



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

Cilt : 3 – Sayı : 1
Ocak – Haziran 2012

Vol. : 3 – No : 1
January – June 2012

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası
Kapak Tasarım Okt. Fehmi KOLÇAK

İLETİŞİM ADRESİ:
İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye
Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukuk
www.inonu.edu.tr/hukukdergi

e-posta : hukuk@inonu.edu.tr

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

İNönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	Journal of the Faculty of Law of İNönü University
<i>Sahibi</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK	<i>Owner</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK
<i>Sorumlu Yazı İşleri Müdürü</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK	<i>Responsible Chief Editor</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK
<i>Editörler</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER	<i>Editors</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Assist.Prof.Dr..Hayri KESER
<i>Yayın Kurulu</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER	<i>Editorial Board</i> Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Assist.Prof.Dr.Hayri KESER

ISSN: 2146-1082

İNönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yılda 2 sayı Olarak
Yayınlanmakta Olan Hakemli Dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
Fakülteyi bağlamaz

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof.Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan KARAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa AKAY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Oguz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Tekin MEMİŞ	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr.Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Mehmet ÖZDAMAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Murat ATALI	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Süleyman BAŞTERZİ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Burak ÖZTÜRK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Hamdi PINAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. M.Ayhan TEKİNSOY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Oğuz Sadık AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

- 1- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
- 2- Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
- 5- Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
- 6- Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır. Ayrıca yazılar, hukuk@inonu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.

- 9- Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 10- Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
- 11- Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
- 12- Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
- 13- Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
- 14- Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
- 15- Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

İÇİNDEKİLER

Prof.Dr.Carlo GAMBA Detestabilis Usura	1-38
Prof.Dr.Hasan Tahsin FENDOĞLU Başkanlık Sistemi	39-60
Prof.Dr.Veyssel BAŞPINAR Eşya Hukuku ve Yargı Kararları Açısından Emval-i Metrûke	61-112
Prof .Dr. Mahmut KOCA Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü	113-128
Prof .Dr. Tekin MEMİŞ Güvence Hesabının Taşımının 100 Km. Altında Olması Nedeniyle Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Kapsamında Ödeme Yapmayı Reddetmesi Hukuka Uygun Mudur?.....	129-150
Doç.Dr. Abdüllatif ŞENER – Dr. İlhami ÖZTÜRK Anonim Şirketlerde Pay Sahibi Olmayan Denetim Kurulu Üyelerine ve Denetçilere Kar Payı Ödenmesinin Hukuki ve Mali Analizi.....	151-186
Doç.Dr. Müslüm AKINCI Normatif Düzen Kalitesi	187-212
Yrd.Doç.Dr. İsmail DEMİR 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme'de 2003 Tarihli Protokol İle Kabul Edilen Değişiklikler.....	213-256
Yrd.Doç.Dr. Nihat TAŞDELEN 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterler.....	257-294
Yrd.Doç.Dr. Kadir GÜRTEN – Av. S. Ege ERENEL <i>Lex Sportiva: Spor</i> Hukukunun Küreselliği	295-316
Dr.Cenk AKİL İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi	317-338
Av.Dr.Hüseyin AYDIN Bir Güvenlik Tedbiri Olarak TBMM Üyeliğinden Yoksun Bırakma	339-364
Dr. Gerçek Yücel ŞAHİN Romanlar Azınlığı ve Avrupa Birliği Hukukunda Serbest Dolaşım Hakları	365-378
Zekai DAĞAŞAN Von der Sünde zur Straftat – Strafrechtstheorie in der türkischen Rezeptions- und Kodifikationsgeschichte –	379-414
Esra KAŞAK Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı Tbk M. 21/2)	415-430

CONTENTS

Prof.Dr. Carlo GAMBA Detestabilis Usura (Illegitimacy of excessive interests in legislation and in doctrine from the medieval to the modern age).....	1-38
Prof.Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU Presidential System	39-60
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR Abandoned Property In Terms Of Law Of Property And Judicial Decisions	61-112
Prof. Dr. Mahmut KOCA Notice Liability In Child Abuse.....	113-128
Prof. Dr. Tekin MEMİŞ Is That Legal To Refuse To Make Payment Within The Scope Of Compulsory Seat Personal Accident Insurance Due To The Assurance Account Is Under 100 Km	129-150
Assoc.Prof.Dr. Abdullatif ŞENER – Dr. İlhami ŞENER Legal And Fiscal Analysis Of Dividend Payment To Auditing Board Members And Auditors Who Are Not Shareholders At Joint-Stock Corporations.....	151-186
Assoc.Prof.Dr. Müslüm AKINCI Quality Of Normative Order	187-212
Assist.Prof.Dr. İsmail DEMİR Amendments Adopted By “Protocol Of 2003 To The International Convention On The Establishment Of An International Fund For Compensation For Oil Pollution Damage 1992	213-256
Assist.Prof.Dr. Nihat TAŞDELEN According To Turkish Commercial Code Numbered 6102 Commercial Books	257-294
Assist.Prof.Dr Kadir GÜRTEK - Av. S. Ege ERENEL Lex Sportiva: Globosity Of Sports Law	295-316
Dr. Cenk AKİL The Decision On The Unjustness Of The Debtor’s Objection As A Condition Of Execution Denial Indemnity In The Nullity Of Objection Suit	317-338
Dr.Jur. Hüseyin AYDIN Summary As A Security Measure To Deprive Membership Of TBMM	339-364
Dr. Gerçek Şahin YÜCEL The Roma Minority And The Freedom Of Movement Rights In European Union Law.....	365-378
Zekai DAĞIŞAN Von der Sünde zur Straftat – Strafrechtstheorie in der türkischen Rezeptions- und Kodifikationsgeschichte –	379-414
Esra KAŞAK General Terms And Conditions Which Are Strange To The Contract’s Character And The Features Of The Business (The Law No. 6098 Of Turkish Code Of Obligations, Article 21/2)	415-430

DETESTABILIS USURA

Prof.Dr.Carlo Gamba*

*L'ILLICEITÀ DEGLI INTERESSI ECCESSIVI NELLA LEGISLAZIONE E NELLA
DOTTRINA DALL'ETÀ MEDIEVALE ALL'EPOCA CONTEMPORANEA*

SOMMARIO: Premessa – 1. La dottrina giuridica medievale e la *detestabilis usura* – 2. La condanna delle *immoderatae usurae* nella dottrina giuridica dell'età moderna – 3. L'illiceità degli interessi eccessivi nella legislazione e nella dottrina dell'età contemporanea – 4. Le legislazioni antiusurarie del XIX secolo – 5. L'atteggiamento della Chiesa contemporanea nella lotta contro l'usura.

Premessa

Sono trascorsi più di duemilacinquecento anni dalla secessione della plebe romana sul Monte Sacro, prima e, forse, più eclatante manifestazione di reazione popolare di fronte alla crescita esponenziale dei tassi d'interesse pretesi dai *foeneratores*, cioè, da coloro che, appartenenti alla classe più agiata ed in possesso di ingenti capitali, erano soliti prestare denaro.

Eppure, ancor oggi, la *detestabilis et detestata usura* è ben lungi dall'aver allentato il suo morso *vorax et insatiabilis*.

Sempre vivo nella coscienza popolare appare, in effetti, un sentimento dichiaratamente ostile nei confronti degli usurai e delle loro pratiche vessatorie di riappropriazione delle somme concesse in prestito.

Basti pensare ai limiti recentemente imposti in Italia a banche ed altri enti erogatori di prestiti sui tassi d'interesse da applicare sui mutui in

* Prof. Dr. Carlo Gamba Roma 'La Sapienza' Üniversitesi (University of Rome 'La Sapienza' - Università di Roma 'La Sapienza') Hukuk Bilimleri Departmanı (Department of Juridical Sciences) Bölümü: Ortaçağ ve Modern Çağ Hukuk Tarihi (Section: History of Medieval and Modern Law- Sezione: Storia del diritto medievale e moderno)

concessione al fine di non incorrere nel reato d'usura¹ o le pressanti richieste di azzeramento degli ingentissimi crediti elargiti ad alcuni Stati dell'America Latina, dell'Africa, dell'Asia e recentemente anche dell'Europa, privi di adeguate risorse economiche ed attanagliati da un elevatissimo dissesto finanziario².

¹ Si vedano, in particolare, sulle recenti misure antiusuarie prese in Italia: A. CAPERNA – L. LOTTI, *Il fenomeno dell'usura tra esperienze giudiziarie e prospettive di un nuovo assetto normativo*, in «Banca borsa e titoli di credito», 1995, p. 75ss.; A. CRISTIANI, *Guida alle nuove norme sull'usura*, Torino, 1996; F. IZZO – M. SOLOMBRINO, *Le nuove norme sull'usura. Profili penali e civili*, Napoli, 1996; S. PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in «Studium iuris», 1996, pp. 771ss.; P. SILVA, *Osservazioni sulla nuova disciplina penale del reato di usura*, in «Rivista penale», 1996, p. 131ss.; A. MANNA, *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997; F. BELLÌ – F. MAZZINI, *Applicazione della legge antiusura: a che punto siamo*, in «Diritto bancario», 1997, I, p. 357; M. BERTOLINO, *Le opzioni penali in tema di usura: dal codice Rocco alla riforma del 1996*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 774ss.; M. CERASE, *L'usura riformata: primi approcci a una fattispecie nuova nella struttura e nell'oggetto di tutela*, in «Cassazione penale», 1997, p. 2609ss.; U. FILOTTO *L'usura e il sistema finanziario italiano*, in AA. VV., *L'usura in Italia*, a cura di D. MASCIANDARO – A. PORTA, Milano, 1997; C. PEDRAZZI, *Sui tempi della nuova fattispecie di usura*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 661ss.; G. SANTACROCE, *La nuova disciplina penale dell'usura: analisi della fattispecie-base e difficoltà applicative*, in «Cassazione penale», 1997, p.1529ss.; C. BONORA, *La nuova legge sull'usura*, Padova 1998; U. GRASSI, *Il nuovo reato d'usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, in «Rivista di diritto privato», 1998, p. 231ss.; D. MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia, aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 1998; N. MASULLO, *A due anni dalla riforma del delitto di usura: una riflessione sulla nuova scelta strategica*, in «Cassazione Penale», 1998, II, p. 1264ss.; F. SFORZA, *Riciclaggio, usura, monitoraggio fiscale*, Napoli, 1998.

² Nonostante la pubblicazione della *Carta di Sant'Agata dei Goti. Dichiarazione su usura e debito internazionale*, redatta nel 1997 da una Commissione internazionale di giuristi e moralisti nominati dall'allora vescovo di Cerreto Sannita – Teleso – Sant'Agata dei Goti, Mons. Mario Paciello, e giustamente definita uno dei momenti più alti della riflessione giuridica sul problema della violazione dei principi generali di diritto, dei diritti dell'uomo e dei diritti dei popoli e nonostante le ulteriori encomiabili iniziative del *Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del Consejo Europeo de investigaciones sociales de America Latina* e del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del C.N.R. e dell'Università di Roma "Tor Vergata" nonché le importanti ed innovative prese di posizione assunte da organismi internazionali, come, fra tutte, la risoluzione adottata nel 1998 dalla Commissione dei Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite o la *Resolución della XII Asamblea ordinaria* del Parlamento Latinoamericano del 2006, ovvero da parlamenti nazionali, come la Legge approvata dalle Camere italiane nel 2000, ed intitolata "Misure per la riduzione del debito estero dei Paesi a più basso reddito e maggiormente indebitati", non sembra che la situazione gravemente debitoria dei Paesi in via di sviluppo abbia registrato in questi ultimi anni significativi miglioramenti. Si veda, in particolare sulle iniziative più recenti volte a combattere il proliferare dell'usura ed a far fronte alla crescita esponenziale del debito pubblico da parte dei Paesi in via di sviluppo:

Del resto, l'atteggiamento della popolazione più povera di fronte all'esosità delle *usurae* non può reputarsi un *quid* tipico ed individualizzante di un peculiare, seppur assai rilevante, momento della vita dell'Urbe, né un connotato esclusivo dell'epoca romana o, più in generale, dell'evo antico.

Ad esser partecipi di tale netto ed intransigente atteggiamento di ripulsa non furono soltanto le miriadi di anonimi ed illetterati *pauperes* annientati dalle richieste esorbitanti dei *foeneratores*, ma anche eminenti uomini di cultura, i quali mostrarono, in ogni epoca posteriore, di volersi rendere accorati interpreti delle indicibili sofferenze patite dai *debitores*.

Come non rammentare, ad esempio, l'ignominiosa sorte riservata da Dante agli usurai nel terzo girone del settimo cerchio infernale³ ovvero il ripugnante ritratto di Shylock disegnato mirabilmente da Shakespeare nel *Mercante di Venezia*⁴ o anche la vorace bramosia di danaro mostrata da

S. TODESCHINI, *Il debito ingovernabile. I grandi paesi latinoamericani nella trattativa sul debito estero*, Bologna 1986; C. SEMERARO, *La Chiesa e il debito internazionale. Appunti di storia della cultura e del pensiero cristiano di fronte al denaro e all'usura*, in *Debito internazionale, principi generali del diritto*, Padova 1995, pp. 205-219; R. COPPOLA, *Appartenenza dei beni ed usura nell'insegnamento e nel diritto della Chiesa cattolica*, in *Diritto alla vita e debito estero*, a cura di P. CATALANO, Napoli 1997, pp. 75-97; ID., *Dichiarazione di Sant'Agata dei Goti su usura e debito internazionale*, in «Orientamenti sociali», luglio-settembre 1999; G. SALVINI, *Il debito estero dei paesi poveri. Alcune considerazioni etiche dopo la campagna del Giubileo*, in «La civiltà cattolica», 3626, anno CLII, 21 luglio 2001, pp. 160-171; R. COPPOLA, *Debito internazionale e violazione dei diritti umani nella prospettiva del diritto canonico*, in «Archivio giuridico "Filippo Serafini"», vol. CCXXVIII, fasc. 2 (2008), pp. 199-214.

³ D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia*, vol 1, *Inferno*, c. XVII, 28-78, Milano 1986. Sul pensiero di Dante in materia usuraria si confrontino in particolare: B. MORSOLIN, *Scritti su Dante di Giuseppe Todeschini, raccolti da Bartolomeo Bressan*, S.l., s.n. 1875, pp. 304-307; L. FILOMUSI GUELF, *Studi su Dante*, Città di Castello 1908, pp. 111ss; G. BARFOOT, *The Theme of Usury in Dante and Pound*, in «Rivista di Letterature Moderne e Compare», Vol. 30, 1977, pp. 254-283, R. AMBROSINI, *L'usura secondo Dante*, in *Atti della seconda giornata di studi promossa dal Centro studi giuridici "Francesco Carrara"*, Lucca, 30 gennaio 1999, Milano 2000, pp. 211-226; V. SERMONTI, *L'Inferno di Dante, revisione di G. CONTINI*, Milano 2004, pp. 317ss.

⁴ W. SHAKESPEARE, *Il mercante di Venezia*, Introduzione di N. D'AGOSTINO; prefazione, traduzione e note di A. SERPIERI, Milano 1987. Sul personaggio shakespeareano si vedano in particolare: G. FARREN, *An essay on Shakespeare's character of Shylock*, London 1833; G. HEYNES RADFORD, *Shylock and others. Eight studies*, Washington 1894; G. CLARK, *Shylock, as banker, bondholder, corruptionist, conspirator*, Washington, D.C., 1895; B.D.N. GREBAÏNER, *The truth about Shylock*, New York 1962; C.L. BARBER, *The merchants and the Jew of Venice*, in *Shakespeare- The Merchant of*

Arpagone nell'*Avaro* di Molière⁵ oppure la tragicomica rappresentazione dell'avarizia nel *Sior Todero brontolon* di Carlo Goldoni⁶ ovvero anche la disumana malvagità del finanziere Ebenezer Scrooge nel *Canto di Natale* di Dickens⁷. Come dimenticare, poi, in tempi a noi più vicini, la durissima requisitoria *contra usuram* pronunciata con toni apocalittici da Ezra Pound nei suoi *Cantos*⁸ ovvero, infine, la figura spregevole dello strozzino

Venice Casebook, London 1969, pp. 176-192; P. SWINDEN, *The Merchant of Venice*, in *An Introduction to Shakespeare Comedies*, London 1973, pp. 65-76; R. ORNSTEIN, *The Merchant of Venice*, in *Shakespeare Comedies. From Roman Farce to the Mystery*, London 1986, pp. 90-118; B. OVERTON, *The problem of Shylock*, in *The Merchant of Venice. Critical Essays*, New York 1991, pp. 293-313; W. HAZLITT, *The merchant of Venice*, in *The Merchant of Venice. Critical Essays*, cit., pp. 241-246; H. BLOOM, *Shylock*, London 1991; J. GROSS, *Shylock. A legend and its legacy*, New York 1992; A WESKER, *Shylock*, a cura di E. FINTZ MENASCÉ, Milano 1989; K. GROSS, *Shylock Is Shakespeare*, Chicago 2006; H. SINSHEMEIR, *Shylock – The history of a character*, New York 2007.

⁵ MOLIÈRE, *L' avaro*, Milano 1985. Sulla commedia di Molière cfr. in particolare: E. ECKSTEIN, *Essai sur l'Avare de Molière*, Marburgi Cattorum 1866; A. CHARAUX, *Molière. La critique idéale et catholique*, Lille 1882; E. FAGUET, *La Comédie de Molière précédée d'une introduction sur Molière*, Paris 1891; C. PAVOLINI, *L' avaro tradotto e corredato di note ed introduzione*, Firenze 1924; N. CACUDI, *L' Avaro di Molière. Traduzione integrale, introduzione, note, analisi, biografia e bibliografia*, Firenze 1927; S. BAJINI, *L' avaro*; introduzione, prefazione, traduzione e note, Milano 2000.

⁶ C. GOLDONI, *Sior Todero brontolon*, Venezia 1983. Sulla commedia di Carlo Goldoni si consultino in particolare: G. CAPRIN, *Carlo Goldoni: la sua vita-le sue opere*, Milano 1907, p. 301ss; F. ZAMPIERI, *Carlo Goldoni. Opere: con appendice del teatro comico del settecento*, Milano-Napoli 1954; E. CACCIA, *Carattere e caratteri nella commedia del Goldoni*, Venezia – Roma 1959, p. 231ss; G. CAVALLINI, *La dimensione civile e sociale del quotidiano nel teatro comico di Carlo Goldoni*, Roma 1986, p. 66ss; G. PADOAN, *Carlo Goldoni. Sior Todero brontolon*, Padova 1997; ID., *Problemi di critica goldoniana*, Ravenna 2009, pp.109ss; R. SEMENTILLI, *I problemi della letteratura italiana. Metodologia e ricerca*, Tomo I, Cinquecento e Seicento, Roma 1988, p. 1016ss.

⁷ C. DICKENS, *Canto di Natale*, Milano 1999. Sul racconto dell'autore inglese si vedano in particolare: F. LA POLLA, *Un canto di Natale*, Ozzano Emilia 1969; P.B. DAVIS, *The lives and times of Ebenezer Scrooge*, Yale 1990; B. BUENO DE MOSQUITA, *The trial of Ebenezer Scrooge*, Columbus 2001; T. KLONTZ – R. KALHER – B. KLONTZ, *The financial wisdom of Ebenezer Scrooge: transforming your relationship with money*, Washington 2006; R. SPINA – S. STEFANIZZI, *L' usura. Un servizio illegale offerto dalla città legale*, Milano 2010, p. 17ss.

⁸ E. POUND, *I Cantos*, trad. di M. DE RACHEWILTZ, Milano 1993. Sull'opera del poeta americano si consultino in particolare: R. LAGANÀ, *Il pensiero economico di Ezra Pound*, in «Il Villaggio», n. 7, 1978, p. 31ss; G. ACCAME *Quando la finanza soffoca l'economia. Gli scritti del grande poeta americano Ezra Pound commemorati in Campidoglio*, in «La Finanza Italiana», marzo-aprile 1985; A. BILLECI, *La politica*

cesellata con tocchi volutamente popolareschi, quanto drammaticamente incisivi da Raffaele Viviani nella sua commedia *'A morte 'e Carnevale*⁹.

1. La dottrina giuridica medievale e la detestabilis usura

Nel corso dei secoli, tuttavia, non soltanto eccelsi letterati, ma anche esponenti di spicco di altri settori culturali si schierarono apertamente contro la “pessima genia” degli usurai.¹⁰

economica del paradiso terrestre di Ezra Pound, Palermo 1987; G. ACCAME, *Alterne fortune di Pound economista*, in A.A. V.V., *Ezra Pound 1972-1992*, Milano 1992; G. ACCAME - L. GALLESSE, *Il viaggio di Ezra Pound: dai libri al libro. Le fonti dei Cantos*, Milano 2002; R. SPINA – S. STEFANIZZI, *op. cit.*, p. 19ss;

⁹ R. VIVIANI, *'A morte 'e Carnevale*, Commedia in tre atti, Napoli 1999. Sulla figura dell'usuraio Carnevale si consultino in particolare: R. SIMONI, *Trent'anni di cronaca drammatica*, Torino 1960, p. 289ss; V. VIVIANI, *Storia del teatro napoletano*, Napoli 1969, p. 867ss; G. GRANA, *Novocento: i contemporanei: gli scrittori e la cultura letteraria nella società italiana*, Milano 1969, p. 2915ss; P. RICCI, *Ritorno a Viviani*, Roma 1979, p. 118ss; A.M. RAO, *Raffaele Viviani, o Della miseria coatta. Le opere del primo periodo, tra varietà e teatro di posa*, Poggibonsi 1981.

¹⁰ Per un riscontro dei pareri espressi dagli autori che condannarono le *immoderate usurae* si rinvia ai classici studi di W. ENDEMANN, *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschaft und Rechtslehre bis gegen Ende des siebenzehnten Jahrhunderts*, Berlin 1874; G. SALVIOLI, *La dottrina dell'usura secondo i canonisti e i civilisti italiani dei secoli XIII e XIV*, in *Studi in onore di Carlo Fadda*, II, Napoli 1905, pp.1-6; F. SHAUB, *Der Kampf gegen den Zinswucher, ungerechten Preis und unlautern Handeln im Mittelalter von Karl dem Grossen bis papst Alexander III. Ein moralhistorische Untersuchung*, Freiburg 1905; A.V. COTTINO, *L'usura. Studio critico*, Torino 1908; E. SCHREIBER, *Die volkswirtschaftliche Anshaugen der Scholastik seit Thomas von Aquin*, in *Beiträge zur Geschichte der Nationalökonomie*, ed. K. DIEHL, Iena 1913; P. CLEARY, *The Church on Usury*, Dublin 1914; R. MASSON, *L'usure au moyen age*, Paris 1923; F.A. FERRARI, *L'usura nel diritto, nella storia e nell'arte*, Napoli 1924; M. BUTERA, v. “Usura”, in *Digesto Italiano*, 1927, vol. XXIV, pp. 120-140; S. CICALA, *Il delitto d'usura. Studio sociologico-giuridico*, Catania 1929; A. KNOLL, *Der Zins in der Scholastik*, Innsbruck 1933; G. DE MARIA, v. “Interesse”, in *Enciclopedia Italiana*, 1933, vol. XIX, pp. 378-384; T.P. MC LAUGHLIN, *The teaching of the Canonists on usury (XII, XIII and XIV centuries)*, in «*Medieval Studies*», I, 1939, pp. 81-147; B.W. DEMPSEY, *Interest et Usury*, Washington D. C. 1943; B. NELSON, *The idea of usury. From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood*, Princeton 1949; C. LE BRAS, *La doctrine ecclésiastique de l'usure à l'époque classique (XII-XV siècles)*, v. “Usure”, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, Paris 1950, T. XV, 2, coll. 2336-2372; H. DU PASSAGE, *La doctrine de l'usure à partir du XVI siècle*, *ibid.*, coll. 2372-2390; A. DUMAS, v. “Intérêt et usure”, in *Dictionnaire de droit canonique*, Paris 1953, V, coll. 1475-1518; J. T. NOONAN, *The scholastic analysis of usury*, Cambridge (Massachusetts) 1957; M. A. BENEDETTO, v. “Usura-Diritto intermedio”, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1957, XX, pp. 371-378; P. CARON, v. “Usura- Diritto canonico”, *ibid.*, pp. 378-381; J. IBANES, *La Doctrine de l'Eglise et les réalités économiques au XIII siècle: l'intérêt, le prix et la monnaie*, Paris 1967; B. SCHNAPPER, *La répression de l'usure et l'évolution économique*, in «*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*», 37 (1969), pp. 7-53.

Si consultino, inoltre, fra i contributi più recenti: R. DE ROOVER, *La pensée économique des scholastiques, doctrines et methodes*, Paris-Montreal 1971; R. TAVENEAU, *Jansénisme et prêt à intérêt*, Paris 1977; O. CAPITANI, *Sulla questione dell'usura nel Medio Evo*, in *L'etica economica medievale*, a cura di O. CAPITANI, Bologna 1974, pp. 23-46; G. CASSANDRO, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli 1978; J. HÖFFNER, *La dottrina sociale cristiana*, Roma 1979; O. NUCCIO, *Il pensiero economico italiano*, vol. I, *Le fonti (1050-1450). L'età laica e la formazione dello spirito economico*, Sassari 1984-1985; A. SPICCIANI, *L'etica laica e la formazione dello spirito economico nel medioevo (1050-1450)*, in «Quaderni di storia dell'economia politica», III, 1985, 2, pp. 159-166; B. CLAVERO, *The jurisprudence on usury as social paradigm in the history of Europe*, in *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Mein 1986; J. LE GOFF, *La borsa e la vita. Dall'usuraio al banchiere*, Roma-Bari 1987; E. CORTESE, *Lex, aequitas, utrumque ius nella prima civilistica*, in 'Lex et Iustitia nell'utrumque ius: radici antiche e prospettive attuali'. Atti del VII Colloquio Internazionale romanistico-civilistico 12 -14 maggio 1988, Città del Vaticano, 1989; A. SPICCIANI, *Capitale e interesse tra mercatura e povertà nei teologi e canonisti dei secoli XIII-XIV*, Roma 1990; I. BIROCCHI, *Tra elaborazioni nuove e dottrina tradizionale. Il contratto trino e la natura contractus*, in «Quaderni fiorentini», XIX (1990), pp. 243-322; M. BOARI, v. "Usura-Diritto intermedio", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992, pp. 1135-1141; U. SANTARELLI, *Il divieto delle usure da canone morale a regola giuridica. Modalità ed esiti di un "trapianto"*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LVI (1993), pp. 51-73; ID., *Sei lezioni sull'usura*, Pisa 1995; G. REGAZZINI – M. REGAZZINI, *Breve storia dell'usura*, Bologna 1995; V. FERRANDINO, *Credito ed usura al tempo di Sant'Alfonso de' Liguori*, in *Diritto alla vita e debito estero*, Napoli 1997, pp. 53-73; C. GAMBA, *Natura e proprietà ed usura secondo lo ius commune*, in *Diritto alla vita e debito estero*, cit., pp. 99-128; R. SAVELLI, *Diritto Romano e teologia riformata. Du Moulin di fronte al problema del denaro*, in «Materiali per una cultura giuridica», Anno XXIII, n.1, Giugno 1993, pp. 291-324; ID., *Giuristi, denari e monti. Percorsi di lettura tra '500 e '700*, in *Il santo Monte di Pietà e la Cassa di Risparmio in Reggio Emilia*, a cura di G. Adani e P. Prodi, Reggio Emilia, 1994, pp. 73-90; R.M. GELPI – F. JULIEN-LABRUYÈRE, *Storia del credito al consumo: la dottrina e la pratica*, Bologna 1994; E. GALLO, *L'usura nell'evoluzione dei tempi fino agli ultimi provvedimenti normativi*, in *Dir.Pen.Proc.*, 1995, pp. 298ss; R. COPPOLA, *Il problema dell'usura nella visione e nel diritto della chiesa*, in *L'usura ieri ed oggi: Convegno su "L'usura ieri ed oggi"* Foggia, 7-8 aprile 1995 / a cura di S. TAFARO. – Bari 1997, pp. 249-258; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino 1998; U. PETRONIO, *Il denaro è una merce. Il prestito a interesse tra Fisiocrazia e Codificazione*, in «Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», n. 1-2/3-4 (Gennaio-Febbraio/Marzo-Aprile) 2001, pp. 55-94; G. TODESCHINI, *I mercanti e il tempio. La società cristiana e il circolo virtuoso della ricchezza fra Medioevo ed Età moderna*, Bologna 2002; A. CERNIGLIARO, *L'usura virtuosa*, in *Mercato del credito e usura*, a cura di F. MACARIO e A. MANNA, Milano 2002; E. KERRIGE, *Usure, interest and the Reformation*, Aldershot 2002; V. MARTINO, *Usura dal misticismo alle pratiche mercantili*, in AA. VV. *Mercato del credito e usura*, a cura di F. MACARIO e A. MANNA, Milano 2002; C. GAMBA, *Licita usura. Giuristi e moralisti tra medioevo ed età moderna*, Roma 2003; ID., *Natura ed usura. La disputa ottocentesca sulla liceità del prestito ad interesse*, in «Rivista di storia del diritto italiano», Anno LXXXVII, Vol. LXXXVII, (2004), pp. 139-186; J.A. WIDOW, *La ética económica y la usura. II. Una compleja historia*, in *Anales de la Fundacion Francisco Elias de Tejada*, 2004, pp. 27ss; P.

È sufficiente tenere a mente, del resto, la posizione allarmata, specchio di un diffusissimo modo di pensare, assunta da moralisti e canonisti medievali in merito ai *mala et pericula* derivabili dall'esercizio delle attività feneratizie.

Si vedano, ad esempio, le frasi colme d'angoscia elaborate da Sinibaldo de' Fieschi, il papa Innocenzo IV, nei suoi *Commentaria in quinque libros decretalium*, allorché fece esplicito riferimento agli effetti deleteri dei prestiti ad un elevato tasso d'interesse:

[sunt mala] quia non intenderent homines culturae possessionum, nisi quando aliud non possent, et ita tanta caristia quod omnes pauperes fame perirent¹¹.

L'individuazione dei *mala et pericula* derivabili da un esercizio generalizzato del credito feneratizio ad un *immoderatus* tasso d'interesse si accompagnò, di solito, nei pareri negativi espressi da teologi, canonisti e legisti medievali sulla *licitas ex omni iure* del prestito ad interesse, a drastiche ed inequivocabili condanne nei confronti di un'intera categoria sociale, la "razza maledetta" degli *usurarii*, cioè, dei *foeneratores* abituali.

È sufficiente rileggere la lapidaria definizione fornita da Pietro Cantore nel suo *Liber causae conscientiae*:

Omnis foenerator est raptor, et omnis raptor est improbus fur¹²

Ugualmente incisiva si rivela, altresì, la definizione contenuta in un passo della *Summa de paenitentia* di Raimondo di Penyafort:

VISMARA, *Oltre l'usura. La Chiesa moderna e il prestito a interesse*, Soveria Mannelli [2004]; A. LANDÌ, *Ad evitandas usuras: ricerche sul contratto di censo nell'usus modernus Pandectarum*, Roma 2004; U. SANTARELLI, *Sei lezioni sull'usura*, Pisa 2005; M. NATALE, *Il dibattito sull'usura. Tra divieti formali e prassi giuridica. Documenti inediti delle magistrature napoletane (1745)*, in *Frontiera d'Europa*, Napoli 2005, n.1, pp. 91-73; F. ROGGERO, *Universitates, censi e imposte dirette nel regno di Napoli (sec. 17.)*; M. TITÀ, *Processi per usura. Ideologie giuridiche e soluzioni giudiziarie tra Sette e Ottocento*, Napoli 2008; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova 2008; A. BOIDO, *Usura e diritto penale: la meritevolezza della pena nell'attuale momento storico* [Assago] 2010.

¹¹ INNOCENTIUS IV (SINIBALDUS FLISCUS), *Commentaria super libros quinque decretalium*, Francoforti ad Moenum 1570, f. 516r.

¹² PETRUS CANTOR, *Summa de sacramentis et animae consiliis*, a cura di J.A. DUGAUQUIER, Louvain – Lille 1963, p. 221.

Dictum est supra de rapina, sed quia usura parum vel nihil distat a rapina, de ea consequenter agendum est.¹³

L'*usura* fu equiparata, dunque, dal celebre canonista ad un *quid* assai poco dissimile dalla rapina e del tutto contrario ai principi eterni di giustizia.

Definizioni analoghe vennero approntate da altri moralisti e canonisti medievali, da Robert de Courçon¹⁴ a Gilles de Lessines¹⁵, da Enrico da Susa¹⁶ a Giovanni d'Andrea¹⁷.

L'autore dello *Speculum morale*¹⁸ non si limitò, invece, a riprodurre, per l'ennesima volta, il collaudato *clichet* modulato sull'equiparazione fra il riprovato *foenus* e l'*atrox rapina*, ma perfettamente consapevole delle umane debolezze, servendosi di ben congegnati artifici retorici, intese ammonire chiunque a non lasciarsi infettare irrimediabilmente del male pernicioso rappresentato dalla *pestifera et mortalis usura*.

Propter immanitatem huius in scriptura comparatur leoni, qui venationi incumbit semper. Usurarius est [...] sicut vulpecula in domo cuiusdam qui eam nutrierat inter gallinas; cum autem propter forefactum suum eam expulisset a domo, die ac nocte gallinas rapiebat, et deplumbabat occulte.¹⁹

Addirittura, al culmine della durissima requisitoria *contra pravitatem foenerantium*, costruita con straordinaria vivacità di immagini dal

¹³ S. RAIMUNDUS DE PENNAFORTE, *Summa de paenitentia*, Curantibus X. OCHOA e A. DIAZ, Roma 1976, Vol. I, T. B, lib. II, tit. VII, col. 537.

¹⁴ Si confronti G. LEFRÈVE, *Le Traité "De usura" de Robert de Courçon*, in *Travaux et Memoires de l'Université de Lille*, Lille 1902, T. X, mem. 30, pp. 35-37: 'Et sic tollerentur omnes foeneratores et seditiosi et raptores, et sic posent fieri elemosynae et fabricae ecclesiarum, et omnia sic reducentur ad pristinum statum'.

¹⁵ G. DE LESSINES, *De usuris in communi*, in S. THOMAE AQUINATIS, *Opera omnia*, Parmae 1864, tit. XVII, p. 416b: '[usura] mala est contra naturam, adhuc pejor quae sit per exercitium turpitudinum corporalium'.

¹⁶ HENRICIUS DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, Venetiis 1574, col. 1612: 'Supra de furtis et raptoribus: et quia nullus improbius fur, vel raptor, quam usurarius et quo ad restitutionis legem, parum refert, utrum per rapinam, vel per furtum, vel usuram res pervenerit ad aliquem, [...] ideo post tractatur Rapinae et furti, subiicimus de usuris'.

¹⁷ IOANNES ANDRAEAE, *In titulum de Regulis iuris Novella Commentaria*, Venetiis 1581, f. 63rb: 'Secundo patet hoc idem, quia certum est quod in rapina est actus ex natura rei vitiosus et malitia convolutus, qui autem accipit usuram, facit rapinam'.

¹⁸ VINCENTIUS BELLOVACENSIS, *Speculum morale*, Duaci 1624 = Graz 1964.

¹⁹ *Ibidem*, col. 1302.

moralista francese, prendeva forma l'allucinante *comparatio* tra l'*usurarius* e le massime estrinsecazioni possibili del male: l'inferno, la morte ed il demonio.

Item similis est inferno, quia insatiabilis, et semper habet os apertum ad suscipiendum . [...] Deterior est morte, quae solum semel percutit. Item similis est diabolo. Sicut enim diabolus peccat incessanter, sic usurarius, cuius peccatum non dormit. Sicut officium diaboli est peccare, ita officium usurarii est purum peccatum. Sicut diabolus blande intrat, et patienter expectat usque ad finem pro modico capitali, quod quanto plus tenuit homo, tanto plura exigit; sic usurarius vult quod diu teneatur capitale suum, quo incessanter hominem consumit²⁰.

L'inflessibile condanna inflitta nei confronti degli *usurarii* fu ribadita anche da eminenti esponenti delle scuole giuridiche medievali.

Adeguandosi all'*opinio* di tanti canonisti e teologi a lui coevi, ad esempio, Rolandino de' Passeggieri, il celebre docente di arti notarili vissuto nel XIII secolo, giunse ad assimilare, nella sua *Summa totius artis notariae*, il *foenus* ai peggiori crimini di cui l'uomo si sarebbe potuto macchiare ed a pronunciare in termini apocalittici una terribile sentenza di condanna.

Verutamen foeneratores hanc piam causam in impiam convertentes, et retorquentes in mortis et damnationis eorum cum illud donum Dei tempora et temporum momenta hominibus aequae pauperibus, et divitibus, et animalibus communia universis, ut propria vendunt furtum sub quodam subventionis velamine committentes. Igitur cum nemo ambigat, et etiam in idem inficiari non audeant: hoc mortale fore peccatum sicutque homicida, adultero, vel latroni circa ipsa scelera scienter aliquod opus praestant unius eiusdemque culpae obligat se ad poenam²¹.

Ancora una volta, nelle parole del celebre notaio bolognese, l'accostamento dotato d'indubbia efficacia dissuasiva fra il prestito ad elevato tasso d'interesse ed i crimini più efferati, dal furto alla rapina, dall'adulterio all'omicidio.

²⁰ *Ibidem*, col. 1303.

²¹ ROLANDINUS RODOLPHINUS BONONIENSIS (ROLANDINO DE' PASSAGGIERI), *Summa totius artis notariae*, Venetiis 1546, cap. III, *De debitis et creditis*, ff. 83r – 84r.

Anche, fra gli altri, uno dei massimi esponenti della Scuola del Commento, Baldo degli Ubaldi, non nascose affatto la sua avversità nei confronti di coloro che abitualmente richiedevano l'*usura foeneraticia* con la *prava intentio* di lucrare a danno dei loro debitori.

Invero impressionante, anzi, si palesa la sequenza di epiteti ingiuriosi rivolti da Baldo, nell'ambito di uno dei suoi *consilia*, agli usurai di professione²².

Terribile, nell'accostamento delineato, ad esempio, la qualifica attribuita loro all'inizio del parere:

Usurarius similis est leproso, qui per morbi contagium alios inficit. Et ideo usurarii sunt leprosi: et de sanorum consortio debent expelli, quia mali mores de rebus publicis extirpandi sunt.²³

Altrettanto incisiva, per la verità, si rivela anche la *comparatio* prospettata in seguito dal Perugino:

usurarius similis est vermiculo ligni, quia vermiculus ad tactum apparet lenis: sed dentes habet ita durissimos, quod omne lignum devorat.²⁴

Ancor più terrificanti, forse, le ulteriori *similitudines* delineate dal grande giurista nella parte finale del *consilium*:

et nota quod usurarius ore lingit, et stringit sicut scorpio, et sicut leo famelicus semper quaerit, quem denotet, et fraudem committit in omnibus praedicamentis, dum recipit, quod non dedit: vel plusquam dedit: vel dedit malum frumentum et recipit bonum: vel in loco in quo non dedit.²⁵

Acclarata, a gran voce, l'incontenibile avidità degli usurai, paragonabile soltanto all'insaziabile voracità dei più famelici, feroci, velenosi ed immondi esseri viventi, il giurista non avrebbe potuto fare a meno di concludere con una frase che ancor oggi si palesa drammaticamente pertinente:

in foeneratore nulla potest esse civilitas, ubi nulla cadit humanitas.²⁶

²² BALDUS DE UBALDIS, *Consiliorum sive Responsorum*, Venetiis 1575, III, cons. CCCXLIX, f. 131.

²³ *Ibidem*

²⁴ *Ibidem*

²⁵ *Ibidem*

²⁶ *Ibidem*

Numerosissime, inoltre, le testimonianze successive dell'adeguarsi delle *opiniones doctorum* all'atteggiamento d'inflessibile condanna delle pratiche usuarie insito da sempre nella coscienza popolare.

Moralisti, canonisti e legisti, pur palesando posizioni fieramente contrapposte nell'ambito del secolare dibattito sulla liceità o meno *ex iure naturali* del prestito ad interesse, si mostrarono pienamente concordi nel denunciare l'attività *contra iustitiam* di quanti, per smodata sete di guadagno, avessero preteso estorcere *immoderatae usurae* ai propri debitori.

Una indubbia *concordia opinionum*, quindi, al di là, di dispute più o meno accese e costantemente ricorrenti sulla validità delle argomentazioni *contra licitatem foenoris* avanzate in età medievale dai detrattori del prestito ad interesse e basate o sulla invendibilità del tempo, *res in dominio Dei* e non già patrimonio di un essere umano, il *foenerator*, il quale, riscuotendo alla scadenza stabilita le *usurae*, avrebbe finito con il lucrare proprio sulla dilazione della *restitutio sortis*, oppure sull'indebito sfruttamento da parte del *mutuans* della cosiddetta *industria*, cioè, l'oculata gestione del capitale, bene appartenente, una volta prestato, in modo esclusivo, al mutuatario ed unica *causa* di lecito arricchimento, ovvero sulla mancata assunzione da parte del mutuante del rischio di perdere il bene concesso in prestito (il cosiddetto *periculum sortis*) e sulla possibilità di ricavarne un *iustum lucrum*, od anche sulla sterilità del denaro, bene da intendere esclusivamente come strumento di scambio e giammai come mezzo d'accumulazione di ricchezza, od, infine, sull'incidenza da attribuire all'avvenuto trasferimento del *dominium sortis* a favore del mutuatario sul diritto del mutuante di ricavare un *lucrum* da tale capitale concesso in prestito.

Orbene, non soltanto, canonisti come Graziano²⁷, Enrico da Susa²⁸, Giovanni d'Andrea²⁹, Niccolò Tedeschi³⁰ o civilisti come Azzone³¹,

²⁷ Cfr. cc. 1-4, C.XIV, q. III; cc. 8-11, C.XIV, q. IV.

²⁸ HENRICI DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS *Summa Aurea*, IV, rub. *De usuris*, Venetiis 1574 = Torino 1963, col. 1612: 'Supra de furtibus et raptoribus: et quia nullus improbius fur, vel raptor, quam usurarius et quo ad restitutionis legem refert, utrum per rapinam, vel per furtum, vel usuram res pervenerit ad aliquem [...] ideo post tractatus rapinae et furti, subiicimus de usuris'.

Accursio³² e Francesco Accolti³³ che, seppur con argomentazioni diverse, condannarono come *illicitum ex iure naturae* il prestito ad interesse, ma anche legisti del livello di Vacario³⁴ o di Jacques de Revigny³⁵, i quali, invece, si pronunciarono per la *naturalis aequitas* delle *usurae*, qualificarono come indebiti gli interessi *ultra legitimum modum*.

Si pensi, ad esempio, ad uno dei primissimi legisti, l'anonimo redattore della *Lex Romana canonice compta*³⁶, sicuramente un ecclesiastico vissuto assai prima della rinascita degli studi nell'*Alma Mater*. Quando s'accinse

²⁹ IOANNES ANDREAE, *In sextum Decretalium librum Novella Commentaria*, in c. *Usurarum*, IV, *De usuris*, n. 2, Venetiis 1581 = Torino 1966, f. 63rb: 'Secundo patet hoc idem, quia certum est quod in rapina est actus ex natura rei vitiosus et malitia convolutus, qui autem accipit usuram, facit rapinam'.

³⁰ NICOLAUS DE TUDESCHIS (ABBAS PANORMITANUS), *Commentaria ad quartum et quintum libros Decretalium*, Augustae Taurinorum 1577, V, *rub. ad tit. de usuris*, f. 123r: 'Quin usuram exercens, rapinam quodammodo et furtum committit, sive rapinam [...] post quam usum est de raptoribus et de furtis competenti ordine subiicitur rubrica de usura'.

³¹ AZO, *Summa super Codicem*, Papie 1506 = Augustae Taurinorum 1966, *De usuris rubrica*, p. 141b: 'Hoc de iure humano. Lege autem Dei quae veteri et novo testamento continetur omnes usurarum obligationes prohibitae sunt et execratae[...] nihil ergo valet quod sequitur [...] cum et dicat sacros canones pro legibus observandos'.

³² Cfr. gl. *Cadat ad Auth. Ad Haec, post l. Cum frumentum, de usuris* (C 4.32.16); gl. *Petrum Apostolum ad l. Cunctos populos, De summa Trinitate et fide Catholica* (C.1.1.1) in ACCURSIUS, *Glossa in Codicem*, Venetiis 1488 = Augustae Taurinorum 1968, p. 220: 'Sed secundum io.(annem) a.(zonem) et nos in rusticis est non solum in morandis usuries vel accessionibus sed in toto tolluntur usure ut in aut. de ecclesiasticis titulis §1 col IX (Nov. 131=Auth.9.6.1) ubi dicat servandas regulas factorum quattuor conciliorum sunt enim prohibitae in niceno [...] item si nulla lex diceret adhuc non valeret cum sint contra legem Dei et inferior non poterit tollere legem superioris'.

³³ FRANCISCUS DE ACCOLTIIS, *In primam et secundam Codicis partem Commentaria*, Venetiis 1589, *Ad l. Cunctos populos, De summa Trinitate et fide Catholica* (C.1.1.1), f. 2va, n. 5: 'Teneo quod usurae omni iure usura sit prohibita. Et primo, iure naturali prohibetur, et probo sic, secundum naturam eis debet esse commodum rei cuius est periculum [...] sed periculum pecuniae mutuatae est debitoris [...] ergo creditor nullum commodum percipere potest [...] et sic conclude, quod omni iure [...] usura est prohibita'.

³⁴ F. DE ZULUETA, *The Liber Pauperum of Vacarius*, London 1927, Lib. IV, tit. 61, p. 168: 'Est ius optimum, ubi utrumque concurrunt et naturale et civile ut hic, quia sponte promisit, naturaliter tenetur et quia per stipulationem civiliter'.

³⁵ JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super Codice*, [attr. a PETRUS DE BELLA PERTHICA], IV, *rub. De usuris*, Parisiis 1519 = Bologna 1967, ff. CXCIIIv – CXCIVr.: 'Nec ista ratio movet me in re que fuit mea in permutatione que prohibet quando possum pacisci quod reddatur mihi cum alia eque bona. Sic dicam in mutuo. Unde dico cum lege ista quod usure de equitate naturali non sunt prohibitae licet prohibeantur lege divina'.

³⁶ C.G. MOR, *Le romana canonice compta. Testo di leggi romano-canoniche del secolo IX pubblicato sul ms. Parigino Bibl. Nat. 12448*, Pavia, 1927, p. 164.

ad affrontare le problematiche relative alla *datio usurarum*, non fece alcun cenno ad una *naturalis iniquitas* del prestito ad interesse, ma si limitò a riportare il dettato normativo inserito nella Compilazione giustiniana.

Lo sconosciuto ecclesiastico, da esperto conoscitore dello *ius civile*, non perse l'occasione, però, di condannare severamente il prestito stipulato ad un eccessivo tasso d'interesse³⁷.

Illuminanti risultano, altresì, anche i concetti elaborati successivamente *in materia usurarum* da un famoso legista del XII secolo, Rogerio³⁸.

Secondo il parere espresso dal giurista, l'*usus* del denaro concesso al richiedente avrebbe garantito comunque al mutuante leciti interessi *ultra sortem*, a prescindere dalle formalità con cui erano stati pattuiti o da eventuali ritardi nella restituzione del capitale prestato.

Il legista, tuttavia, mostrò di rendersi conto che l'unico ostacolo ad una definitiva conferma dell'*aequitas* insita nelle *usurae ultra sortem receptae* sarebbe stato rappresentato dall'eccessiva esosità dei tassi d'interessi.

Qualora il *foenerator* avesse preteso ed ottenuto dal proprio debitore l'esborso di *immoderatae usurae*, sarebbe stato obbligato a restituire l'indebito sovrappiù ovvero a dedurne l'importo dal capitale concesso in mutuo ed, alla scadenza dei termini, recuperabile.

Non già quindi, secondo il legista medievale, il *foenus* si sarebbe dovuto condannare, quale forma contrattuale, seppur ammessa dal diritto giustiniano, comunque, del tutto contrario allo *ius naturae*, bensì unicamente la sua degenerazione in un negozio indiscutibilmente *contra legem* e per di più, in sé fraudolento, poiché posto in essere per favorire soltanto una delle parti a totale danno dell'altro³⁹.

³⁷ *Ibidem*: 'Scire autem debes, quia qui illicitas usuras percepit infamia notatur'

³⁸ ROGERIUS, *Summa Codicis*, in *Scripta Anecdota Glossatorum*, a cura di G.B. PALMIERI, Bononiae 1914, vol I, p. 120: 'Sed si ultra modum statutum a lege sint conventae vel promissae etiam si in pignus in his obligatum sit iure non exiguntur, aut ut indebitae repetuntur, aut in sortem computantur'.

³⁹ *Ibidem*, p. 120.

Analoghi concetti vennero espressi da altri giuristi coevi, come l'anonimo autore della *Summa Trecensis*⁴⁰ o Piacentino⁴¹.

2. *La condanna degli interessi eccessivi nella dottrina giuridica dell'età moderna*

Lo stesso atteggiamento è riscontrabile in altri più recenti fautori dell'intrinseca liceità del prestito ad interesse.

Il riferimento alla modica entità dei tassi divenne, anzi, nell'ambito delle loro trattazioni, l'asse portante su cui edificare lo schema difensivo della *naturalis aequitas* del *foenus*.

Charles Du Moulin⁴² costruì, ad esempio, nella prima metà del Cinquecento, sulla *modération et restriction des usures* la sua celebre teoria dell'inesistenza delle cosiddette *usurae lucratoriae*, tanto severamente condannate, a differenza di quelle *compensatoriae* e *punitoriae*, da tanti teologi e canonisti.

Il *quicquid ultra sortem receptum* dal *mutuans*, qualora non fosse stato percepito ad un tasso eccessivo e nemmeno *pauperibus petitum*, giammai si sarebbe potuto qualificare *lucrum*, dovendosi identificare, invece, sempre e comunque, (per la capacità propria del denaro, se investito, di *germinare*) in una *compensatio damni*, al pari delle *usurae* imposte al debitore per il ritardo o il mancato compimento di prestazioni dovute ovvero degli interessi riscossi dal creditore in virtù dei cosiddetti titoli estrinseci al mutuo costituiti dal danno emergente e dal lucro cessante.

Per Du Moulin l'*usura*, nel senso di interesse, non si sarebbe dovuta considerare, perciò, intrinsecamente malvagia, non avrebbe portato in sé nessun germe perverso: sarebbe divenuta *odiosa* soltanto quando fosse risultata palesemente eccessiva, sproporzionata al danno subito dal

⁴⁰ H. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius mit einer Enleitung*, Berlin 1894= Frankfurt am Mein 1971, p. 108: 'Equum quippe est, ut cum pecuniam meam usum est, exinde utilitatem percipere valeam, quae usura appellatur'.

⁴¹ PLACENTINUS, *Summa Codicis*, Moguntiae 1536 = Torino 1962, pp. 165-166: 'Usura nomen accipit ab usu, quia seculari et humana ratione aequum est, ut is det usuram qui suscepit meam utendam'.

⁴² CAROLUS MOLINAEUS (CHARLES DU MOULIN), *Tractatus contractuum et usurarum, redditumque pecunia constitutorum*, in CAROLI MOLINAEI *Operum*, Parisiis 1658, T. II, coll. 2-664.

mutuante per il mancato utilizzo del proprio capitale concesso in prestito⁴³.

Dello stesso avviso altri giuristi cinquecenteschi, come, fra gli altri, Altusio,⁴⁴ Borcholten⁴⁵ o Donello⁴⁶, i quali ribadirono l'*illicitas ex iure divino et naturali* di ogni *usura turpis et proximum rodens*, ma ammisero, al contempo, che fosse perfettamente *aequum usuras exigere sine incommodo et iniuria debitoris*.

Da Grozio⁴⁷ al Noodt⁴⁸, dal Voet⁴⁹ all'Eineccio⁵⁰, dal Maffei⁵¹ al Lampredi⁵², tutti, nel corso del XVII e XVIII secolo, basarono il loro giudizio d'intrinseca equità sulla compensazione, mediante la *receptio di usurae moderatae*, dei mancati profitti ricavabili dal capitale concesso in prestito.

3. L'illiceità degli interessi eccessivi nella legislazione e nella dottrina dell'età contemporanea

La necessità di mantenere entro limiti modesti il tasso degli interessi per non ledere principi di *ius naturale* venne posta in evidenza anche nel corso dei lavori preparatori del *Code Napoléon*, nel quale, come è noto, il

⁴³ *Ibidem*, col. 451, n. 530.

⁴⁴ JOHANNES ALTHUSIUS (ALTHAUS), *Dicaelologicae libri tres. Totum et universum ius, quo utimur, complectentes*, Francofurti 1649, Lib. I, cap. LXVI, *De negotio accessorio, seu relato conventionis utriusque contrahentis*, p. 232, n. 44: 'Usuras, vero, quae dantur ab illo debitore qui non pauper est, et commodum vel fructum ex sorte credita sensit omne iure probari constat'.

⁴⁵ IOHANNES BORCHOLTEN, *Commentaria in titulum XXXII, Libri IIII Codicis, qui inscribitur de usuris*, Hemstadi 1583: '[Illicitae de iure naturali] usurae quae debitores nimium opprimunt et quae lucri causa proximo nocent.'

⁴⁶ HUGO DONELLUS, *Commentaria in Codicem Justiniani*, in *Opera omnia*, Maceratae, 1832, *ad Auth. Ad Haec post l. Cum non frumentum* (C.4.32.16), col. 418, n. 12: 'Est usura turpis et proximum rodens ea quae coniuncta est cum incommodo et iniuria proximi. Si qua usura non est huiusmodi ea non pugnat cum lege Dei'.

⁴⁷ H. GROTIUS, *De iure belli et pacis*, Lausanne 1758, Lib. II, cap. XII, § 20, pp. 720-728.

⁴⁸ G. NOODT, *De foenore et usuris libri tres*, in *Opera Omnia*, Napoli 1786, T.1, Lib. I, cap. VI, pp. 216-218.

⁴⁹ J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Coloniae Allobrogum 1749, Lib. XXII, Tit. 1, *De Usuris et Fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*, p. 716a, n. 4.

⁵⁰ J.G. HEINECKE, *Elementa iuris naturae et gentium*, Neapoli 1764, Lib. I, cap. XIII, pp. 259-260.

⁵¹ S. MAFFEI, *Dell'impiego del denaro libri tre*, Verona 1744, Libro III, cap. I, pp.100-108.

⁵² G. LAMPREDI, *Iuris publicis universalis sive Iuris naturae et gentium Theoremata*, Liburni 1776, *Pars Prima*, pp. 361-372.

prestito ad interesse, in base agli articoli 1905⁵³ e 1907⁵⁴, fu espressamente accolto quale contratto perfettamente lecito. Uno dei principali redattori, il Portalis nel suo *Discours préliminaire* del 12 agosto 1800⁵⁵, tenuto in occasione della presentazione del progetto di Codice alla Commissione di Governo, affermò che *le prix de l'argent* dovesse essere moderato, al fine d'incoraggiare in maniera proficua le attività produttive.

Concetti analoghi vennero espressi nella presentazione del *Code* al Corpo Legislativo dal Galli⁵⁶, dal tribuno Albisson nel suo *Discours devant le Corps législatif*⁵⁷ e dal Boutteville⁵⁸ nel suo discorso davanti al Tribunato.

⁵³ *Code civil*, Livre III, Titre X, Chapitre III, Art. 1905: 'Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.

⁵⁴ *Ibidem*, Art. 1907: 'L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les que la loi ne le prohibe pas'.

⁵⁵ J.E. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement*, in J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris 1827-1832, I, p. 303: 'Jamais les usures n'ont été plus effroyables que lorsque l'intérêt a été prohibé. En défendant une chose honnête et nécessaire, on ne fait qu'avilir ceux qui les font et les rendre malhonnêtes gens. S'il faut que l'argent ait un prix, il faut aussi que ce prix soit peu considérable. L'intérêt modéré de l'argent encourage toutes les entreprises utiles, il donne aux propriétaires de terre que veulent se livrer à des nouvelles cultures, l'espoir fondé d'obtenir de secours à un prix raisonnable; il met les négociants et les manufacturiers à portée de lutter, avec succès, contre l'industrie étrangère'.

⁵⁶ Cfr. P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1836, XIV, pp. 453-454: *Présentation au Corps législatif et exposé des motifs par M. Galli*, 11 ventose, an XII, (2 mars 1804). Livre III, Titre XV, *Du prêt*: '[...] un auteur célèbre d'une fameuse contrée d'Italie nous observe que l'intérêt ne l'exige pas comme un fruit de l'argent, mais bien comme le prix de la commodité et de l'avantage qui en résulte à celui qui prend l'argent à prêt. Effectivement l'on a considéré l'intérêt comme une indemnité des bénéfices que le prêteur aurait pu tirer de son argent s'i s'en était réservé l'usage. Le même auteur italien, Antoine Genovesi, voudrait ce pendant que le taux de l'intérêt fût modique, parce que cette modicité invite et engage plusieurs personnes à emprunter de l'argent pour le verser ensuite dans des ouvrages d'industrie, dans la culture des champs, dans celle des animaux, dans des manufactures, dans le commerce.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 472, *Discussion devant le Corps législatif. Discours prononcé par le tribun Albisson*, 19 ventose an XII (9 mars 1804): 'C'est la juste haine de l'usure qui a fait condamner l'intérêt: mais, autant l'une est coupable, autant l'autre est innocent; autant l'une peut faire des malheureux, autant l'autre peut en soulager; autant l'usure peut nuire au commerce, autant un intérêt modéré peut contribuer à sa prospérité'.

⁵⁸ *Ibidem* p. 463, *Communication officielle au Tribunat. Rapport fait par le tribun Boutteville*, 16 ventose an XII (7 mars 1804): 'Sans doute l'élévation du taux de l'intérêt

In tale occasione, il tribuno ribadì che un tasso d'interesse troppo alto fosse un male, un grande male e un tasso moderato o molto basso fosse, in qualche misura, il vero garante della prosperità pubblica.

In fondo, parve riecheggiare nelle parole del Tribuno la stessa preoccupazione che aveva spinto, secoli addietro, alcuni canonisti medievali ad individuare e denunciare i *mala et percula* derivabili dall'esercizio delle attività feneratizie.

Testimonianze significative di una diffusa presa di posizione contro quanti, per smodata sete di guadagno avessero preteso estorcere *immoderatae usurae* ai propri debitori, appaiono, del resto, le parole pronunciate in pieno secolo XIX, dai principali protagonisti di quella che può considerarsi l'ultima disputa sulla liceità del prestito ad interesse, vale a dire, da una parte, l'abate romano Marco Mastrofini e l'anonimo Accademico Tiberino, dall'altra il loro più agguerrito avversario, il conte Monaldo Leopardi.

Il Mastrofini, infatti, nell'ambito della sua opera *Le usure libri tre*, scritta in difesa della liceità del prestito ad interesse, affermò senza esitazione:

Ritengasi dunque che dove non si tratta di poveri, né di frodi, né di eccessi, o più chiaramente, che dove l'uso dei denari non si dona, né si dee donare, ritengasi dico, che se questo uso con durata certa si pattuisce a congruo e razionale prezzo, né l'evangelica dottrina gli si oppone, né la legge naturale lo riprova, né lo condanna d'ingiustizia e non di restituzione⁵⁹.

Ancor più esplicito l'anonimo Accademico Tiberino, sacerdote di Montepulciano, che pur condividendo le opinioni del Mastrofini sulla liceità del prestito ad un limitato tasso d'interesse, tenne a sottolineare:

Tutti parlano dell'usura come se fosse una febbre, tutti l'aborriscono, si conoscono dei metodi per moderarla, per troncarla, ma se ne ignora la natura. Così molti la condannarono, altri molti la moderarono, tutti la detestano⁶⁰.

est un mal, un grand mal. Le taux peu élevé ou très-bas de l'intérêt est en quelque sorte le vrai garant de la prospérité publique'.

⁵⁹ M. MASTROFINI, *Le usure libri tre*, Roma 1831, pp. 355-356.

⁶⁰ Cfr. *L'uso fruttifero del denaro difeso da un Sacerdote di Montepulciano Accademico Tiberino*, Firenze 1832, p. 23.

Contro l'odiata stirpe degli usurai si scagliò ovviamente anche il conte Monaldo Leopardi nell'ambito della sua inesorabile condanna del prestito ad interesse:

Nella scrittura antica, nel Nuovo Testamento, negli scritti dei Padri, nei canoni dei concili, nelle costituzioni dei pontefici e nel consenso degli uomini si è sempre esclamato e si esclama costantemente contro il peccato d'usura, dunque nella categoria delle azioni umane ci ha da essere un'azione peccaminosa generalmente riconosciuta sotto il nome di usura⁶¹.

Non a caso tali indiscutibili attestazioni di ferrea condanna del prestito usurario si verificarono nel corso di un dibattito che ebbe luogo nel solo scenario possibile, vale a dire, nell'ambito delle uniche entità politiche italiane, il Granducato di Toscana e lo Stato Pontificio, in cui non si era provveduto a riprodurre in nuove forme codificate il testo dell'art. 1905 del *Code Napoléon* che, come è noto, così recitava:

Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt d'argent, soit de denrées ou d'autres choses mobilières.

Per quanto, in particolare, riguarda lo Stato Ecclesiastico, si rammenta che il restaurato governo pontificio, in virtù dell'Editto del cardinale Rivarola, emanato il 31 maggio 1814, aveva richiamato in vita "le antiche leggi", ripristinando così il divieto canonico di prestare ad interesse⁶² ed il papa Pio VII aveva rinnovato tale proibizione con un suo *motu proprio* pubblicato il 22 novembre 1817⁶³.

Per la verità, negli anni immediatamente successivi all'emanazione del *motu proprio*, la Commissione incaricata dallo stesso pontefice di redigere un "Progetto di Codice per lo Stato Ecclesiastico" mostrò a più riprese di

⁶¹ M. LEOPARDI, *La giustizia nei contratti e l'usura*, Modena 1834, p. 106.

⁶² Per un'analisi del sistema normativo vigente nello Stato della Chiesa si rinvia al quadro delineato da M. MOMBELLI CASTRACANE nel suo saggio: *La codificazione civile nello Stato pontificio. Il progetto Bartolucci del 1818*, Napoli 1987, pp. LXXVIII-LXXXIII.

⁶³ *Motu proprio della Santità di Nostro Signore papa Pio VII in data 22 novembre 1817 sul nuovo codice di procedura civile, esibito negli atti del Nardi segretario di Camera il dì, anno e mese suddetto*, Roma 1817, Titolo XII, *Dell'allegazione dei requisiti castrensi*.

esser favorevole all'esercizio del prestito ad un limitato tasso d'interesse⁶⁴.

Ciò, tuttavia, non le precluse di ribadire con estrema fermezza, al termine dei lavori, la propria condanna nei confronti di ogni mutuo veramente usurario.

È sufficiente, al riguardo, rileggere l'*Osservazione vigesima seconda all'art. 2390* stilata da tale Commissione:

Come negare che il lucro, e il danno si verificano sempre notoriamente, quando il saggio dell'interesse è ne' limiti ricevuti, o ragionevoli? Entro questi limiti è evidente che chi si spoglia dei propri capitali ha il diritto di pretendere il compenso di ciò che perde e di che non lucra, che è lo stesso. Volendosi sotto questo aspetto impedire o intralciare l'interesse, s'inceppa il commercio, il quale senza il movimento dei capitali s'arresta, languisce e va a perire. Il ribrezzo a reinvestire da parte di persone dabbene lascerebbe il posto alla nefanda genia degli usurai, persone senza morale e senza reputazione, in grado di ricavare illeciti guadagni impunemente e sanguinosamente nel più funesto dei monopoli. Ed ecco la vera dimostrazione che le leggi eccessive in ordine all'interesse producono l'effetto opposto al loro intento, di accrescere, cioè, l'usura⁶⁵.

Come è noto, il “Progetto di Codice per lo Stato Ecclesiastico” non si tradusse mai in un complesso normativo avente forza di legge e nell'unica raccolta generale di disposizioni in materia civile emanata nello Stato Pontificio durante il XIX secolo, vale a dire, il *Regolamento* promulgato da Gregorio XVI nel 1834, con l'espreso richiamo alle ‘*Leggi di diritto comune, moderate secondo il diritto canonico e le Costituzioni Apostoliche*’ fu riconfermato il divieto assoluto di ogni prestito ad

⁶⁴ Si confrontino le *Osservazioni agli articoli del codice civile* stilate dalla Commissione incaricata della redazione del “Progetto di Codice per lo Stato Ecclesiastico” e trascritte da M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile nello Stato. Il Progetto Bartolucci del 1818*, cit..

⁶⁵ Cfr. *Progetto di Codice per lo Stato Ecclesiastico, Osservazione vigesima seconda all'art. 2390*, in M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile nello Stato pontificio. Il Progetto Bartolucci del 1818*, cit., p. 485.

interesse non giustificato dai cosiddetti “requisiti castrensi”, cioè, dal danno emergente e dal lucro cessante effettivamente patiti dai creditori⁶⁶.

