sicile ilişkin yeni tüzük³ yürürlüğe girecektir.
- Anılan değişikliğe, Glarus Kantonu Senatörü Fritz Schiesser’in 19 Mart 1998⁴ tarihli kanun teklifi vesile olmuştur. Senatör, Federal Konsey’den ipotekli borç senedinin (yazısız) kaydi bir sicilde

* Jusletter dergisinin (www.jusletter.ch) 21 Kasım 2011 tarihli sayısında “Aktuelles zum Bauhandwerkerpfandrecht” adıyla yayınlanmıştır.

* Dr. iur. Roland Pfäffli, Thun şehri noteri ve tapu memuru.
Daniela Byland, Zollikofen şehri noteri ve Bern Üniversitesi Hukuk (esas olarak Özel Hukuk) Yüksek Lisansı Mezunu.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ AS 2011, s. 4637 vd. ile karşılaştırınız; PFÄFFLI, Roland / BYLAND, Daniela, Revidiertes Immobiliarsachenrecht in Kraft gesetzt, Jusletter 26 Eylül 2011.

² AS 2011, s. 4659 vd. ile karşılaştırınız.

³ AS 2011, s. 4779 vd. ile karşılaştırınız.

⁴ 98.3131 numaralı kanun tasarısı (İsviçre Medeni Kanunu’nun Değiştirilmesi / İpotekli borç senedinin sicilli ipotek hakkı olarak şekillendirilmesi) ile karşılaştırınız; Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat 1998, s. 575-576 ile karşılaştırınız.

tutulmasına ilişkin bir teklif talep etmiştir. Senatör, ipotekli borç senedini taşınmaz rehni çeşidi olmaktan çıkarmak niyetinde değildi, aksine –mutat yazılı ipotekli borç senedinin yanında– çağdaş hukuki işlemlerin gereklerine ve zamana uygun ek bir araç yaratmak istiyordu.

- 3 Bu fırsat, örneğin inşaatçı ipoteği alanında olduğu gibi eşya hukukunun diğer kurumlarına da uygun hale getirilerek⁵ kullanılmıştır. Bu çalışma anılan değişiklikleri incelemektedir.

2. Süre

- 4 İnşaatçı ipoteğinin tapu kütüğüne tescili için mevcut olan şimdikiye kadarki üç aylık süre, dört aya (inşaat işlerinin tamamen bitirilmesinden sonra) uzatılmıştır (ZGB'nin yeni m. 839/2 hükmü).

3. İpotek talebi

- 5 İnşaatçı ipoteğinin tesciline ilişkin talep aşağıdaki gibi açıklanabilir:
- a. Kiracı, hâsılât kiracısı ya da taşınmaz üzerinde hak sahibi olan diğer bir kişi tarafından yaptırılan inşaat edimlerine ilişkin ipotek talebi, yasal olarak düzenlenmiştir. İnşaatçı ipoteğine ilişkin talep, ancak malikin söz konusu faaliyetlerin yürütülmesine onay vermesi halinde ileri sürülebilir (ZGB'nin yeni m. 837/2 hükmü).
 - b. İnşaatçı ipoteği talebine dâhil olan edimler yeniden tanımlanmıştır. İnşaatçı ipoteği talebi, zanaatkar ya da yüklenicinin yapı veya diğer işler nedeniyle elde ettikleri alacaklar ile yeni olarak yıkım faaliyetleri, inşaat iskelesi inşası, hafriyat çalışmaları veya benzerleri için de mevcuttur (ZGB'nin yeni m. 837/1/3 hükmü).

4. İdare malları

- 6 İnşaatçı ipoteği, şimdikiye kadar olduğu gibi idarenin malvarlığına dâhil olan bir taşınmaz üzerinde tescil edilemez. Bu durumda kamu (malik olarak) zanaatkâra ya da yükleniciye karşı adi kefalet hükümleri uyarınca sorumlu olur (ZGB'nin yeni m. 839/4 hükmü).

⁵ Federal Meclis'in 11 Aralık 2009 tarihli kararıyla karşılaştırınız. (Bundesblatt 2009, s. 8779 vd.)

İnşaatçı İpoteğine İlişkin Güncel Gelişmeler

Bu hususa ilişkin maddi usul yasal olarak düzenlenmiştir (ZGB'nin yeni m. 839/5 ve m. 839/6 hükümleri).

5. Usul

- 7 İnşaatçı ipoteğinin geçici tescilinin şerh edilmesinde kısaltılmış usul uygulanır (ZPO m. 249/d/5 hükmü).
- 8 Tartışmalı olan husus, asliye hukuk mahkemesinin mi yoksa (mevcut olduğu yerlerde⁶) ticaret mahkemesinin mi yetkili olduğudur. Zürih Kantonu'ndan benzer bir olay şu an Federal Mahkeme'nin önünde karar verilmesi için beklemektedir⁷.

6. Alt yüklenici

- 9 Önceden alt yüklenicilerin şimdiye kadarki (doğrudan) ipotek talebi ve böylece taşınmaz malikinin çifte ödeme tehlikesi kaldırılmak isteniyordu. Fakat itirazlar karşısında bu çözümden vazgeçilmiştir. Sonuç olarak bu açıdan daha fazla bir değişiklik yapılmamıştır, öyle ki önceden olduğu gibi alt yükleniciye (asıl yüklenicinin yanı sıra) yasal bir ipotek hakkı talebi tanınmıştır⁸.