Ovviamente, nel *Regolamento* gregoriano veniva ribadita, seppur indirettamente, la condanna da sempre comminata dalla Chiesa nei confronti degli usurai di professione.

4. Le legislazioni antiusuarie del XIX secolo

La coscienza del profondo e socialmente deleterio disvalore rappresentato dal prestito ad un eccessivo tasso d'interesse, d'altronde, non venne certamente ad attenuarsi nel corso degli ultimi due secoli del secondo millennio.

Ne è prova inconfutabile la viva preoccupazione avvertita dall'opinione pubblica, dalla dottrina giuridica e dai legislatori, un po' dovunque in Italia ed in Europa, nei confronti del proliferare delle pratiche usuarie.

Nella stessa Francia in cui, in virtù degli art. 1905 e 1907 del *Code Napoléon*, non soltanto era stata dichiarata la liceità del prestito ad interesse, ma era stata di fatto approvata la liberalizzazione dei tassi di interesse, la mancanza di limiti durò solo tre anni. Già nel 1807 una legge stabilì che gli interessi pattuiti non potessero superare il limite del 5% per la materia civile e del 6% per la materia commerciale e sottopose l'usura a sanzioni civili e penali⁶⁷. In base all'art. 3 di tale legge, infatti, qualora

⁶⁶ Cfr. il *Regolamento legislativo e giudiziario. Parte I. Della legislazione civile per gli Stati Pontifici*, Parte I^a, Titolo I, *Delle leggi civili in generale*, in *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia secondo l'ordine cronologico della loro pubblicazione*, Torino 1845, p. 875. Sulla definizione dei cosiddetti requisiti castrensi si veda, inoltre, *Pauli Castrensi theorica*, in G. FIERLI, *Celebriores doctorum theoricæ collectæ et florentinæ præsertim jurisprudentæ studiosis dicatæ*, Roma 1840, pp. 14-19.

⁶⁷ L. 3 settembre 1807, IV sér., n. 2740. *Loi sur le taux de l'intérêt de l'argent*: 'Art. 1: L'intérêt conventionnel ne pourra excéder, en matière civile, cinq pour cent, ni en matière de commerce, six pour cent, le tout sans retenue; Art. 2: L'intérêt légal sera en matière civile, de cinq pour cent, sans retenue; Art. 3: Lorsqu'il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux excédent celui qui est fixé par l'article 1^{er}, le prêteur sera condamné par le tribunal saisi de la contestation, à restituer cet excédant s'il l'a reçu, ou à souffrir la réduction sur la créance, et pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, devant le tribunal correctionnel pou y être jugé conformément à l'article suivant; Art. 4: Tout individu qui sera prévenu de se livrer habituellement à l'usage sera traduit devant le tribunal correctionnel, et en cas de conviction, condamné à une amende qui ne pourra

fosse stato provato che il tasso d'interesse richiesto e praticato fosse stato superiore a quello legale, il creditore sarebbe stato condannato dal tribunale civile adito a restituire l'eccedenza o a subire la riduzione sul capitale del credito.

In virtù, poi, dell'art. 4 della medesima legge, chiunque fosse stato imputato di praticare abitualmente l'usura (*'de se livrer habituellement à l'usure'*) sarebbe stato costretto, in caso di condanna, a pagare un'ammenda pecuniaria che non avrebbe mai potuto eccedere la metà del capitale mutuato. Qualora, però, fosse stato giudicato colpevole di *escroquerie*, cioè di azione fraudolenta ai danni del debitore, il creditore sarebbe stato passibile, in aggiunta all'ammenda, di una condanna detentiva non superiore a due anni.

Le sanzioni civili e penali nei confronti degli usurai furono intensificati in Francia con la legge del 19 dicembre del 1850, la quale modificò radicalmente la legge 3 settembre 1807 e rimase in vigore fino al 1918, anno in cui fu liberalizzata la pattuizione degli interessi in materia civile⁶⁸.

excéder la moitié des capitaux qu'il aura prêtés à usure. S'il résulte de la procédure qu'il y a eu de la escroquerie de la part du prêteur, il sera condamné, outre l'amende ci-dessus, à un emprisonnement qui ne pourra excéder deux ans; Art. 5 il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts par contrats ou actes faits jusqu'au jour de la présente loi.

⁶⁸ L. 19 décembre 1850, X sér., n. 2604. *Loi relative au délit d'usure*: Art. 1: 'Lorsque dans une instance civile ou commerciale, il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux supérieur à celui fixé par la loi, les perceptions excessives seront imputées de plein droit aux époques où elles auront eu lieu, sur les intérêts légaux alors échus, et subsidiairement sur le capital de la créance. Si la créance est éteinte en capital et intérêts, le prêteur sera condamné à la restitution des sommes indûment perçues, avec intérêt du jour où elles lui auront été payées. Tout jugement civil ou commercial constatant un fait de cette nature sera transmis par le greffier au ministre public dans le délai d'un mois, sous peine d'une amende qui ne pourra être moindre de seize francs ni excéder cent francs: Art. 2: Le délit d'habitude d'usure sera puni d'une amende qui pourra s'élever à la moitié des capitaux prêtés à usure et d'un emprisonnement de six jours à six mois; Art. 3: En cas de nouveau délit d'usure, le coupable sera condamné au maximum des peines prononcées par l'article précédent et elles pourront être élevées jusqu'au double, sans préjudice des cas généraux de récidive prévus par les art. 57 et 58 du Code pénal. Après une première condamnation pour habitude d'usure, le nouveau délit résultera d'un fait postérieur, même unique, s'il s'est accompli dans les cinq ans, à partir du jugement ou de l'arrêt de condamnation; Art. 4: S'il y a eu escroquerie de la part du prêteur, il sera passible des peines prononcées par l'art. 405 du Code pénal, sauf l'amende, qui demeurera réglée par l'article 2 de la présente loi: Art. 5: Dans tous les cas, et suivant la gravité des circonstances, les tribunaux pourront ordonner, aux

L'art. 2 di tale legge prevedeva in particolare la punizione del delitto di usura abituale con un'ammenda che poteva esser elevata fino alla metà dei capitali concessi in mutuo, e con la prigione da sei giorni a sei mesi.

L'art. 3 stabiliva che in caso di ulteriore delitto di usura, il colpevole fosse punito col massimo delle pene stabilite nell'articolo precedente, suscettibili di raddoppio, senza pregiudizio dei casi generali di recidiva previsti dal codice penale.

L'art. 4 disponeva, nel caso di *escroquerie* ordita dall'usuraio, la condanna del colpevole alla pena prevista dall'art. 405 del *Code pénal* (da un minimo di un anno ad un massimo di cinque anni di detenzione) oltre all'ammenda prevista per il reato d'usura.

Gli articoli successivi, 5, 6 e 7, sancirono l'applicabilità dell'affissione, a spese del *délinquant*, della sentenza e dalla sua inserzione, per estratto, in uno o più giornali del dipartimento, nonché l'applicabilità delle circostanze attenuanti previste dall'art. 463 del *Code pénal* ed, infine, prevedero la necessità della richiesta del pubblico ministero per la pronuncia della condanna all'ammenda da parte del tribunale civile.

In Italia, all'indomani della Restaurazione, non tutti gli Stati si conformarono pedissequamente al modello francese.

Ai fini di un'analisi del processo di progressiva incriminazione dell'antico fenomeno dell'usura nel nostro Paese, in effetti, ci si deve, in primo luogo, rifare alla concezione, propria del liberalismo, della libertà a tutto campo, una libertà che in campo economico, era caratterizzata dalla totale assenza dello Stato.

In realtà, i primi codici civili e penali degli stati italiani riflessero la tendenza a non inceppare i commerci con la proibizione assoluta degli interessi del denaro, temperata, però, dalla preoccupazione di colpire le forme veramente esose di usura.

frais du délinquant, l'affiche du jugement et son insertion par extrait dans un ou plusieurs journaux du département; Art. 6: Ils pourront également appliquer, dans tous les cas, l'art. 463 du Code pénal; Art. 7: L'amende prévue par le dernier paragraphe de l'article premier sera prononcée, à la requête du ministère public, par le tribunal civil.

Nel Granducato di Toscana, prima della promulgazione del codice penale del 1853⁶⁹ la giurisprudenza aveva fissato per i crediti non commerciali una misura, nella percentuale del 12%, oltre la quale l'interesse si sarebbe dovuto ritenere usurario⁷⁰. Sebbene tale codice non prevedesse il reato di usura, punì severamente il c.d. *scrocchio*, “consistente nella consegna da parte dell'usuraio di beni, in particolare grano e bestiame, con una valutazione di comodo, beni che il debitore era costretto a rivendere per far denaro”⁷¹ ed il c.d. *ritrangolo*, vale a dire il riacquisto a basso prezzo da parte del creditore di merce venduta ad un valore molto più elevato⁷².

Nel Stato Lombardo Veneto la misura degli interessi fu fissata, in virtù dell'art. 994 del Codice civile generale austriaco, nel limite del 5%, qualora il credito fosse stato garantito da un pegno, e del 6%, qualora non lo fosse stato⁷³.

Nel caso in cui si fossero state superate tali percentuali, sarebbe stata facoltà dei giudici considerare tali prestiti come usurari e, quindi, annullarli, senza che fossero comminate pene ai mutuanti. Pur tuttavia, sebbene l'usura pecuniaria non fosse sanzionata come reato, in base al § 233 del *Codice dei delitti e delle gravi trasgressioni politiche per Regno*

⁶⁹ *Codice penale pel Granducato di Toscana*, Firenze 1853.

⁷⁰ Cfr. A. BUTERA, v. *Usura* in *Digesto Italiano*, vol. XXIV, Torino 1921, p. 133.

⁷¹ A. BOIDO, op. cit., p. 130, n. 53. Sul c. d. reato di scrocchio si vedano anche S. CICALA, op. cit., p. 61, n. 1 e L. NOCENTINI, *Riflessioni sul delitto di usura*, in «*Rivista penale*», 1971, p. 339.

⁷² *Codice penale pel Granducato di Toscana*, cit., Libro II, *Dei delitti e della loro punizione in particolare*, Titolo VIII, *Dei delitti contro gli averi altrui*, Sezione I, *Dei delitti contro gli averi altrui per cupidigia di guadagno*, Capo III, *Della frode, dello scrocchio e del fallimento punibile*, art. 408: ‘Chiunque, abusando del bisogno di una persona che chiedeva un prestito pecuniario, le ha dato, invece di denaro, e valutandone per una somma determinata di esso, altre cose che il ricevente fosse costretto a rivendere per fare denaro, soggiace, a querela, di parte, come colpevole di scrocchio, alla perdita del credito, formato con le cose date per denaro, e ad una multa da cento a duemila lire a cui, nei casi più gravi, tra i quali rientra quello del ritrangolo, si aggiunge la carcere da un mese ad un anno. Il credito che perde il colpevole, si confisca, ed il debitore o paga, consegnando le cose ricevute per denaro, od il prezzo ritrattono’.

⁷³ *Codice civile generale austriaco*, Milano 1815, art. 994: ‘Nel mutuo con pegno si può stipulare da chiunque l'interesse del cinque per cento all'anno, e se il mutuo si dà senza pegno, quello del sei per cento. Questa stessa misura degli interessi convenzionali leciti deve sottendersi anche quando gli interessi siano stati convenuti, ma non ne sia stata determinata la quantità’.

del *Lombardo Veneto* emanato nel 1815 fu punita quale “grave trasgressione politica”⁷⁴.

Nel *Codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla* del 1820⁷⁵, poi, erano previste precise sanzioni penali nei confronti degli usurari.

L’art. 493, infatti, puniva coloro che ‘s’arrogassero di tenere case di prestito con pegno’ con una detenzione non superiore a sei mesi e con un’ammenda da un minimo di cento lire ad un massimo di duemila⁷⁶.

L’articolo 494, poi, prevedeva la pena ‘della prigionia non maggiore di sei mesi’ nonché ‘della multa da 100 lire a duemila’ nei confronti ‘di ogni persona colpevole di essersi data abitualmente all’usura’ esigendo nei prestiti concessi un interesse superiore al tasso legale o impiegando il denaro in operazioni finanziarie senza conformarsi al dettato dell’art. 1619 del codice civile parmense⁷⁷. La norma precisava altresì che dovesse

⁷⁴ *Codice dei delitti e delle gravi trasgressioni politiche pel Regno del Lombardo Veneto*, Milano 1815, II Parte, Sezione I, c. XI, *Delle gravi trasgressioni contro la sicurezza della proprietà*, § 233: ‘Tutti i patti usurari si debbono considerare gravi trasgressioni politiche contro la sicurezza della proprietà. Siccome però l’usura prende tante forme diverse, e tanta astuzia s’impiega per immascherarla ed occultarla, che molto involupata ne viene e necessariamente protratta la perquisizione; così questo reato resta rimesso all’attività di un’istanza separata a senso della patente su tale oggetto emanata’.

⁷⁵ *Codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, Parma 1820.

⁷⁶ *Idem*, p. 205, Libro II, *De’ crimini e delitti e della loro punizione*; Parte seconda, *De’ crimini contro i privati*; Titolo III, *De’ crimini e delitti contro la proprietà*; Capo IV, *De’ giuochi vietati, delle case di prestito e dell’usura*; Art. 493: ‘Quelli che fuori de’ pubblici stabilimenti a ciò destinati s’arrogassero di tenere case di prestito con pegno, saranno puniti con prigionia non maggiore di sei mesi, e con multa da 100 lire a 2000’.

⁷⁷ *Codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, Parma 1820, Titolo V; Capo VII; Art. 1619: ‘È proibito l’impiego del danaro ad interesse, o’ senza, formato o in tutto o in parte col valore di cose mobili di qualunque specie, eccettocchè o dalla privata scrittura, che abbia data certa, o dall’atto pubblico dell’impiego non, sia provato quale sia la somma sovvenuta in danaro, e quale il valore de’ mobili; che i mobili sieno stati stimati distintamente a capo per capo da due periti di confidenza delle parti, ed in caso di discordia da un terzo;

che l’atto pubblico, o la privata scrittura contenga la descrizione de’ mobili col rispettivo del loro valore;

Che i periti sottoscrivano l’atto d’impiego, e nella sottoscrizione affermino, con giuramento che la stima da essi fatta è veridica’.

ritenersi usuraio abituale colui il quale avesse richiesto, almeno in tre operazioni diverse, interessi esorbitanti⁷⁸.

Anche nel codice penale sardo del 1839 erano previste severe sanzioni penali nei confronti degli usurai abituali. L'art. 517 puniva, infatti, chiunque si fosse *'dato abitualmente all'usura'* esigendo interessi superiori al tasso legale del 5%, con il *'carcere estensibile secondo le circostanze da sei mesi a quattro anni'* e *'con una multa non minore di lire duecento'*.

La medesima norma, al pari dell'art. 494 del codice penale parmense, specificava che si dovesse ritenere usuraio abituale chi avesse preteso ed ottenuto, almeno in tre occasioni differenti, interessi eccessivi⁷⁹.

Nel successivo Codice penale sardo del 1859, tuttavia, non furono previste sanzioni penali nei confronti degli usurai abituali.

Del resto il Parlamento subalpino aveva già approvato, dopo un accessissimo dibattito in Aula, la liberalizzazione degli interessi con la legge 5 giugno 1857⁸⁰.

⁷⁸ *Codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, cit., Art. 494: 'Ogni persona colpevole di essersi data abitualmente all'usura, esigendo un interesse superiore al legale, o facendo impieghi di denaro formati in tutto o in parte col valore di cose mobili di qualunque specie, senza conformarsi a quanto è prescritto dall'articolo 1619 del codice civile, sarà punito con prigionia non maggiore di sei mesi, e con multa da 100 lire a 2000; salvo inoltre la disposizione dell'articolo 1621 dell'istesso codice.

Si considera abituato chi sia convinto di tre fatti dell'indole sopraccennata. Saranno puniti dell'istessa pena i mediatori o sensali che abbiano dolosamente cooperato anche ad uno solo di tali contratti'.

⁷⁹ *Codice penale per gli Stati del Re di Sardegna*, art. 517: 'Chiunque si sarà dato abitualmente all'usura esigendo un interesse superiore a quello fissato dalla legge sarà punito col carcere estensibile secondo le circostanze da sei mesi a quattro anni, e con una multa non minore di lire duecento. Potrà essere considerato abituato all'usura colui che sarà provato reo di tre fatti della natura sopraccennata'. Si veda anche il precedente art. 516, quasi identico nella formulazione all'art. 493 del codice penale parmense: 'Coloro che senza legittima autorizzazione stabiliscono o tengono case di prestito con pegno saranno puniti col carcere e con multa da cento a due mila lire. Queste pene potranno anche essere imposte separatamente secondo le circostanze'.

⁸⁰ L. 5 giugno 1857. Art.1: "L'interesse è legale o convenzionale. L'interesse legale è determinato nel cinque per cento in materia civile e nel sei per cento in materia commerciale e si applica nei casi in cui sia dovuto manchi una convenzione che ne stabilisca la misura.

L'interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti.

Nelle materie civili l'interesse convenzionale eccedente la misura legale, deve risultare da atto scritto; altrimenti non è dovuto alcun interesse'; Art. 2: Gli interessi scaduti possono

Nel Ducato di Modena il *Codice criminale e di procedura criminale* sancì una specifica normativa in merito alla punibilità delle pratiche usuarie.

In effetti, l'art. 513 stabiliva 'una multa corrispondente al triplo della somma riscossa' per coloro che avessero percepito un interesse superiore al tasso legale o avessero fraudolentemente indotto i propri debitori ad 'anticiparne la rata fuori della legittima scadenza'⁸¹.

In virtù dell'art. 515, inoltre, in caso di recidiva, era prevista la pena del carcere sino a due anni⁸².

Nel *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819, invece, non era previsto il reato di usura.

Soltanto più tardi, con la legge del 7 aprile 1828, furono sancite specifiche pene nei confronti degli usurai abituali⁸³.

L'art.1 di tale legge stabilì, infatti, che l'interesse convenzionale non avrebbe potuto eccedere 'la misura dell'interesse indicata nel corso degli interessi'.

Qualora si fosse ecceduto, il creditore sarebbe incorso nel reato d'usura⁸⁴.

produrre altri interessi, o nella tassa legale in forza e dal giorno di una giudiziale domanda, o in vigore di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi nella misura che verrà pattuita.

Nelle materie commerciali l'interesse degli interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini.

L'interesse convenzionale o legale sugli interessi scaduti sopra i debiti civili, non comincia a decorrere se non quando trattasi d'interessi dovuti per un'annata intera; salvo però, riguardo alle casse di risparmio, quando fosse altrimenti dai rispettivi loro regolamenti'.

⁸¹ *Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati estensi*, Modena 1855, p.122, Libro II, Titolo XVIII, *Dell'usura e degli altri contratti illeciti*, Art. 513: 'Qualunque creditore per titolo d'impiego di denaro, che avrà esatto, sotto qualsivoglia denominazione o pretesto, un interesse eccedente la misura permessa dalla legge, o che stando anche nella misura permessa dalla legge, avrà indotto il suo debitore ad anticiparne le rate fuori della legittima scadenza, sarà punito con una multa corrispondente al triplo della somma riscossa'.

⁸² *Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati estensi*, cit., Art. 515: 'In caso di recidiva, oltre le multe comminate negli articoli 513 e 514, il reo sarà punito colla carcere estendibile a due anni.'

⁸³ L. 7 aprile 1828, n. 1807, in *Collezione delle leggi e dei decreti per il Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1828, p. 67.

Nell'art. 8, poi, veniva stabilito che qualora fosse stata provata la riscossione di interessi superiori al tasso legale, il mutuante sarebbe stato condannato dal magistrato adito *'a restituire l'eccedente, se lo ha ricevuto, o a soffrire la riduzione della sorte'*.

La medesima norma concedeva al magistrato la facoltà di rinviare il reo *'alla Gran Corte criminale della Provincia o valle per esservi giudicato'*⁸⁵.

L'art. 9 prevedeva, infine, che *'ogni individuo imputato di abbandonarsi abitualmente all'usura'* avrebbe subito, in caso di condanna, *'il terzo grado di prigionia'* e sarebbe stato tenuto a pagare un'ammenda mai superiore all'ammontare del capitale prestato, ma anche per nulla inferiore ad un terzo di esso⁸⁶.

Nello Stato pontificio, infine, il *Regolamento sui delitti e sulle pene del 1832*⁸⁷ stabilì alcune sanzioni pecuniarie per i colpevoli del reato d'usura.

In virtù, infatti, dell'art. 363, *'l'usura convenuta senza giusto titolo'*, vale a dire, lucrata in assenza dei c.d. *requisiti castrensi*, cioè il *damnum emergens* ed il *lucrum cessans*, era punita con *'multa di egual valore del denaro e della cosa prestata'*⁸⁸.

Alla medesima sanzione pecuniaria, in base all'art. 364, era sottoposto anche colui il quale pur *'nel concorso di giusto titolo'*, avesse ecceduto

⁸⁴ *Idem.*, Art. 1. 'L'interesse convenzionale, così in materia civile come in materia commerciale, non potrà eccedere la misura dell'interesse che verrà rispettivamente indicata nel corso degli interessi. Eccedendosi questa indicazione s'incorrerà nell'usura'.

⁸⁵ *Idem.*, Art. 8. 'Allorché sarà provato che l'interesse convenzionale sia stato fissato oltre quello indicato nell'articolo 1 il mutuante sarà condannato dal magistrato innanzi al quale si agita la causa, a restituire l'eccedente, se lo ha ricevuto, e a soffrire la riduzione sulla sorte principale, e potrà anche essere rinviato alla gran Corte criminale della provincia o valle per esservi giudicato in conformità del seguente articolo'.

⁸⁶ *Idem.*, Art. 9: 'Ogni individuo il quale sarà imputato di abbandonarsi abitualmente all'usura, sarà tradotto innanzi alla gran Corte criminale e condannato al terzo grado di prigionia, e ad un'ammenda che non potrà eccedere l'ammontare dei capitali che avrà prestati ad usura, né essere minore del terzo di questo ammontare'.

⁸⁷ *Regolamento su i delitti e sulle pene del 20 settembre 1832: regolamento organico e di procedura criminale col compendio per indice alfabetico:appendice per le Curie ecclesiastiche e tassa delle competenze e spese nei giudizi criminali*, Roma 1863.

⁸⁸ *Idem.*, Libro II, Tit. XXVIII, *Delle usure e dei contratti illeciti*, Art. 363: 'L'usura convenuta senza giusto titolo è punita con multa di egual valore del denaro o cosa prestata'.

‘notabilmente la misura degli interessi’ comunemente praticati nelle quotidiane operazioni di credito⁸⁹.

Puniti dal successivo art. 365 anche i c.d. reati di *scrocchio* e di *ritrangolo*, con sanzioni, in verità, molto più miti di quelle che verranno stabilite dal codice penale del Granducato di Toscana del 1853⁹⁰.

Nel *Regolamento* fu stabilito, infine, che in caso di recidiva, i colpevoli sarebbero stati condannati in virtù dell’art. 366 ‘*ad una multa del doppio valore del capitale*’⁹¹.

Non v’è dubbio che, con le norme applicate negli Stati italiani prima dell’Unità, i vari legislatori abbiano inteso, da un lato, incoraggiare con il credito le attività produttive e, dall’altro, porre in essere delle misure volte a reprimere in qualche modo, lo sfruttamento delle classi meno abbienti.

È indubitabile, altresì, che la prima esigenza, quella relativa all’eliminazione d’ogni barriera alle attività economiche, sia stata predominante nella legislazione dell’Italia unita.

Chiara, d’altronde, la formulazione del primo comma dell’art. 1831 del codice civile del Regno d’Italia:

L’interesse è o legale o convenzionale. L’interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti.⁹²

⁸⁹ *Idem*, Art. 364: ‘Incorre nella medesima pena chiunque, anche nel concorso di giusto titolo eccede notabilmente la misura degli interessi osservata nei luoghi dei rispettivi contratti’.

⁹⁰ *Idem*, Art. 365: ‘I contratti nei quali si diano denari e robbia, o robbia soltanto, alterandone il prezzo, ancorché altrimenti apparisca; se l’alterazione giunga al doppio del valore delle robbe, ovvero siano state queste riprese da chi le ha date alla metà di meno, sono dichiarati contratti usurarii, e come tali puniti a forma delle precedenti disposizioni’.

⁹¹ *Idem*, Art. 366: ‘I recidivi nei delitti espressi negli articoli antecedenti di questo titolo, oltre le pene già stabilite, sono condannati del doppio valore del capitale’.

⁹² *Codice civile del Regno d’Italia, corredato della relazione del ministro guardasigilli fatta in udienza del 25 giugno 1865*, Torino-Firenze 1865, Libro III, Tit. XVIII, Capo IV, *Del mutuo ad interesse*, Art. 1831: ‘L’interesse è legale o convenzionale. L’interesse legale è determinato nel cinque per cento in materia civile e nel sei per cento in materia commerciale e si applica nei casi in cui sia dovuto manchi una convenzione che ne stabilisca la misura.

L’interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti.

Nelle materie civili l’interesse convenzionale eccedente la misura legale, deve risultare da atto scritto; altrimenti non è dovuto alcun interesse’.

Unica remora contro gli abusi che avrebbe potuto originare tale illimitata libertà fu rappresentata dal contenuto dell'ultimo comma dell'art. 1831, che così recitava:

Nelle materie civili l'interesse convenzionale eccedente la misura legale deve risultare da atto scritto⁹³.

Si sperava, con l'adozione di tale misura, di porre un freno o, quanto meno scoraggiare, tutti coloro che avessero inteso approfittare dello stato di bisogno altrui, facendo affidamento sul fatto che, obbligati a denunciare per iscritto la misura degli interessi pattuiti, essi avrebbero temuto di essere esposti alla disistima dell'opinione pubblica.

L'art. 1831 non si dimostrò certamente idoneo a tutelare il contraente più debole.

Non prevedeva, in effetti, specifiche sanzioni per le convenzioni usurarie né la sua applicazione avrebbe mai potuto eliminare la "piccola usura", cioè il prestito vessatorio estorto ai più indigenti, che costituiva certamente la piaga più evidente ed allarmante della società ancora poco economicamente evoluta dell'epoca.

Come è noto con la promulgazione del Codice penale del 1889 non si ebbe una configurazione del reato d'usura.

Pur tuttavia, vigente il Codice Zanardelli, si susseguirono cinque progetti in materia usuraria.

Il primo progetto è legato all'iniziativa degli onorevoli Della Rocca ed Aguglia. Esso venne presentato nella prima sessione della XVII legislatura, nella seduta del 9 aprile 1894.

Nella "Relazione" della Commissione incaricata di esaminare il progetto di legge si poneva in luce la fallimentare esperienza dell'illimitata libertà dei tassi d'interesse⁹⁴.

L'usura, si legge nella Relazione, non era più un semplice torto privato, ma un'infrazione sociale, una riprovevole offesa al diritto della

⁹³ *Ibidem*

⁹⁴ *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XVIII, I sessione 1892-1894, Doc. 360, Relazione alla proposta di legge Della Rocca ed Aguglia presentata il 3 luglio 1894.*

società nei suoi principi fondamentali, dei quali, peraltro, se ne esige il rispetto.

I liberisti che avrebbero voluto tutelare finanche la libertà d'usura, avrebbero dovuto riflettere che se lo Stato interveniva in molte cose, nelle quali la sua intromissione sarebbe potuta apparire arbitraria ed autoritaria, perché contraria alla libertà umana ed ai diritti connaturali dell'uomo, a maggior ragione sarebbe dovuto intervenire per reprimere l'usura⁹⁵.

Circa l'opportunità di fissare una soglia al tasso d'interesse, oltre il quale esso fosse da considerare usurario, a fronte dell'art. 9 della proposta di legge Della Rocca-Aguglia, la quale imponeva un saggio nella misura dell'8% in materia civile e del 10% in materia commerciale, la Commissione scelse un criterio meno rigido, sancendo che la misura del tasso legale rimanesse invariato, e che negli affari civili e commerciali gli interessi convenzionali non potessero oltrepassare il terzo della misura corrente degli interessi, la quale doveva essere attestata dai pubblici istituti di emissione, previo parere della Camera di commercio⁹⁶.

Avrebbe commesso il reato d'usura chiunque, giovandosi "dell'altrui imperiosa necessità, inesperienza e passioni malsane, avesse imposto al debitore un interesse, sia in denaro, sia in generi consumabili e fungibili, che avesse superato il massimo limite su accennato"⁹⁷.

Il trattamento sanzionatorio prevedeva, all'art. 20, pene detentive fino a due anni di reclusione, una pena pecuniaria sino a tremila lire e la interdizione dai pubblici uffici⁹⁸.

Il disegno di legge, a causa "dell'inaudito rigore" delle disposizioni in esso previste, non ottenne l'approvazione in Parlamento.

Nel 1895, dopo il rigetto del Progetto Della Rocca-Aguglia, l'onorevole Compans presentò una nuova proposta di legge, caratterizzata da un ulteriore inasprimento delle pene nei confronti degli usurai.

⁹⁵ Cfr. *Relazione cit.*, p. 6.

⁹⁶ *Ibidem*

⁹⁷ Art. 13 del progetto di legge Della Rocca – Aguglia in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati*, Legislatura XVIII, I sessione 1892-1894, Doc. 360 –A.

⁹⁸ *Ibidem*

Nel progetto si specificava dettagliatamente la fattispecie del reato e si faceva particolare riferimento alle condizioni di debolezza intellettuale del soggetto passivo del reato⁹⁹.

Anche questo progetto non venne approvato, al pari di uno successivo presentato dall'onorevole Gianturco nella seduta della Camera del 25 novembre del 1900¹⁰⁰.

Degni di nota, in particolare, per le misure innovative proposte, l'art. 1¹⁰¹ e l'art. 7¹⁰² di tale di progetto di legge.

Il primo articolo disponeva che nei contratti di mutuo fossero nulli i patti con i quali, il creditore '*abusando dei bisogni, dell'inesperienza, delle passioni o della leggerezza del debitore*' si fosse fatto promettere o dare a sé o ad altri profitti che, '*avuto riguardo a tutte le circostanze del caso*', fossero risultati in evidente sproporzione con la prestazione.

L'anno seguente, il 24 novembre 1902, fu presentato un nuovo disegno di legge da parte dell'onorevole Sonnino, in cui si riproponeva il criterio del tasso soglia nella misura dell'interesse legale.

Esso constava di un solo articolo in cui si enunciava che ogni interesse che avesse superato della metà il tasso legale, sarebbe stato considerato,

⁹⁹ Cfr. l'art.1 del progetto di legge: 'Chiunque approfittando del bisogno, della leggerezza, di uno stato di sovraccitazione altrui accorda o prolunga un credito, ovvero serve da intermediario per stipulare un prestito a condizioni tali per le quali si attribuisce o si fa promettere, sotto una forma qualsiasi per se stesso o a profitto di una terza persona dei benefici materiali eccedente il tasso legale dell'interesse, di guisa che questi benefici risultino manifestamente sproporzionati al servizio reso, è punito con la detenzione sino a tre mesi e con la multa sino a lire 3000'. Cfr. in particolare, sul progetto Compans: A. CANDIAN, *Contributo alla dottrina dell'usura e della lesione nel diritto positivo italiano*, Milano 1946, p. 17; E. GIANFELICI – F. GIANFELICI, *Le misure contro l'usura*, Milano 1998, p. 5.

¹⁰⁰ *Proposta di legge recante "Provvedimenti contro l'usura"* presentata dal Guardasigilli Emanuele Gianturco in *Atti Parlamentari*, Cam., Dep., XXI, Sess. I, Doc. n. 88. Si consulti, in particolare sulla proposta Gianturco: A. SRAFFA, *Un nuovo disegno di legge contro l'usura*, in «*Monitore dei tribunali*», 1901, pp. 3ss.

¹⁰¹ Art.1: 'Nei contratti di mutuo, di vendita a rate, a dilazione o con patto di riscatto ed in altri contratti simili sono nulli i patti con i quali il creditore abusando dei bisogni, dell'inesperienza, delle passioni, della leggerezza o della posizione del debitore, faccia promettere o dare a sé o ad altri profitti che, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, siano in evidente sproporzione con la prestazione'.

¹⁰² Art. 7: 'È punito con la reclusione sino a sei mesi e con la multa non inferiore all'illecito profitto, ma mai eccedente le lire 10.000, chi stipula abitualmente patti usurari'.

per tale eccedenza, nonostante qualsiasi patto contrario, come quota di ammortamento del debito di capitale e l'eventuale pagamento sarebbe stato considerato rimborso di capitale¹⁰³.

Furono mosse ampie critiche anche a questo progetto, soprattutto per l'intento di limitare il tasso d'interesse anche nelle ipotesi in cui non si fosse manifestato alcun abuso.

Ovviamente anche il disegno di legge Sonnino, nonostante l'autorevolezza di chi l'aveva elaborato, non ottenne l'approvazione del Parlamento.

Nel 1910 fu presentato un ulteriore progetto in materia d'usura¹⁰⁴.

Il nuovo disegno di legge Garofalo, dal nome del suo relatore, non introduceva alcuna sanzione penale, limitandosi ad introdurre modifiche all'art. 1831 del codice civile¹⁰⁵.

Le modifiche attribuivano al giudice la facoltà di ridurre il tasso d'interesse secondo equità, ovviamente senza discendere al di sotto del tasso legale.

L'intervento del giudice si sarebbe reso necessario qualora il profitto fosse risultato così sproporzionato da far pensare ad una condizione d'inferiorità del debitore a causa del "bisogno, dell'inesperienza e dello stato d'animo".

Nella relazione che accompagnava il disegno di legge si ribadiva l'esigenza di introdurre una modifica al codice civile, anziché una norma sanzionatoria penale.

A parere del relatore, infatti, lo strumento migliore per reprimere il fenomeno dell'usura consisteva nell'attribuire al giudice la facoltà di ridurre la stipulazione degli interessi nella misura che egli riteneva equa

¹⁰³ Sul progetto di legge Sonnino si vedano, in particolare: L. VIOLANTE, *Il delitto d'usura*, Milano 1970, pp. 214-215; A. CIRALLI, *L'usura nelle diverse discipline giuridiche*, in «Nuova rassegna», 1997, p. 2260.

¹⁰⁴ in *Atti Parlamentari, Senato, Legislatura XXIII, Sessione I, Doc. n. 221*.

¹⁰⁵ L'articolo 1831 del Codice civile del Regno d'Italia veniva modificato nel progetto di legge del senatore Garofalo nei seguenti termini: 'L'interesse convenzionale è stabilito a volontà delle parti. Quando esso però sia in tale sproporzione con la prestazione fatta da mostrare che il creditore abbia abusato del bisogno, dell'inesperienza o dello stato d'animo del debitore, può essere ridotta a quella misura non inferiore all'interesse legale che il giudice crede equa, tenendo conto delle circostanze speciali'.

attraverso il ricorso a criteri generali, accompagnati da una notevole libertà d'applicazione.

Abbandonata l'idea della repressione dell'usura fondata sulla definizione in via legislativa della misura dell'interesse lecito, sarebbe stato sufficiente dichiarare annullabili i contratti nei quali si fosse abusato del "bisogno, dell'inesperienza e dell'ignoranza del debitore".

Anche il progetto Garofalo non fu tradotto in legge.

Come s'è visto, nessuno delle proposte di legge che si sono sommariamente rammentate, sia quelle dirette ad apportare modifiche in sede civile, sia quelle volte ad introdurre elementi d'incriminazione dell'usura, ebbero seguito.

Ciò fu dovuto probabilmente alla mancanza di volontà politica di sanzionare efficacemente l'eccessivo arricchimento conseguito mediante il prestito di denaro¹⁰⁶.

Bisognerà attendere il nuovo clima repressivo introdotto dal fascismo e la normativa sancita all'art. 644 del Codice Rocco per veder penalmente sanzionata l'attività usuraria.

5. *L'atteggiamento della Chiesa contemporanea in tema d'usura*

La Chiesa universale, per contro, pur riconoscendo, agli inizi del XX secolo, la piena liceità del prestito ad interesse ad un tasso moderato, non rinunciò mai alla sua tradizionale, quanto irremovibile posizione di condanna nei confronti della piaga dell'usura.

¹⁰⁶ Sull'atteggiamento della classe politica italiana dei primi del Novecento nei confronti della repressione dell'usura si consultino in particolare: F. DEGNI, *La repressione dell'usura*, in «Rivista di diritto commerciale», 1910, pp. 743ss; G. ROTONDI, *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, in «Rivista di diritto commerciale», 1911, pp. 743ss.; A. GIURA, *La repressione dell'usura e le disposizioni del codice civile italiano*, in «Foro italiano», 1917, pp. 76ss; R. LA PORTA, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, Milano 1963; G. ARE, *Il liberalismo economico in Italia dal 1845 al 1915*, in *Il liberalismo economico in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla prima guerra mondiale*. Atti della settimana di studio, 11-16 settembre 1978, a cura di R. LILL – N. MATTEUCCI, Bologna 1980 (Annali dell'Istituto storico italo-germanico). Quaderno 5, pp. 455ss; G. ZALIN, *Ceti dirigenti, gruppi di opinione e politiche economiche in Italia in età moderna e contemporanea*. Atti del Convegno (Cividale del Friuli, 10-12 settembre 1983), Udine 1984, pp. 48ss.

Se, infatti, da un lato, nel canone 1543 del *Codice di diritto canonico* pio-benedettino del 1917 venne fissato il principio radicalmente innovativo, secondo il quale:

non è di per se stesso illecito mettersi d'accordo sull'interesse fissato dalla legge, a meno che esso non appaia eccessivo; non è illecito nemmeno un interesse più elevato, se esso trova giustificazione in una ragione giusta e proporzionata¹⁰⁷

dall'altro, nel canone 2354 veniva punito il laico legittimamente condannato per usura dall'autorità civile con l'esclusione *ipso iure* dagli atti legittimi ecclesiastici e da qualunque incarico eventualmente rivestito nella Chiesa¹⁰⁸.

Da allora, ed in particolar modo, nell'ultimo trentennio, alla luce dei principi innovatori del magistero di Giovanni XXIII, di Paolo VI e di Giovanni Paolo II nonché sulla scia degli orientamenti del Concilio Vaticano II, la reazione della Chiesa di fronte al diffondersi delle pratiche usuarie “non poteva non sperimentare significative novità d'impostazione e di soluzioni”¹⁰⁹.

Oggi, tuttavia, non è più soltanto lo sfruttamento individuale del *debitor* in stato di necessità ad essere oggetto di biasimo, bensì anche

¹⁰⁷ *Codex iuris canonici Pii X Pontifici Maximi iussu digestus Benedicti XV auctoritate promulgatus. Praefatione, fontium annotatione et indice analitico alphabetico ab eminentissimo Card. Gasparro auctus* Romae 1918, Liber III, Pars VI, Titulus XXIX, c. 1543. Il testo integrale, nella versione latina, del canone del canone 1543 del *Codex iuris canonici* del 1917 è il seguente: ‘Si res fungibilis sita alicui detur ut eius fiat et postea tantundem in eodem genere restituatur nihil lucris ratione ipsius contractus, percipi potest, sed in praestatione rei fungibilis non est per se illicitum de lucro legali pacisci, nisi constet ipsum esse immoderatum, aut etiam de lucro maiore, si iustus ac proportionatus titulus suffragetur’.

¹⁰⁸ *Ibidem*, Liber V, Pars II, *Depoenis in singula delicta*, Titulus XIII, *De delictis contra auctoritatem, personas, res ecclesiasticas*, can. 2354 §1: ‘Laicus qui fuerit legitime damnatus ob delictum homicidii, raptus impuberum alterius sexus, venditionis hominis in servitum vel alium malum finem, usurae, rapinae, furti qualificati in re valde notabili, incendii vel malitiosae ac valde notabilis rerum destructionis, dravis mutilationis vel vulnerationis vel violentiae, ipso iure exclusus habeatur ab actibus legitimis ecclesiasticis et a quolibet munere, si quod in Ecclesia habeat, firmo onere reparandi damna; § 2. Clericus vero qui aliquod delictum commiserit de quibus in § 1, a tribunali ecclesiastico puniatur, pro diversa reatus gravitate, poenitentis, censuris, privazione officii ac beneficii, dignitatis, et si res ferat, etiam deposizione, reus vero homicidii culpabilis degradetur’.

¹⁰⁹ C. SEMERARO, *La Chiesa e il debito internazionale*, cit., p. 216.

l'eccessivo ed iniquo arricchimento dei paesi più ricchi perpetrato a danno delle nazioni più povere.

Si tenga presente, ad esempio, il giudizio sintetico, quanto risoluto, pronunciato nel 1996 da Mons. Mario Paciello, allora vescovo di Cerreto Sannita, Teles e Sant'Agata dei Goti:

Il debito estero dei paesi poveri è una moderna *machinatio creditorum* per tenere in condizioni di schiavitù non singole persone ma nazioni e continenti. I potenti non dovrebbero varcare la soglia del terzo millennio senza aver iniziato a sanare questa profonda e purulenta piaga dell'umanità¹¹⁰.

Si consideri, altresì, il “grido di dolore” emesso, nello stesso torno di tempo, da un sacerdote quotidianamente “a contatto con le devastazioni dell'usura”, padre Massimo Rastrelli:

L'usura, nei rapporti fra lo Stato e i cittadini (micro usura), come nei rapporti tra gli Stati (macro usura) attinge sempre dalla stessa origine, che va riconosciuta sempre e dovunque, nel cuore degenerato dell'uomo e nella coscienza pervertita, abbacinata e perduta dietro la ricerca incontrollata del falso bene, riposto in quell'utile immediato che è sempre distruttivo direttamente dell'altro, e di rimbalzo di chi lo persegue. Il debito usurario attinge alla stessa origine, usa gli stessi mezzi, produce gli stessi danni, distrugge ed uccide allo stesso modo, una persona o un popolo. Il debito usurario è sempre cattivo e squallido, distruttivo e sopraffattore, sia che sia fatto dalla persona contro la persona, dalla organizzazione criminale o dallo Stato contro la persona o la impresa, sia che sia fatto dagli Stati, a detrimento di altri Stati: dagli Stati ricchi a detrimento degli Stati poveri, con la differenza di terrificanti aggravanti, proporzionate alle dimensioni dei rapporti¹¹¹.

Parole intrise di vibrante commozione a cui sembra far eco l'accorata, quanto puntuale denuncia del Cardinale Tarcisio Bertone, pronunciata nel corso di un'intervista rilasciata al periodico *30 giorni* nell'estate del 2006:

I prestiti internazionali della Banca mondiale e del Fondo monetario e quelli da Paese a Paese sono ormai ad usura e dovrebbero essere dichiarati illegali. Il debito diventa usura quando lede il diritto

¹¹⁰ M. PACIELLO, *Prefazione*, in *Sant'Agata dei Goti. III centenario della nascita di S. Alfonso Maria de' Liguori. Diritto alla vita e debito estero*, Napoli 1997, p. 7.

¹¹¹ M. RASTRELLI, *Intervento in Sant'Agata dei Goti. III centenario della nascita di S. Alfonso Maria de' Liguori. Diritto alla vita e debito estero*, cit., pp. 155-156.

inalienabile alla vita e tutti quegli altri diritti che non sono stati concessi all'uomo, ma gli appartengono per natura¹¹².

Il cardinal Bertone, in linea con tanti altri intellettuali laici ed ecclesiastici europei e dei paesi in via di sviluppo, mostrò di volersi ricollegare in questa intervista, come, d'altronde aveva già fatto in tanti altri suoi scritti¹¹³, al principio della solidarietà che permea non soltanto il canone 222, § 2 inserito nel II libro del vigente *Codice di diritto canonico*: '[I fedeli] sono anche tenuti all'obbligo di promuovere la giustizia sociale, come pure, memori del comandamento del Signore, di soccorrere i poveri con i propri redditi'¹¹⁴ nonché l'intero Libro V del medesimo *Codice*¹¹⁵, ma anche una serie considerevole di documenti ecclesiali, tra cui spicca l'*Istruzione su libertà cristiana e liberazione* emessa dalla Santa Sede il 22 marzo 1986, in cui si esprime il nuovo atteggiamento che ogni uomo di buona volontà ed ogni comunità sociale organizzata dovrebbero assumere:

I gravi problemi socio-economici che oggi si pongono, non potranno essere risolti se non creando nuovi fronti di solidarietà: solidarietà dei poveri tra di loro, solidarietà con i poveri, alla quale sono chiamati i ricchi, solidarietà dei lavoratori e con i lavoratori. Le istituzioni e le organizzazioni sociali, a diversi livelli, come pure lo Stato, devono partecipare a un movimento generale di solidarietà.¹¹⁶

Una solidarietà che costituisce l'esatto opposto del comportamento vessatorio di quanti, singole persone o comunità politiche organizzate, speculano indebitamente sull'altrui necessità di sussistenza, una solidarietà nei confronti di intere popolazioni afflitte in maniera

¹¹² 30 giorni nella Chiesa e nel mondo, n. 7/8 2006.

¹¹³ Si veda in particolare: T. BERTONE, *Usa del denaro e dei beni terreni. Giustizia sociale-indebitamento internazionale. Aspetti canonistici e magistrali più recenti*, in *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, a cura di S. SCHIPANI, cit., pp. 259-273.

¹¹⁴ *Codex iuris canonici, Liber II, Pars I, Titulus I, can. 222: §1. 'Christifideles obligatione tenentur necessitatibus subveniendi Ecclesiae, ut eidem praesto sint quae ad cultum divinum, ad opera apostolatus et caritatis atque ad honestam ministrorum sustentationem necessaria sunt; § 2. Obligatione quoque tenentur iustitiam sociale promovendi necnon, praecepti Domini memores, ex propriis redivitibus pauperibus subveniendi'.*

¹¹⁵ *Codex iuris canonici, Liber V, De bonis Ecclesiae temporalibus: Titulus I, De acquisitione honorum (Cann.1259-1272); Titulus II, De administratione honorum (Cann. 1273-1289); Titulus III, De contractibus ac praesertim de alienatione (Cann. 1290-1298); Titulus IV, De piis voluntatibus in genere et de piis foundationibus (1299-1310).*

¹¹⁶ Congregazione per la Dottrina della Fede, *Istruzione su libertà cristiana e liberazione*, 22 marzo 1986, n. 89.

intollerabile, al pari della *plebs* romana guidata più di duemilacinquecento anni fa da Caio Sicinio Belluto, dalla *pestilentissima et mortifera* piaga dell'usura.

BAŞKANLIK SİSTEMİ

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU¹

ÖZET

Parlamentarizm, Başkanlık ve yarı-başkanlık sistemlerinin hepsi de demokratik sistemlerdir. *Parlamentarizmin beşiği olan İngiliz temsili rejiminde*, kuvvetler arasında hukuken eşitlik ve denge vardır ama uygulamada yürütme organının üstünlüğü vardır. Parlamentarizmde *Bakanlar Kurulu*, fiiliyatta yalnız yürütme görevini değil, yasama yetkisini de tekeline aldığı için eleştirilmektedir.

ABD'nin Başkanlık sistemi, hükümetin ve siyasetin istikrarına katkıda bulunmaktadır. *Türkiye'de her şey merkezden çözülmekle hantal bir bürokrasi oluşmuştur; merkeziyetçi değil de, yerinden yönetim esas alınmalıdır. ABD'de iki parti sistemi vardır; Başkan iki türlü bir sistemle seçilmektedir. Yargı, yasama ve yürütme kadar güçlüdür. Yasama gücü tamamen bağımsız olup, yürütmenin Meclise yasa tasarısı sunması söz konusu değildir. Kongre, sadece yasama ve denetim işlevi görmektedir; bakanlar (sekreterler) Meclis dışından Başkan tarafından atanmaktadır. Türkiye'de Başbakan, ABD Başkanı'na göre, 2 veya 3 kat daha güçlüdür. Bütçenin uygulamasında ABD'de Kongre, Türkiye'de ise Hükümet yetkilidir.*

Fransa'da uygulanan Yarı-Başkanlık sisteminin özellikleri şunlardır. Cumhurbaşkanı halk seçer, yönetim parlamentarizmde olduğu gibi iki başlıdır; Cumhurbaşkanı ve Başbakan. Fransa'da iki meclis vardır; 491 üyeli Millet Meclisi ve 315 kişilik Senato.

Bu yazıda açıklandığı üzere, yarı-başkanlığa yakın bir yerde duran sistemimiz yerine, ülkeye adaptasyonu sağlanabilmiş, belirtilen aksak

¹ İ.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi, UNESCO İnsan Hakları İhtisas Komitesi Üyesi.

yanları giderilmiş, Türkiye'ye uygun bir başkanlık sistemi Türkiye'nin yararına olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Başkanlık Sistemi, Yarı-Başkanlık Sistemi, Parlamenterizm, Aklileştirilmiş Parlamenterizm, Değişim, Anayasal Değişim, Yenileşme, Avrupa Birliği, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Yürütme, İstikrar, ABD, Fransa, Demokrasinin Pekişmesi, Yasama, Yasamanın Denetimi.

PRESIDENTIAL SYSTEM

ABSTRACT

Parliamentarism, presidential and semi-presidential systems are all the democratic systems. The powers in U.K., the British representative regime is the cradle of parliamentary government, there are equality and balance as theoretically but the executive body is above all them in practice. The Council of Ministers in Parliamentarism has been criticized in practice that taking its monopoly not only the executive but also legislative authority

U.S. presidential system, contributes to the stability of the government and politics. Consisted of a cumbersome bureaucracy from the center of everything in Turkey been solved, rather than centralized, decentralized management should be based on. There is a two-party system in the United States, the President is a two-round system selected. The judiciary, the legislature and the executive is strong enough. Legislative power is completely independent of the executive to submit to Parliament the draft law does not exist. The Congress serves as the legislative and audit, and ministers (secretaries) outside the Assembly appointed by the president. Turkish Prime Minister, according to the President of the United States, 2 or 3 times more powerful. The implementation of the budget in the U.S. Congress, the Government is authorized to Turkey. Implementation of the budget in the United States Congress, the Government is authorized to Turkey.

Semi-presidential system features are applicable in France. Public chooses the President, as well as the management of parliamentary government under two headings, the President and the Prime Minister. In

France, there are two chambers, 491-seat Senate and 315-member National Assembly.

As explained in this paper, a semi-presidential system, instead of standing in close proximity to the country been made in adaptation, addressed aspects of the clunky, Turkey will be appropriate for the benefit of a presidential system in Turkey.

Keywords: Presidential System, Semi-presidential system, Parliamentarism, rationalized parliamentarism, Change, Constitutional Change, Innovation, the European Union, the President, the Prime Minister, Steering, Stability, USA, France, democratic consolidation, legislative, legislative control.

GİRİŞ

Başkanlık sistemi için parlamentarizm sisteminin tartışılmasında yarar vardır. Ancak burada parlamentarizm üzerinde yer darlığı nedeniyle durulmayacaktır. Parlamentarizmin tanımı, tarihçesi, parlamenter rejimin dört özelliği (yürütmede çift başlılık, cumhurbaşkanının siyasal sorumsuzluğu, bakanlar kurulunun sorumluluğu ve yürütmenin yasamayı feshi) ile parlamenter rejimin çeşitleri (düalist, monist, aklıleştirilmiş ve çağdaş) konuları bu çalışmanın kapsamı dışındadır.²

Başkanlık sistemi temsili rejim türlerinden biridir ve kuvvetler ayrılığı teorisini -parlamenter rejimden farklı olarak- **sert** şekilde uygular.³ Başkanlık sisteminin ABD'de mucidi "Kurucu Babalar" (*Founding Fathers*) dir. İlk Başkan **George Washington**, 30 Nisan 1789'da görevine başlamıştır. XVIII nci yüzyılda Amerika'da, Başkanlık sistemi, insan aklından doğmuş bir sistem olarak kabul edilmektedir. Başkanlık sistemi, "*westminster model*" demokrasinin XVIII nci yüzyıl sonundaki koşullarına tepki olarak verilen bağımsızlık savaşı sonucunda

² Parlamentarizm konusunda detay için şu çalışmalarımıza bkz. Fendoglu, Hasan Tahsin, "Parlamentarizm- Başkanlık Sistemi Tartışmaları Üzerine", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, D.Ü Hukuk Fakültesinin Kuruluşunun 20. Yıldönümüne Armağan, Sy., 7, Diyarbakır, 2003, ss. 1-30; aynı yazar: "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", Analiz, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara, 2010; aynı yazar, "Başkanlık Sistemi Türkiye'nin Yararına Olacaktır", Yankı, Sayı 1073, Şubat 2011.s. 12.

³ Schmitt, Gary J. and Shulsky, Abram N.: The Theory and Practice of Separation of Powers: The Case of Covert Action, in The Fettered Presidency, USA, 1989, p. 59.

Amerikalılar tarafından üretilmiştir. Başkan ve Kongrenin ayrı seçildiği, meclisin çift olduğu, başkanın ikinci seçmenlerce (electoral college) seçildiği, federal yapılı bir devlet yapısıdır. Sistem yasama-yürütme-yargı uzlaşınca işlemekte, aksi halde sorun çıkabilmektedir.

ABD'nde Başkan, Kongreyi feshedemez. Kongre de başkanı istifaya zorlayamaz. **Mali kaynaklar üzerinde Kongre daha etkilidir.** Başkanlık sisteminde, organların yapısı, fonksiyonu ve ilişkilerinde bağımsızlık vardır; buna göre, kuvvetler birbirini kontrol eder ama, *yürütme organına* üstünlük tanınır. Başkanlık *modelinin* en iyi örneği ABD dir. Sistem, ABD Başkanı, Kongre, Federal Yüksek Mahkeme ve Federe Mahkemelerden meydana gelir.⁴ ABD'de, *Federal Yüksek mahkeme*, Anayasayı korur ve yüksek adalet işleri ile uğraşır. *Yüksek mahkeme*, *Senato'nun onayı üzerine ABD başkanı tarafından atanan bir başkan ve sekiz üyeden*⁵*oluşur. Anayasaya göre, iyi hareket ettikleri sürece görevlerine devam eden federal hâkimler fiilen ömür boyu şartı ile bu durumlarını korurlar. Bu da onların bağımsızlığını sağlar.* ABD'de yargı bağımsızdır ve diğer iki kuvvete karşı koyacak güçtedir. *ABD'nde yargı, yürütmeden üstün tutulur.*⁶ Birleşik Devletlerde yargı yetkisi, bir yüksek mahkemeye Kongrenin gerektiğinde zaman zaman kurdurabileceği ikinci derecede mahkemelere verilmiştir. Görüldüğü gibi, *Mahkemeler yargılar ama, kanunun yapılmasına ve uygulanmasına katılmaz.* Kanunu Kongre yapar, mahkemeler olaya uygular, hükümet ise verilen kararı yerine getirir.

1787 tarihini taşıyan ABD Anayasasında, yirmi yedi *amendment* yapılmıştır. Anayasa değişikliği, Federal Meclisin 2/3 ünün kararı ile olur. Başkan'ın, Parlamento dışından iki dereceli seçimle, -dört yılda bir-, iş başına geldiği ABD'de, Başbakan, Bakan ve Bakanlar Kurulu yoktur;

⁴ Bu konuda geniş bilgi için bk. Esat Çam, Devlet Sistemleri, İst. 1993, Der Yayınları, s. 86-139.

⁵ "Üyelerin toplumdaki saygınlığı büyük olup, başkanın maaşına eşit maaşları vardır. Başkanı, protokol gereğince, Amerika Birleşik Devletleri Başkanından sonra ikinci şahsiyet durumundadır"; Çam, Devlet Sistemleri, s. 119.

⁶ Özay, İl Han, "Evvel Allah..Sonra Yüksek Mahkeme", İdare Hukuku İlimleri Dergisi, İst., 1985, Yıl-6, S. 1-3, s. 201.

Bakanlar, Başkan'ın sekreteridir.⁷ Bunlar resmen bir Kabine teşkil etmezler; son söz de Başkan'a aittir.⁸ **Latin Amerika ülkelerinde ve Afrika'da uygulanan başkanlık sistemlerinden farklı olarak**, ABD'de, Başkan ve bakanlar, *parlamento üyesi* değildir. Başkan'a, silahlı kuvvetlerdeki atamalar ve savaş ilanı konusunda da geniş yetkiler tanınmıştır.⁹ Amerika kıtası üzerinde elli eyaletin bir araya gelmesiyle kurulan ve bugün tek kutuplu dünyanın lideri sayılabilen Birleşik Devletler'de başkanlık rejimi şöyle belirtilebilir;

Başkan'ın Yasama Fonksiyonu. ABD Anayasasına göre, yasama organı, eşit yetkili iki meclise verilmiştir. Bunlardan biri Senato, diğeri Temsilciler Meclisi'dir. **Senato**, Birleşik Devletler'in her eyaletinden seçilen ikişer üyeden oluşur (2x50=100 üye). Senatonun üçte biri 6 yılda bir değişir. **Temsilciler Meclisi**, 435 üyeden oluşan, 25 yaşını bitirenlerin iştirak edebildikleri, iki yılda bir üçte biri değişen bir Meclistir. **Kongre** (Senato ile Temsilciler Meclisi) **toplam 535 temsilciden oluşur**. ABD Başkanı'nın Kongre ile ilişkileri şöyledir: Başkan, tatil aylarında kongreyi toplayabilir. Gerekğinde, Kongre toplantılarını uzatabilir. Başkan yardımcısı, Senato'nun başkanıdır, ama oy hakkı, sadece oyların eşitliği halinde vardır. Başkanın af yetkisi vardır. Başkan, Kongreyi feshedemez. Kongre de başkanı istifaya zorlayamaz. Başkanın **veto yetkisi** vardır. Kanun tasarılarını beğenmezse, yeniden görüşülmek üzere Kongreye iade eder. Başkan Roosevelt döneminde, bu usul çok kullanılmıştır. Ayrıca, Kongre *tatile yaklaşırken*, Başkan, gelen kanun tasarılarını cebine koyabilir, bu durumda kanun kendiliğinden veto edilmiş olur. Başkan, *Kongreye mesaj* göndererek istediği kanunları hatırlatabilir.

Kongre'nin Başkana karşı yetkileri. Kongre, bütçeyi onaylamak veya red etmek yetkisine sahiptir. Başkanın bürokrat tayini ve yaptığı uluslararası anlaşmalar, Senatonun **2/3 onayı** ile tamam olur. *Başkanın suçlanması* Temsilciler Meclisinde, *yargılanması* Senato'da olur. Başkan, **sadece vatana ihanet** halinde görevinden azledilir

⁷ Robert L. Morlan: American Government, Policy and Process, 2. B., USA, 1975, p. 176-177.

⁸ Bu durum ve eleştirel bir yaklaşım için bk. Corwin, Edward S., Presidential Power and the Constitution, Cornell University Press, USA, 1976, p. 171.

⁹ Bu yetkiler için bk. Corwin, Edward S., Presidential Power and the Constitution, p. 162 vd.

(**impeachment=suçlama**). Bu durumda, Senato ve Federal Yüksek Mahkeme yargılamayı yapar. **Parlamenteler**, ABD'inde, Avrupa'dan daha etkindirler; *dokunulmazlıkları vardır*. Başkan, Bakanları (sekreterlerini), Senato onayı ile tayin edebilir. Senato, ortalama yirmi yılda bir, Başkanın teklifini red etmiştir. Kabine değil de Başkanın kabinesi (**The President's Cabinet**) vardır. Kabine'de çoğunluğun oyları değil, Başkan'ın tek başına verdiği karar geçerli sayılır; Başkan **Abraham Lincoln**, bir Kabine toplantısının ardından, "*8 hayır, 1 evet; evet kazandı*" demişti. ABD siyasi partilerinde **grup kararı** yoktur. Sosyalist, komünist partiler olmadığı gibi, partilerin ideolojisi de yoktur. Partiler âdem-i merkezîyetçidir. ABD'yi **önceleri Kongre, II. Dünya Savaşına kadar yargıçlar**, II. Dünya Savaşı sonrasında **Başkanlar** yönetmiştir, denilebilir.

Başkanın Yürütme Fonksiyonu. Güçlü, etkin ve isabetli yürütme, milli birliği hızlandırmada bir etken sayılmaktadır ve Başkanlık rejiminin temel esprisi budur. Başkan, yürütmenin tam ve tek başıdır. Başkan, -bazı kayıtlarla- bütün üst düzey yöneticileri tayin ve azleder. Seçimde Başkanı destekleyenler, Başkan tarafından mükâfatlandırılır (**spoil sistem**). Dış politikayı Başkan tek başına yürütür; Ordu'nun başıdır; Başkomutandır; stratejik kararları alır. Başkan **Kennedy, Küba**'ya, tek başına verdiği kararla müdahale etmiştir. Başkan, kanunların uygulanmasını denetler. Başkan **iki aşamalı** bir seçimle gelir; önce her eyaletten temsilciler seçilir; seçilen bu partizan seçmenler de Başkanı seçer. Seçim **4 yılda** bir yapılır. Başkan olmak için, 35 yaşın üzerinde ve 14 yıldır ABD'nde mukim olmak şartları aranır. ABD'nde elli eyaletin (federe devletler) hepsi de, içişlerinde serbesttir, yerel parlamentoları, yöneticileri vardır. Ama içişleri, dışişleri, para politikası, iletişim ve yüksek adalet işleri, federal hükümetin sorumluluğundadır.

Başkan'ın Yargı Fonksiyonu. ABD Başkanı, Federal Yüksek Mahkeme (**Supreme Court**) nin 9 üyesini ömür boyu görev yapmak üzere tayin eder. Federal Yüksek Mahkeme, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Yüksek Seçim Kurulu olarak çalışır. Federal Yüksek Mahkeme, tüm adliyelerin hiyerarşik üstüdür. Federal Yüksek Mahkeme, yasama ve yürütmenin Anayasaya uygunluğunu denetler.

YARI BAŞKANLIK SİSTEMİ

Yarı başkanlık sisteminin özellikleri şunlardır, Cumhurbaşkanını halk seçer, yönetim parlamenterizmde olduğu gibi iki başlıdır; Cumhurbaşkanı ve Başbakan. Yarı-başkanlık sistemine ideal paradigma olarak gösterilen Fransa'da iki meclis vardır; 491 üyeli Millet Meclisi ve 315 kişilik Senato.

Türkiye'de 1982 Anayasasının Cumhurbaşkanına verdiği yetkiler göz önüne alındığında, birçok hukukçu, -cumhurbaşkanı halk tarafından da seçilince, yetkileri itibariyle, sistemi, *yarı-başkanlık* rejimi olarak göstermektedir. 1982 Anayasası, 1958 tarihli Fransa Anayasası ile büyük benzerlik taşımaktadır. Bu açıdan bazılarınca, 1982 Anayasasının kurduğu sistem, yarı-başkanlık sistemi olarak kabul edilmiştir. 1982 Anayasası ile Cumhurbaşkanına verilen yetkiler, Fransa'dakinden daha çoktur. Sanki Anayasa maddeleri başkanlık için hazırlanmış ama son anda vazgeçilmiş de yarı-başkanlık sistemine dönmüştür.

1982 Anayasası ile Türkiye, hukuken, *yarı başkanlık* sistemine doğru bir eğilim içine girmiştir. Ama Bakanlar Kurulunun hükümetin genel siyasetinden sorumluluğu, meclisten güvenoyu alma zorunluluğu, parlamento önünde kolektif ve bireysel sorumluluğu rejimin parlamenter niteliğini açıkça belirtmektedir. 1961 Anayasasından farklı olarak 1982 Anayasasında Başbakana, bakanların azlini isteme yetkisi tanınmasını klasik parlamentarizmden bir sapma olarak görmek doğru olmayıp, «*rasyonelleştirilmiş parlamentarizm*» yönünde bir gelişme olarak nitelemek daha doğrudur. Bununla birlikte Cumhurbaşkanını halkın seçmesi konusunda yapılan anayasa değişikliği halk oylaması sonucunda kabul edilmiştir.

Neticede 2007 tarihli anayasa değişikliği¹⁰ndan sonra, Türkiye'de Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilecektir. İlk turda, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday, cumhurbaşkanı olacaktır. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, oylamayı izleyen 2. pazar günü, 2. tur yapılacak, bu oylamaya, ilk turda en çok oyu alan iki aday katılacak ve geçerli oyların çoğunu alan aday, Köşk'e çıkacaktır. Böylece Türkiye'de

¹⁰ 5678 sayılı ve 31. 5. 2007 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG 16. 6. 2007/26554)

Atatürk'ten sonra 70 yıldır cumhurbaşkanlığı seçimlerinde yaşanan krizler halk oylamasında kabul edilen anayasa değişikliği ile artık tarih olmuştur. Halkoyuna sunulan anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanı 5 yıllığına seçilecek, bir kişi iki kez seçilebilecek, milletvekili seçimleri 5 yıl yerine 4 yılda bir yapılacaktır.¹¹

NİÇİN BAŞKANLIK SİSTEMİ?

Sistem tartışmaları sadece Türkiye’de değil, dünyada, hem yeni ve hem de eski demokrasilerde gündeme gelebilmektedir. 1950-1990 arasında; **Fransa**’da yarı başkanlık sistemine geçilmiş (1958), **Brezilya**’da başkanlıktan yarı-başkanlık sistemine (1960), sonra yeniden başkanlığa dönmüştür (1963). İsrail, başbakanını halkın seçtiği bir sisteme geçmiş (1992), sonra eski sistemine geri dönmüş (2001); **Moldova** yarı-başkanlıktan parlamenterizme geçmiştir.

12 Eylül sonrasında başlayan "Başkanlık sistemi" tartışmalarında Danışma Meclisi, İstanbul Hukuk Fakültesi Yönetim Kurulu, İstanbul Barosu ve bazı hukukçular, başkanlık sistemini tartışmışlardır. Başkanlık sistemi tartışmasını başlatan Cumhurbaşkanı **ÖZAL**, 1997 sonrasında sürdüren Demirel olmuştur.¹² **DEMİREL**’in Başkanlık sistemi talebine Başbakan **ECEVİT** şiddetle karşı çıkmıştır.¹³ 2002 sonrasında ise Başbakan Recep Tayyip **ERDOĞAN**, Prof. Dr. Burhan **KUZU**¹⁴ ve Cemil **ÇİÇEK**¹⁵ tartışmayı sürdürmüşlerdir.¹⁶

¹¹ Bkz. Anayasa madde 101, 102

¹² Demirel’in Başkanlık sistemi konusundaki çelişkileri ve sırf Özal’la giriştiği iktidar mücadelesi olarak ve kişisel olarak yorumlanması konusunda bk. Oder, Bertil Emrah, “Türkiye’de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler”, Başkanlık Sistemi, Ankara 2005, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s. 34-35, dn. 7.

¹³ Ecevit’e göre, bu açıkça Atatürk’ün tercihi karşıdır; bk. ODER, s.48-49, dn. 47.

¹⁴ Prof. Dr. Burhan Kuzu’nun gerekçeleri şöyledir; (i) *Koalisyonlar* ve siyasal partilerin yapısı ülkeye istikrarsızlık getirmiştir. (ii) *İki partili sistem* daha iyidir. Bugün liderine küsen parti kuruyor. (iii) *Milletvekili etkisiz* ve yetkisiz olmaktan kurtulacaktır. (iv) TBMM daha bağımsız olacaktır çünkü bugün aslında yasamanın adı yoktur. (v) Aslında bugün Başbakan, ABD başkanından üç kat daha yetkilidir. (vi). Başkanlık sisteminin *dikta* ile ilgisi yoktur, çünkü Başkan’ın Kongrede yetkisi yoktur. (vii). Meclis’in denetimi bugün yok gibi; yasama çalışması da hep hükümetten gelmektedir; tasarıların oranı % 98, teklifler % 2 ama bunlar da hükümet kaynaklıdır. *Bütçe* harcaması Başkanlık sisteminde tamamen kongrededir. Bizde ise hükümettedir. Federalizm Almanya’da da vardır ama Başkanlık sistemi değildir. Kuzu’nun sisteminde çift Meclis ve seçilmiş yargı yoktur. Özbudun’a göre, “parlamentar bir başbakanın, başkanlık sistemindeki başkandan

Başbakan Erdoğan'ın Görüşleri. Başbakan Erdoğan bir konuşmasında başkanlık sistemi talebine gerekçe olarak, **bürokratik oligarşi**yi göstermiştir. Başbakan Erdoğan'ın bu konudaki görüşleri şöyle özetlenebilir; 21 Nisan 2003: *“Siyasetteki tek arzum başkanlık ya da yarı başkanlık modeli. Bunun ideali de Amerika'da uygulanan sistem.”* 5 Ocak 2005: *“Başkanlık sisteminin tartışılması Türkiye için yararlı olabilir ama bu bizim şu anda gündemimizde yok”.* **15 Şubat 2006:** *“Başkanlık sistemini ben de istiyorum ama şartlar şu anda müsait değil”.* **18 Nisan 2010:** *“Sistemin rahat çalışması konusunda bu olaya (başkanlık sistemi) sıcak bakıyorum. Çok daha seri neticeler alması noktasında...”* **10 Eylül 2010:** *“Bir önyargımız yok. Nihayetinde bununla ilgili gerekirse halk oylamasına gidilir, ama şu anda illa bu olmazsa olmazımız değil”.* **25 Eylül 2010:** *“Ben bu konuyu tartışılsın diye açtım. Bunun tartışılmasının siyasilere de, halkımıza da katacağı çok şey var”.*

2 Şubat 2011: *“Bence demokratik parlamenter sistem içinde halk tartışmalı, tartışılmalı. Milletın tartışmasından kaçmak, çekinmek demokratiğe terstir. “Liderler tektir zaten, bunun yanında liderliği paylaştığı ikinci bir kişi olmaz. Ama ‘takım ruhu’ denilen bir olay vardır, ‘takım oyunu’ denilen bir olay vardır, ‘kolektif akli oluşturmak’ denilen bir olay vardır. Ben, Başkanlık sistemiyle alakalı, ülkemde halk bu kavramları tartışmalıdır, bilmelidir ve şahsen Başkanlık sisteminin daha faydalı neticeler doğuracağına inanıyorum. Bu benim kanaatim. Sayın Bahçeli başka türlü düşünebilir, bir başkası başka türlü düşünebilir. Onların düşüncesine de benim saygım var, ama lütfen benim düşüncemdir, benim düşünceme de saygıları olsun.”* *“Başkanlık sistemi var, yarı Başkanlık sistemi var. Niye rahatsız oluyoruz bunlardan? ABD’si, Fransa’sı ortada... Almanya’da da bakıyorsunuz şansölye var, bu tür sistemler var, cumhurbaşkanlığı makamları var, güçlendirilmiş... Ama*

daha güçlü olduğu da bir gerçektir”; bk. Özbudun, “Başkanlık Sistemi Tartışmaları”, in: Başkanlık Sistemi, Ankara 2005, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s. 110. Yazıcıya göre de başbakan, “başkana kıyasla çok daha güçlü”dür; Serap Yazıcı, in: Başkanlık Sistemi, Ankara 2005, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s. 136.

¹⁵ Sayın ÇİÇEK, konuşmalarında Başkanlık Sisteminin getirilmesini isterken genellikle iki gerekçeye dayanmıştır; bunlardan biri istikrar, diğeri de AB ile müzakere sürecini kısaltmak gerekçeleridir; Oder, s. 59.

¹⁶ Oder, “Türkiye’de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler”, s. 31, 56-57.

bazı yerlerde bakıyorsunuz sadece temsili... Bunlar da var. Bunların tartışılmasından kimsenin gücenmeye bence hakkı yok. Bırakalım tartışılsın, kimse de bundan da rahatsız olmasın.”¹⁷

Başkanlık sistemini savunanlara göre, parlamentarizm miadını doldurmuştur. Parlamentarizmde, öncelikle, iktidarların sınırlandırılmasında en önemli işlev gören kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanabilmesi zorlaşmaktadır. Ayrıca parlamento kendi içerisinde çıkan hükümeti yeteri kadar denetleyememektedir. Böylece, hükümetler parlamento üzerinde kontrolü ele geçirmekte ve bu da, siyasal istikrarı olumsuz etkilemektedir.

19 ncu yüzyılda görülen modernleşme sürecinde hanedanın ve padişahın tekelindeki iktidar yetkisinin halkın seçtiği temsilcilerden oluşan Meclislere geçmesiyle sorunların üstesinden gelineceğine inanılıyordu. **Birinci Meşrutiyet**'te Türkiye ilk defa halkın temsilcilerinden oluşan bir Meclis-i Mebusan'la, padişahın yetkilerinin bir kısmı bu temsilcilerin eline geçmişti. Ardından **İkinci Meşrutiyet** döneminde padişah sistem içerisinde sembolik hale getirilmiş ve siyasal iktidar tamamen Meclis'e ve hükümete geçmiştir. Cumhuriyet dönemi, Osmanlı dönemindeki bu yapılanmayı sürdürmüş, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları parlamenter sistem ekseninde ısrarlı olmuşlardır. Başbakan Özal (1983–1989) ve VIII nci Cumhurbaşkanı Özal'ın başkanlık sistemini ilk kez gündeme getirdiği kabul edilmektedir. Başkanlık sistemi düşüncesi daha sonra Demirel tarafından **gelişmiş demokrasi** olarak sunulmuştur.

TBMM'nin işlevi gerçekten yasama ve denetim olmalıdır. Türkiye nüfusça bir mozaik halinde olduğundan, bu hale en uygun sistem Başkanlık sistemidir. Nüfusumuz homojen değildir; mezhep, etnik köken gibi farklılıklar, neticede koalisyonları doğurmakta, bu da statükoculuğu getirmektedir. İmparatorluk bakiyesi bir toplum olduğumuz için, bizi Başkanlık sistemi birleştirebilir. Devlet işlerinde ivedilik esastır. Parlamenter yapı, ya İngiltere gibi, monarşi sonrası ülkelerde veya **homojen** bir toplum olan Almanya ve Fransa gibi ülkelerde başarılı olur.¹⁸

¹⁷ Başbakan Erdoğan'ın konuşmalarında detay için bk. 2 Şubat 2011 tarihli yazılı basına.

¹⁸ Fransa, Portekiz, Yunanistan, Finlandiya'daki yarı-başkanlık sistemi için bk. Onar, s. 82-83, 91. İtalyadaki tartışmalar için bk. Onar, Onar, Erdal, “Türkiye’de Başkanlık ve

Biz, Fransa ve Almanya'ya benzemeyiz. ABD'de değişik ırklar vardır. Tek kişi seçilince etnik ve bölgesel vasıflar kalkmakta, toplumda birlik ve beraberlik oluşmaktadır. *Yasama ile yürütme* arasındaki uyumsuzluğu çözecek geleneksel kurum ve araçlar ülkemizde yerleşmemektedir. 1961'den bu güne verilen **251 gensorudan sadece ikisi** kabul edilmiştir.

Meclis'in denetim fonksiyonu. Ülkemiz siyasi parti rejiminde, sıkı **parti disiplini** olduğundan, hükümetler, meclisi adeta noter olarak kullanmaktadırlar. Hükümetleri **denetlemek** hayaldir. Bizde 1961 Anayasasına göre, yasama güçlüdür. Buna rağmen 1961'den günümüze, Meclisin denetleme vasıtalarından olan **gensoru**; (251 adet gensorudan sadece 2 tanesi kabul, 249 tanesi red edilmiştir); **Meclis soruşturması**, (gelen 644, işleme konan sadece 14); **Meclis araştırması** (gelen 888, sonuçlanan sadece 14), **Genel görüşme** (gelen 285, görüşülen sadece 53, red 232) dir ki bununla Meclisin denetleme fonksiyonunu kullanamadığı açıktır. Hükümetleri denetlemek bu sistemde daha zordur.

Parlamentarizmin rasyonalizasyonu yeterli midir? Genellikle iki parti sistemine sahip olan Almanya'da **parlamentarizmin rasyonalizasyonu** başarılı olmuştur ama iki partili sistemin oluşmadığı ülkelerde bu mümkün değildir.¹⁹ **Amaç, yasama gücü ve bütçenin denetleyicisi olmaktan çıkan Meclisi asli konumuna döndürmektir.** Bakanlar Meclis dışından Cumhurbaşkanı tarafından atanmalıdır. **Meclisin ve milletvekilinin itibarı yükseltilmelidir.** Parlamentarizm, sorunlarımızı çözmekten aciz kalabilmektedir. TBMM itibarını kaybedebilmektedir.

Aslında Parlametonun iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır: (i) Paranın kontrolü, (ii) Kanun yapmak. Başkanlık sisteminde **bu iki güç, gerçekten** parlamentoya ait olacaktır. Yetkili ve sorumlunun kim olduğu bu sistemde daha iyi bilinebilir. Başkan büyük bir olasılıkla % 51 oyla gelir. **Bu sistem uygulandığında, ülkemizde, 2 partinin kalacağı büyük bir olasılıktır.** Halen **bütçenin % 100 ünü** hükümet hazırlamaktadır. **Kanunların % 98'ini** hükümet getirmektedir. Parti içi bölünmeler, Meclisteki ayak oyunları yürütmeyi etkilememelidir.

yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", Başkanlık Sistemi, TBB, Ankara 2005, s. 83.

¹⁹ Nur Vergin, Milliyet, 14 Şubat 1995.

Güçler ayrılığı gerçek anlamda başkanlık sisteminde vardır. Demokrasinin teminatı sayılabilen güçler ayrılığı, başkanlık sisteminde daha iyi uygulanır. Modern devletin en ayırıcı özelliği kanun egemenliğine dayanmasıdır. Demokrasi ülküsünün en yüksek hedefi de budur.²⁰ Bizde tek parti dönemlerinde yürütme, güçler ayrılığı ilkesine aykırı olarak yaşamaya da egemendi. 1982 Anayasasından önce, parçalı partiler döneminde genellikle, yasama yürütmeye de hâkimdi.

Merkezi hükümet en az yerel iktidarlar kadar istikrarlı olabilmelidir. Türkiye'de hükümetin **yetkileri** oldukça fazla olmakla birlikte, dayanıksız bir statü içindedir. Küçük bir sarsıntı hükümeti devirmeye yetebilmektedir. Bu konuda iki problemin varlığı ileri sürülebilir; **Birincisi, yapısal** sorun ki, başkanlık sistemi ile giderilebilir. **İkincisi, konjonktürel**dir yetenekli insanlarla giderilebilir. Türkiye'de, belediyelerdeki istikrar hükümette bulunmamaktadır. Bir beldenin belediye başkanı dahi, hükümetten daha sağlam temeller üzerine oturur; bir Belediye Başkanı, Türk Ceza Kanununda yazılı **vatana ihanet** gibi benzeri ağır suçlar işlemezse beş yıl istikrar içinde projelerini uygularken, merkezi hükümet küçük bir siyasi çalkantıda alabora olacak bir tekneyi andırmaktadır. **İstikrarsızlık savunulamaz.** Bizde, 1980 başlarında, istikrarsızlığı önleme gerekçesiyle, Başkanlık sistemi tartışmaları başlamış, 19 Nisan 1980'de, *Tercüman Gazetesi* bir seminer düzenlemiş, 15 Mayıs 1980'de, *Yeni Forum Dergisi* Anayasa tasarısı hazırlamıştır. Bu örnekler çoğaltılabilir. Netice itibariyle, ortada bir sistem tartışmasının bulunduğu tartışmasızdır.

1970–1980 arasında 12 hükümet değişmiş; her **bir hükümetin ömrü, bir yıldan az** olmuştur. DYP'e göre, mevcut sistem nedeniyle Türkiye'nin önü tıkanmıştır, bu tıkanıklığı aşmak için başkanlık sistemine geçilmesi gerekmektedir. Şu anda 61 inci Hükümet (2012) işbaşındadır; ortalama bir hükümetin ömrü olan 5 rakamı ile bunu çarparsak (61x5=305), 305 yıl eder; Oysa Cumhuriyetin henüz 88 inci yılındayız. Bu durum ülkemiz sisteminin ne kadar istikrarsız olduğunu gösteriyor.

²⁰ Ali Fuad Başgil, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Mukayeseli Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, C.I, 1. Fasikül, Baha Matbaası, İst. 1957, 4. Başlık, "Kuvvet Birliği Prensipleri ve Kuvvetler Ayrılığı Meselesi", s. 230.

Süreklilik ve istikrar arayışları önemsenmelidir. Başkanlık sisteminin özelliği hızlı karar alma ve bunu hızla uygulamaya koyabilme imkânıdır.

Milletin değerlerine ters düşenler ve seçilemeyeceklerini anlayanlar, başkanlığa kendi kişisel veya ideolojik yararları açısından -yoksa ülkenin yararı açısından değil- karşı çıkmaktadırlar. Başkanlık sistemi, süreklilik ve istikrar demektir. ABD'de başkan öldüğünde, yerine seçilmiş Başkan yardımcısı geçer. Oysa Özal'ın ölümünden sonra Türkiye'de kaos olmuştur.

1991'de TBMM'ye 5 parti girmiş, 3 yıl geçmeden parti sayısı ikiye katlanmış, 10 parti oluşmuştur. Bu arada 6 adet de hülle partisi kurulmuştur. Bu siyasi çarktaki dalgalı siyasete, devlet çarkı nasıl emanet edilecektir? Kaldı ki, seçimle uğraşan hükümet icraat yapamamaktadır.

Sorunlar kaynağında çözülrse, siyasi istikrar bulunabilir. Hangi şehire ne yatırım yapılacak, kim atanacak, hangi öğretmen nereye atanacak, taban fiyatı ne olacak? Bütün bunların yükü merkezi hantal bir duruma getirmekte, birçok problem doğmaktadır. Bu sorun yerel yönetimlerin güçlendirilmesi ile aşılabılır. Bugün yetkiler, teorik olarak Mecliste olmakla beraber, aslında otorite Hükümettedir. **Meclis adeta noterlik görevi yapmaktadır.**

Ülke yönetimi için güçlü yürütme şarttır. Biz, bilmediğimiz için demokrasinin parlamenterizmden ibaret olduğunu sanıyoruz. Kaldı ki Parlamenterizm, yakın tarihimizde, üç kez kesintiye uğramıştır. Acaba sistemin arızaları mı vardır? Yoksa elbise ile bünye arasında uyumsuzluk mu vardır? Duverger'in 1974 de dediği gibi, **"Dünya ekonomisinin bu aşamasında, parlamenterizmin hukuki çerçevesi yetersiz kalıyor. Yürütme, hızlı, dakik, anında ve esneklik içinde kararlar almak zorunda. Bu kararların muazzam bir teknik bilgiye dayanması gerekiyor"**.²¹

Başkanlık sistemi, federalizmi gerekli kılmaz. Çünkü federalizmin tarihi, coğrafi, sosyolojik ve kültürel açılardan gereken koşullarının hiçbiri Türkiye'de yoktur. Dünyada bugün mevcut sayısı 23 kadar olan federal devletlerin hiçbirinin koşulları Türkiye'ye benzememektedir.

²¹ Milliyet, 14 Şubat 1995, „Entellektüel Bakış“.

Cumhurbaşkanlığı-Hükümet polemliği olmamalıdır. Ülkemizdeki siyaset Cumhurbaşkanlığı-Hükümet polemliğinden etkilenmektedir. Darbelerin nedeni, -bilindiği gibi-genellikle, Meclis'in tıkanıklığıdır. Başkanlık sisteminde ise, devlet-millet kaynaşması daha da etkin olacaktır. *Dualist parti* sistemi olacağından ülkede küçük partilerin getireceği bir kaos olmayacaktır.

Başkanlık sistemi, terör ve Kürt sorununun çözümü için de katkıda bulunacaktır; Başkan bütünlüğü daha iyi sağlayacaktır. Cumhurbaşkanı Sezer'in Başbakan Ecevit'e fırlattığı anayasa kitapçığı Türkiye'ye bir gecede 5 milyar dolar kaybettirmiştir.²² Ermenistan'ın Karabağ'ı işgalinde aktif dış politika isteyen Cumhurbaşkanı Özal ile bu yaklaşımı maceracılık olarak benimseyen Başbakan Demirel arasında polemik çıkmış, dış politikada iki başlılık nedeniyle Türkiye'nin dış politikada etkinliği kırılmıştır.

Tiranlık tehlikesi yoktur. Başkanlık sistemi ile, ülkeye despotizmin geleceğinden korkulmamalıdır. Yaklaşık her 10 yılda bir TBMM tıkanmakta, 2-3 lü koalisyonlar gelmektedir. Bu sistem değişmezse, ülke giderek istikrarsızlık batağına girebilir. Bir kamu hukuku ilkesi olarak, yetki ve sorumluluk paralel olmalıdır. **Güney Amerika örnekleri gerçeği göstermez.** Başkanlık sistemine karşı çıkanlar gerekçe olarak başarısız Güney Amerika uygulamalarını ileri sürmektedirler. Oysa Güney Amerika örneği bizim için bir ölçüt olamaz, çünkü tarihimiz Güney Amerika ülkelerine benzemez. **Arjantin**, 1810 yılına kadar, yaklaşık 300 yıllık bir **İspanyol kolonisiydi**; 1816'da bağımsız oldu; 1853 yılında başkanlık sisteminin kabul etti. Arjantin'in son 64 yılının 20 yılını sivil, 44 yılını askerler yönetti. Kısaca Arjantin'le ortak yanımız yoktur; bunlar eski sömürgelerdir. Türkiye'nin ise, 2000 yıllık devlet birikimi olup, benzer olmayanlarla karşılaştırılması uygun değildir. Başkanlık sistemi, belirtildiği gibi, **tarihe ve milli kültüre** daha uygundur.

Siyasal partiler ve seçim sistemi. Ülkemizde Siyasal Partiler sert disiplin anlayışı üzerine kurulmuşlardır. Sert politik mücadele geleneği vardır, demokrasi iyi işleyememektedir. Türkiye'de siyasi tıkanıklığı

²² Gazeteler, 21. 04. 2010.

aşmak ve demokratik katılımı artırmak için, denetim eksikliği giderilmeli, Devletin ekonomideki ağırlığı azaltılmalı, yerel yönetimlerin güçsüzlüğü giderilmeli ve *Başkanlık sistemi getirilmelidir*.

Yakın ve uzak geleneklerimiz ve başkanlık sistemi. Yakın tarihimizde de şunları görmekteyiz; Atatürk devri (1923–1938 dönemi; 15 sene) başbakanlarla değil Atatürk’le anılır. 1938–1950 (12 sene) arası başbakanla değil, İnönü ile anılır. 1950–1960 arası (10 yıl), Menderes ile anılır. Menderes döneminde şehirleşme oranı ve gelişme daha da artmıştır. AP nin tek başına iktidar olduğu 1965-1969 dönem Demirel ile ANAP’ın tek başına iktidar olduğu 1983-1989 (6 yıl) Sayın Özal ile anılır. AK PARTİ’nin iktidarda bulunduğu 2002–(bugün) arası Sayın Erdoğan’la anılır.

Siyasi geleneğimize uygun, özgürlükçü bir yapı, ABD veya Fransız toplumu gibi bize de gereklidir. Rusya federasyonu da Türk Cumhuriyetleri de, Doğu Avrupa, Arap dünyası, Güney Amerika, Yunanistan’da da benzeri durumlar vardır. Bölgedeki tek istisna Türkiye’dir. ABD de başkan hem yetkili hem sorumlu, Türkiye’de ise yetkili ama sorumsuzdur. Tarihte kurulan bütün Türk Devletlerinin de başkanı vardı.²³ Parlamenter sistem, tek etnik grubun hâkim olduğu ülkelerde daha iyi uygulanır. Gelişmekte olan ülkeler parlamantarizmle iyi yönetilemez. Türkiye, bir tür başkanlık sistemi uygulandığı dönemlerde hamle yapmıştır.²⁴ Mevcut parlamentarizm sistemi kuşkusuz ki diktaya ve darbeye daha müsaittir.

Tecrübesiz bilim ve tecrübesiz zekâ insanlığın somut hayatında bir değer taşımaz. Avamül’-ulema veya ulemaül’-avam, meselelerin analiz-tanı ve açıklamasında yetersizdir. Nasreddin Hoca, parasını ahırda kaybetmiş, avluda arar; soranlara, avlunun daha aydınlık olduğunu söyler.²⁵ Milletvekili trasferleri, hulle partileri, manipülasyonlara ve operasyonlara açık bir siyasal parti sistemi terkedilmelidir. Özgürlüğü koruyan ve kurtaran otoritedir; bizim için denenmesi gereken yalnız başkanlık sistemidir; Batıdan bilinçsizce alınan bazı yöntemlerin ne büyük

²³ 1982 Anayasasınının 110. maddesi Danışma Meclisi’nde görüşülürken Başkanlık sistemini isteyenler vardı; bunlar için bk, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. IX, s. 376, 380.

²⁴ Turgut Özal, "Değişim Üzerine", 2 Ekim 1992, İstanbul, Conrad Otel.

²⁵ Özyörük, Türkiye, 12 Haziran 1994.

hata olduğunu bu ülkede herkes açıkça belirtmektedir. Aslında, hükümet sistemleri toplumların tarihsel ve toplumsal gerçekleriyle uyumlu olmalıdır. 1909'da, geleneksel siyasal sistemimiz sorun çözemez hale düşünce, İngiltere, Fransa ve diğer Batı ülkeleri örnek alınarak, hanedanların tekelindeki iktidar yetkisi, halkın temsilcilerinden oluşan parlamentolara ve parlamentoların içinden çıkan hükümetlere geçmişti. Günümüz koşullarında yeni bir sistem gereklidir.

Demokrasinin pekişmesi. Dar bölge esası ve iki turlu seçim sistemi diğer partililerin oyuna ihtiyaç göstereceğinden, partiler arasında yumuşama olacaktır. Başkanın güvenoyu problemi olmayacağından, O, en doğru bildiği programı en uygun kişilerle uygulayacaktır. Zaten ülkede iki grup insan vardır: Ülkenin sırtından geçinenler ve ülkeyi sırtında taşıyanlar.

Sartori, başkanlık ve parlamanter hükümet sistemlerinin aksaklarına işaret ettikten sonra, dengeli bir sistem olarak, sorun çıkarmayan bir yarı-başkanlık sistemini salık verir. O'na göre bu sistemin adı, „*alternatif başkanlık sistemi*“dir.²⁶

SONUÇ

Türkiye'nin sorunu, istikrardır. Son 50 yıldan beri bu istikrar istemi, süregelmektedir. Büyük iddialarla (*istikrar/güçlü hükümet/yürütmenin üstünlüğü*) ortaya çıkan 1982 Anayasası'nın ve şu ana kadar yapılan 18 adet değişikliğin dahi bu problemi çözemediği açıktır. Hedefimiz, 2023 yılında, ülkenin büyümesi, kalkınması ve ileri 10 ülke arasına girmesi ise, buna uygun sistem başkanlık sistemidir. Özellikle Cumhurbaşkanını halkın seçmesinin de kabulünden sonra, Türkiye'nin **yarı-başkanlık sistemine yakın bir yere** geldiği açıktır. Cumhurbaşkanı halk tarafından seçildiğinde, bugünkü yapı devam ederse, başbakanla arasında sürüşmeler başlayabileceği belirtilebilir. Türkiye'de tıkanmışlığın aşılabilmesi, sistemin problem çözer hale gelebilmesi, parlamentarizmin patolojik uygulamalarının reforme edilmesi için, bir çıkış yoluna ihtiyaç vardır. 1982 anayasasından bugüne 28 senedir *yarı-başkanlık sistemine* yakın bir yerde bulunmaktayız. Esasen Türkiye 1908

²⁶Giovanni Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Çeviren Ergun Özbudun, Ankara-1997, s. 199 vd.

tarihinden itibaren *sui generis bir parlamentarizm sistemini* uygulamaktadır. Aslında Atatürk, İnönü, Evren ve Özal parlamenter sistemin sembolik cumhurbaşkanları olmayıp, parlamenter sisteme rağmen birer başkan gibi idiler.

ABD'nin Başkanlık sistemi, hükümetin ve siyasetin istikrarını temin etmekte epey katkıda bulunmaktadır. *ABD'de milletvekili seçiminde iki dereceli dar bölge sistemi uygulanmaktadır. ABD'de Başkan iki türlü bir sistemle seçilmektedir. ABD'de yargı, yasama ve yürütme kadar güçlüdür. ABD'nin 23 Eyaletinde hâkim ve savcılar halk seçer. ABD'de yasama gücü tamamen bağımsız olup, yürütmenin Kongre'ye yasa tasarısı sunması söz konusu değildir; Kongre, sadece yasama ve denetim işlevi görmektedir. Başkan yasaları, Kongre de Başkan'ın kararlarını veto edebilir.*

Kısaca yarı-başkanlığa yakın bir yerde duran sistemimiz yerine, ülkeye adaptasyonu sağlanabilmiş, Türkiye'ye uygun bir başkanlık sistemi Türkiye'nin yararına olacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Andrew Hill and Anthony Whichelow: **What's Wrong with Parliament?**
Penguin Books, England, 1964
- A.F.Pollard :**The Evolution of Parliament**, Second Edition, New York 1964.
- Anayasa Mahkemesi Kararları:E.1984/14, K. 1986/7, 13.06.1985, AYMKD-21.
- Anayasa Mahkemesi Kararları: E. 1986/24, K. 1986/24, 9.10.1986, AYMKD-22.
- Aldıkaçtı, Orhan :**Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı**, İstanbul 1960.
- Armağan, Servet :**1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu**, İstanbul 1978.
- Arsel, İlhan :**Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 1959.
- Başgil, Ali Fuad :**Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Mukayeseli Türk Esas**

- Batum, Süheyl :**Teşkilat Hukuku Dersleri**, C.I, 1. Fasikül, Baha Matbaası, İst. 1957, 4. Başlık, "Kuvvet Birliği Prensibi ve Kuvvetler Ayrılığı Meselesi".
- Batum, Süheyl :**“Siyasal Rejimler ve Türkiye’deki Arayışlar”**, TBB Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı’nda Başkanlık Sistemi, 9-13 Ocak 2001, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Balta, T. B. :Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ank. 1960, AÜSBFY; N. Bilge, **Bakanların Görev ve Sorumlulukları**, Ankara 1956.
- Bockel, Alain :**“Yarı Başkanlık Rejimi”**, 9-13 Ocak 2001, Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Bıçak, Vahit :**Improperly Obtained Evidence (A Comparison of Turkish and English Laws)**, Ankara 1996.
- Corvin, Edward S. :**Presidential Power and the Constitution**, Cornell University Press, USA, 1976.
- Çam, Esat :**Devlet Sistemleri**, Der Yayınları, İstanbul 1993.
- Erdoğan, Mustafa :**Anayasal Demokrasi**, 2. B., Siyasal Kitabevi, Ankara 1997.
- Ergül, Teoman :“Başkanlık Sistemi Tartışılırken“ , **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin :“Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”; Temel Hak ve Özgürlüklere ilişkin Uluslararası Normların İç Hukukumuza Etkileri, Bildiri, Anayasa Mahkemesi Yayını, **Anayasa Yargısı–2000**, C. 17, Ankara 2000.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin :“2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Anayasa’nın 13. maddesi)”, 2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve

- Özgürlüklere Yansımaları, Bildiri, Antalya, 26–27 Nisan 2002, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Ankara 2002.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin :“Parlamentarizm-Başkanlık Sistemi Tartışmaları Üzerine”, DÜHFD, Diyarbakır 2003, Sy. 17, sh. 1-34.
- Güneş, Turan :**Parlamentar Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi**, İÜHFY, İstanbul 1956.
- Güneş, Hasan Fehmi :“TBMM Bütçe Görüşmelerinde Başkanlık Sistemi-2004”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Gürbüz, Yaşar :“Başkanlık Rejimi sadece ABD’de başarılı oldu” , Yeni Yüzyıl, 13 Nisan 1996.
- Gerhard Loewenberg (edited by):**Modern Parliaments, Change or Decline?** Aldine-Arher-ton, Chicago 1971.
- Gemalmaz, M. Semih :**Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye-1-: Kabul Edilebilirlik Kararları**, Beta, İstanbul 1997.
- Gönenç, Levent :“Türkiye’de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları: Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Gözler, Kemal :**Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası için Bir Savunma**, Ekin Kitabevi, Bursa 2001.
- Hazır, Hayati :**Demokrasilerde İstikrarsızlığın Sebebi Olarak Siyasal Şiddet ve Terörizm**, Basılmamış Doçentlik Tezi, Konya, 1992.
- Hafizoğulları, Zeki : “Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler”, **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, C. III, Sy.1, Ocak-1995.
- Heyet :**Türk Parlamento Tarihi**, I. C., Ank. 1996.
- Human Rights Law Journal, 31 December 2000, Vol. 21, No. 9-12.
- Huntington, Samuel P. :**Political Order in Changing Societies**, Yale University Pres, New Haven and London 1968.

- John Stuart Mill : **Prefaces to Liberty**, (Selected Writings), Edited by Bernard Wish, USA, 1959.
- Jean Blondel-Richard Sinnott and Palle Svensson: **People and Parliament in the European Union**, Participation, Democracy and Legitimacy, Clarendon Pres, Oxford 1998.
- John Henry Barrows : **The World's Parliament of Religions**, Vol. II, London 1893.
- Kalaycıoğlu, Ersin : "Başkanlık Sistemi: Türkiye'nin Diktatörlük Tehdidiyle Sınavı", **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Kenneth Bradshaw and David Pring : **Parliament and Congress**, London 1972.
- Kumkumoğlu, Ali Kemal : "TBMM Bütçe Görüşmelerinde Başkanlık Sistemi-2004", **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Kuzu, Burhan : **Parlamentar Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum**, İstanbul 1989.
- Kuzu, Burhan : **Türkiye İçin Başkanlık Sistemi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997.
- M.E.Beggs Humphres and D.W.Humpreys: **The Story of Parliament**, London 1962.
- Martin L. Fausold and Alan Shank (Edited by): **The Constitution and the American Presidency**, Published by State University of New York, USA, 1991.
- Oder, Bertil Emrah : "Türkiye'de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler", **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Okandan, Recai Galib : **Amme Hukukumuzun Anahatları**, I. Kitap, İstanbul 1971.
- Onar, Erdal : "Türkiye'de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemine Geçilmesi Düşünülmesi midir?", **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.

- Özal, Turgut :“**Değişim Üzerine**”, 2 Ekim 1992, İstanbul-Conrad Otel.
- Özbudun, Ergün :“Başkanlık Sistemi Tartışmaları”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Özok, Özdemir :“Önsöz”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Özer, Atilla : **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri** (Doktora Tezi), Ankara, 1981, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No. 143.
- Philip Norton (edited by) : **National Parliaments and the European Union**, Frank Cass, London 1996.
- Philip Lynch, Nanette Neuwahl and G. Wyn Rees: **Reforming the European Union-from Maastricht to Amsterdam**, Longman, London 1998.
- Richard Corbett MEP, Francis Jacobs and Michael Shackleton: **The European Parliament**, 4th edition, London 2000.
- Robert L. Morlan :**American Government, Policy and Process**, 2. B., USA, 1975.
- Robert S. Hirschfield (edited by):**The Power of the Presidency, Concepts and Controversy**, Third Edition, New York 1982.
- Schmitt, Gary J. and Shulsky, Abram N.:**The Theory and Practice of Separation of Powers: The Case of Covert Action**, in The Fettered Presidency, USA, 1989.
- Sır Courtenay Ilbert :**Parliament, Its History, Constitution and Practice**, Oxford University Press, London 1964.
- Turan, İlter :“Başkanlık Sistemi Sevdası: Zayıf Temelli Bir Özlem”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Turhan, Mehmet :**Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Diyarbakır 1989.
- Türkiye Barolar Birliği, Yayına Hazırlayan Av. Teoman Ergül: **Başkanlık Sistemi**, Ankara 2005.

- Villone, Massimo :“Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı’nda Başkanlık Sistemi”, 9-13 Ocak 2001, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Vincenzo Miceli :**Modern Parlamentolar, Parlamento Hukuk ve Siyaseti Etüdüleri**, Çeviren Atıf Akgüç, Ankara 1946.
- W. Ivor Jennings :**Parliament**, Cambridge University Press, Cambridge 1948.
- Yazıcı, Serap :**Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, Türkiye İçin Bir Değerlendirme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2002.
- Yazıcı, Serap :“Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi :“Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı’nda Başkanlık Sistemi”, 9-13 Ocak 2001, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.

[www.geocities.com/vbicak/incal.htm\(case](http://www.geocities.com/vbicak/incal.htm(case) of incal/turkey (41/1997/ 825/1031) (9 June 1998).

www.hudoc.echr.coe.int/hudoc1doc2/HEJUD/199901/incal.batj.doc

www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/ABulusal.htm.

www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari-teklif-ss.ilgili-komisyonlar?
kanunlar.

www.tbmm.gov.tr/anayasa/Anayasa2001.htm

EŞYA HUKUKU VE YARGI KARARLARI AÇISINDAN EMVAL-İ METRÛKE

*Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR**

ÖZET

Osmanlı Devleti'nin Birinci Dünya Savaşı'na girmesi üzerine, iç isyanların bastırılması amacıyla, kanun, nizamname ve diğer normlar olarak bir dizi düzenleme yapılmıştır. Kabul edilen mevzuatta öngörülen şartlara uyanlar, firarî ve mütegayyip olarak nitelendirilmiş, malları emval-i metrûke (terk edilmiş mallar) kapsamında kabul edilerek el konulmuştur. Ancak, usulüne uygun ülkeden ayrılanlar ile Lozan Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra yurt dışına çıkanların malları ise bu kapsamda değerlendirilmemiş ve el konulmamıştır. Diğer taraftan, Cumhuriyet döneminde bu kimselerin malları ile ilgili olarak yeni düzenlemeler yapılmış, ilânlar ve davetiyeler çıkarılmıştır. Bu davete uyarak ülkeye geri dönenlerin malları iade edilmiştir. Ülkeye dönmeyenlerin malları ise, 1928 yılına kadar emanette tutulmuş, bu tarihten sonra bütçeye gelir kaydedilmiştir.

Bugünkü mevzuat ve Anayasa Mahkemesi'nin kararı açısından emval-i metrûkenin 6 Ağustos 1924 tarihinden önceki sahiplerine iadesi mümkün değildir. Bu konuda Yargıtay ve Danıştay'ın pek çok kararı bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler Emval-i metrûke, tapu sicilin aleniyeti, kamu düzeni, zamanaşımı ile iktisap, Lozan Antlaşması

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABANDONED PROPERTY IN TERMS OF LAW OF PROPERTY AND JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT

With Ottoman Empire getting into World War One, series of regulations as in laws, directories, and other statues have been put into effect to deal with inner riots. Those who compile with the conditions in the conventional law have been acknowledged as refugee and missing, and their belongings have confiscated by government as if they are disclaimed. However whose belongings that have left the country properly, and whose belongings that have left after Lausanne Treaty has been concluded have not acknowledged as disclaimed and confiscated. On the other hand, at the republican era new regulations relating those assets have been made, and notices, invitations have been put out. Assets of those who compiled with invitations have given back to their owners. Assets of those who did not compile with invitations and did not come back to get their belongings, has kept in safe custody until 1928, and after that date included into government budget.

According to current positive law and a decision of Constitutional Court assets anymore cannot be returned to their owners before 6 August 1924. On this subject, Court of Appeals and Council of State have many decisions.

Keywords Abandoned property, publicity of land registry, public policy, prescription, Lausanne Treaty

I. GİRİŞ

Son zamanlarda “Emval-î Metrûke”¹ olarak nitelendirilen malların, eski sahiplerinin dava açarak, kendilerine iade edilmesini talep ettikleri sıklıkla görülmektedir. Bu yola başvuranlar taleplerine gerekçe olarak, Anayasa m. 35, 36, 10 ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1 Nolu Ek Protokolü m. 1’i göstermektedirler. Çünkü hak arama hürriyeti AY. m. 36 ile temel hak ve hürriyetler arasına alınmıştır. Ancak, bu konuda açılan

¹ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARDEŞ, Salahaddin; “Tehcir” ve Emval-i Metrûke Mevzuatı, Ankara 2008, sh. 3 vd; BAKAR, Bilal; Ermeni Tehciri, Ankara 2009, sh. 78 vd; AYTAÇ, Önder; Emval-î Metrûke, Ankara 2012, sh.1 vd.

davada hâkimlerin konuyu değişik açılardan inceleyerek bir sonuca varmaları gerekir. Bunlar arasında emval-î metrûkenin iadesine engel olan kanun hükümlerinin mevcut olup olmadığının araştırılması görevi de bulunmaktadır. Aşağıda bu taleplere, gerek emval-i metrûke mevzuatı² ve gerekse yürürlükte olan Türk hukuku çerçevesinde cevaplar aranacaktır.

Türk hukukunda emval-î metrûkenin, dava açan eski sahibine iadesine engel olan pek çok hüküm bulunmaktadır. Bunlardan büyük bir kısmı kanun³, TBMM Kararları⁴, nizamname⁵ ve kararnameler⁶,

² Doktrinde bazen emval-î metrûke kanunları, bazen ise emval-î metrûke mevzuatı deyimi kullanılmaktadır. Emval-i metrûke ile ilgili düzenlemeler, Osmanlı Devleti ve Türkiye Cumhuriyeti döneminde kabul edilen 7 adet kanundan ibaret değildir. Gerçekten de, emval-i metrûke ile ilgili olarak, Osmanlı Devleti ve Türkiye Cumhuriyeti döneminde, aşağıda isimleri tek tek zikredilen kanunların yanında, yine isimleri ile anılan nizamname, kararnameler, TBMM kararları, talimatnameler, genelgeler yürürlüğe konulmuştur. Bunların yanında konu ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi Kararı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Yargıtay'ın ve Danıştay'ın pek çok kararı bulunmaktadır. Bu sebeple çalışmada emval-i metrûke mevzuatı deyimi tercih edilmiştir.

³ Emval-i metrûke kanunları tarih sırasıyla şöyledir: 1) “*Vakt-i Seferde İcraat-ı Hükûmete Karşı Gelenler İçin Cihet-i Askeriyece İttihaz Olunacak Tedabir Hakkında Kanun-u Muvakkat*”, 2) “*Ahar Mahallere Nakledilen Eşhasın Emval ve Düyun ve Matlûbat-ı Metrûkesi Hakkında Kanun-u Muvakkat*”, 3) “*Ahar Mahallere Nakledilen Eşhasın Emval ve Düyun ve Matlûbat-ı Metrûkesine Mütedair 17 Zilkade 1333 Tarihli Kanun-u Muvakkatin İkinci Maddesinin Birinci Fıkrasına Mezeyyel İbare Hakkında Kanun-u Muvakkat*”, 4) 20.04.1338 tarihli ve 224 sayılı “*Memealik-i Müstahlâsadan Firar ve Gaybubet eden Ahalinin Emval-i Menkule ve Gayrimenkulelerinin İdaresi Hakkında Kanun*”, 5) 15.04.1339 tarihli ve 333 sayılı “*Ahar Mahallere Nakledilen Eşhasın Emval ve Düyun ve Matlûbat-ı Metrûkesi Hakkındaki 17 Zilkade 1333 ve 13 Eylül 1331 Tarihli Kanun-u Muvakkatin Bazı Mevaddı ile 20 Nisan 1338 Tarihli Emval-i Metrûke Kanununu Muaddil Kanun*”, 6) 28.05.1928 tarihli ve 1331 sayılı “*Mübadil, Gayrimübadil, Muhacir ve Saireye Kanunlarına Tevfikân Tevzi veya Adıyen Tahsis Olunan Gayrimenkul Emvalin Tapuya Raptına Dair Kanun*”, 7) 28.05.1928 tarihli ve 1349 sayılı “*Emval-i Metrûke Hesab-ı Cariyelerinin Bütçeye İrat Kaydına Dair Kanun*”. Kanun metinleri için bkz. KARDEŞ, Emval, sh. 17 vd.

⁴ Bkz. 1) 18.03.1929 tarihli ve 142 sayılı, “*24 Mayıs 1928 Tarih ve 1331 Numaralı Kanunun Altıncı Maddesinin Tefsiri*”, 2) 02.06.1929 tarihli ve 146 sayılı, “*24 Mayıs 1928 Tarih ve 1331 Numaralı Kanunun Yedinci Maddesinin Tefsiri*”, 01.10.1935 tarihli 899 sayılı “*1331 Numaralı kanunun Yedinci ve İcra ve İflâs Kanununun Otuz Üçüncü Maddesine Dair Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararı*”. Metinler için bkz. KARDEŞ, sh. 117 vd.

⁵ Bkz. “*13 Eylül 1331 tarihli Kanun-u Muvakkatin Suver-i İcraîyesini Mübeyyin Nizamname*”.

⁶ Bkz. 1) “*Ahar Mahallere Nakledilmiş Olan Eşhasın 17 Zilkade 1333 Tarihli Kararname Mucibince Tasfiyeye Tabi Tutulan Emvali Hakkında Kararname*”, 2) 12.03.1338 tarihli ve 1483 sayılı “*Kayıp Durumda Olan Gayrimüslim Unsurların Gönderecekleri Vekâletnamelerin Kabul Edilmemesi Hakkında Kararname*”, 3) 31.10.1338 tarihli ve

talimatnameler⁷, genelgeler⁸ ve nihayet Anayasa Mahkemesi kararı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtay ve Danıştay kararlarından meydana gelen yargı kararlarıdır. Aşağıda bunlar; tapu sicilinin aleniyeti (kamuya açıklığı), emval-î metruk mevzuatı hükümleri ve taşınmazın eski sahibine iadesine engel hükümler açısından ayrımlara tâbi tutularak değişik başlıklar altında kısaca ele alınmıştır. Son başlık kendi içerisinde 810 sayılı Kanun, 501 sayılı Tefsir Kararı, 1515 sayılı Kanun, TMK. m. 713 (TKM. m. 639) alt ayrımlara tâbi tutulmuştur. Nihayet, emval-î metruk yargı kararlarına da yansıdığından, bu konudaki incelemeler,

1954 sayılı “Başka Mahallere Nakledilen Kişilerin Terk Edilmiş Malları Hakkında 17 Zilkade 133 Tarihli Kanunun Uygulama Biçimine Dair 26 Teşrinievvel 1331 Tarihli Tüzüğün Bazı Maddelerini Değiştiren Kararname”, 4) 29.04.1339 tarihli ve 2453 sayılı “İstanbuldan Kaçan ve Kaybolan Kişilerin Taşınır ve Taşınmaz Malları Hakkında Yapılacak İşlemlere Dair Kararname”, 5) 28.06.1339 tarihli ve 2559 sayılı “Kayıp Durumda Bulunan Gayrimüslimlerin Hepsinin Gönderecekleri Vekâletnamelerin Kabul Edilmemesine Dair Kararname”, 6) 20.07.1340 tarihli ve 771 sayılı “Anadolu’da İkamet Ettiği Mahalden Hükümetin İznini Alarak Ayrılanların Mallarının, Terk Edilmiş Mallardan Addedilmemesi Hakkında Kararname”, 7) 12.11.1340 tarihli ve 1120 sayılı “771 Numaralı Kararnamedeki “Anadolu” Tabirinin “Türkiye” Olarak Değiştirilmesinin Kabul Edilmiş Olduğuna Dair Kararname”, 8) 18.01.1341 tarihli ve 1368 sayılı “Cumhuriyet Hükümetinin İzniyle Seyahat Etmış Olanların Mallarının Terk Edilmiş Mallardan Addolunamayacağına Dair Kararname”, 9) 05.02.1341 sayılı ve 1510 sayılı “Lozan Antlaşmasının Kabul Edildiği Tarihten Sonra Gitmiş Olanların Taşınmaz Mallarına Müdahale Edilmemesi Hakkında Kararname”, 10) 15.07.1341 tarihli ve 2208 tarihli “Mübadeleye Tâbi Olmayan Kayıp Kişilerin Bankalardaki Mevduatına Konulan İdari Haczin Kaldırılması Hakkında Kararname”, 11) 30.09.1341 tarihli ve 2673 sayılı “Kayıp Kişilere Ait Madenler İmtiyaz, Hisse ve Haklarının Feshi ve İptali Hakkında Kararname”, 12) “13 Eylül 1331 Tarihli Kanun ile Bu Kanunun Bazı maddelerini Değiştiren 15 Nisan 1339 Tarihli Kanunun, Lozan Antlaşmasına Göre Uygulama Biçimini Temin Amacıyla Düzenlenmiş Olan Talimatnamenin Kabulüne Dair Kararname”, 13) 17.07.1927 tarihli ve 5451 sayılı “13 Haziran 1926 Tarihli Talimatnamenin Bazı Maddelerini Değiştirmek Üzere Hazırlanan Talimatnamenin Yürürlüğe Konulması Hakkında Kararname”, 14) 24.10.1927 tarihli ve 5764 sayılı “Kayıp Kişilerin Lozan Antlaşmasının Akdedilmesinden Sonra Taşınmaz Malların Terhini Yoluyla Tahakkuk Eden Alacaklarının Takip ve Tahsil Olunması Hakkında Kararname”. Kararname metinleri için bkz. KARDEŞ, sh. 125 vd.

⁷ Bkz. 1) “29.03.1339 tarihli ve 2391 sayılı “Bilad-ı Meşgûleden Olan İstanbul’dan Firar ve Tegayyüp Eden Eşhasın Emval-i Metrukesi hakkında Talimatname”, 2) “13 Eylül 1331 Tarihli Kanun-u Muvakkat İle İşbu Kanunun Bazı Mevaddını Muadil 15 Nisan 1339 Tarihli Kanunun Suver-i Tatbikiyesini Mübeyyin Talimatname”, 3) 13.06.1926 tarihli ve 3753 sayılı Talimatname”. Talimatname metinleri için bkz. KARDEŞ, sh. 153 vd.

⁸ Bkz. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün, 1) 31.10.1983 tarihli ve 1456 sayılı Genelgesi, 2) 29.06.2001 tarihli ve 2001/7 sayılı Genelgesi; Maliye Bakanlığı’nın 29.11.1949 tarihli ve 714 sayılı Genelgesi. Genelge metinleri için bkz. ÜNAL, Şeref; Uluslararası Hukuk Açısından Ermeni Sorunu, Ankara 2011, sh. 445 vd.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Yargıtay'ın diğer kararları ve Danıştay kararlarındaki yorum ve değerlendirmeler de dikkate alınmıştır.

II. Tapu Sicilinin Aleniyeti (Kamuya Açıklığı) Açısından

Türk hukukunda tapu sicilleri, TMK. m. 7 anlamında resmî sicillerdendir. Bu sebeple söz konusu sicillerin muhtevası herkes tarafından biliniyor kabul edilmektedir. Gerçekten de, Tapu sicilinin açıklığı başlığını taşıyan TMK. m. 1020 hükmü aynen şöyledir:

“Tapu sicili herkese açıktır.

İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir.

Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez.”

Yukarıda anılan hüküm sebebiyle, ülkemizde, taşınmazlar üzerindeki hakların herkes tarafından bilinebilir ve görülebilir olmasını sağlamak üzere ayrıntılı hükümler sevk edilmiştir⁹. “Aleniyet ilkesi” olarak anılan bu ilke¹⁰, ile ilgili olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından, 08.08.2001 tarihli ve 1456 sayılı genelge yayımlanmıştır¹¹.

⁹Aleniyet ilkesi ile ilgili olarak Türk hukukunda, Türk Medenî Kanun ve Tapu Sicil Tüzüğü'nde yer alan düzenlemeler yanında, uygulamada karşılaşılan sorunları önlemek amacıyla Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından değişik tarihlerde genelgeler yayımlanmaktadır. Bkz., TKGM., T. 07.09.1982, S. 6420; TKGM., T. 08.08.2001, S. 1456.

¹⁰ Geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY ÖZDEMİR, S.; Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009, sh. 135; ERTAŞ, Şeref; Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2008, sh. ERİŞGİN, Nuri; Tapu Sicilinin Aleniliği İlkesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara 1989.

¹¹ Genelgede konu TST. m. 100–101 çerçevesinde değerlendirilerek, ilk olarak mahkemelerin, Cumhuriyet Savcılarının, özel kanunları ve tüzükleri gereği görevli ve yetkili kimselerin suç araştırma ve soruşturma kapsamında bilgi ve belge istemeleri halinde yapılması gerekenler tek tek sıralanmıştır. Daha sonra sırasıyla avukatların, kamu kurum ve kuruluşlarının, bankaların bilgi ve belge istemeleri ile nüfus bilgilerinin verilmesi ile ilgili esaslar ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Söz konusu hükümlere bakıldığında, ilgili olma ve bunu isbat şartının arandığı görülmektedir. Genelge hükümleri şöyledir: “Son genelgede, *İlgi genelge ile; mübadil (değiştirilen), mütegayyip (kaybolmuş), mufarakat (terkeden) ve firari (kaçak) kişilerin taşınmaz mallarının Devlete intikal ettiği, bu kayıtlar üzerinden herhangi bir tapu işleminin yapılmaması ve hiçbir bilgi, belge ve tapu kaydı verilmemesi gerektiği duyurulmuş olmasına karşın,*

İsviçre hukukunda tapu sicilinde aleniyet ilkesi konusunda bazı ilke ve esaslar getirilmiş olmakla birlikte, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu kabul edilirken bu hükümler alınmamıştır. Ancak gerek Kanun'un gerekçesinden ve gerekse de TBMM'de görüşme tutanaklarından bunun sebebi anlaşılammamaktadır. Gerçekten de, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde yer alan (m. 928) “*ilginin ispat edilmesi şartı*” kaldırılmış, bunun yerine “*ilginin inanılır kılınması şartı*” getirilmiş; bunun dışında İsviçre Medenî Kanununda yer alan diğer hükümler ise Türk Medenî Kanunu'na alınmamıştır. Diğer taraftan, 4721 sayılı Kanun'un gerekçesinde de aleniyet ilkesi ile ilgili ZGB Art. 970'de yer alan hükümlerin neden alınmadığı konusunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Merkeze intikal eden olaylardan, bu konuda bazı aksaklıklar olduğu tespit edilmiştir. Bilindiği üzere, 6 AĞUSTOS 1340 (1924) tarihinden önce ülkemizden firar eden, kaybolan, ülkeyi terkeden, değişime tabi tutulan ve o tarihte taşınmaz malının başında bulunmayan kişilerin gayrimenkulleri (aynı tarihte vaziyet kararı olsun veya olmasın) Devletin uhdesine geçmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, bahsedilen nitelikte kişilere ait kayıtlar farklı tarihlerdeki kanun ve kararnameler gereği işleme tabi kayıt niteliğini kaybetmiştir. Tescil işlemleri tamamlanmamış olsa dahi tescilsiz iktisap şeklinde Devletin uhdesine geçen bu gayrimenkullerin eski malik ve mirasçuları Medeni Kanunun 928 inci maddesine göre “ilgili kişi” sayılamayacaklarından tapu kaydı verilmesi dahil, hiçbir tapu işlem talebinin kabul edilmemesi gerekir. Bu itibarla; yabancı gerçek ve tüzel kişilerin 1924 yılı ve öncesine ait kayıtlar ile ilgili herhangi bir işlem talebinde bulunmaları halinde, öncelikle kayıt maliklerinin mübadil, mufarakat, firari veya mütegayyip olup olmadığı mahalli mülki amirliklere başvurularak araştırılacaktır. Araştırma sonucunda kayıt malikinin bu kişilerden olmadığından anlaşılması halinde talep konusu Merkeze intikal ettirilecek (Yabancı İşler D.Bşk.) ve talimata göre işleme yön verilecektir. Bahsedilen kişiler ile ilgili işlemlerde; 1) Gerçek veya tüzel kişilere, mübadil, mütegayyip, firari ve mufarakat edenlere ait tapu kayıtlarına ilişkin bilgi ve belge verilmesi de dahil tapu işlem taleplerinin hiçbir şekilde karşılanmaması, taleplerinin Genel Müdürlüğe yönlendirmesi için bilgi vermekle yetinilmesi, 2) Kadastrosuna başlanılacak veya devam eden çalışma alanlarında, sözü edilen kişilere ait tapu kayıtlarına dayalı olarak kayıt malikleri ve halefleri veya ziyedliğe istinaden bu kişiler adına herhangi bir tespit yapılmaması, bunlara ilişkin yer gösterme veya benzeri talebe bağlı hiçbir işlemin karşılanmaması, 3) 6 Ağustos 1924 tarihi öncesi tesis edilen kayıtlarla ilgili herhangi bir talep anında kaydın kadastraya tabi tutulup tutulmadığı ile herhangi bir parselde uygulanıp uygulanmadığının araştırılarak, uygulanmış ise revizyonlarının yazılması, herhangi bir parselde uygulanmamış ise kaydın kapatılması, 4) Mahkemelerin kayıt örneği veya kaydın tespitine yönelik taleplerinde, kaydın kadastraya tabi tutulup tutulmadığının, tabi tutulmuşsa herhangi bir parselde revizyon görüüp görmediğinin ve malik veya mirasçılarının mübadil, mufarakat, firari veya mütegayyip kişilerden olup olmadığının sicil ve belgelere göre araştırılarak, bu hususlarda tespit edilen bilgilerin bir üst yazı ile ilgili mahkemeye bildirilmesi gerekmektedir.”.

TMK. m. 1020/III' de yer alan hüküm ile kimsenin tapu sicilinde yer alan bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceği kabul edilmiştir. Fakat bu, metnin ZGB Art. 970'de yer alan düzenlemeler ve gerekçeleri ile Türk hukukunda kabul edilen Bilgi Edinme Kanunu ve Avukatlık Kanunu'ndaki yeni hükümlerin de dikkate alınarak tekrar değerlendirilmesi isabetli olur. Çünkü 09.10.2003 tarihli 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu¹²'nin "*Bilgi Edinme Hakkı ve Bilgi Verme Yükümlülüğü*" başlığını taşıyan ikinci bölümünün 4. maddesinde aynen:

"Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir.

Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri saklıdır."

hükmü yer almaktadır. Aynı Kanun'un "*Bilgi verme yükümlülüğü*" başlığını taşıyan 5. maddesinde ise şu hükme yer verilmiştir.

"Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuruların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.

Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz."

Bilgi Edinme Kanunu'nda, bilgi edinme hakkının sınırları da düzenlenmiştir. Gerçekten de, Kanun'un 19. maddesinde yer alan hükümler arasında, "*kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak, kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak*" bilgilerin verilmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Diğer taraftan "*Özel hayatın gizliliği*" başlığını taşıyan 21. maddede aynen:

¹² Bkz. RG., T. 24.20.2003, S. 25269.

“Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, 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, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir.”.

hükmüne yer verilmiştir.

Bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak Avukatlık Kanunu’nda da düzenlemeler mevcuttur. Gerçekten de, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 2’ye 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun’la ikinci fıkra eklenmiştir. Söz konusu yerde aynen:

“Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır...”

hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü gibi, gerek tapu sicilinin aleniyeti (kamuya açıklığı) ilkesi ile ilgili Türk Medenî Kanunu ve gerekse Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nda yer alan bu hükümler, kişilere bilgi edinme hakkı tanımaktadır. Buna karşılık, Avukatlık Kanunu, bilgi ve belge alma konusunda avukatlara, başkalarına tanınmayan bir kolaylık sağlanmıştır. Hatta doktrinde bir görüş, söz konusu hüküm ile sicil inceleme konusunda, diğer kimselerden farklı olarak avukatlara ayrıcalık tanındığını ileri sürmektedir¹³. Bununla birlikte, gerek Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve gerekse Avukatlık Kanunu hükümleri, sadece bilgi

¹³ Aynı yönde görüş için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Saibe; Kişilik Hakları ve Bilgi Alma Hakkı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Aleniliği (Kamuya Açıklığı) İlkesi, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, sh. 519 ve özellikle sh. 525.

edinme bakımından bir ayrıcalık getirmiş olup, emval-ı metrûkenin iadesi ile ilgisi bulunmamaktadır.

III. Emval-î Metrûke Mevzuatı Hükümleri Açısından

Emval-î Metrûke Mevzuatı¹⁴ uyarınca taşınmazların Hazineye intikal etmesine¹⁵ ilişkin 13 Eylül 1331 tarihli “*Ahar Mahallere Nakledilen Eşhasın Emval ve Düyun ve Matlûbatı Metrûkesi Hakkında Kanun-u Muvakkat*” ile bu Kanun’un bazı maddelerinin ve 20 Nisan 1338 tarihli Emval-î Metrûke Kanunu’nu değiştiren 15 Nisan 1339 tarihli ve 333 sayılı Kanunla Hazineye intikal etmiştir¹⁶. Bu sebeple, söz konusu Kanun kapsamında bulunan kişilerin mallarının bugün iadesini talep etmeleri mümkün değildir¹⁷.

Türkiye Cumhuriyeti ile Yunanistan arasında imzalanan 23.08.1923 ve 10.06.1930 tarihli Mübadele Anlaşmaları ile 30.05.1934 tarihli Hakem Kararı gereğince Yunanistan’a giden Yunanlıların; Bulgar Krallığı ile imzalanan 18.10.1925, 28.05.1928 tarihli Mübadele Anlaşmaları gereğince Bulgaristan’a giden Bulgarların (İstanbul hariç) diğer

¹⁴ Emval-î Metrûke Mevzuatı metinlerinin orijinaleri ve bugünkü Türkçe metinleri ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. KARDEŞ, sh. 95 vd.; AYTAÇ, sh. 9 vd.; ÜNAL, sh. 431 vd.

¹⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. KARDEŞ Salâhaddin; “Tehcir” ve Uygulamaları, www.maliye.gov.tr/mayem/new/sx/Etkinlikler/konferans/tehcir/metin.htm, 02.04.2008; ARI, Kemal; Yunan İşgalinden Sonra İzmir’de “Emval-i Metrûke” ve “Fuzuli İşgal”, www.atam.gov.tr/index.php?Page=Print&DergiIceriNO=891&Yer=DergiIcerik, 02.04.2008.; Milli Emlak Kontrolörleri Derneği, Ahar Mahallere Nakledilen Eşhasın Emval Düyun ve Matlublalarının Tasfiyesi Hakkındaki Kanununun Tatbıkına Dair Olan Talimatname, www.milliemlak.org/index.php?sayfa=mevzuat&cat=detay&id=688, 02.04.2008.; Milli Emlak Kontrolörleri Derneği, Yunan Hükümetiyle Akdedilen 1 Kânunuevvel 1926 Tarihli İtilafname Mucibince Devlete İntikal Eden ve 1 Nisan 1928 Tarihli Kanun Mucibince Ashabı Hakka Verilmesi Lazım Gelen Emvalin Sureti Tevziini Mübeyyin Talimatname, www.milliemlak.org/index.php?sayfa=mevzuat&cat=detay&id=694, 02.04.2008.

¹⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÖZMEN, İhsan; Eski ve Yeni Hukukumuzda Gayrimenkul Mevzuatı, Ankara 1986, sh.327 vd.; KILIÇ, Halil; Gayrimenkul Davaları, C. 2, Ankara 2001, sh. 2396 vd.; DÜZCEER, Ali Rıza; Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, 2. Baskı, Ankara 1994, sh. 96 vd.

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, İlyas; Fili Mağlup Eden Aslanlar ya da Sanal Tapu Çılgınlığı; www.haberkademi.com/default.asp?in=makaleoku&hid=2703, 21.02.2007.

vilâyetlerdeki malları Türk Devletine geçtiğinden, bu tür mallar emval-î metrûke kapsamına dâhil değildir¹⁸.

Ancak usulüne uygun ülkeden ayrılanlar ile Lozan Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra yurt dışına çıkanların malları bu kapsamda değerlendirilmemiş ve el konulmamıştır¹⁹. Diğer taraftan, Cumhuriyet döneminde bu mallarla ilgili yeni düzenlemeler yapılmış, ilânlar ve davetiyeler çıkarılmıştır. Bu davete uyarak ülkeye geri dönenlerin malları iade edilmiştir. Ülkeye dönmeyenlerin malları ise, 1928 yılına kadar emanette tutulmuş, bu tarihten sonra bütçeye gelir kaydedilmiştir²⁰.

IV. Taşınmazın Eski Sahibine İadesine Engel Hükümler Açısından A. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Türk hukukunda emval-î metrûkenin iadesine engel olan düzenlemeler pek çoktur. Bunlar arasında mevzuat (kanun, tüzük, kararname, talimatname, genelge), TBMM Tefsir Kararı ve yargı kararları yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelerin amacı, üzerinden uzun yıllar geçmiş olan zilyetliklere değer vermek, fiilî durumu hukukîleştirmektir. Ayrıca bahsedilen düzenlemelerde amaç, çok uzun yıllar önce iktisap edilen yerler hakkındaki tapu kayıtlarının,

¹⁸ AYTAÇ, sh. 20. Bu tür taşınmazlar, kanunlar uyarınca Devlete kalan yerlerden olduğundan, olağanüstü zamanaşımı yolu ile de iktisap edilemezler. Ayrıntılı bilgi için bkz. SAPANOĞLU, Zilyetlik, I, sh. 576 vd. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir. Bkz. 16. HD., T. 28.2.2003, E. 2003/1382, K. 2003/1203 “*Dava, kadastro tespiti itirazına ilişkindir. İhtilaf konusu taşınmazın mübadillere ait olduğu bilirkişi ve tanıklar tarafından açıkça beyan edilmiştir. Mübadillere ait taşınmazlar Ankara Anlaşmasına göre Hazineye itikal etmiş olup bu tür taşınmazlar zilyetlikle iktisap edilemez. Bu durumda davanın reddine ve taşınmazın tespit gibi Hazine adına tesciline karar verilmesi gerekirken aksi yönde hüküm tesisi hatalıdır.*” (KBİBB., 3402/m. 18). Keza kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmazlar, miras hükümleri ile Devlete kalan yeni arazi oluşması sonucu meydana gelen yerler, 14.06.1934 tarihli ve 2510 sayılı İskân Kanunu ve bu Kanunda değişiklik yapan 4027, 5098, 5227, 5826 ve 6093 sayılı Kanunların hükümleri gereğince Batıya nakledilenlerden Devlete kalan taşınmazlar emval-î metrûke kapsamında değildir. Geniş bilgi için bkz. DÜZCEER, sh. 124 vd.; SAPANOĞLU, Zilyetlik, I, sh. 588 vd.