7. Güncel eserlere ilişkin notlar

- 10 “İnşaatçı ipoteğinin taşsız büyük ustası” olarak tanınan⁹ (Aargau Kantonu'ndaki Baden şehrinde bulunan) Kirchdorflu Profesör Dr. iur. Rainer Schumacher tarafından, üç yıl önce yayınlanan inşaatçı

⁶ Aargau, Bern, St. Gallen ve Zürih kantonlarında özel ticaret mahkemeleri bulunmaktadır.
⁷ WALTHER, Fridolin, Eintragung provisorischer Bauhandwerkerpfandrechte nach neuer ZPO – ein Fall für die Handelsgerichte?, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZZP 2011, s. 447 vd.; RAPOLD, Manuela / FERRARI-VISCA, Reto, Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in den Handelsgerichtskantonen, Jusletter 14 Kasım 2011 ile karşılaştırmız.
⁸ SCHMID, Jürg, Neuerungen bei den Grundpfandrechten, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Revision des Immobiliarsachenrechts, Band 12 des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, Bern 2011, s. 65-66 ile karşılaştırmız.
⁹ VON GRAFFENRIED, Alec, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat 2009, s. 1956 ile karşılaştırmız.

Fahri Erdem KAŞAK

ipoteğine ilişkin temel eserine¹⁰, kısa bir süre önce bir tamamlama cildi yayınlanmıştır¹¹.

- 11 Tamamlama cildi, bir taraftan İsviçre’de federal olarak düzenlenen medeni usul hukukunu (1 Ocak 2011’de ilk İsviçre Medeni Usul Kanunu yürürlüğe girmiştir), diğer taraftan ise Federal meclis tarafından yakın zamanda yapılan ve 1 Ocak 2012’de yürürlüğe girecek taşınmaz eşya hukukuna ilişkin kısmi revizyonu dikkate almıştır.
- 12 İlk kısım ZGB’nin kısmi revizyonu ile ilgili olan aşağıdaki değişikliklere hasredilmiştir:
 - Kiracı, hâsılat kiracısı veya taşınmaz üzerindeki hak sahibi olan diğer bir kişi tarafından inşaata yaptırılan edimlere ilişkin ipotek hakkı taleplerinin genişletilmesi.
 - Özellikle zanaatkâr ya da yüklenicinin yıkım işleri, inşaat iskelesi inşası, hafriyat ya da benzeri edimler için ipotek tescili taleplerinin genişletilmesi.
 - Kamu kurumlarının idarenin malvarlığında bulunan taşınmazlara yapılan ifalara ilişkin olarak zanaatkâr ya da yükleniciye karşı olan sorumluluğunun düzenlenmesi.
 - İnşaatçı ipoteğinin ileri sürülebilmesine ilişkin olarak üç aylık sürenin dört aya uzatılması.
- 13 İkinci kısım, detaylı bir şekilde geçiş devresi hukukuyla meşgul olmaktadır¹². Eski hukuktan yeni hukuka geçiş sürecinde geçiş dönemi hukukuna ilişkin sorunlar her şeyden önce yükleniciler ve

¹⁰ ZBJV 2009, s. 888 ve devamındaki inceleme ile karşılaştırınız.

¹¹ SCHUMACHER, Rainer, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2011, XXI + 250 sayfa, ciltsiz, 95 CHF, ISBN 978-3-7255-6339-5. Kitap, ikili paket içerisinde (temel eser ve tamamlama cildi) tanzil edilmiş bir fiyata kitapçılarda bulunabilir.

¹² Geçiş dönemi hukuku için SCHUMACHER, Rainer, Zur Revision des Bauhandwerkerpfandrechts: Intertemporales Recht, Der bernische Notar, BN 2011, s. 1 vd. ile karşılaştırınız.

İnşaatçı İpoteğine İlişkin Güncel Gelişmeler

zanaatkârlar için, fakat aynı zamanda da avukatlar, hâkimler ve tapu daireleri için pratik açıdan büyük önemi haizdir.

- 14** Üçüncü ve son kısımda inşaatçı ipoteğinin Federal Medeni Usul Kanunu ile daha şimdiden tartışmalara sebebiyet veren görev ve yetki bağlantısı açıklanmıştır.
- 15** Kitabı tamamlayan her iki ek de özellikle değerlidir. Bir taraftan eski ve yeni kanun metinlerini (Federal devletin üç resmi dilinde) gösteren bir çizelge ve diğer taraftan da “İnşaatçı ipoteğinin geçici tesciline ilişkin talep” konusunda 2011 yazında Federal Adalet Bakanlığı tarafından geliştirilen form mevcuttur.
- 16** Şerhin ağırlık noktası, bir uzman tarafından usta bir şekilde ve eksiksiz olarak güncelleştirilmesindedir. Özetle değerli ve ilgi çekici bir tamamlama cildi mevcuttur, yani tamamlama cildi günlük işlerin üstesinden gelebilmek konusunda çok kullanışlı ve değerli bir yardım sağlamaktadır. Eser, her okuyucu için büyük bir kazançtır ve herkese rahatlıkla önerilebilir.

Boş