¹⁹ Bkz. 20.07.1340 tarihli ve 771 sayılı Anadolu’da İkamet Ettiği Mahalden Hükümetin İznini Alarak Ayrılanların Mallarının, Terk Edilmiş Mallardan Addedilmemesi Hakkında Kararname, 12.11.1340 tarihli ve 1120 sayılı 771 Numaralı Kararnamedeki “Anadolu” Tabirinin “Türkiye” Olarak Değiştirilmesinin Kabul Edilmiş Olduğuna Dair Kararname, 18.01.1341 tarihli ve 1368 sayılı Cumhuriyet Hükümetinin İzniyle Seyahat Etmiş Olanların Mallarının Terk Edilmiş Mallardan Addolunamayacağına Dair Kararname.

²⁰ 28.05.1928 tarihli ve 1349 sayılı Emval-i Metrûke Hesab-ı Cariyelerinin Bütçeye İrat Kaydına Dair Kanun.

sonradan ortaya çıkacak iddialarla bozulmasını önlemek, sosyal düzenin ve kamu düzeninin bu tür taleplerle bozulmasına engel olmaktadır. Zaten Türkiye Cumhuriyeti döneminde kabul edilen kanunların bir kısmı (meselâ TMK. m. 713, eski MK. m. 639, KK. m. 14, 1515 sayılı Kanun) açıkça tasfiye hükümleri ihtiva etmektedir. Bu sebeple, zikredilen mevzuat hükümleri çerçevesinde iktisap edilen yerlerin, daha sonra eski sahipleri tarafından mülkiyet iddiası ile tapu iptali ve tescil davası açmaları halinde, mahkemelerden bu yöndeki talepleri doğrultusunda karar almaları mümkün değildir. Aşağıda bu tür kanunlar olarak 810 sayılı Kanun, 1515 sayılı Kanun, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 713 (743 sayılı eski Türk Kanunu Medenîsi m. 639) hükümleri ele alınmıştır. Yine burada TBMM'nin 501 sayılı Tefsir kararına yer verilmiştir. Nihayet, emval-î metrûke ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararları kısaca ele alınarak değerlendirilmiştir.

B. 810 sayılı Kanun Açısından

19.4.1926 tarih ve 810 sayılı “*Hakkı Karar ve Senetsiz Tasarruflar ve Tashihi Kayıt Muamelaatının Sureti İcrasına Dair Kanun*”, Türkiye Cumhuriyeti döneminde emval-î metrûkenin iadesine izin vermeyen olan ilk kanundur. 810 sayılı Kanun'un amacı, tapuya kaydedilmemiş taşınmazların, zamanaşımı ve senetsiz tasarruflara dayanılarak tescillerini sağlamaktır. Kanun ile, taşınmaz malların tapuya tescili işlemleri, mahkeme kararına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya tapu idarelerine verilmiştir. Bu yol ile güdülen amaç ise, işleri uzatmadan, süratli bir şekilde tapu kütüğüne kayıtlı bulunmayan taşınmazlarının tescilini gerçekleştirerek, bu meseleyi kökünden çözmek, böylece kayıtsız taşınmaz işini tasfiye etmektir²¹.

810 sayılı Kanunda bulunan ve taşınmazın tapuya kaydı için esas alınan hakk-ı karar kavramından amaç, bugünkü anlamda kazandırıcı zamanaşımıdır. Gerçekten de, Eski Hukuka göre hakk-ı karar, mirî araziye 10 yıl nizasız ve fasılasız tasarruf ederek, bu arazinin menfaat

²¹ Geniş bilgi için bkz. EREN, F./BAŞPINAR, V.; Toprak Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, sh. 280.

mülkiyetinin (yararlanma hakkının) kazanılmasıdır (AK. m. 78)²². Ancak, tasfiye amacını güden bu Kanun, kısa bir zaman sonra Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkmıştır.

C. 501 sayılı Tefsir Kararı Açısından

743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesiyle, çok kısa bir süre uygulama imkânı bulan 810 sayılı Kanun ortadan kalkmıştır. 743 sayılı Medenî Kanun'un 911. maddesinde ise taşınmazların tapu kütüğüne kaydını öngörmekteydi. Medenî Kanuna ilişkin 1928 tarihli ve 864 sayılı Tatbikat Kanunu'nun 40. maddesinde, "*Medenî Kanunun aynı haklara ilişkin hükümleri taşınmaz sicillerinin teşkilinden önce de genellikle yürürlüktedir*" hükmüne yer verilmişti. Ancak, ülkenin birçok yerinde henüz tapu teşkilatı kurulmamış, bu sebeple tapu sicilleri de tutulmaya başlanmamıştı. Böylece hukukî durum ile fiilî durum birbirinden farklı olduğu gibi, bunlar arasındaki çelişme ve çatışma sebebiyle, tapu kütüğüne kayıtlı olmayan bir taşınmazın ne şekilde devir ve temlik edileceği mes'elesi ortaya çıkmıştı. İşte bu mes'eleyi çözmek için Türkiye Büyük Millet Meclisi, 11.5.1929 tarihinde 501 sayılı Tefsir (yorum) kararını vermiştir. Bu kararla, 810 sayılı Kanun ortadan kalkmış olmakla birlikte, senetsiz tasarruf edilen arazinin, bir mahkeme kararı bulunmadan da tapu idareleri tarafından tapuya kaydedilerek tapu senedinin verilmesi öngörülmüştü. Böylece 810 sayılı Kanunun uygulanmasına yeniden imkân verilmiş oluyordu.

Tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmazın, eldeki tapu senediyle hukukî bir muameleye dayanılarak malik gibi tasarruf edilmesine "senetsiz tasarruf etme" adı verilmektedir. Ancak, yorum kararı ile tapu kütüğüne kayıtlı olup da, harici satışlarla el değiştirmiş taşınmazlarda çıkacak ihtilâfların, mahkeme kararıyla çözümlenmesi hükme bağlanmıştı. Bunun anlamı ise, tapuya kayıtlı olmayan bütün taşınmazlarda tapu idarelerinin kayıt işlemi yapamamasıdır.

501 sayılı Tefsir kararında ayrıca, Arazi Kanunu zamanında devam etmiş olan 10 yıllık nizasız ve fasılasız tasarrufa dayanarak hakkı karar

²² Bu konuda geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, Veysel; Vakıf Taşınmazların Zamanaşımıyla İktisabı ve Hakkı Karar ile İlişkisi, Vakıf Medeniyeti Sempozyum Kitabı, Ankara 2003, sh. 91 vd.

sebebiyle tapu isteyenlere de tapu senedinin tapu idarelerince verilebileceği, bu konuda bir mahkeme kararına gerek bulunmadığı hükme bağlanmıştı. Bu husus esasen Tatbikat Kanunu m. 20'de düzenlenmiş bulunmaktaydı. Sözü geçen maddeye göre kazandırıcı zamanaşımı, yürürlük tarihinden itibaren yeni Kanuna tâbidir. Ancak, Eski Kanun'un yürürlüğü zamanında, yeni Kanunda dahi geçerli bir zamanaşımı başlamış bulunursa, bu takdirde yeni Kanun'un yürürlüğüne kadar geçen zaman işbu kanunun kabul ettiği zamanaşımı müddetine mütenasiben (orantılı olarak) mahsup edilir.

D. 1515 sayılı Kanun Açısından²³

2.6.1929 tarihli ve 1515 sayılı *Tapu Kayıtlarından Hukukî Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesine Dair Kanun*²⁴ hükümleri de emval-î metrûkenin iadesine engeldir. Gerçekten de, söz konusu Kanun'un hükümleri aynen şöyledir:

Madde 1 – “*Tapu defterlerinde mukayyet olupta gayriresmi surette aharın mülkiyetine geçen ve Kanunu Medenînin mer'iyeti tarihine kadar müsakkaf ve bu hükümde bulunan bağ ve bahçe veyahut arsaların on beş, diğer arazinin on sene malik sıfatıyla nizasız ve hüsnüniyetle tasarruf altında bulunduranları zilyedleri namına tapu dairesince tescil ile tapu senetleri verilir.*

Şu kadar ki kayıt tarihinden itibaren üç sene zarfında alakadarların mahkemeye müracaatla birinci fıkradaki iktisap sebepleri aleyhine dava açmağa salahiyetleri vardır.

Madde 2 – *Aralarında tedavüle istinat etmeksizin, bir gayrimenkul için, iki veya daha ziyade kimseler namına tapuda kayıt yapılmış olduğu görülür ise kayıtlarına muvakkat şerh verilerek nihayet iki ay zarfında mahkemeye müracaat etmek için kendilerine tebligat icra olunur. Bu müddet içinde mahkemeye müracaat edilmediği takdirde tapu memuru hangisinin malik olması lazım geldiği hakkındaki noktai nazarını izah ederek keyfiyetin karara raptını re'sen mahkemededen talep eyler. Bu kabil davalardaki harç ve masraflar tecil edilerek ileride haksız çıkan taraftan istifa olunur.”*

²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. EREN/BAŞPINAR, sh. 281-283.

²⁴ Bkz. RG. T., 9/6/1929, S. 1211.

1515 sayılı Kanun da, niteliği itibariyle bir tasfiye kanunudur. Zira, Kanun ile sadece tapuya kayıtlı taşınmazların, tapu dışı el değiştirmeleri sonucu gerçek hukukî durumu yansıtmayan kayıtlarını tasfiyesi amaçlanmıştır. 1515 sayılı Kanun'a göre bir taşınmazın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılabilmesi için, aşağıda kısaca açıklanan bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

1515 sayılı Kanun'a göre zilyet, mahkemeden değil, tapu dairesinden tescil talebinde bulunacaktır. Çünkü Kanun'da, tescil için mahkeme kararı öngörülmemektedir. Ancak, bu durum 1950 tarihli ve 5519 sayılı Kanun ile değiştirilmiş, zilyedin talebi üzerine tescile hâkimin karar vermesini kabul etmiştir. Söz konusu Kanun m. 1/II'de göre, ilgililerin tescilden itibaren üç yıl içinde iktisap sebeplerine karşı dava açabilmeleri kabul edilmişti.

Yukarıdaki hükümlerde de görüldüğü gibi, 1515 sayılı Kanun ile, fiilî duruma uymayan kayıtların tasfiyesi, tapuda malik gözükmemekle birlikte, gerçekte malik olan zilyet adına taşınmazın tespit ve tescilini amaçlanmaktadır. Bu hükümleri ile Kanun bir tasfiye kanunu olup, emval-î metrûkenin iadesine izin vermemektedir.

E. TMK. m. 713 (TKM. m. 639) Açısından

Hukukta sürelerin nitelikleri ve fonksiyonları birbirinden farklıdır. Özel hukukta süreler, hak düşürücü, zamanaşımı ve diğer süreler olmak üzere üçe ayrılır²⁵.

Zamanın haklar üzerinde iki türlü etkisi bulunmaktadır. Birinci halde zaman, hakkı düşüren bir etkiye sahiptir. Böyle bir halde belirli bir sürenin geçmesiyle hak kesin olarak ortadan kalkar. Doktrinde zamanın haklar üzerindeki bu tür etkisine, “*zamanın hak düşürücü (ıskatî) etkisi*”

²⁵Hak düşürücü süre, bir hakkın kullanılması için kanun veya mahkeme tarafından belirlenen kesin zaman dilimidir. Bu zaman dilimi geçtikten sonra, söz konusu süreye bağlı hakkın kullanılması mümkün değildir. Böyle bir süreye bağlı hak, kanunun öngördüğü zaman dolduktan sonra varlığını yitirir. Bu sebeple, hak düşürücü süre hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Hak düşürücü süre bu yönüyle def'i değil, bir itirazdır. Geniş bilgi için bkz. EREN, Fikret; 6098 sayılı Türk Borçlar kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, sh. 75 vd.; TUTUMLU, M. Akif; Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara 2008, sh. 27, 35vd.

adı verilmektedir²⁶. Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda bu konuda iki kurumu ifade için de aynı kavram (müruru zaman, zamanaşımı) kullanılmaktadır. Hâlbuki Alman hukukunda talep ve dava zamanaşımı için “*Verjährung*”; kazandırıcı zamanaşımı (iktisabî müruruzaman) için eski hukuk sistemimizde bulunan hakk-ı karara yakın bir anlamı bulunan “*Ersitzung*” kavramı kullanılmaktadır²⁷.

Zamanın haklar üzerindeki ikinci etkisi, bir hakkın ileri sürülmesini engellemesi şeklinde ortaya çıkar. Burada hak ortadan kalkmamakla birlikte, hak sahibinin hakkını ileri sürmesi halinde, borçlu bunu engelleme imkânına sahip olmaktadır. Başka bir deyişle, zamanaşımı, alacağın varlığını değil, dava edilebilirliğini ortadan kaldırmakta, borçlu konuya ilişkin def’iyi ileri sürerek, borçlandığı edimi yerine getirmekten kaçınma hakkı elde etmektedir. Bunun bir sonucu olarak zamanaşımı, bir hakkı ya sona erdirir veya hakkın talep ya da dava edilmesi yetkisini ortadan kaldırır²⁸.

Zamanaşımı süreleri kendi içerisinde, düşürücü (ıskatî) zamanaşımı ve kazandırıcı (iktisabî) zamanaşımı olmak üzere ikiye ayrılır. Borçlar hukukundaki süreler düşürücü (ıskatî) niteliktedir²⁹. Buna karşılık, eşya hukukundaki süreler ise, hak düşürücü veya hakkı zayıflatıcı etki yanında, bir de kazandırıcı (iktisabî) niteliğe sahiptir.

Zamanaşımı, kanun koyucunun bazı talep haklarının belirli bir süre içerisinde istenilmemesi halinde, bunların artık elde edilmesine imkân vermediği bir müessesedir. Zamanaşımı ile uzun bir süreden beri devam eden fiilî durum hukukîleştirilmekte ve zilyedin durumu kuvvetlendirilmektedir³⁰.

²⁶ EREN, sh. 1269.

²⁷ HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A.; Eşya Hukuku, İstanbul 1991, sh. 593-594.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAKOÇ, Yusuf, 1274/1858 Tarihli Arazi Kanunu’nun 20. ve 78. Maddelerinde Düzenlenen “Hakk-ı Karar” Müessesesi, DÜHFD. 1984, S. 2, sh. 395 vd.; Başpınar, Hakkı Karar sh. 89-98.

²⁹ Kanunkoyucu Borçlar Hukukundaki zamanaşımı kurumunu kabul ederken, zamana, alacak hakkını zayıflatan bir etki tanımıştır. Bu sebeple zamanaşımı, borcun mutlak değil, nisbî bir sona erme sebebidir. Çünkü, belirli bir zamanın geçmesi borcu doğrudan doğruya sona erdirmez; alacaklının elinden, borçlu istemediği takdirde alacağın dava yoluyla takip ve tahsili imkânına son verir. Dolayısıyla zamanaşımı, sadece bir def’idir. Geniş bilgi için bkz. EREN, sh. 1294.

³⁰ CİN, Halil; Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, sh. 375 vd.

Eşya hukuku anlamında zamanaşımı, bir kimsenin, kanunda belirtilen sürece devam eden ve itiraza uğramayan zilyetliğe dayanarak, o malın mülkiyetini kazanmasıdır³¹. Bu sebeple, eşya hukukundaki zamanaşımı süreleri (TMK. m. 712, 713 ve 777 =eMK. m. 639, 639, 701) ilke olarak kazandırıcı³² niteliğe sahiptirler. Çünkü eşya hukukunda zamanaşımı ile kazanma kavramı, uzun bir süre devam eden ve itiraza uğramayan zilyetliğe dayanılarak bir hakkın kazanılmasını ifade eder³³. Söz konusu hükümlerde zamanaşımı süreleri, taşınmaz veya taşınır bir malın mülkiyetinin kazanılmasında kurucu rol oynar³⁴. Başka bir deyişle, anılan hükümler, belirli bir sürenin geçmesi ve kanunda öngörülen diğer şartların gerçekleşmesi halinde, taşınmaz veya taşınır üzerinde mülkiyet hakkının kazanılmasına imkân vermektedirler. Böyle bir halde, bir kimse adı geçen tarzda hak kazanırken, o zamana kadar taşınır veya taşınmaz üzerinde aynî hak sahibi olan kimse ise hakkını kaybeder³⁵.

Zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılmasının temelini açıklamak için doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar içerisinde hâkim görüş, Gaius tarafından ortaya atılan “*mülkiyetin sonsuza dek şüpheli (ilânihaye meşkûk) kalmaması (ne dominia in perpetum incerta maneat)*” esasını benimsemiştir. Ancak bu görüş daha çok, hukuk siyasetini ilgilendirmektedir³⁶. Bugün için zamanaşımın temelinde yatan düşünce gereğince, hukukî güvenlik olup, zamanın geçmesine belirli bir fiilî duruma sağlık kazandırma sonucu bağlanmaktadır³⁷. Zamanaşımı bu yönüyle kanunî şartlardan birinin eksikliğine ortadan kaldırmakta, şartları tamam olmayan işleme sağlık kazandırmaktadır³⁸.

³¹Bkz. ERTAŞ, sh. 295 vd.

³²Gerçekten de zamanaşımı ile iktisapta bir kimse mülkiyet hakkını kazanırken, önceki kimsenin mülkiyet hakkı sona ermektedir.

³³OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 345 vd.

³⁴TMK. m. 713/V’in son cümlesinde, taşınmaz mülkiyetinin birinci fıkrada öngörülen şartların tamamlandığı anda kazanılacağı açıkça vurgulanmıştır.

³⁵REY, Heinz; Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Auf. Zürich 2000, Nr. 1582.

³⁶OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 345; REİSOĞLU, Safa; La prescription extraordinaire et le transfert des immeubles non immatriculés en droit suisse et en droit turc, Lausanne 1956, sh. 22; SUNGURBEY, İsmet; Türk-İsviçre Hukukuna Göre İktisabî Müruruzaman, İstanbul 1956, sh. 1 vd.

³⁷SCHMİD, Jörg; Sachenrecht, Zürich 1997, Nr. 852; REY, Nr. 1587, özellikle Nr. 1595 vd.

³⁸REY, Nr. 1587.

Gerek 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde ve gerekse Türk Medenî Kanunu'nda zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması üç maddede yer almaktadır. Bunlardan, tapu sicilinde malik gözükmeyle birlikte malik olmayan bir kimsenin, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle mülkiyeti kazanması ki, buna “*olağan zamanaşımı (TMK. m. 712)*” “*sicil zamanaşımı (ordentliche Ersitzung, Tabulaersitzung=la prescription ordinaire)*” adı verilmektedir³⁹. Buna karşılık, ne zilyedin ne de malikin, tapu siciline tescil edilmemiş olduğu hallerde, taşınmazın mülkiyetinin kazanılması olup, bu da “*olağanüstü zamanaşımı (TMK. m. 713)*”, “*sicil dışı zamanaşımı (ausserordentliche Ersitzung, Extratabulaersitzung=La prescription extraordinaire)*” deyimini ile ifade edilmektedir. Olağanüstü zamanaşımı ile iktisap bir tescile dayanmadığı için doktrinde bu müessese, “*beyaza iktisabî müruru zaman (Blankoersitzung)*” olarak da adlandırılmaktadır⁴⁰.

Eşya hukukunda zamanaşımı ile iktisabın üçüncü bir yolu ise, başkasının taşınır malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla elinde bulunduran kimsenin, mülkiyeti kazanmasıdır (TMK. m. 777)⁴¹.

Taşınmazların olağanüstü zamanaşımı yolu ile iktisabı ile ilgili olarak eMK. m. 639 metni, 1954 yılında kabul edilen 6333 sayılı Kanun'dan⁴² önce şu hükmü taşımaktaydı:

“Tapu sicilinde mukayyet olmayan bir gayrimenkulü nizasız ve fasılasız yirmi sene müddetle ve malik sıfatıyla yedinde bulundurmuş olan kimse o gayrimenkulü mülkü olmak üzere tescili talebinde bulunabilir.”

³⁹ SCHMİD, Nr. 853, 1250, 1252; 1583, 1586, özellikle Nr. 1615 vd.

⁴⁰ Geniş bilgi için bkz. Schmid, Nr. 853, 1253; Rey, Nr. 1583; REİSOĞLU, Safa; Toprak Reformu ve Olağanüstü Zamanaşımı, Kemal Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973, sh. 13 vd.; SUNGURBEY, sh. 10. Buna karşılık, olağanüstü zamanaşımı ancak tapu sicili dışında veya yanında söz konusu olup, sicile karşı asla söz yürümeyeceğinden, doktrinde bazı yazarların kullanmış oldukları “sicile karşı kazandırıcı zamanaşımı (Kontratabularersitzung)” kavramı eleştiriye uğramıştır. Bkz. SUNGURBEY, sh. 10.

⁴¹ Geniş bilgi için bkz. GÜRİSOY, K. T./EREN, F./CANSEL, E.; Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, sh. 513 vd., 686 vd.; SEROZAN, Rona; Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002, sh. 243 vd.

⁴² Bkz. 09.03.1954 tarihli ve 6333 sayılı “Türk Medenî Kanununun 639 uncu maddesinin değiştirilmesi hakkında Kanun” (RG. T. 17.03.1954, S. 8660).

“Tapu sicilinde maliki kim olduğu anlaşılamayan veya yirmi sene evvel vefat etmiş yahut gaipliğine hüküm verilmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyet olan gayrimenkulü aynı şerait altında bulunduran kimse dahi o gayrimenkulün, mülkü olmak üzere tescilini talep edebilir. Tescil ancak hâkimin emriyle olur.”

Yukarıda metni verilen TKM. M. 639’un değişiklikten önceki hükmüne şekline göre, tescil davasında hasım göstermek şart olmadığı gibi, hâkimin ilân yapması gereği de yer almıyordu⁴³. Böylece söz konusu dava çekişmesiz yargı (nizasız kaza) usulüne göre, hasımsız olarak açılmaktaydı. Bu tür tescil davalarında, zilyet, şahit beyanlarıyla tapuya kayıtlı olmayan bir araziye, 20 yıl davasız ve aralıksız malik sıfatıyla zilyet olduğunu ispat etmek şartıyla kazanıp, lehine tescil yaptırabiliyordu. Kanunkoyucu bu duruma son vermek amacıyla 9.3.1954 tarih ve 6333 sayılı Kanun ile eMK. m. 639’u değiştirerek üç yeni fıkra ekledi⁴⁴. 4721 sayılı Kanun ile söz konusu hükümler muhafaza edildiği gibi, maddeye yeni düzenlemeler de eklenmiştir. Böylece bugün için olağanüstü zamanaşımı ile taşınmaz iktisabı konusunda, TMK. m. 713’te şu hüküm yer almaktadır:

“Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı dâvasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir kısmı veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir.

⁴³ Yargıtay’ın 1.12.1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre. "MK. m. 639'a dayanılarak açılacak tescil davalarında hasım göstermeye ve ilana lüzum..." yoktur. Bkz. REİSOĞLU, Toprak Reformu, s. 390; DOĞANAY, Ümit; Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Gayrimenkul Mülkiyetinin Kazanılması, Türk Hukuku ve Toplum Üzerinde İncelemeler, Ankara 1974, sh. 228 vd; KÜLEY, Muin; Medenî Kanunda ve Tatbikatında Mürüruz zamanla İktisap, İstanbul 1957; KILIÇ, Halil; Yargıtay Emsal Kararlarıyla İktisap Zamanaşımın Yorumu, Ankara 1992; OKTAY Saibe; Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı İle Kazanılması, İstanbul 1990; KARAASLAN, Erol; Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Edinimi, YD. C. 29, S. 4, sh. 450 vd.

⁴⁴ REİSOĞLU, sh. 391. Söz konusu hükümler şöyledir: “Tescil davası Hazine ve ilgili amme hükmü şahsiyeti aleyhine açılır ve mahkemece gazete ile ve ayrıca mahallinde münasip vasıtalarla en az 3 defa ilan olunur. Son ilandan itibaren 3 ay içinde bir itiraz davası açılmaz veya açılıp da reddedilir ve iddia sabit olursa tescile karar verilir; karara gayrimenkulün haritası veya ebatlı krokisi eklenir. Hususî kanun hükümleri mahfuzdur”

Aynı koşullar altında, maliki tapu kütüğünden anlaşılamayan veya yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan bir taşınmazın tamamının veya bölünmesinde sakınca olmayan bir parçasının zilyedi de, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir.

Tescil dâvası Hazine ve ilgili kamu tüzel kişilerine veya varsa tapuda malik gözükken kişinin mirasçılara karşı açılır.

Davanın konusu, mahkemece gazeteyle bir defa ve ayrıca taşınmazın bulunduğu yerde uygun araç ve aralıklarla en az üç defa ilân olunur.

Son ilândan başlayarak üç ay içinde yukarıdaki koşulların gerçekleşmediğini ileri sürerek itiraz eden bulunmaz ya da itiraz yerinde görülmez ve dâvacının iddiası ispatlanmış olursa, hâkim tescile karar verir. Mülkiyet, birinci fıkrada öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olur.

Davalılar ve itiraz edenler, aynı dâvada kendi adlarına tescile karar verilmesini isteyebilirler.

Kararda, tescili istenen taşınmazın niteliği, yeri, sınırları ve yüzölçümü belirtilir ve karara, uzmanlarca düzenlenen teknik bilgileri içeren krokisi de eklenir.

Özel kanun hükümleri saklıdır”

TMK. m. 713 (TKM. m. 639)’e göre, tapu kütüğünde kayıtlı olup, malikinin kim olduğu bilinmeyen bir taşınmazın zilyedi tarafından iktisabı mümkündür. Ancak kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmazların da olağanüstü zamanaşımı yoluyla iktisap mümkün değildir. Bunlar arasında özellikle firarî (kaçak) ve mütegayyip (yitik) kişilerden kalan taşınmazlar (emval-î metrûke)⁴⁵ önem arz etmektedir. Çünkü Kanunkoyucu, “*kanunlar uyarınca devlete geçen taşınmazlar*” hükmüyle bilhassa mirasçı bırakmadan ölen veya firarî ya da mütegayyip (kaçak veya kaybolmuş) kişilere ait taşınmazların devlete geçeceğini kabul etmiş, bu tür

⁴⁵ SAPANOĞLU, Süleyman; Tapulu Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Dışı Yollardan Kazanılması, Ankara 2008. s. 113; AYNI YAZAR; Zilyetlikten Kaynaklanan Tescil Davaları, C. 1, Ankara 2006, sh. 564 vd.

taşınmazların zamanaşımı yoluyla kazanılabileceğini öngören eski uygulamayı değiştirmiştir. Zira bu kanun değişikliğinden önce uygulamada firarî ve mütegayyip kişilerden veya mübadil kişilerden kanun gereği hazineye geçen tapulu taşınmazlarda *eMK. m. 639/I (TMK. m. 713/1)* uygulanmazken, tapusuz taşınmazlarda uygulanmakta idi⁴⁶.

Bir taşınmazın olağanüstü zamanaşımı yolu ile iktisabı için, ya tapuya kayıtlı olmamalı veya tapu kütüğünden taşınmazın malikinin kim olduğu anlaşılmalıdır. İkinci halde taşınmaz tapuya kayıtlı olmakla birlikte, kütük, malikin kimliğini tam olarak yansıtmamaktadır. Nadir de olsa, bu duruma uygulamada rastlanmaktadır. Meselâ, tapu kütüğüne malikin kimliğini belli etmeyecek şekilde sadece bir isim yazılması veya tapuda hayalî (mevhum) bir kişinin adının gösterilmesinde durum böyledir. Bu durumun bir sebebi, eski hukukumuzdaki tüzel kişiliği haiz toplulukların taşınmazlar üzerinde tasarrufu genellikle mümkün olmamasıdır. Tüzel kişiliği haiz böyle bir topluluğun taşınmaz malları tapu kütüğüne hayalî isimler adına yazılmakta idi. Gerçekten de ülkemizde, 16 Şubat 1328 tarihli “*Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mütedair Muvakkat Kanun*”a kadar tüzel kişiler taşınmazlarda tasarruf edemediklerinden, cemaatler ve müesseseler tarafından taşınmazlar, mevcut olmayan azizlerden birinin adı kullanılarak tapuya kayıt ve tescil ettirilmekte idi. Bu ise beraberinde pek problem yanında bahsedilen mes’eleği de ortaya çıkmıştı⁴⁷. Dolayısıyla böyle mevhum kişiler adına kayıtlı taşınmazların, TMK. m. 713/II’ye göre kazandırıcı zamanaşımı yoluyla zilyet tarafından iktisabı mümkündür.

Bazen de bir taşınmaz malikinin ismi kütükten silinmekte, yeni malikin ismi yazılmamakta, yani boş bırakılmaktadır. Bu durumda da tapu

⁴⁶Geniş bilgi için bkz. SAPANOĞLU, Zilyetlik, s. 563 vd. Yargıtay 27.1.1954 T. 8/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, “*Tapuda kayıtlı olup firari veya mübadil eşhasın hasbelkanun hazineye intikal eden gayrimenkuller, Medeni Kanunun 639 ncu maddesinin ikinci fıkrasında tasrih edilen gayrimenkuller mahiyetinde olmadığından, ... bu gibi gayrimenkuller hakkında Medeni Kanunun 639 ncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca iktisabi mürruzaman cereyan etmez.*” hükmüne varmıştı. Buna karşılık 19.6.1957 T. 6 / 24 sayılı İBK. nda, “*Firari ve mütegayyip eşhasa ait olup da tapuda kayıtlı bulunmayan ve hazinece usulü dairesinde elkonmamış olan gayrimenkul hakkında Medeni Kanunun 639 ncu maddesinin birinci fıkrası hükmünün zilyet lehine*” uygulanabileceği öngörülmüştü. Bu kararlar için bkz. KARAHASAN, M. Reşit: Eşya Hukuku, I. Cilt, Ankara 1977, sh. 583, 582).

⁴⁷SUNGURBEY, sh. 17; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, sh. 360.

kütüğünden malikin kim olduğu anlaşılmamaktadır. Eski malik, adına yapılmış tescili, mülkiyeti terk niyetiyle sildirmiş ve buna karşılı yeni bir malik ismi yazılmamışsa, bu durumda taşınmazın iktisabı, zamanaşımı yoluyla değil, işgalle gerçekleşir⁴⁸.

TMK. 713/II'ye göre tapu kütüğünde kayıtlı bir taşınmazın olağanüstü zamanaşımı yoluyla iktisabı için, tapu kütüğünde 20 yıl önce hakkında⁴⁹ gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı olmalıdır. TMK. m. 713/II'ye göre gaipliğe karar verildiği tarihten itibaren en geç yirmi yıl içinde, terekedeki taşınmaz malları paylaşarak ferdî mülkiyete (tek kişi mülkiyetine) geçmek gerekir. Yargıtay kararları da bu yöndedir. 20 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı gaipliğine karar verildiği tarihtir⁵⁰. Bu hüküm, devlete miras yoluyla kalan (TMK. m. 501) taşınmazlarda uygulanmaz⁵¹.

F. Kadastro Kanunu m. 18/II hükmü açısından

Kadastro Kanunu, niteliği itibariyle bir tasfiye kanunudur. Kanun'un bu özelliği pek çok hükümden anlaşılmaktadır⁵². Bunlardan birisi de m. 18/II hükmüdür. Gerçekten de, KK. m. 18/II'ye göre, "... kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez." Bu hükme göre firarî ve mütegayyip kişilerden Hazine'ye kalan taşınmazlar, nitelikleri değiştirilmedikçe zamanaşımı veya başka bir yol ile iktisap edilemez ve Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında ifade ettiği gibi bu nitelikteki yerlerin kanunlar uyarınca Hazineye kalan yerlerden olması dolayısı ile (üzerinde) sürdürülen zilyetliğin hukukî bir değer taşımamaktadır⁵³. Yargıtay'ın başka kararları da bu yöndedir⁵⁴. Buna

⁴⁸ Geniş bilgi için bkz. EREN, Fikret; Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012, sh. 247 vd.

⁴⁹ TMK. m. 713/II'de yer alan "... ölmüş ya da ..." kelimeleri Anayasa Mahkemesi'nin 17/3/2011 tarihli ve E.: 2009/58, K.: 2011/52 sayılı Kararıyla iptal edilmiştir. Bkz. RG. T. 23.7.2011, S. 28003.

⁵⁰ EREN, Mülkiyet, sh. 284.

⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Yargıtay uygulamaları için bkz. DÜZCEER, sh. 126 vd.

⁵² EREN/BAŞPINAR, sh. 280, 300, 303, 305.

⁵³ İPEK, Eyüp; Kadastro Kanunu'na Göre Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar, Ankara 2009, sh. 131. HGK. T. 19.04.2006, E. 2006/7-222, K. 2006/219. Karar için bkz. İPEK, sh. 131.

⁵⁴ 8. HD. T. 15.10.2007, E. 2007/5351, K. 2007/5517 "*Kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmaz malların zamanaşımı yolu ile kazanılması olanaksızdır.*" (KBİBB., 3402/m.

*karşılık, taşınmaz Hazine adına kayıtlı olmakla birlikte, firarî ve mütegayyip kişilerden kalmamış ise, olağanüstü zamanaşımı yolu ile iktisabı mümkündür*⁵⁵.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle gerek bizzat tasfiye kanunları ve gerekse tasfiye niteliğinde hükümler ihtiva eden kanunlardaki düzenlemelere göre emval-î metrûkenin iadesi mümkün değildir.

V. Yargı Kararları Açısından

A. Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından

a) Kararda yer alan ifadeler

Emval-î metrûkenin 15 Nisan 1339 tarihli ve 333 sayılı Kanun ile Hazineye intikal ettiği⁵⁶ konusunda Anayasa Mahkemesi kararı bulunmaktadır. Gerçekten de, söz konusu Kanun ile ilgili olarak Anayasa'nın (1961 Anayasası'nın) 10, 11 ve 36 ncı maddelerine aykırılığı iddiasıyla açılan davada, Anayasa Mahkemesi, 22.4.1963 tarihli ve E. 1963/41, K. 1963/94 sayılı kararı ile bu iddiayı reddetmiştir⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi'ne göre emval-î metrûke kapsamındaki mallar Hazine'ye intikal etmiştir. Yüksek Mahkeme'nin kararına konu olayda davacı, emval-î metrûke kapsamında kalan mallarının iadesi talebiyle Hazine'ye başvurmuştur. Hazine de bu talebi emval-î metrûke

18), 8. HD., T. 8.12.2005, E. 2005/7889, K. 2005/8282 “*Dava konusu taşınmazın öncesi itibarıyla de, kaçak ve yitik eşyadan kaldığı anlaşılmaktadır. 3402 sayılı Yasanın 18/2. maddesinde, "... kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmaz malların kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemeyeceği..." hükme bağlanmıştır. Bu nedenle de, dava konusu taşınmaz zilyetlikle kazanmaya elverişli bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, davanın reddine karar verilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir.*” (KBİBB., 3402/m. 18).; 8. HD. T. 3.2.2005, E. 2005/198, K. 2005/671 (KBİBB., 3402/m. 18).

⁵⁵ 17. HD. T. 13.12.2005, E. 2005/9685, K. 2005/11419 “*Bilgisine başvuru yerel bilirkişi ve tanıklar taşınmazın kaçak ve yitik kişilerden kalan yerlerden olmadığını ve tesbit gününe kadar 20 yılı aşkın süre ile Baba Çiçek ve mirasçılarının çekişmesiz ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduğunu haber vermişlerdir. Öte yandan mercilerinden gelen yazılarda da taşınmaz ve bulunduğu yöre ile ilgili kaçak ve yitik kişilerden kalma taşınmaz kaydına rastlanılmadığı bildirilmiştir. Getirilen tutanaklardan komşu 3 ve 1 nolu parsellerin zilyetleri 22 nolu parselin ise ham toprak niteliği ile hazine adına tesbit edildikleri görülmüştür. Delillerin takdiri mahkemeye ait olup takdirde de bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu nedenlere ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre Hazinesinin temyiz itirazları yerinde değildir.*” (KBİBB., 3402/m. 18).

⁵⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÖZMEN, sh.327 vd.; Kılıç, Halil; Gayrimenkul Davaları, C. 2, Ankara 2001, sh. 2396 vd; DÜZCEER, sh. 96 vd.

⁵⁷ Karar için bkz. www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963-094 h..

kanunlarında yer alan hükümleri gerekçe göstererek reddetmiştir. Davacı Hazine'nin red kararının iptali için Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay 8. Dairesi, emval-î metrûke kanunlarının Anayasa'ya aykırı olduğu ve dolayısıyla iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne müracaat etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 22.4.1963 tarihli ve E. 1963/41, K. 1963/94 sayılı kararı ile söz konusu talebi reddetmiştir⁵⁸. Kararda aynen:

“Lozan Andlaşmasının yürürlüğe girdiği 6 Ağustos 1340 tarihinden önce firari ve mütegayyip duruma giren veya başka mahalle nakledilmiş bulunan bir kimsenin mallarının mülkiyeti, bu duruma girdiği tarihten itibaren, dosyasında o tarihte alınmış bir vaziyet kararı olsun, olmasın, ilgisine göre Maliye veya Evkaf uhdesine kanun uyarınca geçmiş bulunmaktadır. Bu itibarla böyle bir şahsın, firari veya mütegayyip olup olmadığına tesbiti işine 6 Ağustos 1340 tarihinden evvel başlanmamış ve bu tarihten önce bir vaziyet kararı verilmemiş olması, esasen bu tarihten önce kanun gereğince ilgili hazine uhdesine geçmiş olan mallarının hukukî durumu üzerinde hiç bir etki yapamaz. Bu bakımdan 6 Ağustos 1340⁵⁹ tarihinden evvel başka yere nakledilmiş veya firar veya tegayyüp eylemiş bir kimsenin malı, bu tarihten evvel Hazineye veya Vakıflar idaresine bir kanunla geçmiş bulunduğundan, bu tarihten sonra bu durumun belirtilmesi maksadıyla yapılan işlemler, gayrimenkul mülkiyetinin bu idarelere geçirilmesini değil, vaktiyle tahakkuk etmiş bulunan intikal muamelesinin belirtilmesi amacını gütmektedir.” ifadeleri yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı karşısında, emval-î metrûkenin mülkiyetinin Hazine'ye intikal etmesi sebebiyle, eski maliklerinin iade talebi hukukî dayanaktan yoksun hal'e gelmiştir. Dolayısıyla, bu tür taşınmazların tapuda hâlâ eski malikleri adına olmasının hukukî hiçbir kıymeti bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, firar

⁵⁸Karar için bkz. RG. T., 1.7.1963, S. 11468. Ayrıca bkz. www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963-094 h..

⁵⁹Emval-î metrûke kanunları, 19 Mayıs 1331 (1915)-6 Ağustos 1924 tarihleri arasında, meydana gelen firar ve mütegayyip olaylarına uygulanabilir. Diğer taraftan, emval-î metrûke kanunlarında, kuralların geçmişe de uygulanacağına dair bir hüküm mevcut değildir. Bu sebeple, söz konusu kanunların yürürlüğe girmesinden önce usulüne uygun olarak ülkeden ayrılmış kişiler hakkında bahsedilen kanunların uygulanması mümkün değildir. Aynı şekilde Lozan Barış Anlaşmasının yürürlüğe girdiği 6 Ağustos 1924 tarihinden sonra ülke dışına çıkanlara da emval-î metrûke hükümleri uygulanmaz. Bkz. AYTAÇ, sh. 14.

veya tegayyüp 1924 tarihinden önce gerçekleşmiş ise, bu kişilerin mallarına Hazine tarafından her zaman el konulması mümkündür⁶⁰. Buna karşılık 6 Ağustos 1924 tarihinden sonra buldukları yeri terkendeler, firarî veya mütegayyip kapsamına dâhil edilerek, malları emval-î metrûke kapsamında değerlendirilemez⁶¹. Diğer taraftan, Yargıtay kararlarında çok sık şekilde vurgulanarak emsal haline getirilen hükme göre, emvali metrûkenin mülkiyeti Hazineye intikal ettiğinden, bunların zamanaşımı yoluyla da iktisabı mümkün değildir⁶². Gerçekten de, Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin bir kararında aynen “*Firari ve yitik kişilere ait taşınmazlar 1331 ve bunu takip eden Tasfiye Kanunlarına göre Hazineye kalmıştır. Bu tür yerlerin zilyetlik ve zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün değildir...*”⁶³ ifadesi yer almaktadır. Çünkü söz konusu yerlerin Hazine'ye intikali, kanunlar gereğince tescilden önce gerçekleşmiştir. Gerçekten de, söz konusu taşınmazların Hazine adına tescili kurucu (ihdasî) değil, bildirici (ihzarî) niteliktedir. Bu sebeple, bahsedilen taşınmazlar hakkında vaziyet kararının bulunup bulunmaması veya 6 Ağustos 1924 tarihine kadar Hazine adına tescillerinin sağlanıp sağlanmadığının bir önemi bulunmamaktadır⁶⁴.

Emval-î metrûke olarak Hazine'ye intikal eden taşınmazların, satış, bağış, takas, dağıtım, tahsis, iskân veya benzeri yollardan biri ile Hazine mülkiyetinden çıkmaları halinde, bu niteliklerini kaybederler. Bu andan itibaren söz konusu taşınmazların eski malikleri, mülkiyet ve iade talebiyle yeni malike başvuramazlar. Çünkü bahsedilen taşınmazı Hazine'den devralan yeni malik, TMK. m. 683 ve 706 hükümlerinde öngörülen usullere uygun olarak mülkiyeti iktisap etmiştir⁶⁵. Bu sebeple, bahsedilen yerlerin öncesinin firarî ve mütegayyip kimselerden kaldığı ileri sürülerek, mülkiyetinin iktisabına engel olunamaz. Yargıtay da aynı

⁶⁰ Aynı doğrultuda görüş için bkz. AYTAÇ, sh. 14, 17.

⁶¹ Geniş bilgi için bkz. 05.02.1341 sayılı ve 1510 sayılı “Lozan Antlaşmasının Kabul Edildiği Tarihten Sonra Gitmiş Olanların Taşınmaz Mallarına Müdahale Edilmemesi Hakkında Kararname, m. AYTAÇ, sh. 22.

⁶² Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Yargıtay kararları için bkz. DÜZCEER, sh. 101 vd.; SAPANOĞLU, Zilyetlik, sh. 564 vd.

⁶³ Bkz. 8. HD. T. 28.10.1991, E. 1991/6470, K. 1991/4633 (Karar için bkz. SAPANOĞLU, Zilyetlik, sh. 570.

⁶⁴ AYTAÇ, sh. 18.

⁶⁵ Geniş bilgi için bkz. SAPANOĞLU, Zilyetlik, sh. 573, 587.

sonucu kabul etmektedir⁶⁶. Ayrıca böyle yerlerin Hazine'nin mülkiyetinden çıktıktan sonra, şartları gerçekleştiği takdirde, olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması da mümkündür. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, KK. m. 18/II'de yer alan yasaklayıcı hüküm, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce tamamlanmış hukukî işlemler sonucu, Hazine ile ilgisi kalmamış taşınmaz mallar hakkında uygulanmaz⁶⁷. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme'nin bir kararına göre "*Hazine, firari ve yitik kişilerden kendisine kalan taşınmazın zilyetliğini, alım, satım, iskân gibi hukuki nedenlerle, üçüncü kişilere devretmiş ise, artık öncesinin firari ve mütegayyip kişilerden kaldığı ilere sürerek taşınmazın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılmasına engel olamaz. Bu yön kararlılık kazanan Yargıtay içtihatları ile doğrulanmaktadır...*"⁶⁸. Yargıtay'ın başka bir kararında aynen "*Hazineye ait tapuda kayıtlı olmayan kaçak ve yitik kişilerden kalan yerlerin kişilere Hazine'ce tahsis edilmesi ile bu gibi yerler özel mülkiyete konu olabilecek hale gelir. İskân sahipleri adına tapu kaydı oluşturulmadığına göre bu gibi yerlerin şartları elvermesi halinde kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile iktisabına imkân vardır...*"⁶⁹ ifadeleri yer almaktadır.

b) Mülkiyet hakkının niteliği açısından

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi TMK. m. 713/II' de yer alan yirmi yıl önce "*ölmüş veya ...*" ifadesini iptal etmiştir⁷⁰. İptal kararının gerekçesine göre, mülkiyet hakkının mutlaklığı ve tapu sicilinin aleniyeti karşısında, itiraz konusu ifade uyarınca, zilyedin mirasçılara ait olan mülkiyet hakkını tanımayarak, tek yanlı olarak ortadan kaldırmasına imkân tanınması, mülkiyet hakkını ortadan kaldırdığı gibi,

⁶⁶ Bkz. 16. HD., T. 30.4.2002, E. 2002/4155, K. 2002/3664 "*Çekişmeli parselin kaçak ve yitik kişilerden Kanunlar uyarınca Hazineye kalan yerlerden olduğunun kabulü zorunludur. Bu taşınmazın kişilere adına tescil edilebilmesi için Hazine tarafından temlik olduğunun kanıtlanması gerekir.*" (KBİBB., 3402/m. 18).

⁶⁷ DÜZCEER, sh. 107.

⁶⁸ Bkz. 8.HD. T. 23.11.1987, E. 13125, K. 13317 (DÜZCEER, sh. 108).

⁶⁹ Bkz. 7.HD. T. 14.12.1984, E. 21525, K. 1939 (DÜZCEER, sh. 108).

⁷⁰ Bkz. RG. T. 23.7.2011, S. 28003. Kararda ayrıca bu ifadenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya imkânsız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına da karar verilmiştir.

kazanılmış hak ve hukukî güvenlik ilkelerini de ihlâl ettiği sonucuna varılmıştır⁷¹.

c) Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda özetlenen kararının ilk bakışta 20 yıl önce ölmüş ve emval-î metrûke kapsamına giren taşınmazların da eski sahiplerine iade edileceği gibi bir anlayış ortaya çıkabilir. Fakat hemen belirtmek gerekir ki, AY. m. 153/V'e göre, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları geriye yürümez. Bu sebeple, söz konusu iptal kararını geriye götürerek, 1914-1924 yılları arasındaki emval-î metrûkeye uygulamak mümkün değildir. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda ilgili kısmı verilen 1963 yılında verdiği kararında da açıkça vurgulandığı gibi, emval-î metrûke, tapuda ister eski malikinin isterse Hazine adına kayıtlı olsun, tamamı Hazine'ye intikal etmiştir. Diğer taraftan, tasfiye kanunların hükümleriyle, Hazine'ye intikal eden yerlerin eski maliklerine iadesi söz konusu olamaz.

Nihayet, eski malikin talebinin reddi halinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesi ile koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurması düşünülebilir. Ancak söz konusu madde

⁷¹ İptal kararının gerekçeleri arasında şu ifadeler yer almaktadır: "...Kural olarak tapuya kayıtlı bir taşınmazın tamamı, bir payı veya bölünebilir bir parçasının olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla edinilebilmesi mümkün değildir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun "taşınmazlarda karine" başlıklı 992. maddesinde; "Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır..." hükmü kabul edilerek, tapuya kayıtlı olan taşınmazların olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması önlenmiştir. TMK. m. 575 ise mirasın, irasbırakanın ölümü ile açılacağı, m. 599 hükmüne göre de mirasçılardan, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kendiliğinden kazanacakları belirtilmektedir. TMK. m. 705/II uyarınca da mirasçılar, mirasbırakanın bıraktığı taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkına tescilden önce sahip olmaktadır. Tapuya kayıtlı bir taşınmazın malikinin ölmesi halinde, bu taşınmazın sahibi mirasçılardır. Mirasçılar bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını mirasbırakanın ölümü ile birlikte kanun gereğince tescile gerek kalmadan kazanmaktadır. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının "zamanötesi" niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu sebeple, Medenî Kanun tarafından bir taşınmaz malikinin mirasçılara tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Mirasçılardan devam eden mülkiyet hakkı, taşınmazı fiilen kullanma hakkını içerdiği gibi kullanmama hakkını da içerir...".

dikkate alındığında bunun da mümkün olmadığı görülür. Zira “Mülkiyetin korunması” başlığını taşıyan bu maddede aynen

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.

Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde yer alan düzenlemeler doktrinde üç kural şeklinde özetlenmektedir. Bunlar mülkiyete saygı, mülkiyete kamu yararı ve kanuna uygun olarak müdâhalenin mümkün olması ve devletlere tanınan mülkiyetten yararlanma hakkını kamu yararına uygun şekilde düzenleme yetkisidir⁷². Son kurala göre devletlere mal ve mülkün kullanımını, genel menfaate (kamu yararına) uygun olarak kontrol etme yetkisi verilmiştir⁷³. Diğer taraftan, sayılan bu şartların tamamının birlikte (kümülatif) gerçekleşmesi gerekir⁷⁴. O halde mülkiyete el koyma işlemi bir kanun hükmüne dayandığı ve kamu yararı gerekçesiyle gerçekleştirildiği takdirde, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından Sözleşme’ye uygun bulunabilecektir. Taşınmazlar ile ilgili düzenlemeler daima kamu düzeni ile doğrudan ilgilidir. Bunu gerek Türk Medenî Kanunu’nda (m. 683 vd.) gerekse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (m. 12) görmek mümkündür. Ayrıca, taşınmazlarının büyük bir bölümünün, tapusunun olmadığı, tapuya kayıtlı olanların da tapu dışı yollarla fiilen birden fazla el değiştirdiği, ancak bu değişikliklerin tapuya yansımadağı bir ülkede, bu konuda bir düzenleme yapmak kamu düzenini ve genel menfaati çok yakından ilgilendiren bir durumdur. Kanunkoyucu fiilî durum ile hukukî durumun birbirine uygun olmasına o kadar çok

⁷² Bu konuda geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, Veysel; Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler, Ankara 2009, sh. 192-1196; GEMALMAZ, H. Burak; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, sh. 22-23.

⁷³ DUTERTE, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, Avrupa Konseyi, Bruxelles 2005, sh. 437.

⁷⁴ BAŞPINAR, Mülkiyet, sh. 195.

önem vermiştir ki, bu konuda Türk Medenî Kanunu m. 712 ve 713 ile Kadastro Kanunu m. 13, 14, 17 ve 18'i kabul etmiştir. Diğer taraftan, hızla devam etmekte olan kadastronun bir amacı da, taşınmaz malların sınırlarının arazi ve harita üzerinde göstermek suretiyle fiilî durum ile hukukî durumu birbirine uygun hale getirerek Türk Medenî Kanunu'nun öngördüğü tapu sicilini kurmaktır (KK. m. 1)⁷⁵. Görüldüğü gibi, taşınmazlarla ilgili düzenlemelerin yapılmasında daima kamu yararı bulunmaktadır. Nihayet, Kanunkoyucu söz konusu düzenlemeleri yaparken, herhangi bir kimseyi, grubu, cemaati veya topluluğu hedef almış da değildir. Gerçekten de, emval-i metrûke mevzuatında herhangi bir kişi, grup, cemaat, din, mezhep veya ırk adı geçmemektedir. Aynı şekilde mevzuatta Devletin bir bölgesi de esas alınmış değildir. Dolayısıyla, mevzuatta öngörülen şartlara uyan herkes (Türk asıllı teba) bu kapsamda bulunmaktadır⁷⁶.

Aşağıda özetleri verilen yargı kararlarında da görüldüğü gibi, emval-î metrûke mevzuatı kapsamına giren herkesin malları Hazine'ye intikal etmiştir. Bu ise AY. m. 10'de yer alan eşitlik ilkesine ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1. Nolu Ek Protokol m. 1'de yer alan hükümlerin İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yorumlanmasına da uygundur. Zira Yüksek Mahkeme kararlarında, mülkiyet hakkına müdâhalede belli bir kişiden özel fedakârlık beklenemeyeceğini, bu tür düzenlemelerde, kanunun kapsamına giren toplumun her kesimine belli oranda külfet yükletilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁷. Emval-î metrûke mevzuatı ile yapılan düzenlemeler, kanun kapsamına giren herkese uygulandığından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve bu sözleşmeyi uygulayan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarına da uygundur.

B. Yargıtay Kararları Açısından

1) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları

Emval-î metrûke konusunda Yargıtay'ın birden fazla İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaktadır. Söz konusu kararları 25.11.1936, E.

⁷⁵ Geniş bilgi için bkz. ÖZMEN, İhsan/ÇORBALI, Halim; 3402 sayılı Kadastro Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1995, 184; AKMAN, Sermet; 3402 Sayılı Kadastro Kanununun İncelenmesi ve Eleştirisi, İstanbul 1990, sh. 25; İPEK, Eyüp; Kadastro Kanunu'na Göre Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar, Ankara 2009, sh. 23 vd.

⁷⁶ KARDEŞ, Emval, sh. 4; AYTAÇ, sh. 14.

⁷⁷ Geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, Mülkiyet, sh. 180, 271.

1935/18, K. 1936/30, T. 25.2.12.1942 tarihli ve E. 1942/8, K. 1942/24 sayılı, 27.1.1943 tarihli ve 1940/33, K. 1943/6, 9.10.1946 tarihli E. 1946/6, K. 1946/12, 27.1.1954 tarihli ve E. 1951/8, K. 1954/2, 19.6.1957 tarihli ve E. 1957/6, K. 1957/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları şeklinde sıralamak mümkündür. Bunlardan bazıları şöyledir:

aa) Yargıtay, T. 25.11.1936, E. 1935/18, K. 1936/30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, “13 Eylül 1331 ve 15 Nisan 1339 tarihli yasalara göre el konulan taşınmaz malların sahiplerine aynen geri verilmesi için mahkemelere dava açılabilmesi, adı geçen yasaların uygulanmayacağı hakkında Danıştay’dan karar alınmasına bağlıdır.”⁷⁸.

bb) Yargıtay 2.12.1942 tarihli ve E. 1942/8, K. 1942/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda aynen “Tapuda kayıtlı olup kaçak veya değişime tabi kişilerden yasa gereği hazineye geçen taşınmazlar M K. nün 639. ncu maddesinin ikinci fıkrasında ismi geçen taşınmaz mahiyetinde olmayıp, nitelik ve öğeleri de yoktur. Yirmi yıl veya daha fazla elmenlikle [zilyedlikle] kazanılamazlar. Bu taşınmazlarda MK. nun 639/2 nci maddesindeki kazandırıcı zamanaşımı yürümez.”⁷⁹ ifadelerine yer vermiştir.

cc) Yargıtay 27.01.1954 tarihli ve E. 1951/8, K. 1954/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda “Tapuda kayıtlı olup firari veya mübadil eşhastan hasbelkanun hazineye intikal eden gayrimenkuller, Medeni Kanunun 639 uncu maddesinin ikinci fıkrasında tasrih edilen gayamenkuller mahiyetinde olmadığından ve sözü geçen fıkra gösterilen vasıfları ve unsurları haiz bulunmadığından işbu gayrimenkullerin nizasız ve fasılasız yirmi sene ve daha fazla müddetle ve malik sıfatıyla yedinde bulunduran kimse tarafından iktisap edilemeyeceğine ve bu gibi gayrimenkuller hakkında Medeni Kanunun 639 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca iktisabi mürruru zaman cereyan etmiyeceğine” karar vermiştir.⁸⁰.

dd) Nihayet Yargıtay, 19.06.1957 tarihli ve E. 1957/6, K. 1957/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında “Bir gayrimenkule iktisap zamanaşımı süresince zilyeti bulunan şahsın Kanunu Medenin 639 uncu

⁷⁸YİBK. Hukuk Bölümü, C. 1, sh. 310-311.

⁷⁹KBİBB., 743/m. 639.

⁸⁰KBİBB., 743/m. 639.

maddesinin birinci fıkrasından faydalanmasını gayrimenkulün tapu kütüğünde mukayyet bulunması hali önleyebilir. Hususi mülkiyet şeklinde tasarruf ve iktisabı mümkün olan gayrimenkul hakkında, tapuda kayıtlı bulunmadıkça yahut hususi bir kanunun istisnai hükmünün o gayrimenkul hakkında tatbik edilmiş olması veya Lozan Muahedesi hükümleriyle teyit edilen Hazinece daha önce yapılan el koyma muameleleri dolayısıyla tapusuz gayrimenkullerdeki iktisap müruruzamanı hükmü bertaraf edilmedikçe, zilyetlikle iktisap hükümleri zilyet lehine tatbik" edilebilir. Mütegayyip veya ahar mahalle nakledilen şahıslardan metrûk gayrimenkul için mübadele ve tefviz işlerinin kesin tasfiyesi hakkındaki 4796 sayılı kanunun 8 inci maddesiyle ilga edilmiş olan 28 Mayıs 1928 tarih ve 1331 sayılı kanun ile bu kanunun 7 inci maddesini tefsir eden 146 numaralı Büyük Millet Meclisi tefsir kararının ve 13 Eylül 1331 ve 15/4/1339 tarih ve 333 sayılı kanunların nazara alınması ve malik gibi zilyetlik şartının bertaraf edilebilmesi, o gayrimenkule Hazinece usulü dairesinde el konulmuş olmasına bağlıdır. Gerçekten, Hazinesinin daha önce mahsus kanun hükümlerince el koymuş olduğu gayrimenkul hakkında, tapuya hiç kayıtlı olmasa bile, tapusuz gayrimenkullerin zilyetlikle iktisabı hakkındaki hükümler tatbik edilemez.”⁸¹ sonucuna varmıştır.

2) Yargıtay’ın Diğer Kararları

Emval-î metrûke ile ilgili olarak Yargıtay’ın değişik daireleri tarafından verilmiş çok sayıda karar bulunmaktadır. Bu kararlarda özetle, söz konusu malların Hazine’ye intikal ettiği ve dolayısıyla zilyetlikle iktisabının mümkün olmadığı vurgulanmaktadır⁸². Meselâ, 14. Hukuk Dairesi’nin T. 11.11.1976, E.1976/5279, K:1976/5440 sayılı kararında “dava konusu yer yitik ve kaçak kişilerden kalmış olup bu niteliği ile devlete geçmiştir ve zaman aşımı ile mal edinilmesi olanaksızdır. Bu ilkenin görülmekte olan (derdest) davalar içinde uygulanması gerekir.” 8. HD., T. 04.01.1982, 1981/5745, K. 1981/71 “kanunlar uyarınca Hazineye kalan taşınmazların zilyetlikle mülk edinilmesi mümkün değildir.”⁸³.

⁸¹ KBİBB., 743/m. 639.

⁸²Bu konuda geniş bilgi için bkz. TUNCAY, Kemal; Emval-i Metrûke ile İlgili İçtihat Özetleri, www.bahum.gov.tr/etkinlikler/seminerler/sunumlar/emvalimetrûkeictihatozetleri.pdf, 19.11.2010.

⁸³ TUNCAY, karar No. 6.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2.10.1974 tarihli ve E. 1971/8-389, K. 1974/1032 sayılı kararı ile emval-î metrûkenin, tapuda kayıtlı olup olmamasına bakılmaksızın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemeyeceğini kabul etmiştir. Kararda ayrıca emval-î metrûkenin kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle, hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulması gereken emval-î metrûke mevzuatı uyarınca karar verilmesi sonucuna varmıştır⁸⁴. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“...766 sayılı Tapulama Kanununun, kanunun uygulanacağı diğer halleri öngören 97 nci maddesinin «Bu hükümler, zilyet aleyhine açılacak davalarda defan ileri sürülebileceği gibi, kesinleşmemiş olan davalarda dahi tetkik olunur» biçimindeki hükmü yoluyla, gene Tapulama Kanununun 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu öntedbirler Kanununun 20 nci maddesi ile değişik, 33 ncü maddesinin son fıkrası hükmünce, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler ile Kanunlar uyarınca Devlete kalan gayrimenkuller -Tapuda kayıtlı olsun veya olmasın- kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemez. Olayda, dava konusu taşınmazın «mütegayyip eşhas»tan kaldığı anlaşılmaktadır. O halde Mahkemece bozma kararına uyularak kamu düzenini ilgilendirmesi nedeni ile, re'sen gözönünde tutulması zorunlu olan yukarıdaki kanuni esaslar uyarınca karar verilmek gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır”⁸⁵.

Hukuk Genel Kurulu'nun T. 09.05.1984, E. 1984/8-97, K. 1984/514 sayılı kararında firarî ve mütegayyip kişilerden Hazine'ye kalan taşınmazların zamanaşımı yoluyla iktisap edilemeyeceği kabul edilmiştir. Aynı kararda bu tür taşınmazların Tapulama Kanunu hükümlerine göre toprak ve tarım reformu sırasında başkalarına tahsisi edebileceği sonucuna varılmıştır. Kararın ilgili kısmında şu ifadeler yer almaktadır:

“Tapulama Kanununun değişik 33. maddesinin son fıkrası hükmü ile "tapulu, ya da tapusuz olsun" denilmek suretiyle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 19.6.1957 günlü, 6/24 sayılı kararı ile (firari ve yitik kişilerle, başka yere naklolunanlara ait olup, tapuda kayıtlı bulunmayan gayrimenkullerin, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap

⁸⁴ Geniş bilgi için bkz. ÜNAL, sh. 450.

⁸⁵ KBİBB, 766/m. 33.

edileceğine) dair uygulamaya da son verilmiş ve böylece tapuda kayıtlı olmayan ve fakat kanunlar uyarınca Devlete kaldığı kabul edilen taşınmazların Hazine adına tescil edilmiş hükmünde sayılması sağlanmış bulunmaktadır. Kanunkoyucunun bu fıkraı sevkte güttüğü amaç Hazineye ait taşınmazlara Hazinesinin sahip çıkmasını sağlamak ve gerektiğinde bunları Toprak ve Tarım Reformunun gerçekleştirilmesinde kullanmaktır. Öte yandan Tapulama Kanununun 97. maddesinin 1. fıkrası "...bu Kanunun 1. maddesinde yazılı yerler dışında bulunan gayrimenkuller hakkında umumi hükümlere göre açılmış ve açılacak davalarda da bu Kanunun 33 ve 42. maddeleri uygulanır.. ." hükmünü getirmiştir. Bu hüküm, anılan 33. maddeye genel hüküm niteliği kazandırmış ve böylece Tapulama Kanununun 1. maddesinde gösterilen yerler dışında bulunan taşınmaz hakkında, genel hükümlere göre açılacak davalarda da 33 ve 42. madde hükümlerinin uygulanması imkânı yaratılmıştır. Medeni Kanunun taşınmaz hukuku ile ilgili hükümlerinin uygulanmasında, 33. maddenin genel bir ihtiyaç olarak ortaya çıktığı kuşkusuzdur ve bu maddenin Medeni Kanunun 639. maddesi yerine geçtiğinde bir duraksama da söz konusu değildir. Çünkü 33. madde, Medeni Kanunun 639. maddesine paralel hükümleri taşımakla birlikte 639. Maddenin dışında yeni bir takım esaslar da getirmiş bulunmaktadır. Ayrıca 1617 sayılı Kanunun ek maddesiyle de, Tapulama Kanununun konumuz olan 33. maddesinin son fıkrası hükmünün, 1617 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 26.7.1972' den önce açılmış davalara da uygulanması sağlanmış, böylece bu hüküm geriye doğru yürütülmüştür."⁸⁶.

Emval-î metrûke hakkında Yargıtay tarafından daha önce verilmiş ve yukarıdakilerin dışındaki kararlardan bazılarının ilgili kısmı aşağıya alınmıştır.

1) 16. HD., T. 19.01.1989, E. 1987/25994, K. 1989/231 "Davalının dayanağını oluşturan tapu kaydında, doğu hududu Kara Meryem olarak gösterilmektedir. Kara Meryem' in kaçak ve yitik kişi olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18/2. maddesine göre kanunlar uyarınca Devlet'e intikal eden taşınmazın zilyetlikle kazanılması mümkün değildir."⁸⁷.

⁸⁶ KBİBB., 743/m. 448.

⁸⁷ TUNCA, Karar No. 10.

2) 16. HD., T. 31.03.1989, E. 1988/3743, K. 1989/4709 “*Dava konusu taşınmazın kaçak ve yitik kişilerden kaldığı ve davacının zilyetliğinde olduğu mahkemece toplanan ve doğru olarak değerlendirilen delillerle saptanmıştır. Kaçak ve yitik kişilerden kalan taşınmazlar, kanunlar uyarınca Devlete intikal etmiştir. Gerek yürürlükten kaldırılan 766 sayılı Tapulama Kanununun 1617 sayılı Kanunla değişik 33. maddesinin son fıkrası, gerekse hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18/2. maddesi hükmüne göre Kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmazların zilyetlikle iktisabı mümkün değildir. Yasanın açık hükmüne rağmen bu tür arazinin zilyetlikle iktisap edilebileceğinin kabulü dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Bu nedenle, davanın reddine ve taşınmazın Hazine adına tesciline karar verilmesi gerekir.*”⁸⁸.

3) 14. HD., T. 02.11.1989, E. 1989/6456, K. 1989/9131 “*Hudutları itibariyle doğusu Cebel, batısı Çiçek yolu, kuzeyi Mugir oğlu Buris ve güneyi yol ve Cebelle çevrili, Ağustos 940 tarih 23 numaralı tapunun 2557 metre kare miktarı içerdiği ve iktisap sütununda, Mugir oğlu Buris'ten intikal ettiğinin ve müzayede ile satış sonucu Hasan B.'a geçtiğinin yazılı bulunduğu gözlenmiştir. Kuzeydeki 20 sayılı parselin tapusuz olduğu ve iktisap süresine varan zilyetlikle Şah Hüseyin oğlu Mustafa namına tehdit edilmiştir. Bilirkişiler tanıklardan bilhassa 85 yaşında olduğunu söyleyen ve bu nedenle eskiye ait bilgisi olduğu anlaşılan Mehmet Ali Ö. 21 sayılı parselin Ermenilerden Hazineye kaldığını, Hazinece de davacıların murisi Hasan B.'a satıldığını civarın da Ermeni yeri olduğunu haber vermişlerdir. Görülüyor ki kuzey sınırını sabit kabul için bir sebep ve dayanak yoktur. 940 tarih 23 numaralı tapu ile kuzeydeki 20 parsel sayılı taşınmazın önceki malikleri olan kişiler aynıdır. Yani Mugir oğlu Buris bulunmaktadır. O halde bu tapunun tüm sınırları itibariyle sabit olduğunu kabule olanak yoktur. Bu itibarla anılan tapu miktar itibariyle geçerlidir. Taşınmaz yitik ve kaçak kişilerden kaldığına göre miktar fazlasının zilyetlikle iktisabına dahi imkân mevcut değildir. Uzman bilirkişinin taşınmazın tarım arazisi olduğuna ilişkin mütalaası belirtilen görüş ve sonucu etkilemez. Bu nedenle taşınmazın*

⁸⁸ TUNCA Y, Karar No. 11.

tamamının davacılar adına tescili cihetine gidilmesi doğru görülmemiştir."⁸⁹.

4) 7. HD., T. 11.04.1990, E. 1990/5318, K. 1990/4483 "Taşınmazın bulunduğu köye göçmen olarak yurda dönen soydaşlarımızın yerleştirilmesi ve köyde bulunan kaçak ve yitik kişilerin köyü terketmiş olmaları taşınmazın bulunduğu köyün tümünün kaçak ve yitik kişileri ait köy olduğu (yerleşim yeri) anlamına gelmez."⁹⁰.

5) 16. HD., T. 20.09.1990, E. 1989/15924, K. 1990/11950 "3402 sayılı Kadastro Kanununun 18/2. maddesi gereğince, kanunlar uyarınca Hazineye kalan taşınmazların zilyedlikle iktisabı mümkün değildir."⁹¹.

6) 7. HD., T. 22.05.1991, E. 1991/8612, K. 1991/7485 "3402 sayılı Kadastro Kanununun 18. maddesi hükmünce, kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmazlar süresi neye ulaşırsa ulaşsın zilyedlikle iktisap edilemez. Diğer yandan, resmi kayda aykırı düşen bilirkişi ve tanık sözlerine değer verilemez. Dava konusu parsel sınırdış 416 parsel ait bulunduğu belirlenen Mayıs 1934 tarihli; 194 sayılı tapu kaydında nizalı parsel metrûke olarak sınır gösterilmiştir. Davalı köy tüzel kişiliği Hazine tarafından bu taşınmazın temlik edildiğini gösteren bir belgeye dayanmamıştır. Her ne kadar bilirkişi ve tanıklar bu yerde köyün zilyet bulunduğunu; ancak eskiden taşınmaz üzerinde bina varken yıkıldığını bildirmişler ise de; Mayıs 1934 tarihli, 194 sayılı tapu kaydı sınırına aykırı düşen bilirkişi ve tanık sözlerine değer verilemez. Kaldı ki; bu yörede kanunları uyarınca Devlete kalan yerlerin bulunduğu bilirkişi ve tanıklarca bildirilmiştir. Mahkemece bu yönler göz önünde tutularak muhdesat yönünden Kadastro Kanununun 19. maddesi hükmü uygulanarak taşınmazın 18/2. madde hükmünce Hazine adına tapuya tesciline karar verilmek gerekir"⁹².

7) 17. HD., T. 04.02.1992, E. 1992/351, K. 1992/202 "Bilindiği üzere kaçak ve yitik kişilerden kalan tapulu ve tapusuz taşınmazlar yasalar gereği Hazineye geçeceğinden kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile mülk edinilmelerine olanak yoktur. Her ne kadar mahkemece

⁸⁹ TUNCAY, Karar No. 12.

⁹⁰ TUNGAY, Karar No. 13.

⁹¹ TUNCAY, Karar No. 14.

⁹² TUNCAY, Karar No. 16

tanıkların beyanlarına dayanılarak taşınmazın sınırlarında bulunan mülkün (milkon) yerlerinin Hazinece şahıslara satıldığı kabul edilmiş ise de satış olgusu resmi belgelerle kanıtlanmadığı sürece hükme dayanak yapılamaz. Kaçak ve yitik kişilerden kalan yerlerin kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile iktisabına olanak bulunmadığından.”⁹³.

8) HGK. T. 03.11.1993, E. 1993/7-496, K. 1993/702 “Taşınmazın... kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca Hazineye kalan yerlerin zilyetlik yoluyla kazanılamayacağı, kaçak ve yitik kişilerden kaldığı anlaşılamayan tapusuz taşınmazların ise 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 14. maddesi hükmündeki koşullar çerçevesinde zilyetlikle kazanılmasının mümkün olduğu gözönünde tutulmalı, deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Mahkemece bu yönler dikkate alınmadan ve taşınmazın kaçak ve yitik kişilerden kalıp kalmadığı kesinlikle belirlenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.”⁹⁴.

9) 16. HD., T. 26.02.1993, E. 1992/2709, K. 1993/1785 “Kaçak ve yitik kişilerden intikal eden taşınmazlar, kanunlar uyarınca Hazineye intikal etmiştir. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18/2. maddesi gereğince bu tür taşınmazların zilyetlikle kazanılması mümkün değildir.”⁹⁵.

10) 16. HD T. 15.07.1993, E. 1992/3642, K. 1993/8251 “Kaçak ve yitik kişilere ait taşınmazlar kanunlar uyarınca Hazine'ye intikal etmiş olup, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18/2. maddesi gereğince bu tür taşınmazların zilyetlikle kazanılması mümkün değildir.”⁹⁶

11) 1. HD., T. 14.09.1993, E. 1993/578, K. 1993/9968 “Hazine,... tapunun ilk maliki Vasil Dimitriyadis'in kaçak ve yitik kişilerden olduğunu, taşınmazın yasa gereği Hazineye geçtiğini, buna rağmen hibe ve satış yolu ile davalılar üzerine yazıldığını iddia ederek iptal ve tescil istemiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, kaçak ve yitik kişilerin malları "emvali metrüke" kanunlarına göre o kişinin kaçak ve yitik duruma düştüğü andan itibaren kendiliğinden "hiçbir işleme gerek kalmaksızın" Hazineye geçer. Söz konusu taşınmazların zilyetlikle kazanılmalarına

⁹³ TUNCAY, Karar No. 17

⁹⁴ TUNCAY, Karar No. 21.

⁹⁵ TUNCAY, Karar No. 23.

⁹⁶ TUNCAY, Karar No. 24.

olanak bulunmadığı gibi, yasa gereği kamu mülkü durumuna gelmelerinden sonra özel mülkiyet alanında uygulanan MK.nun 931. maddesinin de bu taşınmazların el değiştirmelerinde uygulama yeri yoktur. Toplanan delillere ve tüm dosya içeriğine, özellikle Emniyet Müdürlüğü yazularına göre, tapunun ilk maliki Vasil Dimitriyadis'in Cumhuriyet Dönemi'nden önce memleketi terk ettiği, 22.7.1924 tarihinde yurda dönmek için yaptığı başvuru üzerine kendisine pasaport ve yurda dönmesine izin verilmediği, aynı yöndeki sonraki isteklerinin de red edildiği ve Türk vatandaşlığını yitirdiği anlaşılmaktadır. Toplanan deliller tüm olarak değerlendirildiğinde ve adı geçen kişinin yurdu terk etme nedeni ve tarihi de gözönünde tutulduğunda kaçak ve yitik kişi durumuna düştüğü mallarının Hazineye kaldığı sonucuna kolayca ulaşılmaktadır. İlk tapu malikinin, taşınmaz yasa gereği mülkiyetinden çıktıktan sonra bağış yolu ile kızı Eleni'ye eçirip onun da davalılara satıp devretmesi, yukarda belirtilen ilkeler uyarınca Hazinesinin hakkına etkili olamaz ve onu bağlamaz.”⁹⁷.

12) 7. HD., T. 19.10.1993, E. 1991/2615, K. 1993/10265 “Dava konusu taşınmazın; kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca Hazineye kalan yerlerden olduğu, mahkemece yapılan keşif, toplanıp değerlendirilen delillerle belirlenmiştir. Taşınmazın önceki zilyedi olan kaçak ve yitik kişinin taşınmazı başka bir şahsa sattığı, onunda taşınmazda uzun süre zilyet olduktan sonra zilyetliği davacı tarafa devir ettiğini ileri sürmüş ise de kaçak ve yitik kişiden satın alma iddiası muvazaadan arı yazılı bir belge ile kanıtlanamamıştır. Mahkemece bu yönler gözönünde tutularak yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.”⁹⁸.

13) 16. HD., T. 11.10.1993, E. 1993/2130, K. 1993/10421 “Dava konusu çevre parsellere uygulanan kayıtlar çekişmeli parsel yönünü metruk okumaktadır. Metruk arazinin Hazine tarafından dağıtımına tabi tutulduğu kanıtlanamamıştır. Maddi delillere aykırı düşen bilirkişi ve tanık sözlerine değer verilemez. Bu nedenle taşınmazın kaçak ve yitik kişilerden Hazineye kaldığının kabulü zorunludur. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18/2. maddesi uyarınca, kanunlar uyarınca Hazineye kalan

⁹⁷ TUNCA Y, Karar No. 25.

⁹⁸ TUNCA Y, Karar No. 26.

taşınmazların zilyedlikle kazanılması mümkün değildir. Hal böyle olunca, davanın reddine ve taşınmazın Hazine adına tesciline karar verilmesi gerekir.”⁹⁹.

14) 16. HD., T. 30.05.1994, E. 1994/654, K. 1994/5645 “*Doğuda bulunan taşınmazın kaçak ve yitik kişilerden Hazine'ye intikal ettiği ve Hazine adına tapuda kayıtlı bulunduğu belirlenmiştir. Kural olarak Hazine taşınmazlarının değişebilir sınır niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18/2. maddesi gereğince, Kanunlar uyarınca Hazine'ye intikal eden taşınmazların zilyedlikle iktisabı da mümkün değildir. Bu nedenle, kayıt miktar fazlasını oluşturan arazinin Hazine adına tesciline karar verilmesi isabetlidir.*”¹⁰⁰.

15) 17. HD., T. 30.05.1995, E. 1995/3277, K. 1995/3564 “*Şu hale göre, belirtme (tesbit) tutanağında taşınmazların kaçak ve yitik kişiler adına tapuda kayıtlı olduğu, ancak kayıtların yerine uygulanmadığı bildirilmiş olduğundan davalı Hazineden kaçak ve yitik kişiler adına eski tapu kaydı olup olmadığı sorulup varsa tüm tedavüleriyle getirilmeli, ayrıca Köy Hizmetleri Müdürlüğünden Toprak Tevzi Komisyonu çalışmaları sırasında ibraz edilen, ancak uygulanmadığı belirtme tutanağında yazılı tapu kayıtları istenmeli, çekişmeli parselde komşu ya da yakın komşu parsellere ait tutanak örnekleri dayanağı kayıt ve belgeler getirilmeli, davacıların eski vergi kaydı olup olmadığı ya da kaçak ve yitik kişilerden kalması nedeniyle 1937 yılında genel vergi yazımı sırasında Hazine adına vergiye kayıt edilip edilmediği araştırılmalı, bundan sonra çevreyi iyi bilen olabildiğince yaşlı ve yansız yerel bilirkişiler yardımı uzman bilirkişi huzuruyla kaçak ve yitik kişilere ait tapu kayıtları varsa vergi kayıtları yerine uygulanmalı, daha önce dinlenen tanıklar ile belirtme tutanağında isimleri yazılı sağ olan muhtar ve bilirkişilerin tümü taşınmaz başında dinlenerek kendilerinden taşınmazın öncesinin ne olduğu, kimden kime kaldığı, kimler tarafından nasıl zilyet edildiği, zilyetliğin ekonomik amacına uygun olup olmadığı zilyetlerin başlangıç ve sürdürülüş biçimi, davacı ve miras bırakanın bu yerleri kullanmasından dolayı Hazineye ecrimisil ödeyip ödemediği, maddi olaylara dayalı olarak ayrıntılarıyla sorulup saptanmalı,*

⁹⁹ TUNCAY, Karar No. 27.

¹⁰⁰ TUNCAY, Karar No. 30

belirtmelik tutanağındaki bilgiler ile toplanan deliller arasında çelişki olduğu takdirde yönetime uygun biçimde giderilmeye çalışılmalı, bilirkişi ve tanık sözlerinin doğruluğu komşu parsel kayıtlarıyla denetlenmeli, davacı ve miras bırakanın ölüm tarihine göre 3402 sayılı Yasanın 14. maddesi gereğince 40/100 dönümlük kısıtlama araştırması yapılmalı, belirtme tutanağında davacının yada akti ve irs ilişkisi bulunan kişilerin beyanı varsa, bunun davacıyı bağlayacağı gözönünde tutulmalı, bundan sonra delillerin tümü birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmemiş olması doğru değildir.”¹⁰¹.

16) 1. HD., T. 04.06.1996, E. 1996/7048, K. 1996/6932 “Bilindiği üzere, resmi kayıtlarla doğrulanan olgulara uygun düşmeyen yerel bilirkişi ve tanıkların sözlerine değer verilemez. Öte yandan, yasa gereği devlete gecen "metrûke" niteliğindeki taşınmazın kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile de mülk edinilmesine yasal olanak yoktur.”¹⁰².

17) 16. HD., T. 01.04.1997, E. 1997/762, K. 1997/1633 “Kaçak ve yitik kişilere ait taşınmazlar kanunlar uyarınca Hazineye kaldığına, bu tür taşınmazların zilyetlikle kazanılması mümkün olmadığına, pay tapularına ilişkin satın alma iddiası muvazaadan arı bir belge ile kanıtlanamadığından davacının temyiz itirazlarının reddi ile çekişmeli parselin tesbit gibi tescili gerekir.”¹⁰³.

18) 8. HD., T. 15.10.1998, E. 1998/2836, K. 1998/9942 “Dava konusu yerin kuzeyinde bulunan yukarıda tarih ve sayısı yazılı tapu kaydının sınırında mübadil kişilerin isimleri yer almaktadır. Davacı aynı yer hakkında daha önce yüzölçümünün çoğaltılması davası açmış, davanın reddine ilişkin Mudanya Asliye Hukuk Muhakemesi'nin 14.12.1993 tarih ve 221-391 numaralı kesinleşen kararında sınırında yer alan A. I. ve A. İsimli kişinin kaçak ve yitik kişi olduğu vurgulanmak suretiyle davanın reddi yoluna gidilmiştir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 18. maddesi hükmü uyarınca kaçak ve yitik kişi veya mübadil Rumlardan Hazine'ye intikal eden yerlerin kazandırıcı zaman aşımı ve zilyedlik yolu ile edinilmesi mümkün olmaz.”¹⁰⁴.

¹⁰¹ KBİBB., 3402/m. 14.

¹⁰² TUNCAY, Karar No. 36

¹⁰³ TUNCAY, Karar No. 38

¹⁰⁴ TUNCAY, Karar No. 40.

19) HGK. T. 07.06.2000, E. 2000/7-897, K. 2000/943 “*Dava konusu taşınmazın kesif haritasında (A) harfi ile gösterilen kesiminin tesbite dayanak yapılan Ohanes Velet Boğostan hazineye intikal ettiği, kaydında yazılı bulunan tapu kaydının kapsamında kaldığı, kayıt kapsamı dışında kalan kesim üzerinde zilyetlikle taşınmaz edinme koşullarının katılan yararına gerçekleştiği gerekçe gösterilerek hüküm kurulmuş ise de kayıt kapsamında kalan taşınmazın çevresinin kaçak ve yitik kişilerden hazineye kaldığı ve tapuda yazılı Moro, Ovi ve Hoço olarak gösterilen eski sınır komşularının kaçak ve yitik kişiler oldukları dosya içeriği ile anlaşılmıştır. Bu durumda kayıt fazlasının kaçak ve yitik kişilerden kaldığının kabulü gerekir. Bu gibi taşınmazların zilyetlikle kazanılması mümkün değildir. Mahkemece bu yönler gözönünde tutularak davanın reddine ve taşınmazın tümünün hazine adına tapuya tesciline karar verilmesi gerekirken değerlendirmede yanılğıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.”¹⁰⁵*

20) 16. HD., T. 12.03.2001, E. 2001/902, K. 2001/879 “*Hazine adına tapu oluşturulmasına konu olan kaçak ve yitik kişiden intikal ettiği bildirilen taşınmazların sınırları tapu komisyon kararının dayanağı olan belgelerde açıkça belirtilmiştir... Tapu oluşturmaya yetkili komisyon tarafından düzenlenen belge ve dayanaklarının maddi delil olarak kabulü zorunludur. Maddi delile aykırı düşen bilirkişi ve tanık sözlerine değer verilemez. Açıklanan bu olgular karşısında taşınmazların kaçak ve yitik kişiden kaldığının kabulü zorunludur. Kadastro Kanununun 18/2. Maddesi gereğince Kanunlar uyarınca Hazineye intikal eden taşınmazların zilyetlikle kazanılması mümkün değildir. Davacı tarafından taşınmazların Hazinece satıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Hal böyle olunca; davanın reddine ve çekişmeli taşınmazların Hazine adına tesciline karar verilmesi gerekir.”¹⁰⁶*

21) 7. HD., T. 25.06.2001, E. 2001/3723, K. 2001/4475 “*Dava konusu taşınmazın öncesinin kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca devlete kalan yerlerden olduğu anlaşılmıştır. Kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca devlete kalan taşınmazların zilyetlikle kazanılması mümkün değildir. Mülkiyet hakkı bulunmayan davalı Seyfettin'in satışına*

¹⁰⁵ TUNCAY, Karar No. 42.

¹⁰⁶ TUNCAY, Karar No. 44.

da değer verilemez. Taşınmazdaki zilyedin zilyetliğinin başkalarına devretmesi de hukuken değer taşımaz.”¹⁰⁷.

22) 20. HD., T. 04.03.2002, E. 2002/1111, K. 2002/1582 “Envali metrûke, yol, dere sınırları kural olarak değişebilir nitelikte sınırlar olup kayıtlar kapsamının miktarlara değer verilerek belli edilmesi gerekir. Mahkemece kayıtların genişleyen sınırlarında yol ve kişi unsurlarına değer verildiği, dayanak kayıtların dava konusu parselleri bu suretle kapsayabileceği kanaati ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de bu doğru değildir. Kayıt sınırları genişletilmeye elverişli olduğu gibi metrûk, yol, dere okunan sınırlarda kayıtların (açık yönlerinde) yine kaçak kişilerden kaldığı nedeniyle Hazine adına tesbitleri kesinleşen tapulu taşınmazlar yer almaktadır. Bu nedenle davacılar dayanağı olan kayıtların kapsamı 3402 Sayılı Yasanın 20/c maddesi hükmüne göre miktarına değer verilerek kapsamlarının tayini gerekeceğinden aynı yasanın 18. maddesi gereğince kadastro sırasında gerçekleşen ve dayanak kayıtlarınca da doğrulanmış kaçak ve yitik kişilerden kalan çekişmeli taşınmazların zilyetliğe değer verilerek kazanılmasının olanaklı bulunmadığı da göz önüne alındığında mahkemece davacıların istemlerinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”¹⁰⁸

23) 16. HD., T. 30.04.2002, E. 2002/4155, K. 2002/3664 “Çekişmeli parselin batısında bulunan 66 sayılı parselin dayanağını oluşturan ve Hazine tarafından temlik edildiği anlaşılan 23.12.1937 tarih ve 17 numaralı tapu kaydı çekişmeli parsel yönünü “Çiftçi Avanis” okumaktadır. Öte yandan çekişmeli parselin kuzey ve batısında bulunan parsellere revizyon gören vergi kayıtları da çekişmeli parsel yönünü “Hazine” okumaktadır. Komşu parsellere uygulanan tapu ve vergi kayıtları açıkça birbirini doğrulamaktadır. Bu nedenle çekişmeli parselin kaçak ve yitik kişilerden Kanunlar uyarınca Hazineye kalan yerlerden olduğunun kabulü zorunludur.”¹⁰⁹.

24) 7. HD., T. 29.09.2003, E. 2003/2218, K. 2003/2659 “Davacı Bışar’ın dayandığı Mart 1326 tarih ve 18 numaralı tapu kaydı niza dışı

¹⁰⁷ KBİBB., 3402/m. 19.

¹⁰⁸ KBİBB., 3402/m. 20.

¹⁰⁹ TUNCAY, Karar No. 49.

299 sayılı parsel yüzölçümüne revizyon görmüştür. Anılan tapu kaydı dava konusu 98 parsel sayılı taşınmaz güney yönde Markara olarak sınır göstermektedir. Aynı parsel revizyon gören 1937 yazım tarihli ve 150 tahrir numaralı vergi kaydı da güney yönde dava konusu taşınmaz mera parseli olarak sınır göstermektedir. Krokisinde görüleceği gibi dava konusu 298 parsel sayılı taşınmazın güney ve doğu yönü 415 parsel sayılı mera parseli ile çevrili bulunmaktadır. Dinlenen yerel bilirkişi dava konusu taşınmazın öncesinin Markaraoğlu tarafından kullanıldığını bildiğini, bu kişinin kaçak ve yitik kişi olduğunu haber vermiş bulunmasına göre yerel bilirkişinin bu sözleri resmi kayıt olan ve mülkiyet belgesi bulunan davacı tarafın dayandığı tapu kaydı ile doğrulanmıştır. Davacı taraf her ne kadar aynı tarih ve 19 numaralı tapu kaydına da dayanmakta ise bu kayıt dahi dava konusu taşınmaza ait olmayıp güney yönünde 18 numaralı tapu kaydında belirtildiği gibi Markara yeri olarak sınır göstermektedir. Hal böyle olunca dava konusu taşınmazın kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca devlete kalan yerlerden olduğunun kabulü gerekir. Bu gibi taşınmazlar üzerinde zilyetlik süresi neye ulaşırsa ulaşsın hukukça değer taşımaz. Diğer bir anlatımla kanunları uyarınca kaçak ve yitik kişilerden hazineye kalan taşınmazlar zilyetlik yolu ile kazanılamaz.”¹¹⁰.

25) 8. HD., T. 19.01.2004, E. 2003/6925, K. 2004/125 “Kadastro Kanunu'nun 18/2. maddesi hükmüne göre kanunlar uyarınca Devlet'e kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılamaz. Kaçak ve yitik kişilerden kalan yerlerde kanunlar uyarınca Devlet'e kalan yerlerden bulunması nedeniyle imar ihya ve olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılamazlar. Tapu maliki Boğos oğlu Vanlı İbrahim'in kaçak ve yitik Ermeni kişilerden olup olmadığı hususunun yerel bilirkişi ve tanıklardan sorulması, dosya arasında bulunan bu kişiye ait aile nüfus tablosunun gözönünde tutulması, gerekiyorsa nüfus kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması, bu kişinin kaçak ve yitik kişilerden olup olmadığının tespitine çalışılması, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir.”¹¹¹.

¹¹⁰ KBİBB., 3402/m. 14.

¹¹¹ TUNCAY, Karar No. 51.

26) 16. HD., T. 23.02.2004, E. 2004/749, K. 2004/2613 “Mahkemece davaya konu 116 ada 3 sayılı parselin krokide (A) harfi ile gösterilen 5514 metrekairelik kısmının davalılar, geri kalan bölümünün Hazine adına, davaya konu 113 ada 7 parselin (A) harfi ile gösterilen 11.031.2 metrekairelik bölümünün davalılar, geri kalan bölümünün ise Hazine adına tesciline karar verilmiş ise de, değerlendirme dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Mahkemece hükmüne uyulan bozma kararında da belirtildiği üzere davalıların dayanağını oluşturan tapu kayıtlarının hudutlarında "Tono Veledi Serkis", Arsak" ve "Mukos" tarlaları hudut gösterilmiş olup, bu kişilerin kaçak ve yitik kişi olduğu ve bunlardan Devlete intikal eden malların Hazine'ce usulüne uygun olarak dağıtılmadığı, bu nedenle dayanılan tapu kayıtlarının gayri sabit hudutlu olup, miktarı ile geçerli bulunduğu tüm dosya kapsamı ile belirlenmiştir. Hal böyle olunca; Davalıların dava konusu 113 ada 7 parseli uyduğunu iddia ettikleri tapu kaydı 11028 metrekaire olup, aynı tapu kaydı sabit hudutlardan başlamak üzere 113 ada 3 sayılı parseli uygulanmış bu parsel 13043,92 metrekaire olarak davalılar adına tesbit edilip kesinleşmiş bulunmaktadır. Bir diğer ifade ile davalılar miktarı ile geçerli bulunan tapunun miktarından fazla taşınmaz almış durumdadırlar. Mahkemece değerlendirme yapılırken bu hususun nazara alınmaması doğru değildir. Davalı tapusu 113 ada 3 nolu parseli revizyon görüp kesinleştiğine göre Hazine'nin 113 ada 7 sayılı parselle ilgili davasının kabulüne ve bu parselin tamamının Hazine adına tesciline karar verilmesi gerekir.”¹¹².

27) HGK. T. 28.09.2005, E. 2005/8-512, K. 2005/535 “Emvali Metrûke Kanunları olarak nitelenen kanunların uygulanması suretiyle taşınır ve taşınmaz malları tasfiyeye tabi olan gerçek ve tüzel kişilere, firari ve mütegayyip kişiler denilir. Bu deyim ile bilhassa vaktiyle Türk vatandaşı olan Ermeni asıllı kişiler anlatılmak istenmiştir. Bu nedenle Ortodoks dininden olan Türk uyruklu Rumlar, Bulgarlar, Süryani Cemaatına mensup kişiler firari ve mütegayyip kişi sayılmazlar. ...1617 sayılı Toprak Tarım Reformu Ön Tedbirler Kanunu'nun 19.7.1972 tarihinde yürürlüğe girmesinden önceki evrede "firari ve mütegayyip şahıslara ait olup da, tapuda kayıtlı bulunmayan ve Hazinece usulü dairesinde (özel kanun hükümlerince) el konulmamış olan gayrimenkuller

¹¹² TUNCA, Karar No. 52.

hakkında, Türk Kanunu Medenisi'nin m. 639/1 (Türk Medeni Kanunu'nun 713. maddesinin 1. fıkrası) zilyed lehine tatbik olunabileceği kabul edilmişken (19.6.1957 gün ve 6/24 sayılı YİBK), Toprak Tarım Reformları Ön Tedbirler Kanunu'nun 18/2 (Tapulama Kanunu'nun 33/6.) maddesi karşısında daha sonra firari ve mütegayyip kişilere ait taşınmazların kazandırıcı zamanaşımı ile mülk edinilmesine olanak bulunmadığı" kuralı benimsenmiştir (YHGK'nun 19.9.1973 gün ve 1969/7-1145 E. ve 1973/703 K. sayılı ilamı, 3.4.1974 gün ve 1971/8-626 E. ve 1971/327 K. sayılı ilamı, 29.3.1974 gün 1971/8-389 E. 1971/1032 K. sayılı ilamı, 21.2.2001 gün ve 2001/7-134-183 sayılı ilamı).¹¹³.

28) 8. HD., T. 03.02.2005, E. 2005/198, K. 2005/671 “*Dava konusu 206 ada 2 parsel, aynı ada 1 parselde uygulanan 1986 tarih ve 25 nolu tapu kaydı ile geldisi olan Kanunuevvel 1333 tarih 82 nolu tapu kaydının nizalı taşınmaz yönünü Atiki Ohannes okuması nedeniyle Hazine adına tespit edilmiştir. Açıklandığı üzere; 1 parselde revizyon gören tapu kaydı kaçak ve yitik kişi ismini sınır olarak göstermektedir. Bu durumda, dava konusu taşınmazın tapu kaydında ismi geçen kaçak ve yitik kişiden kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekir. Gerçektende kaçak ve yitik kişilerden kalan taşınmazlar 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18. maddesi hükmü uyarınca Hazineye intikal eden yerlerden olup nitelikleri değiştirilmedikçe zilyetlik veya başka bir yolla kazanılması mümkün olmaz.*”¹¹⁴.

29) 7. HD., T. 04.04.2005, E. 2005/1020, K. 2005/991 “*kanunları uyarınca kaçak ve yitik kişilerden kalan taşınmazlar üzerinde sürdürülen zilyetliğin süresi ne olursa olsun hukukça değer taşımadığı gibi bu nitelikte taşınmazlar için oluşturulan vergi kayıtlarının da hukuksal bir değer taşımadığı düşünülmelidir.*”¹¹⁵.

30) 7. HD., T. 22.12.2005, E. 3837, K. 2005/4047 “*Kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca devlete kalan taşınmazlar üzerinde sürdürülen zilyetlik süresi ne olursa olsun hukukça değer taşımaz. Kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca devlete kalan taşınmazların satışının geçerli olabilmesi için, her türlü muvazaadan arı "arınmış",*

¹¹³ TUNCAY, Karar No. 54.

¹¹⁴ TUNCAY, Karar No. 55.

¹¹⁵ TUNCAY, Karar No. 56.

yazılı bir belgeye dayanılması gerekir. ...Davacı tarafın tutunduğu tapu kaydında tarif edilen sınır yerleri özellikle "Voturoğlu" olarak tarif edilen sınır yerleri dikkate alındığında, dayanılan tapu kayıtlarının kapsamının 3402 sayılı Kadastro Kanununun 20. maddesi hükmü uyarınca yüzölçümü ile belirleneceği, miktar fazlasından oluşan kesimin ise kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca devlete (hazineye) kalan taşınmazlardan olduğunun kabulü gerekir. Bu nitelikteki taşınmazlar üzerinde sürdürülen zilyetlik süresi ne olursa olsun hukukça değer taşımaz. Gerçekten öğretide ve Yargıtay uygulamasında kararlılık kazanan görüşlere göre, kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca, devlete kalan taşınmazların satışının geçerli olabilmesi için niteliği az yukarıda açıklanan yazılı bir belgeye dayanılması gerekir. Somut olayda davacı taraf bu nitelikte yazılı bir belgeye dayanmadığı gibi bu doğrultuda bir iddia öne sürüp, tesbitte saptanan hukuksal olgunun da aksini yöntemine uygun şekilde kanıtlanamamıştır.”¹¹⁶.

31) HGK. T. 24.09.2008, E. 2008/14-576, K. 2008/555 “Yargıtay uygulamasında 1972 yılında kabul edilen 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Öntedbirler Kanununun (T.T.R.Ö.K.) yürürlüğe girdiği tarihe kadar, emvali metruke kanunları gereğince devlete kalan tapusuz taşınmazlara usulüne göre el konulmadıkça, olağanüstü zamanaşımı ile kazanılabileceğini kabul ediyordu. 1617 sayılı T.T.R.Ö.K. yürürlüğe girmesinden sonra, kanun maddesiyle ve geçmişe etkili olarak Mülga 766 sayılı Kanunun 1617 sayılı Kanunla değişik 33/son maddesi (3402 sayılı Kadastro Kanununun 13/2 maddesi) gereğince kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmazlar tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap olunamayacağı kabul edilmekteydi. Ancak taşınmaz, kanunlar gereği Devlete kalan taşınmaz olmakla birlikte, 2510 sayılı veya diğer İskan Kanunlarına göre bir başkasına devir ve temlik edilmişse, mülkiyet tahsis edilmiş kimseye geçeceğinden, bundan devir almak veya sair yollardan iktisabı mümkün hale gelir. Bu durumda, öncesinin firari ve mütegayyip kişilerden kaldığı ileri sürülerek, iktisap edilemeyeceği ileri sürülemez. Mülga Tapulama Kanununun 33/son (3402 sayılı Kadastro Kanununun 18/2) de yazılı yasaklayıcı hükmün, bu Kanununun yürürlüğe girmesinden önce tamamlanmış hukuki işlemler

¹¹⁶ TUNCA, Karar No. 57.

sonucu, Hazine ile ilgisi kalmamış taşınmaz mallar hakkında uygulama yeri yoktur. Ancak, taşınmazın firari ve yitik bir kişiden değil de, bu nitelikte bulunmayan kişilerden kaldığını ispatlarsa, taşınmazı zamanaşımı yoluyla iktisap edebilir. Bu da iki yolla olur. Ya firari ve yitik denilen kişinin firari ve yitik olmadığı, idare mahkemesinde açılacak bir dava ile ispatlanır, ya da bu taşınmazın anılan firari kimseye ait olmayıp, bir Türk'e ait olduğu genel mahkemede ispatlanır. Burada kimlerin kaçak ve yitik kişi olduğunun tespiti önem kazanır. Bunlar özellikle Türk vatandaşı olan Ermenilerdir. Bu itibarla Rusların terk ettiği yerler ve Bulgarlardan kalan taşınmazlar emvali metrûke sayılmazlar ve bu kanun kapsamına girmezler.”¹¹⁷.

32) HGK. T. 21.2.2001, E. 2001/7-134, K. 2001/183 “İhtilaf konusu taşınmazın öncesi kaçak ve yitik kişilerden, kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmazlardan olduğu sabittir. Hazine adına metrûke olarak vergiye kaydedildiğine göre zilyetlikle iktisabına olanak yoktur. Davacı, vergi kayıtlarının kapsamının belirlenmesi ve vergi kaydının yol sınırından itibaren belirlenebileceği yönünde bir iddia ileri sürmemiştir. Sadece kazandırıcı zilyetliğe dayanmıştır. Bu durum karşısında davacının zilyetliğine değer verilemez.”¹¹⁸.

33) HGK. T. 8.11.2000, E. 2000/8-1628, K. 2000/1631 “Taşınmazın 1924 yılında tahsisen davalıların murisine verildiği ve 1937 tarih 654 tahrir sıra numarasında vergiye kaydedildiği dosyadaki belgelerden ve bilgilerden anlaşıldığına göre metrûke niteliğini yitiren ve tapusuz olan bir yerin koşulları olduğu taktirde zilyetlik yolu ile kazanılması mümkün olmaktadır. Bu açıklamalar karşısında mahkemenin kesin hüküm ve güçlü delil nedeniyle davanın reddine ilişkin gerekçesine katılmak mümkün olmamaktadır. Daha açık bir deyimle tescil davasında ileri sürülmeyen tahsis işlemi sonraki kesinleşen hükümle belirlenmiş ve bu nedenle Hazine üzerindeki kaydın iptali ile davalılar adına tescili cihetine gidilmiştir”¹¹⁹.

34) HGK. T. 3.5.1995, E. 1995/16-181, K. 1995/505 “Hazine adına tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların zilyetlikle kazanılması mümkün ise

¹¹⁷ KBİBB., 3402/m. 14.

¹¹⁸ KBİBB., 743/m. 639.

¹¹⁹ KBİBB., 1086/m. 294.

kaçak ve yitik kişilerden kanunlar uyarınca Hazine'ye kalan yerler zilyetlik yoluyla kazanılamaz.¹²⁰

35) HGK. T. 17.2.1993, E. 1992/1-750, K. 1993/56 “1331 ve 1339 sayılı Yasalar, yürürlükten kalkmış olsalar dahi, yürürlükte buldukları dönemde cereyan eden hadiseler hakkında kendiliğinden hukuki sonuç doğurmuşlar ve kayıp ya da firari duruma düşen kişilerin taşınmaz malları, Yasa hükümleri gereği devlete geçmiştir. Emvali metrûke Yasaları yönünden geniş açıklamalar yapan ve yıllarca bu Yasalarla ilgili yargı kararlarına katılan Yargıtay Onursal Başkanlarından Dr. Suad Bertan, aynı Haklar isimli eserinin 1. cildinin 200 ve devamı sayfalarında (...Lozan Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği 6 Ağustos 1340 tarihinden evvel bir kimse, 14 Mayıs 1331 tarihli muvakkat Kanununun 2. maddesi gereğince başka bir yere nakil edilmiş veya 15 Nisan 1339 tarih ve 333 sayılı Kanunun 6. maddesine göre tegayyüp veya müfareket veya firar etmiş durumuna düşmüş ise, böyle bir kimsenin gayrimenkulleri üzerindeki haklar son bulmuştur. 14 Mayıs 1331 tarihli Kanunun 6. maddelerinin Lozan Antlaşmasıyla yürürlükten kalkmış olması, bu Kanunlar yürürlükte iken gayrimenkuller bakımından doğmuş bulunan hukuki durumun değişmesini gerektirmez. Devletçe, 6 Ağustos 1340 tarihinden evvelki dönem için, bir kimseye 14 Mayıs 1331 tarihli Kanunun 2. veya 333 sayılı Kanunun 6. maddesinin uygulanmasının gerektiği bilinmekte ise, bu kimsenin mallarına el konulmasına devam olunur. Yürürlüğe girmesinden evvel cereyan eden olaylar hakkında bir kimseyi firari, mütegayyip ve müfareket etmiş veya başka yere nakil edilmiş saymağa Türkiye Hükümetinin yetkisi bulunduğunu Lozan Antlaşması kabul etmiştir. Firari, mütegayyip veya başka yere nakil edilmiş bulunan kimselerin gayrimenkullerinin tapuda kayıtlı bulunup bulunmaması, Hazinesinin Kanun gereğince hak sahibi olmasında bir değişiklik meydana getirmez...) şeklindeki görüşlere yer vermiştir. Açıklanan görüşler "her olayın tüzel hükümleri, o olayın olduğu günde yürürlükte bulunan Yasa hükümlerine bağlıdır" kuralını öngören 22.5.1946 tarih, 26/9 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı ile de uyum halindedir.”¹²¹.

¹²⁰ KBİBB., 743/m. 639.

¹²¹ KBİBB., 743/m. 932.

36) HGK. T. 19.1.1983, E. 1980/7-2, K. 1983/9 “Nizalı taşınmazın komşusu olan 1193 parselin dayanağı tapu kaydının iki hududu metrûke olarak görülmektedir. Metrûke sözcüğü (yitik ve kaçak) kişilerden Devlete kalan arazi anlamına gelir. 1617 sayılı Yasa ile değişik Tapulama Yasasının 33/son maddesi hükmünce bu tür taşınmazların kazandırıcı zamamaşımı zilyetliği ile mülk edinilmesi olanaksız bulunmaktadır.”¹²².

37) 8. HD., T. 20.10.2008, E. 2008/4241, K. 2008/4996 “Dava konusu taşınmaza ilişkin tapu kaydında emvali metrûke olduğu belirtildiğine göre, imar ihya, zilyetlik veya benzeri bir yolla gerçek kişiler tarafından kazanılması mümkün değildir.”¹²³.

38) 7. HD., T. 13.05.2008, E. 2008/2248, K. 2008/2106 “Kadastro tesbitinden doğan dava sonucunda; taşınmazın kaçak ve yitik kişilerden kanunlar uyarınca hazineye kalan taşınmazlardan olduğunun kabulü gerekir. Kural olarak bu nitelikteki taşınmazlar üzerinde sürdürülen zilyetliğin süresi ne olursa olsun hukukça değer taşımaz. Somut olayda davacı taraf çekişmeli taşınmazı satın aldığını öne sürmüş ise de satış olgusunu her türlü muvazaadan ari kaçak ve yitik kişilerden satın aldığını da kanıtlayan bir belge ibraz etmemiştir. Verilen karar yasaya aykırıdır.”¹²⁴.

39) 8. HD., T. 29.09.2005, E. 2005/6293, K. 2005/6246 “Metrûke niteliğinin kalkması tarihinden itibaren koşulları mevcut olduğu taktirde böyle bir yerin kazanılması mümkün olabilir. Söz konusu parselle birlikte dava konusu parselin tespit tarihine kadar 20 yıldan fazla süreyle davacı tarafından koşullarına uygun olarak tasarruf edildiği belirlendiğine göre davanın kabulüne karar verilmiş olmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.”¹²⁵.

40) HGK. T. 10.03.1993, E. 1992/16-654, K. 1993/114 “Hemen belirtmek gerekir ki, bir taşınmazın salt Ermeni köyü sınırları içerisinde bulunması, onun Ermeni bir şahıstan kaldığını ve zilyetlikle kazanılmasının mümkün olmadığını kabule yeterli değildir. Taşınmazın, terkten önce bir Ermeni'nin özel mülkü olduğunun kanıtlanması gerekir.

¹²² KBİBB., 743/m. 641.

¹²³ KBİBB., 3402/m. 17.

¹²⁴ KBİBB., 3402/m. 14.

¹²⁵ KBİBB., 4721/m. 713.

Ermeni köyü idari sınırları içerisinde bulunmasına karşın, bir Ermeni'nin özel mülkü olmayan, ancak zilyedlikle kazanılması mümkün olan bir taşınmazın, koşulları mevcutsa, zilyedlikle edinilmesini engelleyen bir yasa hükmü yoktur.”¹²⁶.

41) HGK. T. 14.03.2007, E. 2007/4-97, K. 2007/140 “*Dosya arasında bulunan bilgi ve belgelerden; tapuda hazine adına kayıtlı bulunan 41 parsel sayılı taşınmazın davacı idareye tahsis edildiği; yargılama aşamasında İstanbul Asliye 6.Hukuk Mahkemesinin 05.03.1998 tarih ve 1998/34 Esas-1998/90 Karar sayılı ilamı gereğince Ortaköy Meryemana Ermen Kilisesi ve Tarkmanças ile Hripsimyan Mektepleri ve Mezarlığı Vakfı adına tescil edildiği; hazine tarafından aynı yerin mülkiyeti ile ilgili İstanbul Asliye 9.Hukuk Mahkemesinin 2001/544 Esas sayılı dosyasında açılan davanın reddedildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmıştır. Molozların döküldüğü yerin mülkiyeti hazine adına kayıtlı iken yargılama aşamasında açılan dava sonunda Hazine tapusu iptal edilerek dava dışı Ortaköy Meryemana Ermeni Kilisesi ve Tarkmanças ile Hripsimyan Mektepleri ve Mezarlığı Vakfı adına tescil edildiği; Hazinenin açtığı tapu iptali davasının da reddedilerek kesinleştiği ve böylece davacının tahsis kararından doğan hakkını yitirdiği anlaşılmaktadır. Şu durumda, olay ve dava tarihinde Hazine adına görülen tapu kaydının yolsuz olduğu, yolsuz olan bu kaydın şeklen mülkiyeti belirlemediği sonucuna varılmalıdır. Yerel mahkemece, olay ve dava gününde şeklen mülkiyet hakkı sahibi olunmayan yere ilişkin tahsis kaydına dayanılamayacağından husumet ehliyeti bulunmayan davacının tazminat isteyemeyeceği gözetilerek istemin reddedilmemiş olması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir. Dava, haksız eylem nedenine dayalı alacak istemine ilişkindir. Olay ve dava tarihinde Hazine adına görülen tapu kaydının yolsuz olduğu, yolsuz olan bu kaydın şeklen mülkiyeti belirlenemediği sonucuna varılmalıdır. Yerel mahkemece, olay ve dava gününde şeklen mülkiyet hakkı sahibi olunmayan yere ilişkin tahsis kaydına dayanılamayacağından husumet ehliyeti bulunmayan davacının tazminat isteyemeyeceği gözetilerek istemin reddedilmemiş olması doğru değildir.”¹²⁷.*

¹²⁶ KBİBB., 3402/m. 16.

¹²⁷ KBİBB., 1086/m. 38.

C. Danıştay Kararları Açısından

Danıştay'ın emval-î metrûke konusunda pek çok kararı bulunmaktadır. Bunların bir kısmı kronolojik olarak özet şeklinde aşağıda verilmiştir.

a) Danıştay Genel Kurulu'nun, E. 1940/203, K. 1940/22 sayılı karar "*emvali metrûke kanunlarının neşrinden evvel her nasılsa mallarının başından ayrılmış olanlara işbu Kanunların tatbik edilemeyeceği yolundaki kazai içtihadına da muhalif bulunmaktadır. Kaldı ki, 28 seneden beri cari ve sabit bir gayrimenkul hukukî vaziyetinin halele uğramadığını gösterir bir seyahat vesikasının mal sahiplerinden istenilmesi de hukuk esasları ile uzlaşmaz bir tekliftir. Bu sebeple işbu mallar hakkında yapılan vaz'iyed muamelesinin kaldırılmasında kanuni hiçbir mani görülmediğine karar verildi.*"¹²⁸.

b) Emval-î metrûke ile ilgili olarak Danıştay 8. Daire, T. 18.3.1968, E. 4705, K. 917 sayılı kararında aynen "*Tapuda kayıtlı bir taşınmaz mala, tasfiye kanunlarına göre idarece elkonması halinde, bu elkoyma işlemi aleyhine dava açma hakkı ancak bu idari işlemde menfaati doğrudan doğruya ihlal edilen tapuda malik görünen kişilere veya mirasçılara aittir. İktisabi mürûru zamana dayanılarak, elkoyma işleminin iptali isteği ile dava açmağa imkan yoktur. Zira aksi halin kabulü, davacının, 521 sayılı Danıştay Kanununun 30'uncu maddesinde belirtildiği şekilde menfaatinin ihlâl edilmiş olup olmadığının, binnetice dava ehliyetinin mevcut bulunup bulunmadığının tesbiti için, iktisabi zamanaşımının şartlarının tahakkuk edip etmediğinin araştırılması gibi Danıştay'ın görevi dışındaki bir hususun incelenmesini gerekli kılar.*" ifadeleri yer almaktadır.

c) Danıştay 10. Daire, E. 1986/1960, K. 1986/1964 "*Murislerinin firarî ve mütegayyip eşhastan olmadıkları yargı kararı ile belirlenen davacıların, Hazine adına elkoyma ve tescil işleminin düzeltilmesine yönelik bir idari işlemin iptaline dair açtıkları davanın çözümünün idari yargı yerinin görevine girdiği.. ne karar verildi*"¹²⁹.

d) Danıştay 10. Daire'nin T. 10.10.1988, E. 1988/1553, K. 1988/1459 sayılı kararı "*Davacılar, murislerinin firari ve mütegayyip*

¹²⁸ Karar metni için bkz. AYTAÇ, sh. 29.

¹²⁹ Karar için bkz. AYTAÇ, sh. 33-35.

olmadıklarının yargı kararlarıyla belirlendiğinden bahisle, Hazine adına yapılan el koyma ve tescil işleminin düzeltilmesi istemlerinin reddi üzerine, davalı Bakanlıkça tesis edilen ret işlemlerini dava konusu etmektedirler... Daha önce tesis edilmiş elkoyma ve tescil işleminin düzeltilmesi istemiyle idareye yapılan başvurunun reddi üzerine açılan bu davada, dava açma süresinin 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesine göre hesaplanması zorunlu bulunmaktadır... Danıştay kararıyla dava açma süresinin geçmiş olduğu saptandıktan sonra, yine 1958 tesis edilen elkoyma ve tescil işleminin kaldırılması istemiyle yaptıkları 17.9.1985 tarihli başvurunun ve bu başvurunun reddine ilişkin işlemin, 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesi hükmü karşısında davacılar yeni bir dava açma süresi sağlamayacağı açık bulunmaktadır...”¹³⁰.

e) Danıştay 10. Daire'nin, E. 1991/29, K. 1992/617 sayılı kararı şu şekildedir: “Maliklerinin mütegayyip eşhastan olduğu belirlenen taşınmaz malla ilgili olarak Vakıflar Genel Müdürlüğüne elkoyma mevzuatı çerçevesinde alınan vaziyet kararından kaynaklanan uyuşmazlığın 2762 sayılı Vakıflar Kanununa göre çözülemeyeceği. Dava konusu vaziyet kararı da bu (...) mevzuat çerçevesinde alınmış bir karardır... Elkoyma mevzuatı çerçevesinde incelenmesi gereken vaziyet kararının, 2762 sayılı Vakıflar kanununun 2888 sayılı kanunla değişik 29'uncu maddesi¹³¹

¹³⁰ Karar için bkz. AYTAÇ, sh. 29-32.

¹³¹ Mülga 2762 sayılı Kanun m. 29 hükmü, 22.09.1983 tarihli ve 2888 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Değişiklikten önce madde hükmü şöyle idi: “ On yıl içinde bu kanun hükümlerine göre taviz vermek yolile icareteyn veya mukataa kayıtları terkin edilmemiş olan gayrimenkullerin mülkiyeti on yıl sonunda kendiliğinden mutasarrıflarına geçer ve vakfın hakkı da ivaza dönerek gayrimenkulün tamamı bu ivaz karşılığında birinci derece ve birinci sırada ipotek sayılır. Umum Müdürlük o yıl tahakkuk ettirilen icare veya mukataa üzerinden hesap edilecek olan bu tavizlerle vaktinde ödenmeyen taksitleri, mutasarrıfın başka mallarına müraaat yolile ve Tahsili Emval Kanununa göre tahsile dahi salahiyetlidir.”. Buna karşılık, m. 29 hükmü, 2888 sayılı Kanun ile şu şekilde değiştirilmiştir. “On yıl içinde bu Kanun hükümlerine göre taviz vermek yolu ile icareteyn veya mukataa kayıtları terkin edilmemiş olan gayrimenkullerin mülkiyeti on yıl sonunda kendiliğinden mutasarrıflarına geçer ve vakfın hakkı da ivaza dönerek gayrimenkulün tamamı bu ivaz karşılığında birinci derece ve birinci sırada ipotek sayılır. Genel Müdürlük o yıl tahakkuk ettirilen icare veya mukataa üzerinden hesaplanabilecek olan bu tavizlerle vaktinde ödenmeyen taksitleri mutasarrıfın başka mallarına müraaat yolu ile ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanuna göre tahsile dahi yetkilidir. Bu madde gereğince mülkiyeti mutasarrıflarına geçmiş olan gayrimenkullerde maliklerin Hazinesden başka varis bırakmadan ölümleri halinde, mülkiyet mahlulen vakfına rücu eder. Bu Kanunun yayımı tarihine kadar maliklerinin

*dayanak alınarak iptal edilmesinde isabet görülmemiştir.*¹³². Karara göre, dava konusu taşınmazın Hazine adına tescilinin, 2762 sayılı Kanun'un 2888 sayılı Kanun ile değiştirilen 29'uncu maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştiğinden bahisle, tescil tarihinden sonra alınan vaziyet kararının iptali hukuka aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi kararı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ve Yargıtay ve Danıştay'ın konuya ilişkin çok sayıdaki kararları incelendiğinde, emval-î metrûkenin iadesi mümkün değildir.

SONUÇ

Yukarıda yapılan gerekçeli ve ayrıntılı açıklamalardan da görüldüğü üzere, emval-î metrûke mevzuatı gereğince Hazine'ye intikal eden malların iadesi mümkün değildir. Bunun gerekçeleri gerek mevzuatta ve gerekse Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararlarında açıkça yer almaktadır. Diğer taraftan, bu tür mallar, olağanüstü zamanaşımı yoluyla iktisap edilemez. Yine, Cumhuriyet'in ilk yıllarında, fiilî durumu hukukîleştirmek amacıyla kabul edilen kanunlarla, tapuda zilyetleri adına tescil edilen taşınmazların, dava açılmak suretiyle, eski sahiplerine iadesinin istenmesi söz konusu olamaz. Bu sonuç İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının ihlâli ile ilgili olarak daha önceden beri vermiş olduğu kararlar ile de uyum içerisindedir. Çünkü, konuda yapılan düzenlemeler İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1 Nolu Ek Protokole uygun olduğu gibi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bugüne kadar mülkiyet hakkı ile olarak verdiği kararlarla da uyum içerisindedir. Zira söz konusu mevzuatta bir grup, cemaat, ırk, mezhep veya din mensuplarından özel fedakârlık yapması talep edilmemiştir. Bu açıdan emval-î metrûke mevzuatı aynı zamanda AY. m. 10 hükmüne de aykırılık teşkil etmemektedir.

ölümleri üzerine son mirasçı sıfatıyla Hazineye İntikal edip de bu husus tapu kaydına işlenmemiş bulunan gayrimenkullerde yukarıdaki fıkra hükmüne tabidir."

¹³² Karar metni için bkz. AYTAÇ, sh. 32-33.

ÇOCUK İSTİSMARINDA İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ*

Prof. Dr. Mahmut Koca¹

ÖZET

Suçun işlenmesini önlemek, önlenemediği zaman ise suçluları araştırmak, bulmak ve cezalandırılmalarını sağlama görevi devlete bırakılmıştır. Ancak cezalandırma görevinin devlete bırakılmış olması bir suç olayıyla karşılaşan fertleri sorumluluktan kurtarmamaktadır. Bir suç olayının gerçekleştiğini öğrenen kişiler durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür. İhbar etme yükümlülüğü olarak adlandırılan bu yükümlülük Türk Ceza Kanununda belli suçlar bakımından toplumdaki herkese veya bazı görevlerde bulunan kişilere getirilmiştir. Çocuklara karşı işlenen suçların ihbar edilmesi bakımından Türk Ceza Kanununda özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu durum ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesini konu alan suçlarda cezayı ağırlaştırıcı sebepler olarak yer almıştır. Makalede çocukların istismarı ile bağlantılı olarak işlenebilecek suçlar bakımından kişilerin ihbar yükümlülüğüne değinilecektir.

ANAHTAR KELİMELER: ihbar, ihbar etme yükümlülüğü, istismar, çocuk istismarı, fiziksel, cinsel, duygusal istismar, suçu önleme yükümlülüğü, suçu bildirmeme suçu.

* Bu makale 18-19 Kasım 2011 tarihlerinde İstanbul Merter'deki Polis Eğitim ve Kongre Merkezi'nde İstanbul Valiliği himayesinde, Çocuk Suçlarını Önleme Derneği, Haydi Tut Elimi Derneği ve İl Emniyet Müdürlüğü tarafından düzenlenen "Çocuk İstismarını Önleme Sempozyumu"na sunulan tebliğ metninin güncellenmiş halinden oluşmaktadır.

¹ İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

NOTICE LIABILITY IN CHILD ABUSE

ABSTRACT

Prevent the commission of the offense, if can not prevent, investigate, find and and punishment the criminals is left to the task of ensuring the state. But, giving primary task of punishment to the state does not mean that a person who faced with a criminal incident, release of liability. People who learned a crime has occurred is obliged to notify the (criminal) authorities. This obligation is referred to as the obligation to notify certain crimes in the Turkish Penal Code to all or some of the people in the society who has a special tasks. Although there is no specific provision in the Turkish Penal Code to notify the crimes committed against children, failure to fulfill the notification obligation has been deemed a matter of aggravating. The article will discuss, in connection with the abuse of children, the obligation to notify of crimes.

Keywords: Contribution Of Informing, the obligation to denounce, abuse, child abuse, physical, sexual, emotional abuse, crime prevention obligation, the crime of not declaring crime

GİRİŞ

Toplumu oluşturan fertler, suçun işlenmesini önlemek, önleyemediği zaman ise suçluları araştırmak, bulmak ve cezalandırılmalarını sağlamak görevini devlete bırakmışlardır. Bu itibarla, toplumda yaşayan herkesin devletten bu asli görevini yerine getirmesini isteme hakkı vardır. Bu hak, pozitif hukuk düzenlemelerine ihbar ve şikâyetle bulunma hakkı şeklinde yansımaktadır. Suç teşkil eden bir fiilin işlendiğini öğrenen herkesin yetkili makamlara bildirimde bulunmaları anayasal bir hak olarak kabul edilmektedir.

Suçluları cezalandırma görevinin devlete bırakılmış olması, bir suç olayıyla karşılaşan fertleri sorumluluktan kurtarmamaktadır. Suçluların cezalandırılmasını devletten istemek kişi açısından bir hak olduğu gibi, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi aynı zamanda bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen, durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmeyen kişi genel olarak haksız bir davranış içinde bulunmaktadır.²Çünkü

² Bkz. TCK m. 278 gerekçesi.

işlendiği öğrenilen bir suçun yetkili makamlara haber verilmemesi, tüm fertlerin amacı olan suçsuz bir toplum düzenine kavuşmayı engelleyici bir davranıştır. Bu davranış, suçu takibe yetkili makamların suçu ve suçluyu ortaya çıkarmaya yönelik faaliyete başlamasına ve böylece suç işleyen kişinin cezalandırılmasına engel olucu niteliktedir. Bir hukuk toplumunda suçun ve suçlunun gizli kalması, toplumun hukuk sistemine olan inancını zayıflatacaktır.

İhbar, bir suçun yetkili makamlar tarafından öğrenilmesi yollarından birisidir. Devletin vatandaşın işlenen suçları kendisine haber vermesini istemesi, şüphesiz vatandaşlar bakımından bir külfettir. Ancak suçsuz bir toplum isteyen herkes, işlenmekte olan suçu yetkili makamlara ihbar etmelidir. Suça karşı gösterilecek duyarsızlık suçlulara cesaret verecek, sokaklara suçluların hakim olmasını sağlayacaktır.

Nitekim Türk Ceza Kanununda, belli suçlar bakımından toplumdaki herkese (m. 278) veya bazı görevlerde bulunan kişilere (m. 279, 280) suçu ihbar etme yükümlülüğü getirilmekte ve bu yükümlülüğün ihlali ceza yaptırımına bağlanmaktadır. İfade edelim ki, çocuklara karşı işlenen suçların ihbar edilmesi bakımından TCK'da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece bildirilmesi gereken suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk olması, suçu bildirmeme suçunun (TCK m. 278) cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

Aşağıda çocukların istismarıyla bağlantılı olarak işlenebilecek suçlar bakımından kişilerin ihbar yükümlülüğüne değinilecektir.

I. ÇOCUK İSTİSMARI, İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMLARI

İstismar, Arapça kökenli bir kelime olup, sözlük anlamı itibariyle, birinin iyi niyetini kötüye kullanma, sömürme anlamına gelmektedir³. **İstismar etmek** ise, bir kişinin ya da kişilerin iyi niyetini kötüye kullanarak yararlanmak, bir düşünceyi kötüye kullanarak zarar vermeyi hedeflemek, karşısındakinin kendi rızası olmadan ve iradesini dikkate almadan sömürmek gibi anlamları içermektedir. İstismar, genelde, ekonomik, sosyal, siyasal ya da cinsel gücü elinde bulunduranların

³http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=istismar%20etme&cesit=1&guid=TDK.GTS.4f2ede0bd4a220.44955587 (erişim tarihi 03.02.2012).

başkalarına yönelik suiistimalleri ve keyfi yönelimleri olarak ortaya çıkmaktadır. Fiziksel, cinsel ve duygusal istismar, istismarın belli başlı biçimlerini oluşturmaktadır.

Çocuk istismarı ise en geniş anlamda, belli bir zaman dilimi içerisinde bir yetişkin tarafından çocuğun o kültürde kabul edilmeyen bir davranışa maruz kalması şeklinde tanımlanmaktadır. Tanım daha daraltıldığında, “fiziksel, cinsel ya da duygusal olarak bir çocuğa bir yetişkin tarafından kötü davranılması” şeklinde ifade edilmektedir. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) çocuk istismarını şöyle tanımlamaktadır: “*Çocuğun sağlığını, fiziksel ve psikososyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen, bir yetişkin, toplum ya da devlet tarafından bilerek ya da bilmeyerek yapılan tüm davranışlar çocuk istismarı*” olarak kabul edilmektedir⁴.

İstismar edilen çocuk “**korunma ihtiyacı olan çocuk**” olup, hakkında 3.7.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun⁵ 5. maddesinde belirtilen “koruyucu ve destekleyici tedbirlerin” uygulanmasına karar verilebilecektir.

Çocuğun fiziksel, cinsel veya duygusal yönden istismarının ihbar yükümlülüğüne konu olabilmesi için, istismarın kural olarak suç teşkil eden bir fiil şeklinde ortaya çıkması gerekir. Çünkü TCK’da konusu suç teşkil eden bir fiilin yetkili makamlara bildirilmemesi suç olarak tanımlanmıştır. Suç boyutuna ulaşmamış çocuk istismarının yetkili makamlara ihbar edilmemesi suç teşkil etmeyecektir.

Ancak ÇKK’nın 6. maddesinin 1. fıkrasında belli kişi ve kurumlar bakımından daha geniş bir ihbar yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu hükme göre, “*Adli ve idari merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür*”. Korunma ihtiyacı olan çocuk, bir suçun mağduru olan çocuk olabileceği gibi, ihmal veya istismar edilen, bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan çocuklar da olabilir.

⁴ Tanımlar için bkz. Ercüment Aksoy, Gürsel Çetin, Mehmet Akif İnanıcı, Oğuz Polat, M. Şevki Sözen, Fatih Yavuz, Çocuk istismarı ve İhlali, <http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/7.html> (erişim tarihi, 03.02.2012).

⁵ R.G.: 15 Temmuz 2005, sayı: 25876.

Böyle bir çocuğa ÇKK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında sayılan kişilerden birisi rastlar ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmezse, fiili TCK'nın 278, 279 ve 280. maddelerini ihlal etmediği takdirde; kamu görevlileri bakımından TCK'nın 257.maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen görevin ihmali davranışla kötüye kullanılması suçu oluşacaktır.

Çocuğa yönelik fiziksel, cinsel veya duygusal istismar teşkil eden davranışların birçoğu suç olarak tanımlanan fiilleri oluşturmaktadır.

Örneğin çocuğun aç veya susuz bırakılması, uykusuz bırakılması, zor koşullarda çalışmaya mecbur edilmesi gibi ona karşı merhamet ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte kötü muamelede bulunulması (TCK m. 232), bedeninde sigara söndürülmesi veya diğer ağır yaralamalarda bulunmak, günlerce bir odaya kapatmak gibi kötü muamele boyutunun ötesine geçen davranışlara maruz kalması (TCK m. 86, 94, 96, 109) çocuğun fiziksel yönden istismarını cezalandıran suç tanımlarına örnek olarak gösterilebilir. Çocuğun cinsel yönden istismar edilmesi de ceza kanunun çeşitli maddelerinde suç olarak tanımlanmıştır. Örneğin çocuğun cinsel istismarı suçu (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m. 104), müstehcenlik suçu (TCK m. 226), fuhuş (TCK m. 227) gibi suçlar bu niteliktedir. Çocuğun duygusal istismarını cezalandıran maddelere örnek olarak çocuğu dilencilikte araç olarak kullanmayı cezalandıran TCK m. 229'daki tanım gösterilebilir. Keza aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (TCK m. 233) ve çocuğun kaçırılması veya alıkonulmasını (TCK m. 234) cezalandıran suç tanımları da, çocuğun psikolojik istismarına yaptırım öngören hükümler arasında sayılabilir.

İhbar, sözlük anlamı itibariyle, bildirme, haber verme anlamına gelmektedir. Ceza hukuku literatüründe ise ihbar, bir suçun işlendiğinin yetkili makamlara haber verilmesi demektir (CMK m. 158, 159). İhbar, kişiler bakımından hem anayasal bir hak hem de belli suçlar yönünden veya belli kişiler bakımından bir yükümlülüktür.

II.SUÇU ÖNLEME VE SUÇU İHBAR ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Çocuğa karşı işlenen ve onun fiziksel, cinsel veya duygusal yönden istismar edildiğini gösteren bir suç vakasıyla karşılaşan kişinin, bu suç olayına müdahale ederek onu önlemek mi, yoksa yetkili makamlara

ihbar etmek mi yükümlülüğünün bulunduğu çoğu zaman birbirine karıştırılmaktadır. Nitekim bu karıştırma adli merciler tarafından da yapılmış ve TCK'nın 278. maddesinde düzenlenen "suçu ihbar etmeme" suçunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline kadar ilerleyen hatalı bir süreç yaşanmıştır.

Olay Bingöl'ün Genç ilçesinde meydana gelmiştir. Olayda iki erkek kardeş, kız kardeşlerine müteaddit defalar cinsel istismarda bulunmuşlardır. Olayda çocukların annesi, kız çocuğuna karşı diğer çocukları tarafından cinsel istismarda bulunulduğunu öğrenmiş, ancak erkek çocuklarının devam eden saldırılarını önlemediği gibi, durumu yetkili makamlara bildirme yoluna da gitmemiştir. Olay hakkında, mağdurun kardeşi olan sanık çocuklar hakkında cinsel istismar suçundan dolayı kamu davası açılmıştır. Bunun yanında, başka kişilerle birlikte, çocukların annesi hakkında suçu bildirmeme suçundan (TCK m. 278) dolayı kamu davası açılmış ve bu kişiler Genç Asliye Ceza Mahkemesinde yargılanmaya başlanmıştır. Görülmekte olan davada, Cumhuriyet savcısı TCK'nın 278. maddesinin Anayasanın 38/5. maddesine aykırı olduğu itirazında bulunmuş ve itirazı ciddi bulan Mahkeme, TCK'nın 278. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

İtirazın gerekçesinde "Sanık anne hakkında her ne kadar suçu bildirmeme suçundan kamu davası açılmış ise de, üzerine atılı suçun öz kızı mağdura, öz oğulları olan sanıklar tarafından işlenen fiilleri bildirmemesinden ibaret olduğu anlaşılmıştır.

Türkiye Cumhuriyet Anayasasınının 38/5. maddesinde 'Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.' şeklinde hüküm bulunduğu ve 5237 Sayılı TCK'nın 278. maddesinde ise 'işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi...' şeklinde bir düzenleme bulunduğu görülerek; TCK'nın 278. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 38/5. maddesine aykırı olarak yakın akrabalık durumu ile ilgili bir düzenleme bulunmadığı anlaşıldığından; 5237 Sayılı TCK'nın 278. maddesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 38/5. maddesine aykırı olduğu ve bu nedenle somut norm denetimi açısından Anayasa

Mahkemesine müracaat edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.” denilmektedir⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin 30.6.2011 tarih ve 2010/52 Esas, 2011/113 Karar Sayılı kararında; “Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de maddenin beşinci fıkrasında “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” biçiminde ifade edilmiştir. Aynı zamanda evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan bu anayasal hüküm karşısında yasa koyucu, kişinin kendisini ve yasada gösterilecek belli derecedeki yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayan bir düzenleme yapamaz.

İtiraz konusu kuralda, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkililere bildirmeyenlerin maddede öngörüldüğü biçimde cezalandırılacakları belirtilirken, gerek maddede, gerekse bu maddeye atıf yapacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayrı tutulmamıştır.

Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir”. Anayasa Mahkemesi kararını oybirliği ile vermiştir. Yüksek Mahkeme, ayrıca, iptal hükmünün kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Mahkemenin bu kararı 15 Ekim 2011 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

2. TCK'nın 278. maddesinde “suçu bildirmeme” başlığı altında, belli şekilde işlenen suçların bildirilmemesi suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, **işlenmekte olan bir suçun**, yani henüz icrası devam etmekte olan bir suçun varlığı gereklidir. Bu tür suçlara “kesintisiz suç” (mütemadi suç) denilmektedir. Örneğin bir çocuğun kaçırılarak belli bir yerde tutulduğunu öğrenen kimse durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür. Yine icrası tamamlanmış olmakla birlikte,

⁶ Bu yöndeki görüşler daha önce doktrinde da savunulmuştur. Bkz. **Yener Ünver**, Adliye Karşı Suçlar (TCK. M. 267-298), 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 227, 229, 248, 267.

sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi halinde de bu suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu suçun konusunu ya “işlenmekte olan suç” (kesintisiz suç) ya da “işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suç” oluşturabilir. Bu iki hal dışında, herkes bakımından geçerli bulunan bir suçu ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷.

Çocuğun istismarı genellikle cinsel yönden kötüye kullanma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çocuğa karşı cinsel istismar suçunun (TCK m. 103) işlendiğini öğrenen herhangi bir kimse, bunu TCK m. 278 çerçevesinde yetkili makamlara bildirmek yükümünde değildir. Ancak istismar fiili devamlılık arz ediyorsa, örneğin her gün çocuk istismara uğruyorsa, bunu öğrenen kişinin 278. madde çerçevesinde ihbar yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Keza her sabah kalktığında komşusunun çocuğunun çeşitli yerlerinde morluklar, kırıklar gören kişinin de 278. madde çerçevesinde ihbar yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir. Ancak bu suçun oluşabilmesi için ihbarda bulunmayan kişinin **suçu önleme yükümlülüğünün** olmaması gerekir. Şayet bu kişi aynı zamanda suçu önleme, yani istismara veya eziyete engel olmak bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan bir kimse ise ve bu yükümlülüğünü kasten ihmal etmişse, bu takdirde, suçu bildirmeme suçunu değil, önlemediği suçun icrasına yani cinsel istismar (TCK m. 103) veya eziyet (TCK m. 96) suçuna iştirak etmiş olur. Şayet suçu önleme yükümlülüğünün ihlali bağımsız bir suç olarak düzenlenmişse, fail yalnızca bu ihmali suçtan sorumlu olacaktır.

Bu itibarla işlenmekte olan suçu önleme yükümlülüğünün varlığı halinde, kişinin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi, artık suçu bildirmeme suçunu değil, icrası önlenmeyen suça iştirak bağlamında değerlendirilmelidir. Örneğin PVSK'ya (m. 1) göre, polis vatandaşın canını, malını, ırzını korumakla yükümlüdür. Bu durumda bir şahsın canına yönelik bir saldırının varlığını gören polis memurunun bu saldırıyı önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Şayet bu yükümlülüğünü yerine getirmez ve saldırıya uğrayan şahıs öldürülürse, polis memuru kasten

⁷ Bu unsurlar hakkında geniş bilgi için bkz. Ünver, s. 231 vd.

öldürme suçuna ihmali davranışla iştirak etmiş olur. İcrai hareketle işlenen bir suçta ihmali davranışla müşterek fail olarak katılmak mümkün olmadığı için, polis memurunun bu davranışı onu kasten öldürme suçunun şeriki yapacaktır. Ancak polis memurunun bu davranışı aynı zamanda onu kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 83) suçunun faili yapmaktadır. “Failliğin şerikliğe göre asliliği” kuralı gereğince, polis memuru yalnızca TCK’nın 83. maddesinde tanımlanan suçtan dolayı cezalandırılır.

Yukarıdaki olayda annenin erkek çocuklarının kız çocuğuna yönelik cinsel istismar fiilini önlemek bakımından hukuki yükümlülüğü vardır. Annenin bu yükümlülüğü medeni kanundan kaynaklanmaktadır. Anne ve babanın çocuklarına karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Annenin söz konusu ihmali davranışı bağımsız bir suç olarak tanımlanmadığı için, bu yükümlülüğün ihlali halinde anne erkek çocuğunun işlediği cinsel istismar suçuna şerik olarak katılmış olacaktır. Burada annenin fiili suçu bildirmeme suçu bağlamında değerlendirilemez. Bu itibarla Genç Asliye Ceza Mahkemesi annenin fiili hakkında yanlış nitelendirmede bulunmuş ve Anayasa Mahkemesi de meseleyi yukarıda izah edilen şekilde ceza hukuku tekniği bakımından bir ayrıma tabi tutmaksızın somut olayla ilgili olmayan hükmün iptaline karar vermiştir⁸. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararı, sonuç itibarıyla, TCK’nın 278. maddesine bir kimsenin belli yakınlarının işlediği suçu bildirmemesinin şahsi bir cezasızlık sebebi olarak konulmasına yol açacağı için isabetli olmuştur.

Nitekim kanun koyucu Anayasa Mahkemesi tarafından tümüyle iptal edilen TCK’nın 278. maddesini iptal kararı henüz yürürlüğe girmeden, 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla (m. 91) yeniden düzenlemiş ve bu düzenlemeyle ilk üç fıkrası aynen muhafaza edilen 278. maddeye bir dördüncü fıkra eklenmiştir. Bu hükümde “*Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır*” denilmektedir. Böylece Ceza Muhakemesi Kanununun 45. ve 46. Maddelerinde belirtilen kişilerin suçu ihbar etmemesi suç teşkil

⁸ Bu yönde görüşler ve Anayasa Mahkemesinin kararının geniş değerlendirmesi için ayrıca bkz. **İzzet Özgenç**, Suç Örgütleri, 3. Bası, Ankara, 2011, s. 117 vd. dn. 8, 9.

etmekle birlikte, sırf bu kişiler bakımından cezasızlık sebebi kabul edilmiş ve yukarıdaki değerlendirmelerimize uygun bir düzenleme yapılmıştır. CMK'nın 45 ve 46. Maddelerinin TCK'nın 279 ve 280. Maddelerdeki suçlar bakımından da şahsi cezasızlık sebebi oluşturacağına tereddüt yoktur.

Suçu önleme yükümlülüğü bulunmayan bir kimsenin çocuğa yönelik devamlılık arz eden cinsel istismar veya eziyet suçunu öğrenmesi halinde, bu kişi bakımından suçü bildirme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Örneğin annenin çocuğun bedeninde her gün sigarasını söndürdüğünü gören baba, annenin bu davranışına engel olmakla yükümlüdür. Engel olmadığı takdirde annenin eziyet suçuna (TCK m. 96) şerik olarak katılmış olur. Buna karşılık, annenin bu fiilini karşı komşu öğrendiği takdirde, fiilin işlenmesi devamlılık arz ettiği için, komşunun ceza sorumluluğu TCK m. 278 kapsamında değerlendirilecektir.

TCK'nın 278. maddesinde ihbar yükümlülüğü herkes bakımından ancak belli suçlar için öngörülmüştür. Şayet kişinin bildirmedığı suç, işlenmekte olan bir suç veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan bir suç değil ise, suçü bildirmeme suçü oluşmayacaktır. Bu durumda fiilin, TCK'nın 98. maddesinde yaptırımı bağlanan *“yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi”* bağlamında değerlendirilmesi gerekir.

TCK'nın 278. maddesi bağlamında ihbar yükümlülüğüne konu olan suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, ceza yarı oranında arttırılacaktır (TCK m. 278/3).

III. BELLİ KİŞİLERİN İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TCK'nın 278. maddesinde belli suçların ihbar edilmesi herkese bir yükümlülük olarak yüklendikten sonra, TCK'nın 279. maddesinde kamu görevlileri, 280. maddesinde ise sağlık mesleği mensupları bakımından özel ihbar yükümlülükleri öngörülmüştür. TCK'nın 279. maddesinde kamu görevlileri (TCK m. 6/f. 1, bent c), kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini görevleriyle bağlantılı olarak öğrendiklerinde, durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlü

kılınmışlardır. Bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya geç yerine getirmeleri halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüş; failin adli kolluk görevini yapan kişi olması halinde ise cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir.

Bu suçun oluşabilmesi için, bildirim konusu suçun kamu görevlisinin yürüttüğü görevle bağlantılı olması gerekir. İşlenen suçun kamu göreviyle bağlantılı olarak, yani yapılan kamu görevi dolayısıyla öğrenilmemesi halinde 279. madde oluşmaz; bu durumda diğer unsurları da gerçekleştiği takdirde 278. veya 280. maddedeki suçlar oluşabilir.

Bu bağlamda örneğin çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini incelemek üzere çocuk mahkemesi tarafından görevlendirilen sosyal çalışma görevlisinin, bu görevi çerçevesinde çocuğun çevresine ilişkin araştırma yaparken aile fertlerinden birisinin çocuğa karşı cinsel istismar suçunun işlendiğini öğrendiğinde, bunu yetkili makamlara bildirmesi gerekir. Aksi takdirde fiili 279. madde bağlamında değerlendirilecektir. Keza bir okulda rehber öğretmenin veya sınıf öğretmenin ya da okul veya yurt müdürünün öğrencilerden birisine karşı cinsel istismar suçunun işlendiğini öğrendiklerinde, durumu yetkili makamlara bildirmek yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Aksi takdirde kamu görevlileri bakımından 279. maddedeki suç oluşacaktır. Buna karşılık rehber öğretmenin, öğrencisine karşı cinsel istismar suçunun işlendiğini mahallede komşularıyla yaptığı özel sohbet sırasında öğrenmesi halinde 279. maddeye göre ihbar yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Diğer unsurlarının bulunması halinde 278. madde kapsamında ihbar yükümlülüğü söz konusu olabilecektir.

Kamu görevlisinin bildirmekle yükümlü olduğu suçun kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suç, yani resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olması gerekir. Bu itibarla takibi şikayete bağlı bir suçun bildirilmemesi veya geç bildirilmesi bu suçun oluşmaz⁹.

Kamu görevlisi bildirim yetkili makamlara yapmalıdır. Şayet bildirim yetkili makamlara yapılmamışsa, fiil bu suçun oluşacaktır. Yetkili makamlardan maksat, bildirim konusu suçun soruşturulacak veya kovuşturulacak makamlar ile kendilerine iletilen suç duyurularını bu

⁹ Ünver, s. 252.

makamlara iletilecek olan mercilerdir. Bu makamların kimler olduğu, CMK'nın 158. maddesinde gösterilmiştir. Bu hükme göre suçla ilişkin ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik, kaymakamlık ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Suç yurt dışında işlenmiş Türk elçilik veya konsolosluğuna ihbar veya şikâyet yapılabilecektir. Bunların dışında bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyetler de, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecektir.

Kanaatimizce “yetkili makamlar” ibaresi kapsamına, öğrenilen suç hakkında idari soruşturma yapma yetkisine sahip olan merciler de girerler. Sözgelimi bir okulda öğrencilerden birisinin diğerine karşı cinsel istismar suçunu işlediğini öğrenen rehber öğretmenin durumu okul müdürlüğüne bildirmesi halinde, yetkili makamlara bildirim koşulu gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Keza öğrenciye yönelik cinsel saldırı fiilini bir öğretmenin işlemesi halinde de, durum böyledir. Buna karşılık, bu fiilin öğrencinin aile fertlerinden birisi tarafından işlendiğini öğretmenin rehberlik görevi çerçevesinde öğrenmesi halinde, okul idaresine yapılan bildirim yeterli olmayacak, CMK'nın 158. Maddesinde belirtilen makamlara bildirim yapılması gerekecektir. Aksi takdirde, fiil 279. Maddede tanımlanan suçlu olacaktır.

Kamu görevlisinin öğrendiği suç, esasen yetkili merciler tarafından daha önce öğrenilmişse, ihbar yükümlülüğüne ilişkin suçların oluşmayacağı kanaatindeyiz¹⁰. Çünkü bu durumda bir ihbar yükümlülüğü doğmayacaktır. İhbar yükümlülüğünün ihmal edilmesine yönelik fiillerin suç haline getirilmesindeki amaç, yetkili makamların işlenen suçlardan haberdar olmasını sağlamaktır. Bu öğrenme bir şekilde gerçekleştikten sonra, artık o suçla bağlantılı olarak ihbar yükümlülüğünden söz edilemez¹¹.

¹⁰ Aksi görüş için bkz. Ünver, s. 255.

¹¹ Özgenç, Suç Örgütleri, (3), s. 116, dn. 7.

Özel bir ihbar yükümlülüğü de, TCK'nın 280. maddesinde münhasıran sağlık mesleği mensupları için öngörülmektedir¹². Bu maddede görevlerini yaptıkları sırada bir suçun işlendiği yönünde belirtiyile karşılaşan sağlık mesleği mensubuna suçları ihbar etme yükümlülüğü getirilmektedir. Sağlık mesleği mensubu deyiminden, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır (TCK m. 280/2). Bu suçun oluşabilmesi için de, suçun sağlık mesleği mensubu tarafından görevinin ifasıyla bağlantılı olarak öğrenilmesi gerekir. Bir başka deyişle, sağlık mesleği mensubu suç teşkil eden belirtiyile görevini ifa ederken karşılaşmalıdır. Örneğin cinsel istismara uğramış bir çocuğun özel bir psikiyatri kliniğinde tedavi edilmesi sırasında, hekimin çocuğun ruhsal hastalığının kendisine babası veya kardeşi tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırıdan kaynaklandığını öğrendiğinde, bunu yetkili mercilere bildirmek yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde 280. madde hükmüne göre cezalandırılacaktır.

İşlendiği yönünde belirtiyile karşılaşılan fiilin suç teşkil etmesi şartsa da, bu suçun kasten mi, taksirle mi işlendiğinin veya resen mi şikayet üzerine mi kovuşturulması gereken bir suç olduğunun önemi bulunmamaktadır. Ayrıca kanun koyucu, suçun ihbar edilmesi halinde, hekimin tedavi olmak üzere gelen kişinin ceza takibine maruz kalıp kalmamasını da önemsememiştir. Bu itibarla hekim, ihbar ettiğinde hastasının ceza takibine uğrayacağından korktuğu için ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği savunmasında bulunamaz. Ancak hekimin bu sıfatı dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler sır kapsamında kaldığında bunların bildirilmemesi halinde şahsi cezasızlık sebebinden yararlanır. Zira hekimin görevi sırasında bir yakının suç işlediğini öğrendiğinde bunu yetkili mercilere haber vermemesi bir haksızlık teşkil etmekle birlikte, bu durum da gerek

¹² Bu suç hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. İlhan Üzülmöz, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat-1 Mart 2008/ Dedeman-Ankara), Türkiye Barolar Birliği yayınları, Ankara, 2008, s. 823 vd.

Anayasanın 38. Maddesinin 5. Fıkrası, gerekse CMK m. 45 çerçevesinde bir şahsi cezasızlık sebebi teşkil edebilecektir¹³.

İfade edelim ki, hekimin ilk görevi, tedavi olmak üzere muayenehanesine gelen kişinin bedeninde bir suçun faili olduğunu gösteren belirtilerle karşılaştığında, onu tedavi etmeden durumu yetkili mercilere haber vermek değildir. Hekimin ilk önce hastaya tıbbi tedavide bulunmak ve daha sonra ihbar yükümlülüğünü yerine getirmek yükümlülüğü vardır.

Bu suçun failinin kamu görevlisi sağlık mensubu bir kişi olup olamayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, bu suçun faili olmak bakımından maddenin yalnızca sağlık mesleği mensubu olmayı aradığını, ister kamu görevlisi olsun, ister olmasın bu kişilerin mesleğini icra ederken bir suçun işlendiğini öğrenip de ihbar etmemesinin TCK'nın 280. maddesini ihlal edeceğini ileri sürmektedir. Bu fikre göre 280. madde, 279. maddeye göre özel norm niteliğindedir. Şayet kamu görevlisi sağlık personeli hakkında 279. madde, kamu görevlisi olmayan sağlık personeli hakkında 280. madde uygulanacak olursa, her iki maddenin amacına aykırı ve adil olmayan bir sonuç ortaya çıkar. Kamu görevlisi sağlık personeline, kamu görevlisi olmayan sağlık personeline göre daha fazla ihbar yükümlülüğünün yüklenmesi doğru değildir¹⁴.

Maddenin gerekçesinde ise Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisini sıfatını taşıdığı için, bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmaları halinde 279. maddenin uygulanacağı belirtilmiştir. Doktrindeki ağırlıklı görüş ve Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

Kanun koyucu toplum adına belli hizmetlerin yapılmasını görev olarak yüklenen kamu görevlilerinin, kendilerine kamunun duyduğu bu güveni ihlal edici fiillerini, kamu görevlisi olmayanlara göre daha ağır cezalandırmaktadır. Örneğin bir kamu görevlisinin görevi gereği kendisine emanet edilen bir malı zimmetine geçirmesi zimmet suçunu (TCK m. 247) oluşturmakta ve bir şirket yönetim kurulu üyesinin şirket

¹³ Aynı yönde bkz. **Üzülmez**, s. 839.

¹⁴ Bkz. **Ünver**, s. 265.

malvarlığını zimmetine geçirmesine (TCK m. 155) göre daha ağır cezalandırmaktadır.

Ancak ihbar yükümlülüğü bakımından kamu görevlisi olan sağlık personelinin olmayanlardan daha fazla yükümlülük altında bulunmasını izah etmek güç gözükmektedir. Bu nedenle hekimlerin ister kamu görevlisi olsun ister olmasın görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiğini öğrenmesine rağmen bunu yetkili makamlara bildirmemesi halinde 280. maddedeki suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

İhbar yükümlülüğünün ihlalini cezalandıran bu suçlar (TCK m. 278-280) ancak doğrudan kastla işlenebilirler. Bu husus 279. madde metninden açıkça anlaşıldığı gibi, 278. ve 280. maddelerin ise gerekçelerinde bu suçların oluşabilmesi için failin bir suçun işlendiğini veya işlenmekte olduğunu öğrenmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Bu itibarla söz konusu suçların olası kastla işlenmesi mümkün değildir¹⁵.

¹⁵ **Özgenç**, Suç Örgütleri, (3), s. 117, dn. 7. Bu suçların olası kastla da işlenebileceği yönünde bkz. **Ünver**, s. 243, 256, 280.

GÜVENCE HESABININ TAŞIMANIN 100 KM. ALTINDA OLMASI NEDENİYLE ZORUNLU KOLTUK FERDİ KAZA SİGORTASI KAPSAMINDA ÖDEME YAPMAYI REDDETMEŞİ HUKUKA UYGUN MUDUR?

Prof. Dr. Tekin Memiş*

ÖZET

Sigortacılık Kanunu ile 2007 yılına kadar yürürlükte bulunan Garanti Fonu'na ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmış olup yerine Güvence Hesabı getirilmiştir. Güvence Hesabının ihdasının amacı ise zorunlu sigortaların boşluklarının doldurulmasıdır. Garanti Fonu ile mukayese edildiği zaman Güvence Hesabı ile kanun koyucunun daha geniş bir korumaya amaçladığı görülmektedir. Ancak bu korumayı gerçekleştirirken her hal ve şartta gerçekleşen zararları değil, belirli durumlarda gerçekleşen zararların tazmini amaçlanmıştır. Karayolları Taşıma Kanunu'nun 2. maddesinde idareye (valiliklere) bırakılan yetkiye göre il sınırları içindeki taşımalar ile 100 km.' ye kadar şehirlerarası yolcu taşımalarında düzenleme yapma yetkisi, Valiliklere bırakılmıştır. Ancak Valiliklere bırakılan düzenleme yetkisi sadece bu taşımının nasıl yapılacağı ve esasları ile ilgilidir. Fakat hukukun temel ilkelerinden olan sorumlulukların idarenin tasarrufu ile belirlenemeyeceği, bu nedenle sorumlulukların kanunlar ile tesis edileceği kuralına aykırı uygulamalar yaşanmaktadır. Karayolları Taşıma Kanunu ile belirlenen sorumluluk ve sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğü Yönetmelik hükümleri, Hazine Müsteşarlığı Genelgeleri ve İdari tasarruflarla değiştirilemeyecektir, aksi takdirde hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.

Anahtar Sözcükler: güvence hesabı, zorunlu sigortalar, valiliklerin yetkisi, sorumlulukların kanunla ihdas edileceği ilkesi.

* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

IS THAT LEGAL TO REFUSE TO MAKE PAYMENT WITHIN THE SCOPE OF COMPULSORY SEAT PERSONAL ACCIDENT INSURANCE DUE TO THE ASSURANCE ACCOUNT IS UNDER 100 KM

ABSTRACT

The provision about the Guarantee Fund, which had been in force until 2007, was abolished and replaced by Assurance Account by Insurance Act. The aim of the introduction of Assurance Account is to fill in the gaps in the compulsory insurances. It is observed that the law maker aims to provide a wider protection with Assurance Account when compared to Guarantee Fund. However, while providing this protection it aims to compensate the damages occurring in certain cases, not every damages occurred in any occasion. Highway Transport Act Article 2 grants authorisation to Governorships to make regulations on transportations within the province and inter-province passenger transportations shorter than 100 KM. Nevertheless the authorisation to make regulations is restricted to determine how this transportation will be made and what its principles are. However, there would be some breaches of law in the matter due to the rule, as a general principle of law, that responsibilities cannot be determined by administration by its own act but a Parliament Act will establish the responsibilities. The responsibility and the burden to make liability insurance determined by the Highway Transport Act cannot be altered by the provisions of the Regulation, Directives of the Treasury, and administrative processes. Otherwise, it will be contradiction to law.

Keywords: guarantee account, compulsory insurances, authorisation of governorships, the principle of introduction of responsibilities by an Act

GİRİŞ

Güvence Hesabının ihdası, zorunlu sigortalara olan güvenin sağlanmasıdır. Zira devlet tarafından özellikle karayolu taşımaları ile ilgili bazı sigortalının zorunlu hale getirilmesinin amacı, bu taşımalardaki riskin büyüklüğüdür. Riskin bu büyüklüğü karşısında kişilerin canlarının ve malvarlıklarının korunması için, taşımaya ilişkin bu sigortalar, zorunlu

hale getirilmiştir. Zorunlu sigorta sistemine rağmen bazen sigortanın yapılmaması bazen de sigortalı aracın tespit edilememesi halinde de ortaya çıkan zararın belirli şartlar altında karşılanmasını sağlamak için, güvence hesabı ihdas edilmiştir. Diğer bir deyişle güvence hesabı, zorunlu sigortalardaki boşlukları gidermek için kurulmuştur.

Bu çalışmanın konusu ise ‘Güvence Hesabı Kurumu tarafından Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası kapsamında gerekli ödemelerin yapılmamasına’ ilişkin problemdir. Güvence Hesabı, özellikle ‘100 km.’nin altındaki taşımalarda’ zarar görenlere ödeme yapmamaktadır. Konuya ilişkin sorunun kaynağı, değerlendirmelerim aşağıda Yargıtay Kararları ile birlikte ele alınıp değerlendirilecektir. Nihayetinde ise kanaatlerim ve delege feranda önerilerim yer alacaktır.

I. HUKUKİ SORUN VE YARGI KARARLARI

Güvence Hesabı Kurumu, TBMM Dilekçe Komisyonuna ve Yargıya da intikal eden birçok olayda il içi ve kısa mesafeli yolcu taşımalarında zorunlu ferdi kaza sigortası kapsamında ödeme yapmamakta, mağdurlara tazminat ödememektedir. Soruna ilişkin olarak TBMM Dilekçe Komisyonuna Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü’nün verdiği cevapta özetle¹, 4925 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 17. Maddesinde sorumluluğun ‘şehirlerarası ve uluslararası yolcu taşımacıları, duraklamalar dahil olmak üzere yolcunun kalkış noktasından varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelecek bir kaza nedeniyle yolcunun ölümü, yaralanması ya da eşyasının zarara uğramasından dolayı sorumludur’ hükmünün bulunduğu, 18. Maddeye göre taşımacıların yolcuya gelebilecek bedeni zararlar için bu Kanunun 17. Maddesinden doğan sorumluluk için Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası yaptırmalarını emredici olarak düzenlediği, yine yurt içi ve yurt dışı yolcu taşımaları yapan taşımacıların 22.1.2004 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile Zorunlu Ferdi Kaza Koltuk Sigortası yaptırmak zorunda kaldıklarını, bu çerçevede aynı sigorta konusunun iki sigorta teminatına kavuşturulduğunu, 5684 sayılı Kanunla kurulan ve görevleri kanun ile

¹ T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, 6.12.2011 tarih ve 45389 sayılı Sigortacılık Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Cevap Metni ekli yazısı.

belirlenen Güvence Hesabının ödeme mükellefiyetini, Karayolları Trafik Kanunu ve ilgili Bakanlar Kurulu kararları ile aranan şartlara bağlı olduğu, bu kapsamda özellikle UlaŐtırma Bakanlığı ve ilgili Valiliklerce yürürlüğe konan mevzuat taşıma faaliyetinin ruhsatlandırılması bakımından istihsal edildiğini ve uygulamaya konulduğunu ve olayın da yargıya intikal ettiğini ve konunun takip edildiği belirtilmektedir. Hazine Müsteşarlığının diğer cevabında ise Yargıtay'ca onanan ve kesinleşen kararlarla ilgili hak sahiplerine tazminatların ödendiği belirtilmiŐtir².

Yargıya intikal eden kararlar incelendiğinde, bazen Güvence Hesabının lehine bazen de aleyhine sonuŐlandıėı görülmektedir.

Bu kararlardan 22.09.2011 tarihli 2011/144 Esas ve 2011/408 karar no.lu İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararında³ bu sorun incelenmiştir. Burada davacılar, kaza sırasında hayatını kaybeden davacıların murisleridir. Olay ise, ferdi kaza koltuk sigortası olmayan bir minibüs içindeki taşıma kaynaklı kazadır. Taşıma, Ordu ilinin Ulubey ilçesi ile Gököy Damarlı beldesi arasında yapılmaktadır. Mahkeme bu olayda, kazanın meydana geldiği 25.07.2007 tarihi itibariyle il içinde taşıma işi yapan minibüslerin Karayolu Taşıma Yönetmeliğinin kapsam başlıklı 2. Maddesinin değişik 3. Fıkrası ile il sınırları içinde yapılan yolcu taşımaları ile 100 km.ye kadar olan Şehirlerarası yolcu taşımalarının düzenlenmesinin ilgili Valiliklere bırakıldığı, Ordu Valiliği tarafından yazılan müzekkereye istinaden verilen cevapta söz konusu aracın ticari vasıflı olduğu, ancak ticari araçların 4925 sayılı Kanununun emredici hükümleri gereğince Şehirlerarası yolcu taşıma yetki belgesine sahip olması için belirli bir zaman ve ücret tarifesine göre tespit edilmiş bir güzergâhta önceden açıklanmış yerleşme arasında düzenli seferler yapanlar için verilen Yolcu Taşımacılığı Belgesine sahip olmadığının anlaşıldığı, bu çerçevede yolcu taşıma ruhsatı olmayan bir araçta zorunlu ferdi kaza koltuk sigortası da yaptırmasının zorunlu olmadığı bu halde 5684 sayılı Kanunun 14.maddesine göre ferdi kaza koltuk sigortasını

² T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, 26.01.2012 tarih ve 1766 sayılı Sigortacılık Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Cevap Metni ekli yazısı.

³ Karar yayınlanmamıştır.

yaptırmanın zorunlu olmadığı hallerde Güvence Hesabına da başvurulamayacağına karar verilmiş ve davacının davası reddedilmiştir.

Bir başka davada da benzer bir karar verilmiştir. İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesinin 12.10.2011 tarihli ve 2010/316 Esas ve 2011/433 no.lu kararında⁴ benzer bir kazada mirasçılarının açtığı davayı reddetmiştir. Bu davada Antalya Valiliği'nce yayınlanan 100 km.ye kadar Şehirlerarası ve İl-İl içi Yolcu Taşımaları Hakkında Yönergenin 14.1. maddesi gereğince aracın ticari olarak yolcu taşıma faaliyetinde bulunamayacak bir araç olduğu ve yine aynı yönetmelik gereği yetki belgesi verilemeyeceği, yolcu taşıma kapasitesi ve yetki belgesi almayan araç maliklerinin zorunlu ferdi kaza koltuk sigortası yaptırma mecburiyetinin bulunmadığı bu nedenle davalı Güvence Hesabının tazminat ödeme sorumluluğunun olmadığı kanaati açıklanmıştır.

Yine Gürpınar Asliye Hukuk Mahkemesi de, 13.4.2011 tarihli 2010/229 Esas ve 2011/56 no.lu kararında⁵, Van ilinden Başkale ilçesine yapılan yolculukta meydana gelen kazada, ferdi kaza koltuk sigortasının zorunlu olmadığı, bu nedenle de Güvence Hesabının tazminat ödemesine yer olmadığına karar vermiştir.

Buna karşın Yargıtay 11.HD. nin 19.12.2011 tarih, 2011/14525 Esas ve 2011/17268 no.lu kararında⁶ Van Bahçesaray ile Bitlis ili Hizan ilçesi arasında yapılan taşımada meydana gelen zarar için mesafenin 100 km altında olması (67,1 km) ve ilçeler arası taşıma olması ayrıca ferdi kaza sigortasının eksik limitlerde yapılması nedenlerine dayanarak tazminat ödemeyi reddeden Güvence Hesabını haksız bulan ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır.

Yargıya ve TBMM Dilekçe Komisyonuna intikal eden bu olaylarda temel hukuki sorun, zorunlu sigortalarda Valiliklerin yetkisinin ne olduğu, 100 km. altı taşımalarda ferdi kaza koltuk sigortasının zorunluluğu ve nihayet bu sigortalarda yokluğunda Güvence Hesabının ödeme yapıp yapmayacağıdır.

⁴ Karar yayınlanmamıştır.

⁵ Karar yayınlanmamıştır.

⁶ Karar yayınlanmamıştır.

II. İLGİLİ MEVZUAT

Yukarıda ortaya koyduğumuz hukuki sorunun çözümünde göz önünde bulundurulması gereken kanun hükümlerinin en azından burada zikredilmesinde fayda bulunmaktadır. Karayolları Trafik Kanunu'nda zorunlu sigortaların boşluklarının doldurulabilmesi için Karayolu Trafik Garanti Sigortası Fonu ihdas edilmişti⁷. Bu hüküm, 2007 tarihli Sigortacılık Kanunu hükümleri ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷ Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı

Madde 108 - (Değişik: 4199 - 17.10.1996) Bu Kanuna göre, zorunlu malî sorumluluk sigortasına tabi motorlu araçların sebep olacakları zararların, aşağıdaki durumlarda işletenin sorumluluğuna ilişkin kurallar uyarınca geçerli teminat tutarları dahilinde karşılanması amacıyla, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde bir "Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı" oluşturulur.

("Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı" na aşağıdaki durumlarda başvurulur:

- a) Kazayı yapan motorlu aracın tespit edilmemesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar için,
- b) Kazanın meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dahilinde zorunlu malî sorumluluk sigortasını yaptırmamış olan işletenlerin neden olduğu bedensel zararlar için,
- c) Zorunlu malî sorumluluk sigortasını yapan sigortacının ("malî bünye zafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi ya da" iflası halinde sigortacının ödemekle yükümlü olduğu maddî ve bedensel zararlar için,
- d) 8 inci maddenin (b) bendi ile 107' nci maddenin son fıkrasında öngörülen durumlar için.

Kazaya sebep olan aracın işletenin sonradan bulunması halinde "Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı", işletene ve sigortacısına rücu edebilir; diğer durumlarda da "Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı" nın sorumlulara başvurma ve sigortacının iflas masasına katılma hakları saklıdır.

"Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı" nın gelirleri, zorunlu malî sorumluluk sigortası için tahsil edilen toplam primlerin yüzde biri oranında sigorta şirketlerince ödenecek katılma payları ile sigorta yaptırılardan safî primlerin yüzde ikisi oranında tahsil edilecek katılma paylarından oluşur. Bakanlar Kurulu bu oranları binde beşe kadar indirmeye veya tekrar kanunî sınırlarına kadar yükseltmeye yetkilidir.

Sigorta araçları, sigorta yaptırılardan yukarıdaki fıkra hükmü gereğince tahsil ettikleri katılma paylarını, tahsilatı takip eden ayın 15'ine kadar ilgili sigorta şirketlerine intikal ettirirler.

Sigorta şirketleri; kendileri tarafından ödenmesi gereken bir takvim yılına ilişkin katılma paylarını takip eden yılın Şubat ayı sonuna kadar; sigorta yaptırılardan tahsil edilen katılma paylarını ise Ertesi ayın sonuna kadar "Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı" hesabına yatırır.

Fon hesabına zamanında ve tam olarak yatırılmayan katılma payları ve gecikme zamları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil

Sigortacılık Kanunu ile Garanti Fonu'na ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmış ve Sigortacılık Kanunu ile Güvence Hesabı adı altında yeniden düzenlenmiştir.

Aşağıda metni verilen düzenleme incelendiğinde zorunlu sigortalara ilişkin ihdas edilen bu yeni Hesabın kapsamının daha öncekinde olduğu gibi sadece karayolu taşımacılığı ile ilgili zorunlu sigortalarla sınırlı tutulmadığıdır. Gerçekten ilgili hüküm incelendiğinde bütün zorunlu sigortalar için Güvence Hesabı ihdas edilmiştir.

Güvence Hesabı

MADDE 14- (1) Bu Kanununun 13 üncü maddesi, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 10/7/2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ile ihdas edilen zorunlu sorumluluk sigortaları ile bu Kanunla mülga 21/12/1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu çerçevesinde ihdas edilmiş olan zorunlu sigortalara ilişkin olarak aşağıdaki koşulların oluşması halinde ortaya çıkan zararların bu sigortalarla saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla “Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği” nezdinde Güvence Hesabı oluşturulur.

(2) Hesaba;

a) Sigortalının tespit edilememesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar için,

b) Rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dahilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar için,

c) Sigorta şirketinin mali bünye zaafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi ya da iflası halinde ödemekle yükümlü olduğu maddi ve bedensel zararlar için,

olunur. (Değişik cümle : 4262 - 21.5.1997) Ayrıca, söz konusu yükümlülüğü yerine getirmeyen şirketler 108.000.000.- lira hafif para cezası ile cezalandırılırlar. Fonun gelir ve giderleri ile işlemleri, Hazine Müsteşarlığınca her yıl denetlenir. Garanti Fonunun kuruluşuna, işleyişine, fon varlıklarının nemalandırılmasına, fondan yapılacak ödemelere ve diğer hususlara ilişkin esaslar Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğinin görüşü alınarak, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlık tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.

ç) Çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın karıştığı kazada, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde, kişiye gelen bedensel zararlar için,

d) Yeşil Kart Sigortası uygulamaları için faaliyet gösteren Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunca yapılacak ödemeler için, başvurulabilir. Bakanlar Kurulu, gerekli görülen hallerde, eşyaya gelecek zararların kısmen veya tamamen Hesaptan karşılanmasına karar vermeye yetkilidir.

(3) Hesabın gelirleri; birinci fıkrada belirtilen zorunlu sigortalar (...)için tahsil edilen toplam primlerin yüzde biri oranında sigorta şirketlerince ödenecek katılma payları ile sigorta ettirenlerden safi primlerin yüzde ikisi oranında tahsil edilecek katılma paylarından oluşur. Bakan, bu oranları binde beşe kadar indirmeye veya tekrar kanuni sınırlarına kadar yükseltmeye yetkilidir. Bakan, bu oranları yarısına kadar indirmeye veya iki katına kadar artırmaya ya da katılma paylarını maktu olarak tespit etmeye yetkilidir.

(4) Sigorta şirketleri, üçüncü fıkra hükmü gereğince kendileri tarafından ödenmesi gereken bir takvim yılına ilişkin katılma paylarını takip eden yılın Şubat ayı sonuna kadar; sigorta ettirenlerden tahsil edilen katılma paylarını ise tahsil edildikleri ayı takip eden ayın sonuna kadar Hesaba yatırmak zorundadır.

(5) Hesap kapsamındaki her zorunlu sigorta ve yeşil kart sigortası için ayrı hesap açılır ve bunların gelir ve giderleri bu hesaplarda izlenir.

(6) Hesabın gelir ve giderleri ile işlemleri, Müsteşarlıkça her yıl denetlenir.

(7) Hesabın kuruluşuna, işleyişine, fon varlıklarının nemalandırılmasına, Hesaptan yapılacak ödemelere, gerek ilgililere gerekse Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna yapılacak rüculara, 24 üncü madde uyarınca oluşturulacak bilgi merkezine ve Komisyona yapılacak katkı payı ve diğer harcamalara ilişkin esaslar yönetmelikle düzenlenir.

(7) Hesabın kuruluşuna, işleyişine, tanıtımına, idari masraflarına, fon varlıklarının nemalandırılmasına, Hesaptan yapılacak ödemelere, gerek ilgililere gerekse Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna yapılacak rüculara, Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi, Sigortacılık Eğitim Merkezi ve Komisyona yapılacak katkı payları ile, Hesap kapsamındaki zorunlu

sigortaların denetimi ve takibinden kaynaklanan giderler ile diğer harcamalara ilişkin esaslar yönetmelikle düzenlenir.

III. SORUNUN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Yukarıda ortaya koyduğum hukuki sorunu, şu alt başlıklarda ele alıp değerlendirmeyi uygun gördüm. Bunların özellikle bilinmesinin sorunun doğru çözümü için gerekli olduğu kanaatindeyim.

- a) Güvence Hesabının ihdas edilmesinin amacı,
- b) Güvence Hesabının ödeme yapmasının şartları,
- c) Valiliklere bırakılan yetkiler ve uygulamaları,
- d) Nihayet şehir içi veya 100 km. Mesafeli taşımalarda uygulama.

1. Güvence Hesabının İhdas Edilmesinin Amacı

Güvence Hesabının ihdasının amacı, zorunlu sigortaların boşluklarının doldurulmasıdır. Bazı sigortaların zorunlu hale getirilmesinde devletin hedeflediği, kamu menfaatlerinin korunmasıdır. Taşıma ve trafik mecburi sigortaları, özellikle trafik kazalarında tehlike sorumluluğunun kabul edilmesi ve zarar görenin zararının tamamen giderilmesi amacıyla doğmuş ve gelişmiştir. Bu sigortalar bir taraftan araç sahibini tazminat ödeme yükümünden kurtarmak amacını güderken diğer taraftan trafik kazalarında kaza kurbanlarını korumak amacını gütmektedir⁸. Özellikle kaza mağdurlarının mağduriyetlerinin giderilmesi, Sigortacılık Kanunu'nun 14. Maddesinin de temel gerekçesidir.

Hemen belirtelim ki, Karayolları Trafik Kanunu'nun 108. Maddesinde ihdas edilmiş bulunan Garanti Fonu ile Sigortacılık Kanunu'nun Garanti Fonuna ilişkin ilgili hükmü kaldıran ve 14. Maddesinde ihdas edilen Güvence Hesabı karşılaştırıldığında, kanun koyucunun daha geniş bir korumayı amaçladığı görülmektedir. Gerçekten KTK.m.108'de sadece trafik mali sorumluluk sigortalarındaki boşlukların doldurulması amaçlanmış iken SK.m.14'de ise sadece sorumluluk sigortaları değil, Karayolları Taşıma Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu ve Sigorta Murakabe Kanunundaki zorunlu sigortaların boşluklarının

⁸ Zahit İmre, Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Trafik Sigortası, Ankara 1973, s. 262, 263, 264.

tamamlanması amaçlanmıştır. Byölece, kanun koyucu, Güvence Hesabı ile daha geniş bir çevreyi koruma altına almıştır.

Gerek Karayolları Trafik Kanunu gerekse Karayolları Taşıma Kanunu hükümlerine göre ihdas edilecek olan zorunlu sigortalara ilişkin olarak belirli Şartların oluşması halinde Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde Güvence Hesabı oluşturulmuştur. Güvence Hesabının sorumlu olacağı hallerin belirlenmesi için bazı Şartların oluşması gerektiği aÇıktır.

Daha önce Garanti Fonu'nun Sigortacılık Kanunu ile de Güvence Hesabının oluŐturulmasının amacı ise, devletin zorunlu sigortalar ile karŐılanamayan zararları, bir başka yolla telafi etmek istemesidir. Gerek Karayolları Trafik Kanunu gerekse Karayolları Taşıma Kanunu'nda öngörölen amaç aynıdır⁹. Aslında dünya ölkelerindeki sistemler ele alınıp değerlendirildiğinde mecburi sigortaların boŐluĐunun doldurulması için farklı sistemlerin benimsendiği de görölmektedir¹⁰.

Sigortacılık Kanunu'nun 14. maddesinin gerekçesi incelendiğinde her hal ve Şartta tazmini öngörölmemiŐtir. Zararın belirli Şartların varlığında tazmini amaçlanmıştır. Yani diğer bir ifade ile sınırsız bir garanti ya da güvence verilmiş deĐildir¹¹.

Farklı ölkede düzenlemelerinde benimsenen çözümler de farklıdır. Fransa'da garanti fonu, daha ziyade kazadan sorumlu olanların ödeme

⁹ Bu konuda bkz. Rayegan Kender, Trafik Sigortasında Garanti Fonu, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Trafik Sigortası, Ankara 1973, s.433 vd.

¹⁰ Ergun Özsunay, Onüçüncü Bildiriyle İlgili Açıklamalar, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Trafik Sigortası, Ankara 1973, s.448.

¹¹ Gerekçe Madde 14- Madde ile sigortacılık sektöründe daha önce kısmen var olan garanti sistemi, maddede öngörölen zorunlu sigortaların tümünü kapsayacak Şekilde yeniden düzenlenmiştir. Özellikle iflas kararları ile ilgili yasal sürecin uzun zaman gerektirmesi, sigortalıların tazminatlarını almalarında gecikmelere neden olmaktaydı. Madde ile ödemelerin iflastan önce ruhsat iptali sonucu yapılabilmesi imkanı getirilmiş, hem teminatların hem de oluşturulan yeni kaynağın Güvence Hesabı çatısı altında toplanması, ayrıca garanti sisteminin gelişmiş ölkelerdeki gibi yeniden düzenlenmesi sağlanmıştır.Yapılan bu düzenleme ile zorunlu kılınan sigortalardan doğan tazminatların karŐılanabilmesi amaçlanmıştır. Madde uyarınca, söz konusu sigortaların zorunlu hale getirilmiş olması nedeniyle duyulan güvenin zedelenmemesi için, herhangi bir zarar görölmesi durumunda ortaya çıkan zararın belirli kurallar dahilinde karŐılanabilmesi amaçlanmıştır. Madde ile Güvence Hesabının gelirleri de düzenlenmiştir.

kabiliyetinin olmaması hallerinde devreye giren ikame bir tazminat sistemini öngörür iken Belçika ve İtalya'da adeta sigorta gibi bir işleve sahiptir¹². Hatta İtalyan yazarlardan bir kısmı, Garanti Fonundan bahsederken adeta kanundan doğan bir sigorta olarak bahsetmektedir¹³.

Türk hukukundaki sistem incelendiğinde, daha ziyade Fransız sistemine yakın olduğu, sigortalının bilinmemesi ya da sigorta şirketinin iflas etmesi gibi hallerde, Fonun/Hesabın devreye girdiği ve ikame bir işleve sahip olduğu görülmektedir.

Bu çerçevede Güvence Hesabının ödeme yapabilmesi için bazı şartların belirlendiği görülmektedir. Bu şartlar gerçekleşmeden Güvence Hesabına gidilemeyecektir.

2. Güvence Hesabının Ödeme Yapmasının Şartları

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Güvence Hesabının her hal ve şartta ödeme yapması düşünülemez. Zira Hesabın ödeme yapması da bir takım şartlara bağlanmıştır. Eğer bu şartlar yerine getirilmemiş ise bu halde, Güvence Hesabına da ödeme için başvuru yapılamayacaktır. Bu şartlardan ilki, temel şart niteliğindedir.

a. Temel Şart: Zarar, Karayolları Taşıma Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu ve Sigorta Murakabe Kanunu'ndaki zorunlu sigortaların kapsamına girmelidir.

Sigortacılık Kanunu, Güvence Hesabının ödeme yapması için zararın hangi sigortaların kapsamında olması gerektiğini belirlemiştir. Buna göre SMK, KTK ve KTaşK. Çerçevesinde belirlenen zorunlu sigorta kapsamında bir zarar doğmalıdır. Zorunlu sigortalar, hukukumuzda bazen bir Kanunla bazen de Bakanlar Kurulu kararları ile ihdas edilmektedir¹⁴

¹² Kender, s. 436.

¹³ Adnan Damcı, Onüçüncü Bildiriyle İlgili Açıklamalar, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Trafik Sigortası, Ankara 1973, s. 453.

¹⁴ Zorunlu sigortaların ihdasına yönelik eleştiriler için bkz. Merih Kemal Omağ, Türk Hukuku'nda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış, Zorunlu Sigortalar Paneli, İstanbul 19 Kasım 1993; Samim Ünan, Yeni Zorunlu Sorumluluk Sigortaları Öngörülürken Dikkate Alınması Gerekli Olan Hukuk İlkelere, Zorunlu Sigortalar Paneli, İstanbul 1993.

aa. Sigorta Murakabe Kanunu Gereğince Zorunlu Sigortalar

Sigorta Murakabe Kanunu'na dayanılarak Bakanlar Kurulu, 1991 yılında tabii veya sentetik, katı veya sıvı veya gaz şeklinde her türlü yanıcı, parlayıcı ve patlayıcı maddeleri üretmek, depolamak, nakletmek ve satmak için gerekli kanun, tüzük ve yönetmelikler uyarınca özel bir izin almak zorunda bulunan kişileri, bu tür mesleki faaliyetlerini icra ederken üçüncü kişilere vereceği zararlara karşı sigorta yaptırmaya zorunlu tutmuştur. Bu sigorta Tehlikeli Maddeler Zorunlu Sorumluluk Sigortası adını taşımaktadır.

Benzeri bir sorumluluk sigortası da Okul Servis Araçları Ferdi Kaza Sigortasıdır. Bu zorunlu sigorta ise, okul servis araçlarının taşıdığı öğrencileri, taşımada görevli sürücülerini, bunların yardımcılarını ve öğretmenleri sigorta himayesine almaktadır.

Bakanlar Kurulu, yine SMK.m.29'a dayanarak 1989 yılında Otobüs Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortasını ihdas etmiştir. Bu sigorta ile, uluslararası ve şehirlerarası yolcu taşıyan ve sigorta poliçesine kayıtlı olan otobüsün yolcuları, sürücülerini ve yardımcılarını, taşımacılık hizmetinin başlangıcından bitimine kadar mola ve duraklamalar dahil seyahat süresi içinde maruz kalacakları her türlü kazalara karşı teminat altına alınmaktadır.

Bu sigorta türlerinden dolayı Güvence Hesabının sorumlu olacağı aslında şimdiye kadar pek konuşulmamıştır. Güvence Hesabı daha ziyade trafik kazaları için gündeme gelmiştir. Ancak İstanbul Davutpaşa' da meydana gelen patlamada ölenler için de Güvence Hesabı bu düzenlemelere göre tazminat ödemiştir¹⁵.

Bakanlar Kurulu Kararı ile 22.1.2004 tarihinde yine Sigorta Murakabe Kanunu'nun 29. Maddesine dayanılarak Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası ihdas edilmiştir¹⁶. Bu Karar'a göre 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu çerçevesinde yolcu taşınması yapan taşımacılar zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası yaptırmak

¹⁵Haber için bkz. <http://www.sigorta.web.tr/guvence-hesabi-ile-istanbul-buyuksehir-belediyesi-davutpasa'daki-patlama-yuzunden-davalik-oldu>.

¹⁶ Bkz. Resmi Gazete: 25 Şubat 2004, Sayı: 25384.

zorundadırlar. Bunlar ise 4925 sayılı Kanuna göre uluslararası ve şehirlerarası yolcu taşıması yapan taşımacılardır.

bb. Karayolları Trafik Kanunu Gereğince Zorunlu Sigortalar

Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. Maddesine göre işletenler, bu Kanun'un 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur. Bu zorunlu sigorta, işletenin vereceği zararlara karşı üçüncü kişilerin uğrayacağı zararları teminat altına almaktadır.

cc. Karayolları Taşıma Kanunu Gereğince Zorunlu Sigortalar

Kanunun 17. Maddesine göre, şehirlerarası ve uluslararası yolcu taşımacıları; duraklamalar dahil olmak üzere yolcunun kalkış noktasından, varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelecek bir kaza nedeniyle yolcunun ölümü, yaralanması ya da eşyasının zarara uğramasından dolayı sorumludur. Kanunun 18. Maddesine göre ise, taşımacıların bu sorumlulukları için zorunlu karayolu taşımacılık mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur. Bu Kanunda sigorta yaptırılması zorunlu kılınan taşımaların, şehirlerarası taşımacılık ve uluslararası taşımacılık olduğu vurgulanmalıdır.

Kanunun 2. Maddesinde kapsam başlığı altında 'İl sınırları içerisindeki taşımalar ile yüz kilometreye kadar olan şehirlerarası taşımaların düzenlenmesi il ve ilçe trafik komisyonları ile işbirliği yapılmak suretiyle ilgili valiliklere, belediye sınırları içerisindeki şehir içi taşımalar belediyelere bu Kanuna göre düzenlenecek yönetmelik esasları dâhilinde bırakılabilir' denilmek suretiyle şehir içi taşımalar ve 100 km.' ye kadar olan taşımalarda idareye yetki verilmiştir.

Dilekçe Komisyonuna gelen ve sorun oluşturan konu, bir yönüyle Valiliklere bırakılan bu yetkinin kullanılmasıyla ilgilidir. Valilikler genel itibariyle 100 kilometrelik ticari taşımalarda sigortayı zorunlu kılmamaktadırlar.

b. Alternatif Şartlar

Yukarıda Güvence Hesabının ödeme yapması için temel şart gerçekleşikten sonra, yani diğer bir ifade ile, Sigorta Murakabe Kanunu, Karayolları Taşıma Kanunu ve Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde

zorunlu sigorta kapsamına giren bir zarar doğduktan sonra ayrıca aşağıdaki alternatif Şartlardan birinin bulunması Şarttır. Bunlardan birinin bile bulunması kafi olduğu için, bu Şartlar, alternatif Şartlar olarak adlandırılacaktır.

aa. Sigortalının Tespit Edilememesi

Bir kaza anında bazı hallerde sigortalının tespit edilemediği gürölür. Bu hallerde, meydana gelen hasarın karşılıksız kalmaması için Güvence Hesabının sorumlu tutulması gündeme gelir. Ancak bu hallerde, bütün zararlar için Güvence Hesabına baŐvurulamaz, sadece bedensel zararlar için Güvence Hesabına başvuru yapılabilir. Maddi zararların sigorta kapsamı dışında tutulması, bu güvencenin kötüye kullanılmasını önleyeceği için isabetlidir.

bb. Rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar

Burada iki hal birbirinden ayrı ve bağımsız bir Şekilde düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, kişinin zorunlu olmasına karşın zorunlu sigortaları hiÇ yapmaması, diğer i se geçerli teminat tutarlarının altında bir tutarla sigorta yaptırmıŐ olmasıdır. Bu halde Güvence Hesabının ödeme yapmasının sınırı i se, bir taraftan meydana gelen hasar diğer taraftan i se sigortaca karŐılanmayan kısım olacaktır.

cc) Sigorta Şirketinin mali bünye zafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi ya da iflası halinde ödemekle yükümlü olduğu maddi ve bedensel zararlar

Güvence hesabının ödeme yapması için getirilen diğer alternatif Şart da sigorta Şirketinin mali bünyesindeki ciddi zafiyetlerdir. Sigorta Şirketinin ruhsatlarının iptal edilmesi ya da iflası halinde Güvence Hesabı ödeme yapmakla yükümlü tutulmuştur. Ancak kanaatimce sigorta Şirketinin aleyhine yapılan takiplerde dahi takibin semeresiz kalması, Güvence Hesabının ödeme yapması için kafi sayılmalıdır. Yani herhangi bir nedenle sigorta Şirketinin ödemelerini tatil etmesi hallerinde Güvence Hesabı, ödeme yapmalıdır.

dd) Çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın karıştığı kazada, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde, kişiye gelen bedensel zararlar

Çalınmış ya da gasp edilmiş araçlarda, meydana gelen zararlardan işleten sorumlu olmayacaktır. Buna karşın yine de aracın verdiği zararlar bulunmaktadır. İşte bu zararlardan dolayı Güvence Hesabı sadece bedensel zararlar nedeniyle ödeme yapacaktır.

ee) Yeşil Kart Sigortası uygulamaları için faaliyet gösteren Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunca yapılacak ödemeler

Yeşil kart uygulamaları için yapılan ödemeler de Güvence hesabından karşılanabilecektir.

Ancak madde metninde ayrıca Bakanlar Kuruluna eşyaya gelecek zararların kısmen veya tamamen Güvence Hesabından karşılanması konusunda yetki verilmiştir.

3.Valiliklere bırakılan yetkiler ve uygulamalarının değerlendirilmesi

Karayolları Taşıma Kanununun 2. Maddesinde idareye (Valiliklere) bırakılan yetkiye göre il sınırları içindeki taşımalar ile 100 km.' ye kadar şehirlerarası yolcu taşımalarında düzenleme yapma yetkisi, Valiliklere bırakılmıştır.

Hemen burada belirlemek gerekir ki, Valiliklere bu çerçevede bırakılan yetki, sorumluluk düzenlemesine ilişkin bir yetki değildir. Gerçekten Karayolları Taşıma Kanunu'nun 2. Maddesinde bulunan 'İl sınırları içerisindeki taşımalar ile yüz kilometreye kadar olan şehirlerarası taşımaların düzenlenmesi il ve ilçe trafik komisyonları ile işbirliği yapılmak suretiyle ilgili valiliklere, belediye sınırları içerisindeki şehir içi taşımalar belediyelere bu Kanuna göre düzenlenecek yönetmelik esasları dahilinde bırakılabilir' ifadesi ile taşımadan kaynaklanan sorumluluk sınırlandırılmamaktadır. Aksinin kabulü hukuken mümkün de değildir. Zira bu halde, Kanunun öngördüğü sorumluluğun idarece ortadan kaldırılabilmesi gibi garip bir sonuca ulaşılır. İdareye bırakılan düzenleme yetkisi sadece bu taşımanın nasıl yapılacağı ve esasları ile ilgilidir. Bu esasların belirlenmesi, Valiliklere bırakılmaktadır.

Bu Kanuna dayanılarak çıkarılmış olan Yönetmelik' te daha da ileri gidilerek, sorumluluğa ilişkin düzenlemelerde idareye yetkiler verilmiŐtir¹⁷. (Mülga) Karayolu Taşıma Yönetmeliğinin 2. Maddesi Şu Şekildedir: *AŞağıdaki taŐıtlarla yapılan taşımalar bu Yönetmeliğin kapsamı dışındadır.*

....

Taşıma mesafesine bakılmaksızın il sınırları içinde yapılan yolcu taşımaları, 100 kilometreye kadar olan Şehirlerarası yolcu taşımaları ile belediye sınırları ile mücavir alanı içindeki Şehir iÇi yolcu taşımaları, bu Yönetmeliğin kapsamı dışında olup; bunlar için BakanlıkĐa çıkarılacak Yönetmelik yürürlüğe konuluncaya kadar, il sınırları içinde yapılan yolcu taşımaları ile 100 kilometreye kadar olan Şehirlerarası yolcu taşımaları il ve ilĐe trafik komisyonları ile işbirliği yapılmak suretiyle ilgili valiliklerce, belediye sınırları ile mücavir alanı içindeki Şehir iÇi yolcu taşımaları il ve ilĐe trafik komisyonları ile işbirliği yapılmak suretiyle ilgili belediyelerce, bu Yönetmeliğin taşımacılar için getirdiği sorumluluk ve yükümlülükler dikkate alınarak düzenlenir'

Görüleceği üzere, Yönetmelik hükmü ile, aslında Kanunda vazedilmiŐ olan sorumluluk ve sorumluluğa ilişkin yükümlülükler, 100 km'ye kadar Şehirlerarası yolcu taŐımacılıĐında Valiliklere bırakılmıştır.

Burada vurgulamak istediğim önemli nokta, sorumlulukların idarenin tasarrufu ile belirlenemeyeceği ilkesinin hukukun temel ilkelerinden olmasıdır. Hukuk sistemleri, sorumluluğu kanun ile tesis ederler. İdare, tek başına bir sorumluluk tesisine ya da konulmuş bir sorumluluğu kaldırmaya yetkili değildir.

Karayolları Taşıma Kanunu'nun 17. Maddesi, taşımacıların sorumluluğunu net bir Şekilde belirlemiştir. Buna göre, Şehirlerarası ve uluslararası yolcu taşımacıları; duraklamalar dahil olmak üzere yolcunun kalkış noktasından, varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelecek bir kaza nedeniyle yolcunun ölümlü, yaralanması ya da eşyasının zarara uğramasından dolayı sorumludur. Şimdi bir kere Kanunun tesis

¹⁷ Bkz. Resmi Gazete Tarihi, 25.02.2004, Sayısı: 25384.

etmiş olduğu bu sorumluluğu, idarenin alacağı bir kararla kaldırdığı ya da bertaraf ettiği söylenemez.

Kanun'un 3. Maddesi ise net bir şekilde şehirlerarası taşımayı tanımlamıştır: Buna göre şehirlerarası taşıma, *'Herhangi bir ilin herhangi bir noktasından veya yerleşim biriminden başlayıp diğer bir ilin herhangi bir noktasında veya yerleşim biriminde biten taşımaları'* ifade etmektedir.

Hal böyle olunca bir kere şehirlerarası taşımalarda idarenin tasarrufu ile sorumluluk kısıtlanamayacağı gibi, Kanununun 18. Maddesine göre de sorumluluk sigortası isteğe bağlı hale de getirilemez. İdareye verilen yetki, kanaatimce bu noktada yanlış değerlendirilmekte ve takdir edilmektedir.

Sigorta Murakabe Kanununun 29. Maddesine dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası konusunda da yine sigorta zorunluluğunun kaldırılmasına ilişkin bir yetki idareye verilmemiştir. Bu nedenle idarenin, şehirlerarası taşıma olarak nitelendirilecek bir kaza varsa, sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi ya da sınırlandırabilmesi imkanı yoktur, böyle bir idari işlem de hukuka aykırıdır. Özel hukuk bakımından da sonuç doğurmaz, sorumluluk davaları bakımından mahkemeleri bağlamaz. Zira eğer şehirlerarası bir taşıma varsa bu halde her halükarda Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası yaptırılmalıdır. İdarenin bu konuda bir tasarruf hakkı ve yetkisi olamaz, olmamalıdır.

Bu çerçevede belirtmeliyim ki, Hazine Müsteşarlığının 28.6.2010 tarihli Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Yaptırma Mecburiyeti İle ilgili Muafiyet ve İstisnalara İlişkin Genelgesi de (2010/8) tamamen konuyu hukuka aykırı bir şekilde değerlendirmiştir. Bu Genelge'de Bakanlar Kurulu Kararına atıf yapılmaktadır. Ancak gerek Bakanlar Kurulu kararı gerekse bu karara istinaden Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan karar da aynı hatayı tekrarlamaktadır. Bu Genelge' de '1.7.2010 tarihinden geçerli olmak üzere, ticari amaçla yapılmayan taşımaların 4925 sayılı Kanununun 2'nci maddesinin 2 nci fıkrası ile Kanun kapsamı dışında bırakılan taşımalar ile yine aynı Kanununun 2 nci

maddesinin 3 üncü fıkrasıyla düzenlenmesi ilgili mahalli idarelere bırakılan il sınırları içindeki taşımalar ile yüz kilometreye kadar olan şehirlerarası taşımaların karayolu yolcu taşımacılığı zorunlu ferdi koltuk kaza sigortası kapsamı dışında' olduğu kararlaştırılmıştır.

Görüleceği üzere, Hazine Müsteşarlığı, idare olarak Kanunda bulunan bir sorumluluğu ve bir yükümlülüğü bertaraf etmek istemektedir. Zira, Kanunun 17. maddesindeki sorumluluk hükmü durdukça, 18. maddesinde tesis edilmiş bulunan zorunlu sigortanın idari bir kararla kaldırılması düşünülemez. Aynı şekilde şehirlerarası taşımaya ilişkin sigorta yükümlülüğü de bertaraf edilemez. Bu çerçevede aslında TBMM Dilekçe Komisyonuna intikal eden olaylar ile Yargıya intikal eden olaylarda Antalya, Ordu vs. illeri Valilikleri tarafından yapılan düzenleme ve uygulamalar, Hazine Müsteşarlığının Genelgesine uygun ancak hukuka aykırıdır.

Hazine'nin bu yanlış yorumunun hukuka aykırılığı özellikle vurgulanmalı ve Hazine'nin Genelgesinin düzeltilmesi sağlanmalı diğer bir deyişle hukuka uygun bir hale getirilmelidir.

Sonuç olarak burada vurgulamalıyım ki, şehirlerarası taşımaların hepsi, 100 km üzerinde olsun altında olsun, Karayolları Taşıma Kanununa göre zorunlu sigorta kapsamındadır. Bu nedenle Hazine Müsteşarlığı yada Valiliklerce yapılan 100 km. altında kalan taşımalarda zorunlu sigortanın uygulanmasından vazgeçilmesine ilişkin düzenlemeler hukuka uygun değildir. Hukuka uygun olmayan bu düzenlemeler nedeniyle de zarar gören 3. Kişilerin Güvence Hesabına başvurması elbette engellenemez. Zira idarenin Kanunun ilgili hükümlerini hukuka aykırı bir şekilde uygulaması, zarar görenlerin başvuru haklarını ortadan kaldırması düşünülemez. Güvence Hesabının da ödeme için kendisine yapılan bu başvurularda böyle bir gerekçenin arkasına sığınması mümkün olmamalıdır.

Bu çerçevede Güvence Hesabının Karayolları Taşıma Yönetmeliği ve Valilik uygulamalarını dayanak göstererek ödemeleri red kararı, hukuka aykırıdır.

4. Yetki Belgesinin Güvence Hesabının Ödemesine Etkisi

Şehirlerarası taşıma faaliyeti, bir yetki belgesine dayalı olarak yapılmalıdır. Kanun'un 3. Maddesi de taşımacı kavramını, 'Taşımacı, yetki belgesine sahip olan ve kendi nam ve hesabına taşımayı bir ücret karşılığı üstlenen gerçek veya tüzel kişi' olarak tanımlamıştır.

Güvence Hesabının ödeme yapmasında, yetki belgesinin olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira yetki belgesi alınması Karayolları Taşıma Kanunu'na göre idari bir işlem olup, yetki belgesinin olmamasına ayrı yaptırımlar bağlanmıştır. Örneğin Kanunun 10. Maddesine göre taşıma işleri, yetki belgesi olmaksızın yapılamaz. Yine yetki belgesi olmaksızın taşıma yapanlara 26. Maddede öngörülen idari para cezaları verilecektir. Yetki belgesi olmaksızın taşıma işini yapanlar, eğer şehirlerarası bir taşıma yapıyor iseler her halükarda zorunlu taşıma mali sorumluluk sigortası ve zorunlu koltuk ferdi kaza sigortasını yaptırmak zorundadırlar. Bu halde, bu sigortalar yapılmadan yola çıkıldığında yetki belgesi olmasa bile Güvence Hesabı ödeme yapmak zorundadır.

Ancak yukarıda açıkladığımız üzere, Güvence Hesabının ödeme yapması için ilk temel şartın ve diğer alternatif şartlardan birinin bulunması kâfidir, diğer idari belge ya da izinler burada önem taşımaz.

5. Şehir İçi Taşımalarda Ortaya Çıkan Zararların Güvence Hesabından Ödenip Ödenmeyeceği Sorunu

Burada karşımıza çıkabilecek bir diğer sorun da şehirlerarası taşıma olmayan il-ilçe taşımaları ya da ilçeler arası taşımalardır. Bu taşımalar konusunda Karayolları Taşıma Kanunu ve Bakanlar Kurulu'nun 22.1.2004 tarihli Kararı çerçevesinde bir sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira Karayolları Taşıma Kanunu, şehirlerarası taşımayı net bir şekilde tanımlamıştır. Yukarıda Yargıya intikal eden olaylar içinde bulunan Gaziantep İslahiye İlçesi ile Gaziantep arasında meydana gelen kazada taşıma yapan araç için bu şekilde bir Koltuk Ferdi Kaza Sigortası yaptırma zorunluluğu, Karayolları Taşıma Kanununda öngörülmemiştir. Yukarıda açıkladığım üzere, Kanun'un amacı, Güvence Hesabının ödeme şartı olarak sorumluluk sigortalarının

boşluklarının doldurulmasıdır. Bu çerçevede Güvence Hesabına, Kanunun öngörmediği bir sorumluluğu yüklemek de bulunmamaktadır.

, burada özellikle belirtmem gereken bir husus da, il-ilçe, ilçeler arası taşımalarda (şehir içi taşımalarda) şehirlerarası taşımalarda öngörülen sorumluluk sigortasının öngörülmemiş olması isabetli değildir. Her halükarda taşınanın insan olduğu düşünöldüğünde şehirlerarası taşımalarda korunan değer ile şehi riçi taşımalarda korunan değer arasında bir fark oluşturmaya imkan olmasa gerektir. Bu çerçevede Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin devreye girerek Kanun'daki bu boşluğu gidereceği ümit edilir.

Buna karşı şehir içi taşıma da olsa zorunlu mali sorumluluk sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası ya da okul servisleri için yapılan taşıma söz konusu ise bu tür rizikolardan kaynaklanan zararlardan yukarıda belirttiğimiz şartlar varsa Güvence Hesabı ödeme yapmakla yükümlü tutulacaktır.

IV.

SONUÇ ve KANATİM

Yukarıdaki incelemelerim sonucunda,

- 1- Güvence Hesabının ödeme yapabilmesi için öncelikle Sigorta Murakabe Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Taşıma Kanunu çerçevesinde yaptırılması gereken zorunlu sigorta kapsamında bir sigorta zorunluluğunun olması ve Sigortacılık Kanunu m.14'deki alternatif şartlardan birinin varlığının gerektiği,
- 2- Şehirlerarası taşımalarda 100 km. altı ve üstü ayrımının yapılamayacağı, her halükarda Güvence Hesabının ödeme yapması gerektiği,
- 3- Karayolları Taşıma Kanunu ile belirlenen sorumluluk ve sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğünün Yönetmelik hükümleri, Hazine Müsteşarlığı Genelgeleri ve İdari tasarruflarla değiştirilemeyeceği, bu uygulamaların hukuka aykırı olacağı, aynı şekilde bu tür hukuka aykırı uygulamaları dayanak alarak ödemelerin reddinin de hukuka aykırı olacağı,
- 4- Zorunlu sigortalar bakımından yetki belgesinin bir öneminin bulunmadığı, önemli olanın Kanunda Güvence Hesabının ödeme yapması için gerekli şartların varlığı olduğu,
- 5- Şehir içi taşımalarda Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası yaptırılmasının Kanunca öngörülmediği bu nedenle Güvence Hesabının da bu nedenle ödeme yapmakla yükümlü olmadığı,
- 6- Ancak yolcu taşımaya ilişkin şehirlerarası ve şehir içi ayrımının bir anlamının olmadığı, hakkaniyete de uygun düşmediği, şehirci taşımlarda korunan değerlerin şehirlerarası taşımlarla müsavi olduğu ve bu konuda Meclis'e kanun koyucu olarak bir görev düştüğü kanaatine ulaşılmış bulunmaktayım.

ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SAHİBİ OLMAYAN DENETİM KURULU ÜYELERİNE VE DENETÇİLERE KAR PAYI ÖDENMESİNİN HUKUKİ VE MALİ ANALİZİ

Doç. Dr. Abdüllatif ŞENER*
Dr. İlhami ÖZTÜRK**

ÖZET

Bu çalışmayla, anonim şirketlerin pay sahibi olmayan denetim kurulu üyeleri ve denetçilerine kar payı ödenip ödenmeyeceği hususu Türk Ticaret Kanunu (TTK), Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) ve vergi kanunları kapsamında irdelenmektedir.

6762 sayılı mülga TTK, yürürlükteki 6102 sayılı TTK ve 2499 sayılı SPKn'da pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine ve denetçilere anonim şirket karından kar payı ödenip ödenmeyeceği hususunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Benzer şekilde vergi kanunlarında da denetim kurulu üyelerine kar payı ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Denetim kurulu üyesi ve denetçilere kar payı ödenip ödenmeyeceği hususunun kanun hükmü ile açıklığa kavuşturulması, ticaret, sermaye piyasası ve vergi hukuku kapsamında uygulamada karşılaşılan tereddüt ve duraksamaların ortadan kaldırılması açısından önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Denetim Kurulu, denetçi, kar payı, menkul sermaye iradı.

* Hacettepe Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü ve TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi İİBF İktisat Bölümü E. Öğretim Üyesi

** Sermaye Piyasası Kurulu Üyesi

LEGAL AND FISCAL ANALYSIS OF DIVIDEND PAYMENT TO AUDITING BOARD MEMBERS AND AUDITORS WHO ARE NOT SHAREHOLDERS AT JOINT-STOCK CORPORATIONS

ABSTRACT

This study examines, in the context of the Turkish Commercial Code, Capital Market Law and taxation laws, payment of dividends to auditing board members and auditors of a Joint-Stock Corporation who are not shareholders in the Company.

Neither repealed Turkish Commercial Law No. 6762, nor Turkish Commercial Code No. 6102, nor Capital Market Law No. 2499 (both currently in effect), clearly regulate whether or not auditing board members or auditors of a Joint-Stock Corporation who don't have shares in the Company can receive dividends out of the profits of the company. Similarly, there is no provision in the tax legislation pertaining to the distribution of dividends to auditing board members. In order to avoid doubts arising in practice in the context of commercial, capital market and taxation laws, it is crucial to clarify by means of express legal provisions whether it is allowed to pay dividends to Auditing Board Members and auditors.

Keywords: Auditing Board, auditor, dividends, capital income.

GİRİŞ

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerine kar payı verilebileceği yönünde hükümler yer almasına rağmen denetim kurulu üyelerine kardan pay verilip verilmeyeceği hususu açıkça düzenlenmemiştir. Kanunda pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerinin kar payı almasını açıkça yasaklayan bir hüküm yer almadığı gibi, pay sahibi olmayan denetim kurulu üyeleri kar payı ödenecek kişiler arasında da sayılmamıştır. Denetim kurulu üyelerinin ifa ettikleri görevin niteliği, denetim ilke ve standartları ve denetimin doğası gereği kanun koyucunun pay sahibi olmayan denetçilerin bu sıfatları dolayısıyla şirket karından pay almamaları yönündeki iradesi nedeniyle bilinçli susma yolunu seçtiği söylenilebilir. Denetim kurulu üyelerine kar payı verilip verilmeyeceği

hususlu hukuken tartışmaya açık olmakla birlikte 6762 sayılı Kanun uygulamasında bazı anonim şirketlerin denetim kurulu üyelerine de tıpkı yönetim kurulu üyeleri gibi kar payı ödedikleri görülmektedir.

6102 sayılı TTK ile denetim kurulu yapısı kaldırılmış ve bağımsız denetim sistemi getirilmiştir. Buna göre, şirketlerin zorunlu organları arasında sayılan ve konuyla ilgili uzmanlığı bulunması şart olmayan denetçi (murakıp) eliyle yapılan denetim, yeni düzenleme ile yerini yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen kişiler ile ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketleri vasıtasıyla yapılacak bağımsız denetime bırakmıştır. Bağımsız denetim ücreti olarak ya da bu ücrete ilave olarak anılan denetçilere şirket karından pay verilip verilmeyeceği hususu da benzer şekilde açık bir kanun düzenlemesine tabi kılınmadığından tartışmaya açıktır.

Bunun yanı sıra Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil mevzuatında halka açık anonim ortaklıkların kar payı dağıtabileceği kişiler arasında yönetim kurulu üyeleri yer alırken denetim kurulu üyeleri sayılmamıştır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 75'inci maddesinde kurumların yönetim kurulu başkan ve üyelerine verilen kar payları menkul sermaye iradı olarak tanımlanmış olup, denetim kurulu üyelerine verilen kar payları ise aynı madde ile menkul sermaye iradı kapsamına dâhil edilmemiştir. Bir başka ifadeyle anılan madde uyarınca pay sahibi olmayan denetim kurulu üyeleri kar payı elde etmek suretiyle menkul sermaye iradı sağlayan kişiler arasında sayılmamıştır. Oysaki aynı Kanun'un 61'inci maddesinin (5) numaralı alt bendinde yönetim kurulu üyeleri ile birlikte denetim kurulu üyelerine de bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatlerin ücret sayılacağı belirtilmiştir. Anılan Kanun'un her iki maddesinin birlikte tetkiki neticesinde, pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerinin kar payı elde edebilecek kişiler arasında sayılmamış olması, bunun sadece yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile sınırlı tutulmuş olması, buna karşın ücret geliri elde edenler arasında yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra denetim kurulu üyelerinin de sayılmış olması, pay

sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine kar payı ödenemeyeceği yönündeki kabulü destekleyici mahiyette yorumlanabilir.

Bu çalışma ile pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine kar payı ödenip ödenemeyeceği hususu TTK ve SPKn'nun kar payı ödenmesine ilişkin hükümleri kapsamında tahlil edilecektir. Bu analiz yapılırken, kar payı ödenmesi ve kar paylarının dâhil olduğu gelir unsuruna ilişkin; Gelir Vergisi Kanunu ve çeşitli ülkelerle imzalanan çifte vergilemenin önlenmesine ilişkin anlaşma hükümleri de dikkate alınacaktır. Mali mevzuata ilişkin olsa da kar paylarının vergilendirilmesine ilişkin bu düzenlemelerin, pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine kar payı ödenmemesi gerektiği yönündeki bir iradeyi yansıtmayı yansıtmadığı hususu da analize dâhil edilecektir.

I. TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA DENETİM KURULU ÜYELERİNE KAR PAYI ÖDENMESİ

Pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine şirket karından pay verilip verilemeyeceği hususu mülga 6762 sayılı TTK ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK hükümleri kapsamında ayrı ayrı ele alınacaktır.

1. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında

6762 sayılı TTK'nın 347'nci maddesi uyarınca her anonim ortaklıkta zorunlu olarak bir denetleme organı bulunması gerekmekte olup bu organın yokluğu aynı Kanunun 435'inci maddesi uyarınca belli şartlarda bir fesih sebebi oluşturmuştur.

6762 sayılı TTK kapsamındaki denetçiler ile anonim ortaklık arasındaki ilişki bir vekâlet veya hizmet akdine dayanmaktadır. Nitekim, Yargıtay bir kararında;¹ TTK'nın 347'nci maddesi uyarınca şirkette pay sahibi olanlar ve olmayanlar arasından genel kurulca seçilen denetçi ile şirket arasındaki ilişkinin kural olarak vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğuna, denetçi için ücret öngörülmesi halinde anonim ortaklık ile arasındaki ilişkinin, bir hizmet sözleşmesi olduğuna hükmetmiştir. Şirket genel kurulu tarafından murakıplığa seçilen kimse bu vazifeyi kabul ederse, şirketle aralarında idare meclisi üyelerinin intihabında olduğu gibi “akdi” bir münasebet teessüs etmiş olur. Genel kurulun intihap kararı bir

¹ Yargıtay, 10. HD. 14.9.1973, E.1973/180, K.1973/209.

nevi “icap” vasfı taşır, murakıplığa seçilen zatın, kabul cevabı ile ancak hizmet akdi münasebeti teessüs eder.² Bu nedenle her denetçi ile ortaklık arasında bir akit vardır. Bu akit esas itibariyle bir vekâlet akdidir. Ancak taraflar bu akdi serbestçe kararlaştırabilirler. Örneğin, aralarındaki ilişkinin taraflarca bir hizmet akdi olarak nitelendirilmesinde sakınca yoktur.³ Böylece, denetçi ile anonim şirket arasındaki münasebet vekâlet akdine ya da hizmet akdine dayanabilecektir.⁴ TTK’nın 347’nci maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca denetçiler aynı şirketin idare meclisi azalığına seçilemeyecekleri gibi o şirketin memuru dahi olamazlar.

6762 sayılı TTK’nın 472’nci maddesindeki; idare meclisi azalarının kazanç payları sadece safi kardan ve ancak kanuni yedek akçe için muayyen para ayrıldıktan ve pay sahiplerine yüzde dört nispetinde veya esas mukavele ile muayyen daha yüksek bir nispetle bir kar payı dağıtıldıktan sonra verilebilir hükmüne rağmen denetim kurulu üyelerine “kazanç payı” verilmesi hususunda açık bir düzenleme Kanunda yer almamaktadır. Yine TTK’nın 279’uncu maddesinin 2’nci fıkrasının 5 numaralı bendinde yer alan kurucularla idare meclisi azalarına ve diğer kimselere şirket kazancından sağlanacak hususi menfaatlerin esas sözleşmede yazılı olması gerektiği şeklindeki hükümde de denetim kurulu üyelerine ilişkin bir belirlilik yer almamıştır. Benzer şekilde 6762 sayılı TTK’nın diğer tüm maddeleri tetkik edildiğinde de “denetim kurulu üyelerine” kar payı verilebileceği yönünde açık bir hükmün bulunmadığı görülecektir. Kanun koyucunun “yönetim kurulu” üyelerinin kar payı alabilecekleri hususunu açıkça vurgularken denetim kurulu üyelerini bu kapsamda belirtmemiş olması denetim görevinin doğası ve mahiyeti gereği denetçilerin kardan pay almasının doğru olmayacağı yönündeki görüşten kaynaklanmış olduğu söylenebilir.

6762 sayılı TTK’daki denetim kurulu ve denetçilerin görev, yetki ve mükellefiyetlerine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, kanun

² DOĞANAY, İ., **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Birinci Cilt, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2004, s. 1026.

³ İMREGÜN, O., **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, Sekizinci Bası, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1987, s. 404.

⁴ Yargıtay, 10. HD., 14.9.1973, E.1973/180, K.1973/209.

koyucunun bilinçli bir tercih olarak denetim kurulu üyelerinin bu sıfatları dolayısıyla kardan pay almalarını istemediği sonucuna ulaşılabilecektir. Şirkette pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine salt bu sıfatları nedeniyle kar payı verilmesi denetim ilke ve standartları ile denetim mantığına aykırılık teşkil edebilecektir. Zira, şirket denetçilerinin; ortaklığın kurulmasında bir yolsuzluk olup olmadığını incelemek (TTK md.308), şirket defterlerini incelemek, şirket veznesini teftiş etmek, bilançonun tanzim şeklini tayin etmek, bütçe ve bilançoyu murakabe etmek, tasfiye muamelelerine nezaret etmek, gerektiğinde genel kurulu toplantıya davet etmek, yönetim kurulunun şirket faaliyetlerini kanun, ana sözleşme hükümleri ve genel kurul kararlarına uygun olarak yürütüp yürütmediğini saptamak, genel kurula katılmak (TTK md. 353), yıllık rapor tanzimi ve vazifelerini ifa sırasında öğrendikleri noksanlık ve yolsuzluk veya kanun yahut ana sözleşme hükümlerine aykırı hareketleri ihbar etmek (TTK md. 354), zaruri hallerde genel kurulu olağanüstü toplantıya davet etmek (TTK md. 355), şikayetleri tahkik etmek (TTK md. 356), yönetim kurulu toplantılarına iştirak etmek (TTK md.357), genel kurul gündemine görüşülmesini istedikleri konuları aldırarak (TTK md. 353, 355 ve 357), sır saklama (TTK md. 358), genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma (TTK md. 381) gibi çeşitli görev, yetki ve sorumlulukları söz konusudur. Ayrıca, TTK'nın 354'üncü maddesi uyarınca denetim kurulu, yönetim kurulunca hazırlanan **kar dağıtım önerisi hakkındaki görüşlerini bir raporla genel kurula sunmakla** mükelleftir.

Sayılan bu görev ve yetkilerin doğurabileceği çıkar çatışmaları nedeniyle şirkette pay sahibi olmayan denetçilerin kardan pay almalarının uygun olmayacağını söylemek mümkündür. Anonim şirketlerde denetimin amacı, ortakların ve ortaklık alacaklılarının ekonomik yararlarının korunması ve ortaklığın başarılı olmasının sağlanmasıdır.⁵ Doğrudan karın belli bir yüzdesi olarak verilen kar payı, karı artırıcı ancak kanun ve esas sözleşmeye aykırı iş ve işlemlere ilişkin denetim görev ve fonksiyonunu zaafa uğratabilecek mahiyettedir.

⁵ ERIŞ, G., **Anonim Şirketler Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.352.

Doktrinde, 6762 sayılı TTK'nın 279'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının 5 numaralı bendinde yer alan “**diğer kimseler**” ibaresine istinaden denetçilere de ortaklığın safi kazancından bir pay verilmesinin olanaklı olduğu, bu durumda TTK'nın 472'nci maddesi hükmünün kıyasen uygulanması gerekeceği yönünde görüşler de mevcuttur.⁶ Ancak burada, denetçinin salt denetçi sıfatıyla kar payı alması ile pay sahibi sıfatıyla kar payı almasının birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çalışma ile asıl irdelenen; pay sahibi olmayan denetçinin salt denetçi sıfatıyla kar payı alıp alamayacağı hususudur. Zira 6762 sayılı TTK'nın 347'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca denetçilerin pay sahibi olan veya olmayan kişiler arasından seçilebilmeleri mümkündür. Bir başka ifadeyle denetçilerin pay sahibi olmaları gerekli değildir.⁷ Oysaki TTK'nın 312'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca yönetim kurulu üyeleri pay sahibi olan ortaklardan veya pay sahibi sıfatını sonradan kazanmış olan kişilerden teşekkül edecektir.⁸ Pay sahibinin kardan pay alma hakkı mali müktesep bir haktır.⁹ Bu itibarla konumuz açısından önemli olan, pay sahibi olmayan denetçinin salt denetçi sıfatıyla kar payı alıp alamayacağının açıklığa kavuşturulmasıdır.

TTK'nın memur ve müstahdemlerin tayinine ilişkin 328'inci maddesi ile denetim kurulu üyelerinin aynı zamanda şirketin memuru olamayacakları hükmünün yer aldığı 347'nci maddesinin son fıkrası birlikte değerlendirildiğinde denetim kurulu üyelerinin memur ve müstahdem kapsamında sayılamayacağı açıktır.

6762 sayılı mülga TTK'da pay sahibi olmayan denetim kurulu üyesine salt bu sıfatı nedeniyle kar payı verileceği yönünde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Anılan Kanun uyarınca denetim kurulu üyelerinin ifaya memur kılındığı görevler ve yetkileri dikkate alındığında denetim ilke ve esasları ile mantığının bir sonucu olarak pay sahibi

⁶ İMREGÜN, O., “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı” **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı**, Cilt I., Beta, İstanbul, 2002, s.424.

⁷ TEKİL, F., **Anonim Şirketler Hukuku**, İstanbul, 1993, s.168.

⁸ 6762 sayılı TTK'nın 275'inci maddesine ve 6102 sayılı TTK'nın 334'üncü maddesine istinaden; Devlet, il özel idaresi, belediye gibi amme hükmi şahıslarını temsilen yönetim kurulu üyesi olanlar için pay sahibi olma şartı aranmaz.

⁹ ÇEVİK, O.N., **Uygulamada Şirketler Hukuku**, İkinci Baskı, Ankara, 1994, s.377.

olmayan denetim kurulu üyelerinin kar payı alamayacakları görüşünün haklı gerekçelere dayandığını söylemek mümkündür.

2. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında

6102 sayılı TTK hükümleri uyarınca, denetim kurulu ve murakıplık sisteminin kaldırıldığı yerine bağımsız denetim sisteminin getirildiği, bağımsız denetçilerin şirket ortağı ve çalışanı olamayacakları dikkate alındığında; denetçi ile şirket arasındaki hukuku ilişkinin yeni getirilen hükümler kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Bağımsız denetim sözleşmesi, niteliği gereği bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, Borçlar Kanunu'nda (BK) düzenlenen iş görme sözleşmelerinden olan hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve eser (istisna) sözleşmeleri ile benzerlikleri olduğu gibi farklılıkları da bulunmaktadır. Buna göre; BK'da yer alan sözleşmelerde irade serbestliği (sözleşmenin kurulmasında, içeriğinin belirlenmesinde ve sona erdirilmesinde) söz konusu iken, bağımsız denetim sözleşmesinde irade sınırlandırılmıştır. BK'da yer alan sözleşmeler taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğururken, bağımsız denetim sözleşmesi üçüncü kişileri de etkileyecek sonuçlar doğurabilecektir. BK'daki sözleşmelerin aksine bağımsız denetim sözleşmeleri; kuruluşu, sona erdirilmesi, hüküm ve sonuçlarının etkilediği kişiler bakımından yarı-kamusal niteliği haizdir.¹⁰

Bağımsız denetim sözleşmesi hizmet sözleşmesi ile kıyaslandığında; iki sözleşme de bir iş görme sözleşmesidir, iki sözleşmede de iş görme edimi bir ücret karşılığında yapılmakta, iki sözleşmenin de iş görme edimi bir “yapma” borcu şeklindedir. Her iki sözleşmede de iş görme edimini yapacak kişinin özellikleri önem arz eder. Bu benzerliklere rağmen; hizmet sözleşmesinde aranan bağımlılık ilişkisi, bağımsız denetim sözleşmesinde bulunmaması gereken bir unsurdur.¹¹ Hizmet sözleşmesinde edim sonucundan ziyade edim fiili önem arz eder. Bağımsız denetim sözleşmelerinde ise edim fiilinden ziyade edim sonucu (denetim raporu) önem arz eder.

¹⁰ KÖKSAL, A., **Bağımsız Denetim Sözleşmesi**, Beta, İstanbul, 2009, s.74-92.

¹¹ ULUSOY, Y., **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetim**, Seçkin, Ankara, 2007, s.155-156.

Bağımsız denetim sözleşmesi vekâlet sözleşmesi ile karşılaştırıldığında, iki sözleşmede de taraflar arasındaki güven unsurunun varlığının önem arz ettiği görülecektir. Bağımsız denetim sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasında çeşitli açılardan farklılık söz konusudur. Vekâlet sözleşmesinde edim sonucundan ziyade edim fiili önem arz ederken, bağımsız denetim sözleşmelerinde edim sonucu (denetim raporu) önem arz eder. Vekâlet sözleşmesinde, vekilin edimini vekâlet verenin çıkarına uygun olarak ifa etmesi gerekirken, bu unsur bağımsız denetim sözleşmelerinde bulunmaması gereken bir unsurdur. Vekâlet sözleşmesinde iş görme, belli bir zamana bağlı olmaksızın borçlanılır. Bağımsız denetim sözleşmesinde ise, iş görme ediminin yerine getirilmesi belli bir zamana bağlıdır. Ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru değilken, bağımsız denetim sözleşmesinde ücret sözleşmenin zorunlu unsurudur. Vekâlet sözleşmesinde kural olarak vekilin, vekâlet verenin talimatlarına uyması gerekirken, bağımsız denetim sözleşmelerinde denetçinin talimat alması söz konusu olamayacaktır. Sözleşmenin kuruluş ve sona ermesine ilişkin farklılıklar da bulunmaktadır.¹²

Bağımsız denetim sözleşmesi, eser sözleşmesi ile karşılaştırıldığında; her iki sözleşme ile edim sonucunun yüklenilmiş olması, her iki sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, ücretin iki sözleşmede de zorunlu unsur olması, iki sözleşmede de özen borcunun söz konusu olması, edim borcu olan kişinin özelliklerinin önem arz etmesi açılarından benzeştikleri görülmektedir. Bu benzerliklere rağmen bağımsız denetim sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında bazı farklılıklar da mevcuttur. Öncelikle eser sözleşmesinde, taraflar sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilirken, bağımsız denetim sözleşmesinde bu durum önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Müteahhit eseri meydana getirirken, iş sahibinin yararına hareket etmelidir. Ancak, bağımsız denetim sözleşmesinde, denetlenen şirketin bağımsız denetçiye talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, sözleşmenin kuruluş ve

¹² ÇELİK, A., Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2005, s.69-71.

sona ermesine ilişkin olarak da bağımsız denetim sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında farklılıklar bulunmaktadır.¹³

Ortaklık ile bağımsız denetçi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği hususunda doktrinde bir birlik bulunmamakla birlikte, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, bağımsız denetim sözleşmesinin Kanunda düzenlenmiş bir iş görme sözleşmesi kapsamına girmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bağımsız denetim sözleşmesi isimsiz sözleşme olarak kabul edilebilir. Ancak 6102 sayılı TTK sonrasında bağımsız denetim sözleşmeleri kanun koyucu tarafından tanınan bir sözleşme haline getirilerek isimli bir iş görme sözleşmesi niteliği kazanmıştır.¹⁴

6762 sayılı TTK’da anonim ortaklığın üç kanuni organından biri olan ve uzmanlık bilgisine ve ihtisasına sahip olması zorunlu olmayan “murakıp” eliyle yapılan denetleme 6102 sayılı TTK ile yerini, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanının taşıyan ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketinin yaptığı, finansal tablolar ile raporların dolayısıyla muhasebenin sürekli denetimine bırakmıştır. Böylelikle, 6102 sayılı TTK şirket murakıplığı sistemini kaldırarak bağımsız denetim sistemini getirmiştir. Başka bir ifadeyle denetim, denetçinin yönetsel yetkileri (nezaret, temsil, dava açmak gibi) kaldırılarak, bağımsız denetim fonksiyonuna özgülenmiştir. 6102 sayılı TTK’nın “Denetim” başlıklı 397’nci maddesinin 4’üncü fıkrası uyarınca 398’inci madde kapsamında denetime tabi olacak şirketler Bakanlar Kurulunca belirlenecektir. Buna göre, bazı anonim şirketlerin bağımsız denetime tabi tutulmaması mümkün olabilecektir. 6102 sayılı TTK’nın geçici 6’ncı maddesi uyarınca, 400’üncü maddede öngörülen denetçi, 397’nci maddenin 4’üncü fıkrasına göre denetime tabi tutulan şirketlerin yetkili organı tarafından en geç 31.3.2013 tarihine kadar seçilecektir. 6762 sayılı TTK’ya göre seçilmiş olan murakıpların görevleri 6102 sayılı TTK uyarınca bağımsız denetçinin veya bağımsız denetim kuruluşunun şirket genel kurulunca seçilmesiyle

¹³ ULUSOY, a.g.e., s.158-159,

¹⁴ KÖKSAL, a.g.e., s.94-99.

birlikte sona erecektir. Bağımsız denetçinin de en geç 31.3.2013 tarihine kadar seçilmesi zorunludur.

6102 sayılı TTK'nın 400'üncü maddesinde denetçi olabilecekler sayılmıştır. Buna göre, denetçi, bağımsız denetim yapmak üzere 1.6.1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre ruhsat almış yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve Kamu Gözetimi ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olabilir. Anılan maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde bağımsız denetleme kuruluşunun veya yeminli mali müşavirin ya da serbest muhasebeci mali müşavirin, denetlenecek şirkette pay sahibi olmaları durumunda denetçi olamayacakları hükme bağlanmıştır. Zira 6102 sayılı TTK'nın denetime ilişkin anlayışı, denetlemenin bir meslek olarak kabulü ve özenle yapılması gerektiği yönünde olduğundan, bağımsızlığı ve tarafsızlığı teminen denetçi olamayacak kişiler, pay sahibi olmanın dışında da her duruma özel olarak belirlenmiştir.¹⁵ Denetçinin bağımsızlığını sağlamayı teminen TTK'nın "Seçim, Görevden Alma ve Sözleşmenin Feshi" başlıklı 399'uncu

¹⁵ 6102 sayılı TTK'nın 400'üncü maddesi uyarınca bir kimse, denetlenecek şirketin yöneticisi veya çalışanıysa veya denetçi olarak atanmasından önceki üç yıl içinde bu sıfatı taşımışsa, denetlenecek şirketle bağlantısı bulunan bir tüzel kişinin, bir ticaret şirketinin veya bir ticari işletmenin kanuni temsilcisi veya temsilcisi, yönetim kurulu üyesi, yöneticisi veya sahibiyse ya da bunlarda yüzde yirmiden fazla paya sahipse yahut denetlenecek şirketin yönetim kurulu üyesinin veya bir yöneticisinin alt veya üst soyundan biri, eşi veya üçüncü derece dâhil, üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımlıysa, denetlenecek şirketle bağlantı hâlinde bulunan veya böyle bir şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip olan bir işletmede çalışıyorsa veya denetçisi olacağı şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip bir gerçek kişinin yanında herhangi bir şekilde hizmet veriyorsa, denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının düzenlenmesinde denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunmuşsa, denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının çıkarılmasında denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunduğu için denetçi olamayacak gerçek veya tüzel kişinin veya onun ortaklarından birinin kanuni temsilcisi, temsilcisi, çalışanı, yönetim kurulu üyesi, ortağı, sahibi ya da gerçek kişi olarak bizzat kendisi ise, şirkette denetçi olamayan bir denetçinin nezdinde çalışıyorsa, son beş yıl içinde denetçiliğe ilişkin meslekî faaliyetinden kaynaklanan gelirinin tamamının yüzde otuzundan fazlasını denetlenecek şirkete veya ona yüzde yirmiden fazla pay ile iştirak etmiş bulunan şirketlere verilen denetleme ve danışmanlık faaliyetinden elde etmişse ve bunu cari yılda da elde etmesi bekleniyorsa denetçi olamayacaktır.

maddesinde genel kurulca seçimi yapılacak denetçi ile bir sözleşme yapılacağı hükme bağlanmıştır.

6102 sayılı TTK'nın 507'nci maddesinin birinci fıkrasında her pay sahibinin, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem karına, payı oranında katılma hakkını haiz olduğu düzenlendikten sonra, maddenin son fıkrasında konuya ilişkin olarak Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri saklı tutulmuştur. Bununla birlikte, 6762 sayılı mülga TTK'nın 347'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca denetçilerin, pay sahibi olan veya olmayanlar arasından seçilmeleri mümkün kılınmış olmasına rağmen, 6102 sayılı TTK uyarınca denetçilerin pay sahibi olmayacağı kesin bir şekilde hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, denetçi olabilecek kişilerin, denetlenecek anonim şirkette pay sahibi olamayacağı gözönüne alındığında, denetçinin pay sahibi sıfatıyla kardan pay alabilmesine imkân veren düzenlemenin hukuki geçerliliğinin kalmadığı görülmektedir. Bir başka ifadeyle denetçi pay sahibi kişilerden olamayacağı için pay sahibi sıfatıyla kar payı alması mümkün olamayacaktır.

Bu kez, denetçiye denetçi sıfatıyla -pay sahibi olmasa bile- kar payı verilip verilemeyeceği hususunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. 6102 sayılı TTK'da anonim ortaklık denetçilerine kardan pay dağıtılabileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte yasaklama yönünde de açık bir hüküm sevk edilmemiştir.

6102 sayılı TTK'nın 400'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca denetçinin pay sahibi sıfatıyla kardan pay alabilmesi mümkün olmamakla birlikte, pay sahibi olmayan denetçinin yaptığı sözleşme hükmüne binaen ya da kar dağıtımına ilişkin genel kurul kararına yahut her ikisine birden dayanılarak kardan pay alması sağlanabilir mi? Bu hususta 6102 sayılı TTK'da da açık bir hüküm yer almamaktadır. 6102 sayılı TTK'nın 339'uncü maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendinde “Kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket karından sağlanacak menfaatler”in esas sözleşmede yer alması öngörülmüş olup, maddede geçen “diğer kimseler” ifadesi ile 6762 sayılı

TTK'nın 466'ncı maddesinin ikinci fıkrasına¹⁶ paralel bir yaklaşım benimsenmiştir. Aynı yaklaşım, 6102 sayılı TTK'nın 519'uncu maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde de benimsenerek yıllık kardan birinci fıkrada yazılı yedek akçeden başka pay sahipleri için yüzde beş oranında kar payı ödendikten sonra, "kardan pay alacak kişilere" dağıtılacak toplam tutarın yüzde onunun genel kanuni yedek akçeye ekleneceği belirtilmek suretiyle pay sahipleri dışındaki kişilere de kardan pay dağıtılmasını mümkün kılan 6762 sayılı mülga TTK md. 466 hükmü tekrar edilmiştir. Bu durumda, yukarıda anılan hükümler uyarınca pay sahipleri dışında, yönetim kurulu üyeleri, intifa senedi sahipleri, anonim ortaklık çalışanları gibi kimselerin, bu kapsamda denetçilerin de esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, genel kurul kararıyla dağıtılmaya tahsis edilen kara katılmalarına bir başka ifadeyle kar payı almalarına engel teşkil eden açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 6762 sayılı TTK hükümleri uyarınca pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerinin kar payı alıp alamayacağına ilişkin belirsizlik benzer şekilde 6102 sayılı TTK kapsamında, denetçiler için de söz konusudur. Bununla birlikte, her ne kadar aksine açık bir düzenleme olmasa da, TTK'nın denetçi olamayacakları düzenleyen 400'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde pay sahibi olanların denetçi olamayacakları açıkça düzenlendikten sonra, aynı fıkranın (b) bendinde denetlenecek şirketin çalışanı olunmamasının, (d) bendinde denetlenecek şirketle bağlantı halinde bulunulmasının denetçiliğe engel teşkil edeceği öngörülmekle, şirketle denetçi arasında menfaat ilişkisinin önüne geçilmesinin amaçlandığı açıktır.

¹⁶ 6762 sayılı TTK'nın 466'ncı maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü bendinde, safi kardan, birinci fıkrada yazılı yedek akçeden başka pay sahipleri için % 5 kar payı ayrıldıktan sonra, pay sahipleriyle kara iştirak eden diğer kimselere dağıtılması kararlaştırılmış olan kısmın onda birinin kanuni yedek akçeye ekleneceği belirtilirken, pay sahipleri dışındaki kişilere de kardan pay dağıtılması mümkün kılınmıştır. Ancak pay sahipleri dışındaki diğer kimseler arasında "denetim kurulu üyelerinin" olup olmadığı hususu tartışmaya açıktır.

II. SERMAYE PİYASASI MEVZUATI KAPSAMINDA DENETİM KURULU ÜYELERİNE KAR PAYI ÖDENMESİ

I. Sermaye Piyasası Mevzuatı Uyarınca Kar Payı Alabilecek Kişiler

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan; *“Yönetim kurulu üyeleri ile memur, müstahdem ve işçilere kardan pay dağıtılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şarttır. Yasa hükmü ile ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen birinci temettü ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kar aktarılmasına ve **yönetim kurulu üyeleri, memur, müstahdem ve işçilere kardan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, belirlenen birinci temettü ödenmedikçe bu kişilere kardan pay dağıtılamaz.**”* hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere halka açık anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyelerine esas sözleşmede hüküm bulunması şartı ile kardan pay verilmesi mümkün iken denetim kurulu üyeleri anılan madde metninde kardan pay dağıtılabilecekler arasında sayılmamıştır.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri:IV, No:27 sayılı Tebliği'nin 7'nci maddesinde de; *“Yönetim kurulu üyeleri ile memur, müstahdem ve işçilere, katılma, kurucu ve adi intifa senedi sahiplerine, çeşitli amaçlarla kurulmuş olan vakıflara ve bu gibi kişi ve/veya kurumlara kar payı dağıtılabilmesi ve çeşitli amaçlarla kurulmuş olan vakıflara ve bu gibi kişi ve/veya kurumlara bağışta bulunulabilmesi için ortaklık esas sözleşmesinde hüküm bulunması gerekir”* düzenlemesi yer almaktadır. Anılan Tebliğ düzenlemesinde de denetim kurulu üyelerinin esas sözleşmede hüküm bulunması şartıyla da olsa kardan pay alacak kişiler arasında sayılmadığı açıktır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü uyarınca yönetim kurulu üyelerine kar payı dağıtılabilmesi için ana sözleşmede hüküm bulunması gerekir. Ayrıca yine anılan hüküm uyarınca yasal yedek akçeler ayrılmadıkça ve ana sözleşmede pay sahipleri için belirlenen birinci temettü ayrılmadıkça yönetim kurulu üyelerine kardan pay dağıtılamayacağı belirtilmiştir. Burada TTK'dan farklı olarak yönetim kurulu üyelerine kar payı verilebilmesi için ana

sözleşme ve Sermaye Piyasası Kurulu'nca belirlenen oranda birinci temettünün ödenmesi gereklidir.¹⁷ Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15'inci maddesinde şirket ortakları gibi temettü almaları mali müktesep hak olan kişiler belirtilmemiştir. Çünkü ortakların kar payı almaları için esas sözleşmede hüküm bulunmasına gerek yoktur. Ancak denetim kurulu üyelerinin şirket karından pay almaları kazanılmış hak niteliğinde olmadığından, pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine kar payı ödenebilmesi için bu hususta esas sözleşmede düzenleme olması gereklidir. Kar payı dağıtılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şartı aranan kişiler arasında denetim kurulu üyelerinin sayılmaması, bunlar açısından kar payının kazanılmış mali hak niteliğinde olmasından değil denetim kurulu üyelerine bu sıfatları nedeniyle kar payı ödenmemesi gerektiği yönündeki yaklaşımdan kaynaklandığını söylemek mümkündür.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15'inci maddesinin 2'nci fıkrasında tadadi olarak temettü ödenecek kişiler sayılırken denetim kurulu üyelerinin bunlar arasında yer almaması ve bu fıkraya aykırılığın aynı Kanunla ceza yaptırımına bağlanmış olması pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine kar payı ödenmemesi gerektiği yönündeki görüşü desteklemektedir. Zira Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47-C maddesinde; bu Kanun'un 15'inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlerin binikiyüzelli gün adli para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Böylece, Sermaye Piyasası Kanunu'nda belirlenen hükümlere aykırı kar dağıtımının saptanması durumunda vergi boyutunun dışında halka açık anonim şirket yöneticilerine sorumluluk yüklenmiş ve ceza öngörülmüştür.¹⁸

Diğer taraftan, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15'inci maddesi kapsamında halka açık anonim ortaklık olmamakla birlikte SPK'nın gözetim ve denetimine tabi bir sermaye piyasası kurumu olan Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş.'nin¹⁹ (MKK) Ana Sözleşmesinin "Safi Karın Tespiti

¹⁷ ÖZTÜRK, B., **Sermaye Şirketlerinde Kurumlar Vergisi ve Kar Dağıtımı**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s.174.

¹⁸ ÇANKAYA, İ., **Gelir Tablosu ve Kar Dağıtımı**, 1994, s.228.

¹⁹ İhraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle kaydı tutulan sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin hakları kayden izleyecek, üye grupları itibariyle tutulan

ve Dağıtım” başlıklı 23’üncü maddesinin (c) fıkrasında yer alan; safi karın **ortaklara, yönetim kurulu üyelerine ve şirket çalışanlarına** dağıtılmasına genel kurulca karar verilebileceği düzenlemesi uyarınca denetim kurulu üyelerinin kar payı verilecek kişiler arasında sayılmadığı görülmektedir.²⁰ Bu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere MKK Ana Sözleşmesinde, yönetim kurulu üyeleri kardan pay alabilecekler arasında sayılırken denetim kurulu üyeleri bu kapsamda sayılmamıştır. MKK’nın 2007 yılından beri düzenli olarak her yıl kar dağıttığı ve MKK Ana Sözleşmesinde kar payı dağıtılacak kişileri düzenleyen maddede bugüne kadar bir değişiklik yapılmadığı dikkate alındığında, MKK Ana Sözleşmesinde kardan pay alacak kişiler arasında denetim kurulu üyelerinin sayılmamasının; bir unutmaya ya da hatadan kaynaklanmadığı, bilinçli bir tercihi yansıttığı söylenebilir.

2. Denetçinin Kar Payı Almasının Bağımsızlığını Zedelemesi

Sermaye Piyasası Kanunu’nun 16, 22/d ve 22/e maddelerinde yer alan bağımsız denetime ilişkin hükümler²¹ ve bu maddelere istinaden

kayıtların birbirleriyle tutarlılığını kontrol edecek, Yatırımcıları Koruma Fonunu idare ve temsil edecek Merkezi Kayıt Kuruluşu, sermaye piyasası araçlarından kaydi hale getirilmiş olanlar bakımından merkezi bir konumda olup, söz konusu araçlara ilişkin sermaye piyasası faaliyetlerinde önemli bir işlevi bulunmaktadır. SPK’nın 10/A maddesi hükmü uyarınca, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olan anonim ortaklık şeklinde kurulan MKK, genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu şeklinde anonim ortaklıklara özgü organlara sahiptir ve SPK’nın gözetim ve denetimi altındadır. MKK’nın temel işlevi, kaydıleştirilen sermaye piyasası araçlarını ve bunlara ilişkin hakları kayden izlemektir. Kayıtlar, bilgisayar ortamında, MKK üyesi ihraççılar, aracı kuruluşlar ve yetkili takas ve saklama kuruluşları ile bunlarla bağlantılı olarak hak sahibi yatırımcılar itibarıyla açılan hesaplarda tutulmaktadır. Söz konusu kayıtlar, başta ihraç, yatırım ve takas faaliyetleri olmak üzere ilgili sermaye piyasası aracına ilişkin haklarla bağlantılı diğer işlemlerde kullanılmaktadır.

²⁰ Sermaye Piyasası Kurulu’nun 21.6.2007 tarih ve 24/684 sayılı kararında; Türk Ticaret Kanunu’nda denetçilere kar dağıtımında pay verilmesinin açık olarak düzenlenmemiş olduğu ve Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. Ana Sözleşmesinin 23/c maddesi hükmü çerçevesinde esas sözleşmede denetçilere kar payı verilebileceğine ilişkin bir hükmün yer almadığı gerekçesiyle MKK’nın dağıtılabilir net karının dağıtımına ilişkin kararın denetim kurulu üyelerine kar payı dağıtımını yapılmaması kaydıyla onaylanmasına karar verildiği belirtilmiştir.

²¹ SPK’nın 16’ncı maddesinde; ihraççılar ve sermaye piyasası kurumlarının konsolide olanlar dahil kamuya açıklanacak veya gerektiğinde SPK tarafından istenecek mali tablo, rapor ve bilgileri tespit olunacak şekil ve esaslara, genel kabul görmüş muhasebe kavram, ilke ve standartlarına uymak suretiyle düzenlemekle yükümlü oldukları, 22/d maddesinde; SPK’nın sermaye piyasasında, gerektiğinde elektronik ortam dahil bağımsız denetim faaliyetlerine ilişkin esasları belirlemeye, 3568 sayılı Kanuna göre denetlemeye

tebliğler ile yapılan düzenlemeler Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketler için bağlayıcıdır.²²

Sermaye Piyasası Kanunu'nun yukarıda belirtilen 16, 22/d ve 22/e maddelerine dayanılarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan Seri:X, No:22 sayılı Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ'le,²³ bağımsız denetçilerin tabi oldukları usul ve esaslar düzenlenmiştir. Uluslararası Denetim Standartları esas alınarak

yetkili olanların sermaye piyasasında bağımsız denetleme faaliyetlerinde bulunacak kuruluşların kuruluş şartlarını ve çalışma esaslarını Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği ile istişarede bulunarak belirlemeye ve bu şartları taşıyanları listeler halinde ilan etmeye yetkili olduğu, 22/e maddesinde; SPK'nın kamunun zamanında yeterli ve doğru olarak aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, genel ve özel nitelikte kararlar almaya ve her türlü mali tablo ve raporlar ile bunların bağımsız denetimlerinin, sermaye piyasası araçlarının halka arzında yayımlanacak izahname ve sirkülerin ve araçların değerini etkileyebilecek önemli bilgilerin kapsamını, standartlarını ve ilan esaslarını tespiti ve bu konularda tebliğler yayımlamaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

²² 2.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında 660 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "Amaç ve kapsam" başlıklı 1'inci maddesinde; bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacının, uluslararası standartlarla uyumlu Türkiye Muhasebe Standartlarını oluşturmak ve yayımlamak, bağımsız denetimde uygulama birliğini, gerekli güveni ve kaliteyi sağlamak, denetim standartlarını belirlemek, bağımsız denetçi ve bağımsız denetim kuruluşlarını yetkilendirmek ve bunların faaliyetlerini denetlemek ve bağımsız denetim alanında kamu gözetimi yapmak yetkisini haiz Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun kuruluş, teşkilat, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları düzenlemek olduğu, 9/ç maddesinde; Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurulu'nun bağımsız denetçiler ve bağımsız denetim kuruluşlarının kuruluş şartlarını ve çalışma esaslarını belirlemek, bu şartları taşıyan kuruluşları ve bağımsız denetim yapacak meslek mensuplarını yetkilendirerek listeler halinde ilan etmeye ve bunları oluşturacağı resmi sicile kaydederek Kurumun internet sitesinde kamuoyunun erişimine sürekli olarak açık tutmaya görevli ve yetkili olduğu, 9/d maddesinde; Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurulu'nun, bağımsız denetçiler ve bağımsız denetim kuruluşlarının faaliyetleri ile denetim çalışmalarının Kurumca yayımlanan standart ve düzenlemelere uyumunu gözetmek ve denetlemekle görevli olduğu hükme bağlanmıştır. Anılan hükümlere istinaden, bağımsız denetim kuruluşlarında çalışan denetçilerin şirket karından pay alıp alamayacakları hususunda henüz bir düzenleme yapılmamıştır. Ayrıca bu mevzuata dayanılarak bağımsız denetim ve bağımsız denetçilere ilişkin yapılacak düzenlemelerin, TTK kapsamındaki şirketler dışında Sermaye Piyasası Kanunu gibi özel kanun hükümlerine tabi şirketleri kapsayıp kapsamayacağı hususu da tartışmaya açıktır.

²³ Bu Tebliğ, Sermaye piyasasında bağımsız denetim faaliyetine, bu faaliyette bulunmak üzere SPK tarafından yetkilendirilecek bağımsız denetim kuruluşlarına ve bağımsız denetçilere ilişkin standart, ilke, usul ve esasları belirlemek amacıyla 12.6.2006 tarih ve 26196 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

hazırlanmış olan bu Tebliğ, bağımsız denetim faaliyetinin nasıl yapılacağı yanında bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçilerin uymaları gereken etik kuralları da içermektedir. Buna göre, bağımsız denetçiler için etik kurallara uygun hareket etmek ve müşterileri ile arasındaki bağımsızlığı korumak en temel unsurdur. Tebliğ'in "Bağımsız Denetim Faaliyetinde Bulunma Şartları" başlıklı İkinci Kısımının 12'nci maddesi "Bağımsızlık" 13'üncü maddesinde ise "Bağımsızlığı ortadan kaldıran durumlar" hakkında düzenlemeleri içermektedir.

Anılan Tebliğ'in 13'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Bağımsız denetim kuruluşu veya bağımsız denetçilerde, bağımsızlığın zedelendiğine dair tereddüt oluşması halinde bağımsızlığın ortadan kalktığı kabul edilir.*" düzenlemesi, bağımsız denetçinin faaliyetlerinde bağımsızlık ilkesine ne kadar özen göstermesi gerektiği hususuna önemli bir işarettir. Anılan maddenin devamında, bağımsızlığı ortadan kaldıran durumlara örnekler verilmiş ancak, bağımsızlığı ortadan kaldıran durumların bu örneklerle sınırlı olmayacağı da özellikle vurgulanmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinin 1 nolu alt bendinde, *bağımsız denetim kuruluşunun ortak, yönetici, bağımsız denetçileri, denetçi yardımcıları ve bunların 3'üncü dereceye kadar (3'üncü derece dahil) kan ve sıhrî hısımları ile eşleri veya bağımsız denetim kuruluşları tarafından müşteriden veya müşteri ile ilgili olanlardan, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bir menfaat elde edildiğinin ortaya çıkması veya bunlara bir menfaat sağlanacağı vadinin, ilgili bağımsız denetçi tarafından bağımsız denetim kuruluşunun yönetimine yazılı olarak bildirilmemiş olması ile (c) bendinde, bağımsız denetim ücretinin, bağımsız denetim sonuçları ile ilgili şartlara bağlanmış olması veya piyasa rayicinden bariz farklılıklar göstermesi, bağımsız denetimin kalitesine dair belirsizlikler yaratması, bağımsız denetim kuruluşu tarafından müşteri işletmeye sunulan diğer hizmetler dikkate alınarak belirlenmesi* bağımsızlığı ortadan kaldıran durumlar olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, anılan Tebliğ düzenlemesi uyarınca denetçinin, denetlenecek şirketten niteliği belirlenen ücret dışında herhangi bir menfaat sağlamaması esas kabul edilmiştir. Tebliğ'in "Bağımsızlık" başlıklı 12'nci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) alt

bendinde yer alan “*Ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarından uzak kalmak*” zorunluluğu da bağımsız denetçilerin kardan pay alması gibi durumları engelleyecek mahiyette bir diğer önemli düzenlemedir.

Bu düzenlemelere bakarken, bağımsız denetim mevzuatının dayanak noktası olan uluslararası denetim standartlarına ve bunların hazırlandığı ortamdaki hukuki normlara da bakmak faydalı olacaktır. Bağımsız denetim uygulamaları ve dolayısıyla düzenlemeleri esas olarak Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde gelişmiş ve olgunlaşmıştır. Bu sistemlerde, yazılı kuralların yanında, hukuki yorumların da önemli sonuçları olduğu tartışmasızdır. Bu çerçevede, yukarıda belirtilen düzenlemeler kapsamında, bir bağımsız denetim kuruluşunun, denetlediği şirketten kar payı almasını yasaklayan doğrudan bir ibare olmasa dahi, bu durumun bağımsızlığı ortadan kaldıracağı ve çıkar çatışmalarına yol açacağı tartışmasızdır.

İİLDENETİM KURULU ÜYELERİNE KAR PAYI ÖDENMESİNİN MALİ MEVZUAT KAPSAMINDA ANALİZİ

Sözlük anlamı olarak kâr, alışveriş işlerinin sağladığı para kazancı, maliyet fiyatı ile satış fiyatı arasındaki farktır.²⁴ Ticaret ortaklıkları bakımından kâr, yıllık hesap devresi içinde ortaklığın gerçekleştirdiği faaliyetler neticesinde, o yılın kâr ve zarar hesabının kâr bakiyesi vermesi ile ortaklık bilançosunun pasif tablosuna yazılan; ortaklığın gelişmesine ve ortaklara dağıtılmaya ayrılan kalemdir.²⁵ Satışlardan elde edilen gelirlerden maliyetlerin çıkarılmasıyla elde edilen tutar karı yansıtmaktadır.²⁶ Bir başka ifadeyle, varlıkların satışı sonucunda oluşan gelirden maliyetin çıkarılması sonucu ulaşılan miktara ticari olarak kar denmektedir.²⁷ Dar anlamıyla kâr, bir hesap dönemi içerisinde satılan

²⁴ Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Cilt 2, Ankara, 1988, s.789.

²⁵ BİRSEL, M. T., **Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı**, İzmir Ege Üniversitesi Matbaası, 1973, s.18; İMREGÜN, O., “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı” **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı**, Cilt I., Beta, İstanbul, 2002, s.415.

²⁶ BELL, H. F., MOSCARELLO, L. C., **Retail Merchandise Accounting**, 3. Baskı, Ronald Press Company, New York, 1961, s.415.

²⁷ MEIGS, W. B., CHARLES E. J., KELLER, T. F., **Advanced Accounting**, McGraw-Hill, Toronto, 1966, s.163, 623, 695.

malların satış tutarıyla bu malların maliyet bedeli arasındaki olumlu farktır. Geniş anlamıyla kâr ise, işletmenin öz kaynaklarında meydana gelen artıştır. Hesap dönemi içinde yapılan faaliyetler sonucunda, işletmenin aktif ve pasif kalemlerindeki değişikliklerin işletmenin öz kaynakları üzerinde bir artış oluşturması durumunda kâr elde edilmiş olur.²⁸

Hissedarlara dağıtılan gelir kar dağıtımı olarak adlandırılır.²⁹ Kar dağıtımı, şirketlerin hissedarlarına yapmış oldukları ödemeleri içermektedir.³⁰ Şirketlerde kâr dağıtımı öncelikle özel hukuku ilgilendiren bir konudur. Ülkemizde bu konudaki düzenlemeler halka açık şirketler için SPKn'da, diğer şirketler için TTK'da yer almaktadır. Oluşum itibarıyla ticaret hukukunun konusu olan kâr dağıtımı, gerek dağıtımı yapan kurum gerekse kâr payını elde edenler gündeme geldiğinde vergi hukukunun da konusu haline gelmektedir.³¹ Kâr payı, pay sahipleri ile kâra katılan diğer kimselere dağıtılmasına karar verilen kârdan, bunların her birine düşen payı ifade eden bir terimdir.³² Ortaklıklarda, işletmeden çekilen kıymetlerin başında, ortaklara, pay sahiplerine ve kara katılan diğer kimselere dağıtılan kârlar yer almaktadır. Kar dağıtımı hesap döneminin kazancının dağıtılması şeklinde olabileceği gibi önceki

²⁸ ATİK, A., KARYAĞDI, N., "Limited Şirketlerde ve Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı", **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı:188, Nisan 1997, s.25; ALTUNCU, H., ARSLAN, B., "Vergi İncelemeleri Sonucu Bulunan Matrah Farklarının Stopaj ve Menkul Sermaye İradı Olarak Durumu-II", **Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog**, Sayı:179, Mart 2003, s.82-83.

²⁹ BRIGHAM, E. F., GAPENSKI, L.C., **Financial Management Theory and Practice**, The Dtdyen Press, Orlando, 1977, s.11.

³⁰ GREGORY, M. N., **Principles of Economics**, Thomson South-Western, 2007, s.791; LAWRENCE G. J., JOEHNK M. D., **Fundamentals of Investing**, 6.Baskı, HarperCollinsCollege, 1996, s.19; STERN, J. M., CHEW, D. H., **The Revolution in Corporate Finance**, 4. Baskı, Blackwell Publishing, 2003, s.104; ROSS, S. A., WESTERFIED, R. W., JORDAN, B. D., **Fundamentals of Corporate Finance**, 4. Baskı, Irwin McGraw-Hill, Boston, 1998, s.503.

³¹ KARYAĞDI, N., "Dağıtılmayan Kârlarla ya da Yedek Akçelerle Zararın Kapatılması Kar Dağıtımı Sayılır mı?", **Vergi Dünyası**, Sayı:238, Haziran 2001, s.109.

³² ÖZ, S., **Gelir Vergisinde vergiyi Doğuran Olay**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.164-165; AKBULAK, S., AKBULAK, Y., **Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler**, Beta, İstanbul, 2004, s.282.

dönemlerde dağıtılmamış karların ve hatta bu amaçla ayrılmış yedek akçelerin de dağıtılması şeklinde olabilir.³³

Kurumlar vergisi, mükellefi anonim şirketlerin beyanı üzerine kurumlar vergisi tarhedilmek suretiyle kurum kazançları vergilendirilir. Vergi sonrası kalan kârın dağıtılması durumunda ise dağıtılan kazançlar üzerinden ayrıca gelir vergisi kesintisi yapılır.³⁴

Denetim kurulu üyelerine kar payı verilmesi durumunda bu kar payının Gelir Vergisi Kanunu'nda sayılan yedi gelir unsurundan hangisine dâhil olduğu, bir başka ifadeyle denetim kurulu üyelerine verilen kar paylarının “ücret” olarak mı yoksa “menkul sermaye iradı” olarak mı nitelendirileceği hususu konumuz açısından önemlidir.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 1'inci maddesinde; gerçek kişilerin gelirlerinin gelir vergisine tabi olduğu, gelirin bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarı olduğu hükme bağlanmış ve 2'nci maddesinde de gelire giren kazanç ve iratlar; ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları, diğer kazanç ve iratlar şeklinde sıralanmıştır.

1. Menkul Sermaye İradı Kapsamında

Gelir Vergisi Kanunu'nun 75'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; sahibinin ticari, zirai veya mesleki faaliyeti dışında nakdi sermaye veya para ile temsil edilen değerlerden müteşekkil sermaye dolayısıyla elde ettiği kar payı, faiz, kira ve benzeri iratlar menkul sermaye iradı olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise kaynağı ne olursa olsun bu fıkrada yazılı iratların menkul sermaye iradı sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca 75'inci maddenin 1'inci fıkrasında yapılan genel tanım kapsamında olmayan bazı iratlar tek tek sayılmak

³³ ERİMEZ, R., **Şirketlerde Kar Dağıtımı Yedek Akçeler ve Vergileme**, Temel Yayınları, İstanbul, 1985, s. 52.

³⁴ YILDIZ, A. M., **Gerçek Kişilerce Elde Edilen Kazanç ve İratların Vergilendirilmesi ve Beyanname Düzenleme Rehberi**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2004, s.170-171; FABOZZI, F. J., MODİGLIANI, F., **Capital Markets: Institutions and Insturments**, 2. Baskı, Prentice Hall, 1996, s.549.

suretiyle menkul sermaye iradı kapsamına alınmış ve bu iratların menkul sermaye iradı olarak vergilendirilmesi amaçlanmıştır.

Bireyler, iktisadi anlamda gelir yaratma faaliyetine katılmadıkları halde, bu faaliyetlere katılmış olan gerçek veya tüzel kişilere finansal kaynak sağlamak suretiyle gelir elde edebilirler. Bireylerin sahip oldukları tasarruflarını finansal kaynağa ihtiyaç duyan kesimlere kullandırmaları karşılığında elde ettikleri ekonomik değerlere "menkul sermaye iradı" denilmektedir.³⁵ Görüldüğü gibi üretim sürecine fiilen katılmaksızın bu işleri yürüten işletmelere mali yatırım yaparak kazanç elde eden kişilerin geliri menkul sermaye iradıdır. Bu gibi durumlarda bireyler, bir işletme kurmaksızın, gerçek ve tüzel kişilere mali açıdan katkıda bulunmak, bir diğer ifadeyle sermaye ihtiyaçlarını karşılamak suretiyle menkul sermaye iradı elde etmektedirler. Menkul sermaye iradının kaynaklandığı iktisadi unsurlar, nakdi sermaye veya para ile ifade olunan değerlerden oluşan sermaye olup, bunların getirileri çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu anlamda sağlanan getiri kar payı, faiz, kira ve benzeri şekillerde gerçekleşebilmektedir. Menkul sermaye iradı niteliğindeki gelirlerde önemli olan nokta, bireylerin kendi mal varlıklarına dâhil olan sermayelerini kendileri dışında iktisadi faaliyette bulunan ve gelir yaratan gerçek ve tüzel kişi işletmelere yatırarak gelir elde etmeleridir.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 75'inci maddesinin 2'nci fıkrasının 3 numaralı bendinde; kurumların idare meclisi başkan ve üyelerine verilen kar payları menkul sermaye iradı olarak tanımlanmıştır. Ancak anılan maddede kurumların "denetim kurulu üyelerine" verilen kar payları menkul sermaye iradı olarak tanımlanmamıştır. Kanun koyucu menkul sermaye iradının genel tanımını yaparken ve ilave olarak bu genel tanım kapsamına girmediği halde menkul sermaye iradı olarak vergilendirilmesini istediği iratları sıralarken kurumların "denetim kurulu" üyelerine verilen kar paylarını bu madde kapsamında menkul sermaye iradı olarak nitelendirmemiştir. Pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine yapılan kar payı ödemeleri mahiyetleri itibariyle 75'inci maddenin 1'inci fıkrasındaki genel tanım kapsamında menkul sermaye iradı olarak nitlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü bu kar payı, sermaye

³⁵ EKİCİ, İ., "Türkiye'de Sadece Menkul Sermaye İradı Elde Eden Dar Mükellef Gerçek Kişilerde Vergilendirme Esasları", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Sayı:552, Şubat 2011, s.116; ALTINDAĞ, M., "2001 Yılında Elde Edilen Menkul Sermaye İratlarının Beyanı", **Yaklaşım**, Sayı:110, Şubat 2002, s.72-73.

dolayısıyla elde edilen bir kar, faiz vs. değildir. Üstelik bu kar payları, bir mesleki faaliyet sonucunda elde edilmiş olduğundan anılan madde kapsamına girmez.

Bu kapsamda yapılan genel tanıma girmediği ve genel tanıma girmemekle beraber kanunla özel olarak menkul sermaye iradı olarak da nitelendirilmediğinden pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine ödenen kar paylarının Gelir Vergisi Kanunu uygulaması açısından menkul sermaye iradı olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemektedir. Kanun koyucunun, Gelir Vergisi Kanunu ile yönetim kurulu üyelerine yapılan kar payı ödemeleri vergilendirilirken denetim kurulu üyelerine yapılan kar payı ödemelerinin vergilendirilmemesi şeklinde bir irade taşıdığını söylemek oldukça güçtür. Bu nedenle, menkul sermaye iradı kapsamına alınmayan denetim kurulu üyelerine verilen kar paylarının “ücret” olarak vergilenip vergilenemeyeceği hususu aşağıda ayrıca irdelenmiştir.

Gelir Vergisi Kanunu’nun 75’inci maddesinde değişiklik yapan 2361 sayılı Kanun³⁶ gerekçesinde, “temetü” terimi yerine, ticaret hukuku esaslarına uygun şekilde “kar payı” teriminin getirildiği ifade edilmiştir. Nitekim, 2361 sayılı Kanun’un yayımı tarihinde yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu’nda “temettü” ve benzeri ibareler yerine “kar payı” ibaresinin kullanılmış olması Gelir Vergisi Kanunu’nda değişiklik yapılırken gerekçede de belirtildiği üzere “ticaret hukuku esaslarına” uygun hareket edildiğini ve bu gayret ve anlayışın hakim olduğunu göstermektedir. Bu yaklaşım sadece lâfzî uygunlukla sınırlı kalamayacağından, TTK uyarınca pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine kar payı ödenemeyeceği şeklinde zımni ya da açık bir esasın varlığı halinde bu esasın da vergi kanunlarına yansıtılması beklenir. Gelir Vergisi Kanunu’nda değişiklik yapılırken, kanun gerekçesinde ticaret hukuku esaslarına uygunluk bir amaç olarak belirtilmiş ve buna uygun hareket edilmişse içerik bağlamında da kar payı dağıtılacak kişiler açısından ticaret hukuku esaslarına uygun düzenleme yapıldığının ve kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunun kabulü zorunludur. Bu uyum gayretinin, TTK uyarınca kar payı ödenmemesi gereken pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine kar payı ödemelerinin menkul sermaye iradı tanımına dâhil edilmeme şeklinde tezahür ettiğini söylemek mümkündür.

Nitekim 2361 sayılı Kanun’un Gelir Vergisi Kanunu’nun 75’inci maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin gerekçesinde; “Kurumların idare

³⁶ 27.12.1980 tarih ve 17203 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

meclisi başkan ve üyelerine verilen kar payları menkul sermaye iradı sayılmaktadır. Daha önce de açıklandığı üzere, ücretin tarifi ile ilgili 61 inci maddenin 3 numaralı bendinden, bu tür ödemeler çıkarılmıştır. Böylece, kurumlarda idare meclisi başkan ve üyelerine verilen kar paylarının ücret adı altında Kurumlar vergisi matrahı dışında bırakılması şeklindeki uygulamanın sakıncaları³⁷ da önlenmiş olacaktır” denilmektedir. Bu gerekçeden de açıkça anlaşılacağı üzere yönetim kurulu üyelerine ödenen kar payları ücret tanımı kapsamından çıkarılarak, bunların ücret olarak vergilendirilmesi yerine menkul sermaye iradı olarak vergilendirilmesi tercih edilmiştir. Ancak bu tercih sadece kar payları ile sınırlı olup Gelir Vergisi Kanunu’nun 61’inci maddesinde sayılan huzur hakkı, tazminat, prim, ikramiye gibi ücret tanımı içinde yer alan diğer ödemeler için geçerli değildir. Kar payı dışında yönetim kurulu üyelerine hizmet karşılığı ödenen bu unsurların ücret olarak vergilendirilmesine devam edilecektir. Tüm bu düzenlemeler yapılırken denetim kurulu üyelerine verilen kar paylarının menkul sermaye iradı tanımına dâhil edilmemesi, Gelir Vergisi Kanunu’nun 75’inci maddesinde bunların yer almaması yukarıda belirtildiği üzere ticaret hukuku esaslarına uyum gayesiyle denetim kurulu üyelerine TTK uyarınca ve denetimin doğası gereği kar payı verilemeyeceği şeklindeki kabulün bilinçli bir sonucu olduğu düşünülmektedir.

2. Ücret Geliri Kapsamında

Gelir Vergisi Kanunu’nun “Ücretin Tarifi” başlıklı 61’inci maddesinin 1’inci fıkrasında ücretin tarifi yapılmıştır. Buna göre ücret; işverene tabi ve belirli bir iş yerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen

³⁷2631 sayılı Kanun gerekçesinde; “kurumlarda idare meclisi başkan ve üyelerine verilen kar paylarının ücret adı altında, kurumlar vergisi matrahı dışında bırakılması şeklindeki uygulama” sakıncalı olarak nitelendirilirken, denetim kurulu üyelerine verilen kar paylarının ücret adı altında kurumlar vergisi matrahı dışında bırakılmasında bir sakınca görülmemesi dikkat çekicidir. Bu yaklaşımın denetim kurulu üye sayısının uygulamada yönetim kurulu üye sayısına kıyasen az olmasından mı, denetim kurulu üyelerine yönetim kurulu üyelerine nazaran daha az kar payı ödeniyor olmasından mı yoksa denetim kurulu üyelerine zaten kar payı verilmesinin mümkün olmadığı yönündeki kabulden mi kaynaklandığı açık değildir. Öte yandan, **yönetim kurulu** üyelerine yapılan kar payı ödemeleri, kurumlar vergisi dışında tutulmalarının önlenmesi amacıyla, ücret geliri kapsamı dışına çıkarılmıştır. Böylece bu kar payları hem kurumlar vergisi hem de gelir vergisine matrah teşkil edecek bir başka ifadeyle bu kar payları üzerinden iki ayrı vergi alınacaktır. Denetim kurulu üyelerine yapılan kar payı ödemeleri için benzer bir düzenlemenin yapılmamış olmasının; bu kar paylarının sadece gelir vergisi kapsamında ücret olarak vergilendirilmesi, yani ayrıca kurumlar vergisine konu olmamaları isteğinden mi yoksa denetim kurulu üyelerine kardan pay verilmesinin TTK uyarınca öngörülmemiş olmasından kaynaklanan bilinçli bir tercih mi olduğu hususunda kanun metninde ve gerekçesinde açık hüküm bulunmamaktadır.

menfaatlerdir. Aynı madde uyarınca ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmemektedir. Ücrete ilişkin tanım ve kapsam bu şekilde belirlendikten sonra anılan maddenin 3'üncü fıkrasında sayılan ödemelerin bu Kanun'un uygulanmasında ücret sayılacağı hükme bağlanmıştır. Sayılan bu ödemeler arasında (4) numaralı bentte; **yönetim ve denetim kurulları başkan ve üyeleriyle** tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler yer almıştır. Bu itibarla yönetim ve denetim kurulları başkan ve üyelerine yapılan; huzur hakkı, tazminat, prim, ikramiye gibi hizmet karşılığı yapılan ödemeler ücret kapsamındadır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 61'inci maddesinde değişiklik yapan 2361 sayılı Kanun gerekçesinde; yeni getirilen hükümlerle, yönetim ve denetim kurulları başkan ve üyeleri ile tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla yapılan ödemelerin veya sağlanan her türlü menfaatlerin ücret sayılmasının öngörüldüğü, bu konuda uygulamada ortaya çıkan tereddütlerin açıklığa kavuşturulduğu belirtilmiştir. Bu gerekçeden; denetim kurulu üyelerine bu sıfatları dolayısıyla yapılan ödemelerin ücret olarak vergilendirilmesinin amaçlandığı anlaşılabilir. Birlikte gerekçede pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine kar payı ödemesi yapılıp yapılamayacağı ya da kar payı ödemesi yapılması durumunda bu ödemenin ücret olarak vergilendirileceği yönünde bir açıklık bulunmamaktadır.

Şirkete hizmet akdi ile bağlı olarak çalışanlara ücretlerinin kara göre ödenmesi son zamanlarda çok uygulanan bir ücret rejimidir. Ödenecek ücretin işletme karına göre hesaplanması, ücretin miktarının saptama şekline başka bir şey olmadığından³⁸ elde edilen kar üzerinden hesaplanan ücretlerin niteliği de diğer ücretler ile aynıdır. Şirketler yönetim kurulu üyelerine ise huzur hakkı adı verilen, oturum başına ya da haftalık, aylık veya yıllık olarak belli ve maktu ücret ödenmesi ya da doğacak kardan belli bir oranda pay verilmesi yoluna gitmektedirler. Uygulamada çoğunlukla hem huzur hakkı hem de kar payı verilmektedir. Ücretin oturum başına ya da aylık haftalık veya yıllık olarak saptanması halinde, yönetim kurulu üyelerine yapılan ödemelerin ücret sayılacağı hususunda görüş birliği vardır.³⁹ Danıştay, yönetim kurulu üyelerine bu

³⁸ ERİMEZ, a.g.e., s. 209.

³⁹ ERİMEZ, a.g.e., s. 210-211.

sıfatları nedeniyle yapılan “huzur hakkı” ödemelerini ücret olarak nitelendirmiştir.⁴⁰ Yönetim kurulu üyelerine benzer şekilde denetim kurulu üyelerine de bu görev ve sıfatları nedeniyle şirketler tarafından hizmet karşılığı olarak yapılan huzur ödemelerinin “ücret” kapsamında vergilendirilmesi gerekir.

Kanun koyucu Gelir Vergisi Kanunu’nun 61’inci maddesinin 3’üncü fıkrasının 4 numaralı bendinde; menkul sermaye iradına ilişkin kapsamı belirlediği Gelir Vergisi Kanunu’nun 75’inci maddesinin 2’nci fıkrasının 3 numaralı bendinden farklı olarak yönetim kurulu üyeleri dışında denetim kurulu üyelerini de sayarak bu kişilere bu sıfatları dolayısıyla yapılan ödemelerin ücret kapsamında vergilendirilmesini amaçlamıştır. Yönetim kurulu üyelerine yapılan kar payı ödemeleri Gelir Vergisi Kanunu’nun 75’inci maddesi uyarınca menkul sermaye iradı olarak nitelendirildiğinden ücret tanımı kapsamında vergilendirilemez. Zira Gelir Vergisi Kanunu’nun 75’inci maddesi gereğince menkul sermaye iradı kapsamına sadece yönetim kurulu üyelerine yapılan kar payı ödemeleri girmektedir. Denetim kurulu üyelerine kar payı ödemesi yapılması durumunda bu ödemeler Gelir Vergisi Kanunu’nun 75’inci maddesinde tadadi olarak sayılan ödemeler arasında yer almadığından Anayasa’nın 73’üncü maddesinde hükme bağlanan “vergilerin kanuniliği ilkesi” gereğince menkul sermaye iradı olarak vergilendirilemeyecektir.

Ayrıca; Gelir Vergisi Kanunu’nun 61’inci maddesinin 2’nci fıkrasındaki; ücretin huzur hakkı veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği şeklindeki hüküm de pay sahibi olmayan denetçiye şayet kar payı verilmiş ise bunun ücret geliri kapsamında vergilendirilmesini mümkün kılmaktadır.⁴¹

⁴⁰ Danıştay 4.D., 20.05.1993. E.1991/1599, K.1993/2382 ve 25.03.1994, E.1993/3559, K.1994/1827.

⁴¹ Gelir Vergisi Kanunu’nun 94/1 maddesinde, hizmet erbabına ödenen ücretler ile Gelir Vergisi Kanunu’nun 61’inci maddesinde yazılı olup ücret sayılan ödemelerden Gelir Vergisi Kanunu’nun 103’üncü ve 104’üncü maddelerine göre gelir vergisi tevkifatı yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm ücret ve ücret sayılan ödemeleri kapsar. Dolayısıyla bu hükme istinaden denetim kurulu üyelerine hizmet karşılığı olarak ödenen ve Gelir Vergisi Kanunu’nun 61’inci maddesi kapsamına giren huzur hakkı, tazminat, prim, ikramiye gibi ödemeler için tevkifat söz konusudur. Yapılacak tevkifat, 103 üncü maddede yer alan artan oranlılıktan etkilenecektir. Gelir Vergisi Kanunu’nun 94/6-b maddesinde; tam mükellef kurumlar tarafından tam mükellef gerçek kişilere, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara ve bu vergiden muaf olanlara dağıtılan, Gelir Vergisi Kanunu’nun 75’inci maddesinin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı kar paylarından % 15 oranında gelir vergisi tevkifatı yapılacağı hükmü yer almaktadır. Gelir Vergisi Kanunu md. 22/2 uyarınca kar paylarının yarısı gelir

3. Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi Anlaşmaları Kapsamında

Temettü konusu, ülkemiz ile çeşitli devletler arasında imzalanan Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının genellikle 10'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşmalarında daha çok OECD model hükümleri yer almakla birlikte bazı farklılıklar da söz konusu olabilmektedir. Benzer hükümler içermesi nedeniyle, Türkiye ile İngiltere arasında imzalanan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının⁴² "Temettüler" başlıklı 10'uncu maddesine aşağıda yer verilmiştir:

1. *Bir Akit Devletin mukimi olan bir şirket tarafından diğer Akit Devlet mukimine ödenen temettüler, bu diğer Devlette vergilendirilebilir.*
2. *Bununla beraber sözkonusu temettüler, ödemeyi yapan şirketin mukimi olduğu Devletçe de kendi mevzuatına göre vergilendirilebilir; ancak temettünün gerçek lehdarı diğer Akit Devletin mukimi ise bu şekilde alınacak vergi aşağıdaki oranları aşamayacaktır:*
 - a) *Temettünün gerçek lehdarı, temettü ödeyen şirketteki oy gücünün en az % 25' ini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kontrol eden bir şirket ise, gayrisafi temettü tutarının yüzde 15'i;*
 - b) *Tüm diğer durumlarda gayrisafi temettü tutarının % 20'si.*
3. *Bu maddede kullanılan "temettü" terimi, hisse senetlerinden, intifa senetlerinden veya intifa haklarından, kurucu hisse*

vergisinden istisnadır. İstisna edilen tutar dahil kar payları üzerinden 94'üncü madde uyarınca tevkifat yapılır. İstisna dışında kalan tutar Gelir Vergisi Kanunu'nun 86'ncı maddesinde göre Gelir Vergisi Kanunu'nun 103'üncü maddesinde yazılı tarifenin ikinci gelir diliminde yer alan tutarı aşarsa yıllık beyanname ile beyan edilecektir. Kar payının beyanı halinde kurum bünyesinde yapılan tevkifatın tamamı yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilecektir. Mahsup sırasında tevkifat yoluyla kesilen verginin beyanname ile hesaplanan vergiden fazla olması halinde kalan tutar iade edilecek, aksi takdirde hesaplanan vergi iki eşit taksitte ödenecektir. Bu itibarla, denetim kurulu üyelerine ödenen kar paylarının menkul sermaye iradı ya da ücret olarak nitelendirilmesi vergilendirme bakımından farklı sonuçlar doğuracaktır.

⁴² 19.02.1986 tarihinde imzalanan bu anlaşma 19.10.1988 tarih ve 19964 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

senetlerinden veya alacak niteliğinde olmayıp kazanca katılmayı sağlayan diğer haklardan elde edilen gelirleri, bunun yanı sıra dağıtımı yapan şirketin mukimi olduğu Devletin mevzuatına göre, hisse senedi geliri addedilen diğer şirket haklarından elde edilen gelirleri ifade eder. Terim aynı zamanda, temettü ödeyen şirketin mukimi olduğu Akit Devletin mevzuatına göre temettü ve şirket dağıtımı muamelesi gören diğer herhangi bir unsuru (bu Anlaşmanın 11 inci maddesi hükümlerine göre vergi indirimine tabi tutulan faizler hariç) kapsamına alır.

4. Bu Anlaşmanın diğer hükümlerine bakılmaksızın, bir Akit Devlet mukimi bir şirket, diğer Akit Devlette sahip olduğu bir işyeri vasıtasıyla kazanç elde ederse, sözkonusu kazançlar, diğer Akit Devletin mevzuatına göre (diğer Akit Devletin mukimi olan şirketlerin kazançları üzerinden alınan vergiye ilaveten) vergilendirilebilir; ancak bu durumda sözkonusu kazanç üzerinden alınacak verginin oranı yüzde 15'i geçmeyecektir.
5. Bir Akit Devlet mukimi olan gerçek temettü lehdarı, temettüyü ödeyen şirketin mukim olarak bulunduğu diğer Akit Devlette yer alan bir işyeri vasıtasıyla ticari faaliyette bulunursa veya bir Türkiye mukimi, Birleşik Krallık'da bulunan bir sabit yeri kullanarak Birleşik Krallık'da serbest meslek faaliyetinde bulunursa ve sözkonusu temettü elde ediş olayı ile işyerinin ya da sabit yerin arasında etkin bir bağ bulunmaktaysa, bu Maddenin 1 inci ve 2 nci fıkraya hükümleri uygulama dışı kalacaktır. Bu durumda, olayına göre, 7 nci veya 14 üncü Madde hükümleri uygulanacaktır.
6. Bir Akit Devlet mukimi olan bir şirket diğer Akit Devletten kazanç elde ettiğinde, bu diğer Devlet, bu şirket tarafından ödenen temettüler üzerinden herhangi bir vergi alamaz. Bunun istisnasını, sözkonusu temettülerin bu diğer Devletin mukimlerinden birine ödenmesi veya temettü elde ediş olayı ile bu diğer Devlette bulunan bir işyeri veya sabit yer arasında etkin bir bağ bulunması oluşturur. Aynı şekilde bu diğer Devlet,

bir şirketin dağıtılmayan kazançları üzerinden de bir dağıtılmayan kazanç vergisi alamaz. Dağıtılan temettülerin veya dağıtılmamış kazancın tamamen veya kısmen bu diğer Devlette elde edilen kazançtan oluşması durumu değiştirmez.”

Gerek bu maddenin gerek anılan Anlaşmanın bütününe tetkiki sonucunda; kar payı ödemesi yapılacak kişilerin ayrıntılı olarak belirlenmediği, bir başka ifadeyle pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine kar payı ödemesi yapıp yapılamayacağı hususuna münhasır bir belirlilik bulunmadığı görülmektedir.

Benzer şekilde, Türkiye ile Fransa,⁴³ Almanya,⁴⁴ Yunanistan,⁴⁵ İtalya,⁴⁶ Amerika Birleşik Devletleri,⁴⁷ Güney Afrika Cumhuriyeti,⁴⁸ Birleşik Arap Emirlikleri⁴⁹ ve diğer ülkeler arasında imzalanan çifte vergilemenin önlenmesi anlaşmalarında da kar payı ödemesi yapılacak kişiler ayrıntılı olarak belirlenmemiş olduğundan bu anlaşmalarda da denetim kurulu üyelerine kar payı ödemesi yapıp yapılamayacağı hususunda bir belirlilik bulunmamaktadır. Dolayısıyla mevcut çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşmalarından hareketle, pay sahibi olmayan denetim kurulu üyesine ya da denetçiye kar payı ödenip ödenemeyeceği sonucuna ulaşmada bir dayanak temin edilememiştir.

⁴³ 18.2.1987 tarihinde imzalanan bu anlaşma 10.4.1989 tarih ve 20135 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁴ 16.4.1985 tarihinde imzalanan bu anlaşma 9.7.1986 tarih ve 19159 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁵ 2.12.2004 tarihinde imzalanan bu anlaşma 2.3.1996 tarih ve 25390 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁶ 27.7.1990 tarihinde imzalanan bu anlaşma 9.9.1993 tarih ve 21693 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁷ 28.3.1996 tarihinde imzalanan bu anlaşma 31.12.1997 tarih ve 23217 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁸ 3.3.2005 tarihinde imzalanan bu anlaşma 20.11.2006 tarih ve 26352 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁹ 29.1.1993 tarihinde imzalanan bu anlaşma 27.12.1994 tarih ve 22154 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

SONUÇ

6762 sayılı mülga TTK'da “pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine” ve 6102 sayılı TTK'da ise “denetçilere” anonim şirket karından kar payı ödenip ödenmeyeceği hususunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Benzer şekilde, Sermaye Piyasası Kanunu ve bu Kanuna istinaden yayımlanan ikincil mevzuat düzenlemelerinde de pay sahibi olmayan denetim kurulu üyesi ve denetçilerin kar payı alamayacağına ilişkin bir yasak yer almamakla birlikte kar payı ödenecek kişiler arasında denetim kurulu üyeleri ve denetçiler sayılmamıştır. Pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine ya da denetçilere kar payı verilmesinin; denetim amaç ve kapsamıyla bağdaşmayacağını, denetim kurulu üyelerinin denetim görev ve yetkilerini kullanırken mevzuata ve ana sözleşmeye uygunluk yerine karın artırılması amacına yönelik hareket etmelerine yol açabileceğini, denetçinin bağımsızlığını ortadan kaldırmayacağını, çıkar çatışmasına sebebiyet verebileceğini söylemek mümkündür. Bu itibarla, TTK ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan yönetim kurulu üyelerine kar payı verilmesine ilişkin açık düzenlemelere rağmen denetim kurulu üyelerine kar payı verilip verilmeyeceği hususunda bir hükmün yer almamasının, denetimin amacı ve mahiyeti gereği kanun koyucunun pay sahibi olmayan denetçilere kar payı ödenmemesi gerektiği yönündeki iradesini yansıttığı kabul edilebilir.

Vergi kanunlarında yer alan hükümlerden; yönetim kurulu başkan ve üyelerinin bu sıfatları dolayısıyla kar payı alabileceği ve bu ödemenin menkul sermaye iradı olarak tanımlandığı, buna rağmen pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerinin bu sıfatları nedeniyle kar payı alabileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Kar paylarının dâhil olduğu gelir grubu olan menkul sermaye iratlarına ilişkin tanım ve kapsam içinde denetim kurulu üyelerine ya da denetçilere ödenen kar payları yer almamıştır. Kanun koyucunun pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine yapılan kar payı ödemelerini menkul sermaye iradı tanımı kapsamında hükme bağlamamış olması bu kişilere TTK uyarınca kar payı ödenmemesi gerektiği yönündeki görüşü kuvvetlendirmektedir. Öte yandan, denetim kurulu üyelerine yapılan kar payı ödemelerinin menkul sermaye iradı tanımı içinde zikredilmemiş

olmasının, bunların vergilendirilmemek istenmesinden, bir başka ifadeyle vergi dışı tutulmak istenmesinden kaynaklandığı yönünde ileri sürülebilecek diğer bir görüşün Gelir Vergisi Kanunu sistematigi içinde kabul edilebilir bir dayanağı bulunmamaktadır. Zira, kanun koyucu yönetim kurulu üyelerine ödenen kar paylarını vergilendirirken denetim kurulu ya da denetçilere ödenen kar paylarını vergi dışı tuttuğu şeklindeki görüşün mali güce göre vergileme, vergilemede adalet gibi vergileme ilkeleri ile de bağdaşması güçtür. Bu itibarla, vergi kanunlarında yer alan düzenlemelerin, pay sahibi olmayan denetim kurulu üyesine kar payı verilmemesi gerektiği yönündeki kabulü desteklediği düşünülmektedir. Bir başka ifadeyle kanun koyucu yönetim kurulu başkan ve üyelerine yapılan kar payı ödemelerini açıkça menkul sermaye iradı tanımına dâhil ederken denetim kurulu üyelerine yapılan kar payı ödemelerinin dâhil olduğu gelir unsurunu belirtmemiş olması, denetim kurulu üyelerine kar payı ödeneceği yönünde bir ibareyi kullanmamış olması; TTK ve denetim faaliyetinin mahiyeti gereği denetçilere doğrudan şirket karından pay verilmesi yaklaşımını benimsenmediği yönünde bir işaret olarak kabul edilebilir. 6102 sayılı TTK ile düzenlenen bağımsız denetim sözleşmesinin isimli bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda, bu sözleşme uyarınca ödenen ücretin -bir işverene iş akdiyle bağlı olarak çalışma karşılığı ödenen bir ücret olmadığından- ücret geliri olarak değil, serbest meslek kazancı ya da ticari kazanç kapsamında vergilendirilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda da bağımsız denetim sözleşmesiyle; denetçiye ücret dışında kardan pay verilip verilemeyeceği ya da bağımsız denetim ücreti olarak şirket karının belli bir oranının belirlenip belirlenemeyeceği hususundaki tartışma geçerliliğini koruyacaktır.

Konunun açık bir kanun hükmü ile düzenlenmemiş olmasından kaynaklanan tereddüt ve duraksamalara rağmen, bazı anonim şirketler tarafından pay sahibi olmayan denetim kurulu üyelerine kar payı verilmesi uygulamada karşılaşılan bir durumdur.

Her ne kadar 6102 sayılı TTK ile denetim kurulu yapısı kaldırılarak bağımsız denetim şeklinde denetçi tabanlı bağımsız denetim sistemi getirilmiş olsa da bu denetçilere bağımsız denetim sözleşmesi ile ya da

şirket ana sözleşmesi ile kar payı dağıtılıp dağıtılmayacağı hususu 6762 sayılı mülga TTK’da olduğu gibi yürürlükteki 6102 sayılı TTK açısından da belirsizdir. Bir başka ifadeyle, yapılacak bağımsız denetim sözleşmesi ya da şirket ana sözleşmesine konulacak bir hükümlerle denetçilere kar payı, kardan belli bir yüzde verilebileceği yönünde tesis edilecek bir düzenlemenin 6102 sayılı TTK hükümlerine uyumu hususu da benzer gerekçelerle tartışmaya açıktır. 6102 sayılı TTK ile denetimde mesleki yönden uzmanlaşmanın ve meslek etiğine bağlı olarak bir denetimin gerçekleştirilmesi amaçlandığı dikkate alındığında, doğurabileceği çıkar çatışmaları nedeniyle şirkette pay sahibi olmaları mümkün olmayan denetçilerin kardan pay almalarının kanun düzeyinde bir düzenleme ile açıkça engellenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. 6102 sayılı TTK 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmekle birlikte, 31 Mart 2013 tarihine kadar denetim kurulu ve murakıplık sisteminin devam edeceği de dikkate alınarak meselenin bir kanun düzenlemesi ile açıklığa kavuşturulması ticaret, sermaye piyasası ve vergi hukuku açısından yaşanan belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

- A. Murat Yıldız**, Gerçek Kişilerce Elde Edilen Kazanç ve İratların Vergilendirilmesi ve Beyanname Düzenleme Rehberi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Ahmet Atik, Nazmi Karyağdı**, “Limited Şirketlerde ve Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı:188, Nisan 1997.
- Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Cilt 2, Ankara, 1988.
- Aytaç Köksal**, Bağımsız Denetim Sözleşmesi, Beta, İstanbul, 2009.
- Aytekin Çelik**, Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2005.
- Bünyamin Öztürk**, Sermaye Şirketlerinde Kurumlar Vergisi ve Kar Dağıtımı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.
- Eugene F. Brigham, Louis C. Gapenski**, Financial Management Theory and Practice, The Dtdyen Press, Orlando, 1977.
- Fabozzi Frank J., Modigliani Franco**, Capital Markets: Institutions and Insturments, 2. Baskı, Prentice Hall, 1996.
- Fahiman Tekil**, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1993.
- Gitman Lawrance J., Joehnk Micheal D.**, Fundamentals of Investing, 6.Baskı, HarperCollinsCollege, 1996.
- Gönen Eriş**, Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- Hasan Altuncu, Bekir Arslan**, “Vergi İncelemeleri Sonucu Bulunan Matrah Farklarının Stopaj ve Menkul Sermaye İradı Olarak Durumu-II”, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog, Sayı:179, Mart 2003.
- Hermon F. Bell, Louis C. Moscarello**, Retail Merchandise Accounting, 3. Baskı, Ronald Press Company, New York, 1961.

- İskender Ekici**, “Türkiye’de Sadece Menkul Sermaye İradı Elde Eden Dar Mükellef Gerçek Kişilerde Vergilendirme Esasları”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı:552, Şubat 2011.
- İslam Çankaya**, Gelir Tablosu ve Kar Dağıtımı, 1994.
- İsmail Doğanay**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2004
- Joel M. Stern, Donald H. Chew**, The Revolution in Corporate Finance, 4. Baskı, Blackwell Publishing, 2003.
- Mahmut T. Birsnel**, Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı, İzmir Ege Üniversitesi Matbaası, 1973.
- Mankiw N. Gregory**, Principles of Economics, Thomson South-Western, 2007.
- Mehmet Altındağ**, “2001 Yılında Elde Edilen Menkul Sermaye İratlarının Beyanı”, Yaklaşım, Sayı:110, Şubat 2002.
- Nazmi Karyağdı**, “Dağıtılmayan Kârlarla Ya Da Yedek Akçelerle Zararın Kapatılması Kar Dağıtımı Sayılır Mı?”, Vergi Dünyası, Sayı:238, Haziran 2001.
- Oğuz İmregün**, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı” **Prof. Dr. Ömer Teoman’a** 55.Yaş Günü Armağanı, Cilt I., Beta, İstanbul, 2002.
- Oğuz İmregün**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Sekizinci Bası, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1987.
- Orhan Nuri Çevik**, Uygulamada Şirketler Hukuku, İkinci Baskı, Ankara, 1994.
- Rüştü Erimez**, Şirketlerde Kar Dağıtımı Yedek Akçeler ve Vergileme, Temel Yayınları, İstanbul, 1985.
- Semih Öz**, Gelir Vergisinde vergiyi Doğuran Olay, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.
- Sevinç Akbulak, Yavuz Akbulak**, Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, Beta, Ağustos, İstanbul, 2004.

- Stephen A. Ross, Randolph W. Westerfied, Bradford D. Jordan,** Fundamentals of Corporate Finance, 4. Baskı, Irwin McGraw-Hill, Boston, 1998.
- Walter B. Meigs, Charles E. Johnson, Thomas F. Keller,** Advanced Accounting, McGraw-Hill, Toronto, 1966.
- Yasin Ulusoy,** Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetim, Seçkin, Ankara, 2007.

NORMATİF DÜZEN KALİTESİ*

Doç.Dr. Müslüm AKINCI**

ÖZET

Normatif düzen, belli bir kalite ölçütüne uymak zorundadır. Hukuk ve adalet toplumun temeli olduğuna göre, toplumsal yaşam öngörülebilir, anlaşılabilir, tutarlı bir norm dizgesiyle sağlanabilir. Parlamento çoğunluğu ya da tali düzenleyici iktidar olarak yürütme erki kural koyarken bu gerekleri göz önünde tutmalıdır. Aksi takdirde, norm yoluyla kaos yaratma hukuka olan saygı ve güveni yok eder.

Anahtar Kelimeler: normatif düzen, yasa yapma tekniği, açıklık, istikrar, ulaşılabilirlik, genellik

NORMATIVE ORDER QUALITY

ABSTRACT

Normative order, must comply with a certain quality criteria. As Law and justice are basis of the society, social life can be provided by predictable, understandable, consistent normative system. Majority in the parliament or executive power as a secondary regulatory ruling power must take into account these requirements when they rule making. Otherwise, a normative chaos may destroy the respect and confidence of law.

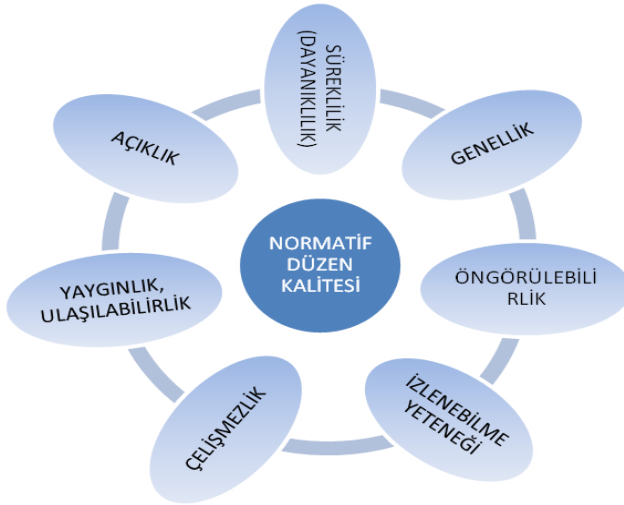
Keywords: normative order, law-making technique, clarity and predictability, stability, accessibility, generality.

* Bu makale, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü tarafından 11-12 Mayıs 2012 tarihinde düzenlenmiş olan Yasama Tekniği Eğitim Semineri'nde sunulan bildiri esas alınarak hazırlanmıştır.

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD

GİRİŞ

Hukuk kuralları özünde toplumsal düzeni sağlamak için konur. “Düzen” (order), söz ve anlam itibariyle az – çok bir istikrar (stability) çağırıştır.¹ Norm koyma iktidarı ile devlet, toplumsal düzeni sağlamak adına kaos yaratamaz. Demokratik yönetimler yurttaşlarının “en iyi yararına” (the best interests of their citizens) olacak biçimde hizmet etmekle mükelleftir.² Hukuk devletinde normatif hukuk düzeninin bireylere hukuk güvenliğini sağlayabilmesi için birtakım kalite ölçütlerine (quality standards) uygun olması gerekir.



“Normatif düzen kalitesi” olarak tanımlayabileceğimiz başlıca ölçütler³

¹ Sassöli, Marco (2005) “Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers”, *The European Journal of International Law* Vol. 16 no.4 EJIL, s.668 vd.

² “Evaluate the Quality of Legislative Bills”, <http://www.qualityoflaws.com/design-standards/veto-substandard-bills.aspx>

³ Fuller, L.Lon, (1964), *The Morality of Law* 42-44’den aktaran Fallon, H. Richard, (1997) “The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, Vol.97, January 1997, No.1, Columbia: Columbia Law Review Association Inc. shf. 8

1. **GENELLİK** (*generality*), kanunun genel olması belli bir kişiye değil, fakat uygulanabileceği bütün kişilere hitabeden kurallar içermesidir.
2. **YAYGINLIK, ULAŞILABİLİRLİK** (*accessibility*): Mevzuatın, istendiğinde ilgilileri tarafından rahatça ulaşıp okunabilecek nitelikte olması gerekir.
3. **AÇIKLIK** (*understandable, clear and predictable*): basit cümle yapısı, kapsam ve içerik yönünden normun sınırlarının belli olması, ortalama insanın anlayabileceği duruluk ve sözdizimi ile ifade edilmiş olması gerekir. Hukuki kesinlik (*legal certainty*) duraksamaya yer vermeyecek bir anlamlandırma durumunu ifade eder.⁴ Hukuk dilbilimcileri (*lawyer-linguist*) tarafından yasa tasarılarının önceden okunup değerlendirilmesi gerekir.

“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvencilerle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal

⁴ AİHM’nin **Baranowski v. Poland** ile **Jėčius v. Lithuania** kararlarında bu açıkça ortaya konmaktadır. Bkz., **Macovei, Monica, (2002) The right to liberty and security of the person, A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights**, <http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/D7297F8F-88DB-42B0-A831-FB4D1223164A/0/DG2ENHRHAND052004.pdf>

düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”⁵

Öte taraftan yasa yapıp yürürlüğe konulduktan sonra uygulamacıların da tereddütte kalmayacağı biçimde düzenlenmiş olması gerekir.

4. **ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK** (foreseeability): Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. “Öngörülebilirlik Şartı” olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında ilgili kimselerin nasıl bir hukuki akibete uğrayacakları, hangi hakları elde edebilecekleri, yaptırım sözkonusu ise nasıl bir yaptırıma uğrayacaklarını öngörebilmeleri gerekir. Özellikle idareye takdir yetkisi veren durumlarda takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngörebilecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Sarahat ve vuzuh gerekleriyle bütün olarak öngörülebilirlik kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idare bakımından da istikrar sağlanır.
5. **ÇELİŞMEZLİK**(consistency): Genel kanun-özel kanun; önceki kanun-sonraki kanun; genel hükümler-özel hükümler karşıtlamında normatif düzenlemenin çelişkiler yumağına dönüşmesi ciddi hak ihlallerine yol açabilir.
6. **İZLENEBİLME YETENEĞİ**: Meri mevzuat sistematik ve istikrarlı bir bütünlüğü içermelidir. Yürürlüğe konan her düzenleme muhatabı olan kişiler yönünden bundan sonraki yaşamını ona göre düzenleme durumunu yaratır. Kısa zaman dilimi içinde değişen bir mevzuatın izlenmesi zorlaşır, ilgilileri bakımından da kaotik bir istikrarsızlık doğurur.

⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 26.01.2012 tarih ve E 2011/6, K. 2012/16 sayılı kararına ilişkin başvuru dilekçesinde yer alan gerekçe bölümünden.

7. **SÜREKLİLİK (DAYANIKLILIK):** Norm, yapıp yürürlüğe konulmakla kuramsal olarak öngörülme bir zaman süresi boyunca yürürlükte kalacağı, toplumun yaşamını buna göre düzenleyeceği varsayılır. Zamanın şartlarına uymayıp aslında değişmesi gereken durumların haricinde, mevzuatın zamansal varoluşu hukuka olan saygı ve güveni artırır.

➤ **Norm koyma iktidarının sınırları var mı?** Evet var:

1. Hukukun evrensel ilkeleri (Yukarıda sıralananlar)
2. Anayasa Mahkemesi Kararları.

* Any. 138/4: “Yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır”

* Any. 153/1: “Anayasa Mahkemesi kararları kesindir.”

3. AİHM kararları (Jurisprüdansların) Any. 90. maddesi gereğince iç hukuktaki etkisinin doğal bir sonucudur.

Adaletle ulaşmayı engelleyen önemli bir neden de “*normatif kaos*”tur Sürekli değişen, belirsiz düzenlemeler içeren, izlenebilirlik yeteneğini kısıtlayan, öngörüye olanak tanımayan, benzer konuda düzenleme getiren normlarla çatışan bir mevzuat kaosunda bireylerin nasıl bir hukuksal koruma görecekleri elbette ki şüphelidir. . Bir hukukçunun bile izlemekte ve ilişkilendirmekte zorlandığı mevzuat dizgesinin çokluğu ve karmaşıklığı sıradan bir vatandaşın hak aramasını oldukça zorlaştırmaktadır. Özellikle ülkemiz bakımından son yıllarda çok sık değişen mevzuat gerçekten de izlenmeyi ve anlaşılmayı zorlaştırmıştır. Bu nedenle bir kere uygulanmakla tükenmeyen, açık, anlaşılır, aynı konuyu düzenleyen öteki normlarla çelişmeyen kuralların konma zorunluluğu bulunmaktadır.⁶

⁶ **Scalia**, Damien (2008) “A few thoughts on guaranties inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes” **International Review of the Red Cross**, Volume 90 Number 870 June, 343

Normun olması gereken niteliği hakkında AİHM'nin yaklaşımı büyük ölçüde istikrar kazanmış durumdadır: **Ör. Karademirci ve Diğerleri - Türkiye Davası** (25/01/2005)'nda Mahkeme, süregelen kararlarında yer alan "**yasayla öngörülmüş olmak**" ifadesinin, yalnızca suç sayılan tedbirin iç hukukta yasal bir dayanağının olmasını değil, aynı zamanda sözkonusu yasanın yeterliğini de gözettiğini hatırlatır: "sözkonusu yasa, yargılanacak kişiler için erişilebilir ve öngörülebilir olmalıdır (Bkz.diğerleri arasında, Rotaru-Romanya [GC], no: 28341/95, § 52, CEDH 2000-V, Gaweda-Polonya, no: 26229/95, § 39, CEDH 2002-II, ve Maestri-İtalya [GC], no: 39748/98, § 30, CEDH 2004).AİHM davanın özel koşulları ışığı altında, yasanın yeterliliği koşuluna uyulup uyulmadığını araştırarak ve sözkonusu yasanın erişilebilir ve öngörülebilir olup olmadığını inceleyecektir.

Erişilebilirlik konusunda AİHM, 2908 sayılı Kanun'un 44. ve 82. maddelerinin bu kriteri sağladığını, zira sözkonusu kanunun 7 Ekim 1983 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandığını tespit etmiştir. Dolayısıyla AİHM kanunun erişilebilirlik kriterine uyduğu sonucuna varmıştır.

Öngörülebilirlik konusuna gelince, AİHM ulusal mevzuatın, sendika yöneticilerinin basın toplantısı ve yazılı basın açıklaması yapacakları koşulları yeterince net bir şekilde belirtip belirtmediğini inceleyecektir (mutadis mutandis, Maestri, adıgeçen karar, § 34).

AİHM sözkonusu 44. maddenin muğlâk ve açık olmayan kelimeler kullandığını, özellikle de "benzeri yayınlar" ifadesinin böyle olduğunu ve yargıçlara geniş bir takdir yetkisi tanıdığını kabul etmiştir.

AİHM, yasaların mutlak bir kesinlik içinde hazırlanmasının güç olabileceğini ve şekil ve şartların uygulama alanını belirlemede ulusal mahkemelere belirli bir esneklik payı tanınabileceğini de dile getirmiştir.

Hukuki bir düzenleme ne kadar açık bir dille kaleme alınmış olursa olsun, mahkemelerin kısmen yorumda bulunması kaçınılmazdır. Daima açık olmayan noktaları aydınlığa kavuşturmak ve sözkonusu hükmü değışen koşullara uyarlamak gerekecektir (E.K.-Türkiye, no: 28496/95, § 52, 7 Şubat 2002)."

“Aktif Yasama Faaliyeti”nden “Yasama Enflasyonu”na

Yasama faaliyeti hem bir süreci, hem de bu sürecin ürünü; yani milli irade adına bir işleyiş ve istenileni ifade eder. Burada istenilen (gewolltes), kamu yararı amacıyla belli bir toplumsal ilişkiye yeni bir biçim vermektir. Son yıllarda doğrusu bir “**yasama enflasyonu**” (legislative inflation)’ndan söz edilebilir. Belli bir alana ait mevzuatın yıllar geçmesine karşın değişmeden kalması nasıl ki normal bir durum değilse, sık sık değişmesi de bir o kadar normal değildir. Başdöndürücü hızla değişen mevzuatın “izlenebilme yeteneği” bakımından nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulacağı ortadadır.

Üst norm olarak Anayasa’dan başlamak gerekirse, karşılaştırma yapmak bakımından iki örnek vererek açıklık getirmeye çalışalım:

- İsveç’te 1974’den beri yürürlükte olan, (13 bölüm ve toplam 156 maddeden oluşan) Esas Teşkilat Kanunu’nda şimdiye kadar (1976 ve 1979’da olmak üzere iki kez) değişiklik yapılmıştır.
- 1789 tarihli Amerikan Anayasası yürürlükte olduğu 222 yıllık bir zaman diliminde sadece 27 kez değiştirilmesine (amendment) karşın,
- 1982 Anayasamız (9 Kasım 1982 günlü RG’de yayınlanıp yürürlüğe girdiği) 29 yıllık ömründe 17 kez (118 maddesi) değiştirilmiştir!...

Anayasa Değişiklikleri

1. 1987 yılı Anayasa değişikliği (3361 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 4
2. 1993 yılı Anayasa değişikliği(3913 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 1
3. 1995 yılı Anayasa değişikliği (4121 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 15
4. 1999 yılı Anayasa değişikliği (4388 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 1
5. 1999 yılı Anayasa değişikliği (4446 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 3

6. 2001 yılı **Anayasa** değişikliği(4709 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 33
7. 2001 yılı **Anayasa** değişikliği (4720 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 1
8. 2002 yılı **Anayasa** değişikliği (4777 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 2
9. 2004 yılı **Anayasa** değişikliği (5170 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 10
10. 2005 yılı Anayasa değişikliği (5370 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 1
11. 2005 yılı **Anayasa** değişikliği (5428 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 5
12. 2006 yılı **Anayasa** değişikliği (5551 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 1
13. 2007 yılı Anayasa değişikliği (5659 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 1
14. 2007 yılı **Anayasa** değişikliği (5678 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 7
15. 2007 yılı **Anayasa** değişikliği (5697 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 2
16. 2008 yılı **Anayasa** değişikliği (5735 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 2
17. 2010 yılı **Anayasa** değişikliği (5982 sayılı kanun), Değiştirilen madde adedi: 28

Bu değişiklikler öğretilerde ve kamuoyunda yetmez bulunmuş, silbaştan yeni bir Anayasa'ya umutlar ayarlanmıştır. Evet, Anayasalar toplumsal değişim dinamiğinin gerisinde kalamaz, ama sürekli bir yenileme çabası da bir anomaliye işaret eder. Bir an için karşılaştırmalı veriler gözönüne alındığında, Türkiye'mizin toplumsal değişim hızının, yukarıda sergilenen (atom çağındaki) Amerika veya İsveç yapısına kıyasla çok daha önde olduğu çıkarsaması akla gelse de, esasında ayrıntıya inilince durumun böyle olmadığı anlaşılmaktadır. Toplumsal bilinç dinamiğinin eritemediği (zihnimizde duran) statik klişeler ile hükmettiği

toplumun özvarlıklarını ihmal edici mekanik bir özenti ya da bastırıcı/zorlayıcı dış etkenlerle yaratılmaya çalışılan Anayasal değişim çabası sürgit bir kör dövüşü ve sağırklar diyalogundan öte geçmemektedir.

Peki, kanun düzeyindeki hukuk kurallarında durum nedir?

Doğrusu buradaki manzara da hızlı bir değişime işaret ediyor. Örneğin, 2005’de yürürlüğe giren 5326 sayılı **Kabahatler Kanunu** şimdiye kadar 5 kez (13 maddesi) değiştirilmiştir. Üstelik getirilen düzenleme yeni bir belirsizlik yarattı: bu Yasaya dayanılarak verilen idari para cezalarına karşı adli yargıya mı, idari yargıya mı gidileceği hususu uzun zaman askıda kaldı.

1.1.2003’den itibaren yürürlüğe girmek üzere 4.1.2002’de kabul edilmiş olan 4737 sayılı **Kamu İhale Kanunu**, daha uyku döneminde iken ondört maddesi değiştirilmiş, izleyen yıllarda ise çeşitli tarihlerde onyediyet adet (yaklaşık 60 maddesi üzerinde) değişiklik yapılmıştır.

1 Haziran 2005’de girmek üzere 26.09.2004’de kabul edilmiş olan 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**, henüz uyku döneminde iken 5228 sayılı kanunla 10 maddesi değiştirilmiş, yürürlüğe girdikten sonra ise müteaddit defalar 61 maddesinde değişiklik yapılmıştır. Hukukçu meslektaşlarımızın bile izlemekte zorlandığı bu değişimi, yasaya uygun davranmasını istediğimiz sıradan yurttaşın yakalaması ne kadar mümkün olabilir?

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 13.01.2011 tarihinde kabul edilmiş olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu henüz yürürlüğe girmeden 26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı kanunla 55 madde değiştirildi.

➤ **Yürütme erkinin tali norm koyma iktidarına dair ilginç ve tipik bir örnek: Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği**

İlk ÇED Yönetmeliği, 7 Şubat 1993 tarihinde, Kanun’un yürürlüğe girmesinden 10 yıl sonra çıkarılmıştır (RG. 07.02.1993 tarih ve 21489 sayı.) Birçok değişikliğe uğramış olan bu Yönetmelik 1997 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. 1997 tarihli ikinci ÇED Yönetmeliği (RG. 23.06.1997 tarih ve 23028 sayı.) ise hükümlerinde önemli değişiklikler yapıldıktan sonra, 2002 tarihinde üçüncü ÇED Yönetmeliği (RG. 06.06.

2002 tarih ve 24777 sayı) ile ortadan kaldırılmıştır. Bu Yönetmeliğin iptali ve yürütülmesinin durdurulması talebi ile açılan dava sürmekte iken idare bu Yönetmeliği de uygulanmasında sorunlar olduğundan bahisle, 2003 tarihli ÇED Yönetmeliği (RG. 16.12.2003 tarih ve 25318 sayı.) ile yürürlükten kaldırmıştır. En son çıkarılan ve halen uygulamada bulunan ÇED Yönetmeliği 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (RG. 17.07.2008 tarih ve 26939 sayı) 2008 tarihli ÇED Yönetmeliği'nde ise 2009, 2011 ve 2011 tarihlerinde üç kez değişiklik yapılmıştır. Bu denli fazla değişikliğe uğrayan ÇED Yönetmeliği ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını disiplin altına almak ne mümkün olacaktır.⁷

Ulaşılabilirlik (attainability) durumu, geniş kitlelerin mevzuatın ne olduğunu bilmeleri ve ondan yararlanabilmeleri için birtakım düzenlemeleri gerekli kılar. Elektronik ortamda mevzuatın yayınlanmaya başlamasıyla son yıllarda bu konuda epey bir mesafe alındığı söylenebilir. Yasayı bilmemek mazeret sayılmayacaksa, devletin uygun vasıta ve yöntemlerle yasayı “bilinir kılması” gerekir. Fransa’da örneğin mevzuatı halkın etkili biçimde bilgisine sunma konusunda yasa ile (12 Nisan 2000 tarihli Kanun, 2 ve 3. M.) devlete özel bir sorumluluk yüklenmiş bulunmaktadır. Türkiye’de Adalet Bakanlığı’nın başlattığı UYAP Projesi kapsamında internet ortamına aktarılan programda maalesef mevzuat değişiklikleri düzenli olarak işlenmiyor.

Erişilebilirlik sadece fiziki ulaşma imkânını ifade etmez. **Açıklık** (clarity) , **iç-tutarlılık** (coherence), **süreklilik** (consistency) gibi gereklerin karşılanmasıyla yasal düzenlemenin ulaşılmış sayılacağı kabul edilir.⁸ Hukuk devleti olmanın bir gereğidir bu aynı zamanda.⁹ Bu noktada paradoksal bir duruma işaret etmek gerekir: Anayasaya göre, herkes

⁷ Alca, Süheyla Suzan “Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi”, in Gazi Ü. HF Dergisi, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/15cilt_sayi3_5.pdf

⁸ Cremona, J. J., (1986) “The Interpretation of the Word "Law" in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights,” Working paper for the meeting between a delegation of the European Court of Human Rights and the Inter –American Court of Human Rights, San Jose Costa Rica, 13-16 January 1986, s.7p vd

⁹ Steiner, Eva “Access to Legal Norms and Codification in England: An Issue of Fundamental Rights” www.univ-montpl.fr/content/.../version/

kanun önünde eşittir. Kanunu sıradan bir yurttaşa göre daha iyi bilen bir kamu görevlisi ile bilgi eksikliği yüzünden çaresizliğe teslim olmuş bir yurttaşa oranla daha avantajlı durumda iken nasıl eşitlikten söz edebiliriz? O halde kanun önünde eşitlik, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bütün yurttaşların kanuna eşit biçimde ulaşımı veya en azından yasanın ne olduğunu bilme konusunda “fırsat eşitliği”ne sahip olmasını gerektirir.

Anlaşılabilirlik

11 Nisan 2012 gün ve 28261 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmış olan “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Denetimli Serbestlik Ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” uygulamada çok tereddütlere neden oldu. 400 bin mahkûmun yararlanabileceği söylenen yasanın henüz tam olarak kimleri kapsadığı anlaşılmamış görünüyor. Örneğin, açık ceza infaz kurumu olmayan askeri mahkemeler yönünden yasadaki “Açık ceza infaz kurumunda bulunan” anlatımı karşısında mahkemeler uygulamanın nasıl yapılacağı konusunda tereddütte kalmışlardır.¹⁰

Açıklık gereği Danıştay’ın 10. Dairesi’nin 2012/335 sayılı kararında somut bir hukuka uygunluk “ölçütü” olarak kullanılmıştır. Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Genel Müdürlüğü’nün **Atatürk’ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı" konulu 11.1.2012 tarih ve 817 sayılı Genelgesinin** yürütmesinin durdurulmasına karar verilirken:

“Anayasamızın 123. maddesinde, idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olup yasayla düzenleneceği; 124. maddesinde ise, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabileceği hükmüne yer verilmiştir.

¹⁰ Hatta Eskişehir 4. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi Oktay Kuban’ın, "Denetimli serbestlik" uygulaması kapsamında, hakimlerin görevlerinin denetimli serbestlik müdürlüklerine verildiğini öne sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurduğu dile getirilmiştir.¹⁰ Bu durumda **Jėčius v. Lithuania** kararındaki ihlal akla gelmektedir. (Göçmenlerin haksız yere tutuklanıp alıkonulması) bkz. <http://www.dunya.com/gorevimizi-mudurlere-verdiniz-diye-hakim-anayasa-mahkemesine-basvurdu-151534h.htm>

Düzenli hale koymak, düzen vermek olarak tanımlanabilecek olan düzenleme yetkisi, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise, hukukta sürekli, soyut ve objektif, genel durumları belirleyen, bireysel olmayan, tükenmez norm olarak tanımlanmaktadır. İdare, Anayasa ve yasal düzenlemelerden aldığı yetki ile kural koyma, düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, yönerge, genelge gibi düzenleyici işlemleri yapan idarenin, bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığıнын kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin, sürekli, soyut, objektif, bireysel olmayan, genel durumları belirleyen ve gösteren, maddi olaylara uygulanabilecek nitelikte, diğer bir deyişle hukuk âleminde maddi aleme aktarılacak açıklık ve belirlilikte hükümler içermesi gerekmektedir.

Esasen, düzenleyici işlemlerin açık, belirli ve öngörülebilir olması, hukuk güvenliğinin, dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Zira idare, ancak açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koymak suretiyle hukuk güvenliğini sağlayabilir.

Yukarıda aktarılan Yönetmelik ve Yönergeyle yapılan düzenlemeler çerçevesinde, 19 Mayıs'ta il ve ilçe düzeyinde ortak formatta yapılacak törenlerde yetkili komitelerce belirlenecek sayıda öğrencilerin katılımı gerektiği halde, anılan gerekliliği ortadan kaldıran ifadeler yer veren dava konusu Genelge, Yönetmelik ve Yönergeye aykırı saptamalar içerdiği gibi, bir düzenleyici işlemde olması gereken "açık ve belirgin olma" niteliğini de taşımamaktadır.

Bu haliyle, dava konusu Genelge, 19 Mayıs'ta il ve ilçe düzeyinde yapılacak törenlere, öğrencilerin katılıp katılmayacağını belirsiz hale getirmek suretiyle yürürlüğünü koruyan Yönetmelik ve Yönergeye aykırı uygulamalara yol açabilecek niteliktedir."

Madem hukuk kurallarına uymak zorunlu ise, normun sadece önceden bilinmesi değil, aynı zamanda içeriğinin (anlamının) da açıkça tanımlanmış olması gerekir. İnsanlar kanunlara, anlayabildiği kadarıyla uyarlar. Şimdi içeriği bir yana, başlıklarına bakıldığında bile anlamak için özel bilgiyi gerektiren yürürlükteki şu örneklere bakılırsa;

- 18 Rebiülevvel 1332 tarihli Ameliyatı İskaiye İşletme Kanunu Muvakkatı
- 19/3/1927 tarihli ve 992 sayılı *Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu*
- 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı *Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun* (doktor, diş hekimi, sünnetçi, ebe ve hemşirelerin mesleki faaliyetlerini düzenleyen bu kanunun kaç meslek erbabınca bilindiği konusu araştırmaya değer doğrusu).
- 14/5/1928 tarihli ve 1262 sayılı İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu
- 15/5/1930 tarihli ve 1608 sayılı Umuru Belediye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında Kanun
- 0/6/1930 tarihli ve 1705 sayılı Ticarete Tağşişin Men'i ve İhracatın Murakabesi ve Korunması Hakkında Kanun
- **442 sayılı Köy Kanunu**'nda karar organları sayılırken, “**ihhtiyar heyeti**” deyimine yer verilmesi bu kurulun üyelerinin yaşlılardan oluştuğu gibi bir izlenim vermekte, öğrenciler arasında bile alay konusu edilmektedir.

J.Rawls'in (Theory of Justice, adlı eserinde, s.236-240) dediği gibi, “şayet yasanın neye izin verdiği, neyi yasakladığı açık değilse, yurttaş nasıl davranacağını bilemez; dolayısıyla devletin bu kimseden tam anlamıyla hukuka saygı beklemesi adil olmaz. Anlaşılamazlık, hukukun otoritesinin dayanağı olan yetkinin meşruluğunda zaafiyete neden olur.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında, normun erişilebilirliği, mahkemeye ulaşma hakkının bir ön-gereği olarak algılanır. Zira sahip olduğu haklarını ve bu hakları arayabileceği yol ve yordamı bilemeyen kişi için sadece mahkemelerin var olması onu ulaştırılmaz. Adil yargılanma hakkının işlevselliği, bilinçlendirme çabasındaki süreklilikle sağlanmaktadır. İsveç'te örneğin, adliyelerde yaptığım çalışma ziyaretlerinde görebildiğim kadarıyla, duruşma salonlarının önlerinde panolardaki kutulara konulmuş olan küçük kitapçıklarda “haklarınız”

konusunda yalın- özlü bilgiler verilmektedir. Buna benzer bir uygulama bizde de başlatılmış fakat yeterince yaygınlaştırılamamıştır.

■ “T(ç)orba Kanun” Sorunu

Bizde yasama konusunda “ifrat” ve “tefrit” durumuna düşüldüğü gözlenmektedir. 2011’in daha başında toplum hayatı bakımından son derece önemli olan Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Tebligat Kanunu gibi bazı yasalar Parlamento’da rekor sayılabilecek bir hızla geçirildi. Öte taraftan kişilerin idare karşısında daha güvenceli duruma getirebilecek son derece yaşamsal Genel İdari Usul Kanunu, Kamu Denetçiliği Kanunu, idari uyuşmazlıkları alternatif usullerle çözmeye elveren Uyuşmazlıkların Alternatif Usullerle Giderilmesine Dair Kanun yıllardır Meclis raflarında ele alınmayı beklemekte ya da Meclise gelmesi beklenmektedir. Keza kör-topal da olsa yürüyen Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nu tamamlayabilecek Sır Kanunu ile Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun da yasalaşmayı beklemektedir. İdari yargıda istinafa imkân tanıyacak İYUK değişikliği de yapılamadığından, her yıl Danıştay’da artan dosya sayısı tahammül sınırlarını çoktan geçmiştir.

- 1.08.2010 tarihli RG’de yayımlanmış olan 6009 sayılı **“Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”**a baktığımızda, bu yasa ile vergi mevzuatında 40 maddede bir değişiklik yapılmış, geriye kalan 26 madde ile de (vergi mevzuatı ile ilgisi olmayan) çeşitli Kanun ve KHK’lerde değişiklik yapılmıştır. 17 Şubat 2006 tarihli RG’de yayımlanmış olan **“Mevzuat Hazırlama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik”**in Taslak Hazırlamada Uyulacak İlkeler başlıklı 4. maddenin (f) bendine göre *“Çerçeve taslaklarda, ilgili mevzuata işlenemeyecek ve onun dışında kalarak tek metin olma özelliğini bozacak hükümlere yer verilmez.”* Yani, bir çerçeve taslak ile birden fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamaz. Keza aynı Yönetmeliğin 11. maddesinin 2.fıkrasında Torba Kanun uygulaması açıkça yasaklanmaktadır. Hal böyle olmasına

karşın, bir kanuni düzenleme ile birden çok yasa maddesi değiştirilmekte, bunun sonucu doğabilecek çelişki ve tutarsızlıklarla mevzuatın anlaşılabilirliği, izlenebilirliği ve ulaşılabilirliği konusunda deformasyonlara neden olmaktadır. Öte yandan mali mevzuatta sık sık yapılan değişikliklerle, yasaya uygun davranıp devlete karşı ödevini zamanında, eksiksiz yapan kişi yerine, ödev ve sorumluluktan kaçan kişilere ödü(n)l verilmekte; “nasıl olsa bir gün af gelir!” türündeki haksız beklenti hukukleştirilmektedir.

- **6111 SAYILI “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”.** *“Uluslararası finans piyasalarında başlayan ve tüm sektörleri etkisi altına alan ekonomik kriz”i hareket noktası alan Tasarı, “Ekonomik kalkınmanın sürdürülebilir şekilde devamlılığını temin etmek, yatırım ortamını iyileştirmek, özel sektörün kamuya olan borç yükünü azaltmak,...” amaçlarıyla hazırlanmıştır. Tasarı, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’ndan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na kadar, onlarca yasada değişiklik öngörmektedir. Yüzlerce madde ve sayfa: Yasa, 113 madde ile noktalanıyor, fakat geçici maddeler, madde içinde maddeler, paragraflar ve bentler, “kural ya da başkaca düzenleme” sayısını binlere çıkarıyor. Mesela YÖK Denetleme Kurulu’nu yeniden yapılandıran md.92: 1) a, b,...2) a’dan m’ye kadar bentler; yine bu madde içinde md.8: ama bu kez sıralama tam tersine, yani, “a, b) 1., 2., 3 şeklinde...devamla aynı madde içinde Geçici md. 58. Bir yerinde şöyle diyor: YÖK denetleme Kurulu, Yükseköğretim Kurulu adına, “öğretim elemanlarını ve bunların faaliyetlerini gözetim ve denetim altında bulunduran, Yükseköğretim Kuruluna bağlı bir kuruldur.” Sosyal haklara ilişkin güvencelerin gevşetilmesi üzerinde yoğunlaşan Tasarı’da yok yok: vergilere, istihdam ve çalışma koşullarına, sosyal*

güvenlik ilkelerine, kamu hizmeti anlayışından uzaklaşmaya ve özelleştirmeye kadar... Bütün bunların, iş güvencesi, sendikal haklar ve toplu sözleşme hakkı yanısıra, kamu görevinde liyakat ve nitelik ilkeleri üzerinde olumsuz etki ve sonuçlar yaratacağı açık olsa da, Tasarı, hukukçunun –ne de dilbilimcinin tek başına üstesinden gelebileceği bir metin değil...¹¹

- **KHK MESELESİ:** *Yasa ile yapılabilecek bir normatif düzenlemenin KHK ile de yapılabileceğini düşünmek doğru mudur?*

Anayasa Mahkemesi'ne göre; “Kanun hükmünde kararname çıkarılması, yasama meclislerinin ağır işleyen yol ve yönteminden kurtulmak için, “ivediliği gerektiren durumlarda” yürütmeyi etkili kılmak amacıyla başvurulacak bir yöntem olarak hukukumuzda girmiştir. Bilindiği gibi, 1961 Anayasasının 64. maddesiyle 22.9.1971 günlü, 1488 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucunda, TBMM’nce belli konularda, yasayla Bakanlar Kuruluna KHK. çıkarmak yetkisinin verilebileceğine ilişkin kural getirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde; parlamenter rejimlerde yasa yapmanın belli usullere uyulmasını gerektirdiği, bunun da zaman aldığı ileri sürülerek değişen ekonomik ve sosyal koşulların gereği olarak bazı hukuk kurallarının bu usuller dışında yürürlüğe konulmasının çağdaş devlet anlayışının doğal bir sonucu olduğu belirtilmiştir.

KHK’lerle ilgili kurallar 1982 Anayasasının 87. ve 91. maddelerinde benzer biçimde yer almıştır. 87. maddede, Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarmak yetkisini verme işi TBMM’nin görev ve yetkileri arasında sayılmış, 91. maddede “belli konularda” deyimi dışında aynı kural tekrarlanmıştır. Ayrıca, 91. maddede, KHK çıkarılmasına yetki veren yasada bulunacak unsurlar sayılmıştır.

¹¹ **Kaboğlu, İ.** (2010) “*Sosyal haklar: Torbala ve öğür*” **Birgün Gazetesi** 23 Aralık 2010 tarihli Köşe Yazısı

1961 Anayasasından farklı olarak 1982 Anayasasında, yetki yasasında bulunacak unsurlar arasında, bu yasadaki yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve KHK’de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi zorunluluğuna yer verilmemiştir. Buna karşın, 1982 Anayasası, yetki yasasında, kullanma süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını göstermek zorunluluğunu getirmiştir.

Bu durumda, yetki yasaları açısından 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasında, esasta çok önemli farklılık bulunmamaktadır. Anayasanın 87. maddesindeki açıklık ve yetki yasasında, 91. maddede sayılan unsurların bulunması zorunluluğu karşısında, TBMM, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarmak yetkisini belli konularda verebilecektir.

1982 Anayasasının 91. maddesinde, ayrıca;

- “Kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunulur.
- Yetki kanunları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi Komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülür.
- Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnameler bu tarihte, Türkiye Büyük Millet Meclisince reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazetede yayımlandıkları tarihte, yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer.” kuralına yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasaya göre KHK’lerin verilen yetkiye uygun olabilmesi için, **(I) belli konularda çıkarılması, (II) 91. maddedeki unsurları içermesi, (III) Resmî Gazetede yayımlandıkları gün TBMM’ne sunulması** gerekir. TBMM, kendisine sunulan kararnameleri reddedebilecek, değiştirebilecek ya da aynen yasalaştırabilecektir.¹²

¹² KHK’ler konusunda geniş bir değerlendirme için bkz. **Gözler**, Kemal (2000) Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları

Burada, Bakanlar Kuruluna belli konularda KHK çıkarma yetkisinin verilmesinin “**yasama yetkisinin devri**” anlamına gelip gelmediği konusunun da incelenmesi gerekmektedir. Anayasanın 7. maddesi, yasama yetkisinin, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kuralını getirmiş, 8. maddede, “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” denilmiş, 9. maddede ise, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı kuralına yer verilmiştir.

Anayasa, böylece egemenliğin kullanılmasında yetkili organları belirlemiş ve kuvvetler ayrımını Anayasanın temel ilkesi yapmıştır. Bu ilke, Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasanın 2. maddesinde sayılan, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti niteliklerinin de dayanağıdır. Anayasanın, Başlangıçta altıncı fıkrada belirttiği gibi, Kuvvetler ayrımı, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliğidir. Üstünlük ancak Anayasa ve kanunlardadır.

Bu maddelerin incelenmesinden, Anayasaca verilen KHK çıkarabilme yetkisinin; kendine özgü ve ayırık bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Bu yetki kullanılırken yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirilip sık sık bu yola başvurulmamalıdır. Anayasanın 87. ve 91. maddelerinde “yetkinin devrinden” değil, verilmesinden sözedilmektedir.

Ayrıca, 91. maddenin sekizinci fıkrasına göre, yetki yasaları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararname, TBMM Komisyonları ve Genel Kurulunda öncelik ve ivedilikle görüşülecektir.

Anayasanın, görüşülmesinde bile “öncelik ve ivedilik” aradığı KHK çıkarma yetkisinin, Anayasanın yukarıda açıklanan kuralları dikkate alınarak yerine getirilmesinde zorunlu bulunan, belli usullere göre yasa

çıkarmaya zamanın elvermemesi gibi ivedi durumlarda kullanılması gerekir.

Sonuç olarak, yasama yetkisi genel ve aslî bir yetkidir, bu yetki TBMM’-ne aittir, devredilemez. KHK’ler, unsurları Anayasa’da belirlenen yetki yasalarına göre çıkarılır ve işlem görürler, ayırık durumlar içindirler ve bağılı bir yetkinin kullanılması yoluyla hukuksal yaşamı etkilerler.

Bu kararname, ancak, **ivedilik isteyen** belli konularda, kısa süreli yetki yasalarına dayanılarak çıkarılabilirler. Nitekim maddenin Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında Kanun Hükmünde Kararname çıkarılabilmesi için hükümete yetki verilmesinin nedeni Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından, “... çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak bir seri kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp ve hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için bu düzenleme getirilmiştir...” biçiminde açıklanmış; Anayasa Komisyonu Başkanınca da, “... Kanun kuvvetinde kararname, .. yasama meclisinin acil bir durumda kanun yapmak için geçecek sürede çıkartacağı, kanun ihtiyaca, halledilmesi gereken meseleyi çözemeyeceğine; o zaman çok geç kalınacağı endişesinden kaynaklanan bir müessesedir ve bu müessese bunun için konmuştur.” (DMTD, C 9 B 137-146, Yasama yılı: 1, S: 152, 153) denilmek suretiyle aynı doğrultuda görüş bildirilmiştir.

KHK uygulamasının yaygınlaştırılması, yetki yasalarına, kullanılma süreleri uzatılarak süreklilik kazandırılması ve hemen her konuda KHK’lerle yeni düzenlemelere gidilmesi, ivedilik koşuluna uyulmaması yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Böylece, üç kamu erki arasındaki denge bozulur, yürütme organı yasama organına karşı üstün bir duruma gelir. Bu durum Anayasa’nın yukarıda açıklanan maddelerine aykırı düşer. Anayasa Mahkemesi, yakın tarihte verdiği bir kararında, “TBMM tarafından Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisinin ancak, **önemli, zorunlu** ve **ivedi durumlarda verilmesi**, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da izlenimini verecek biçimde güncelleştirilip sık sık bu yola başvurulmaması Anayasa koyucunun amacına, kuşkusuz daha

uygundur: (AYM'nin 16.5.1989 günlü, E. 1989/4, K. 1989/23 sayılı kararı RG. 8.10.1989, Sayı. 20302) diyerek konuya açıklık kazandırmıştır.¹³

Anayasa'nın 128. Maddesine Aykırılık:

- Bir bakanlığın kurulması salt, adının belirlenmesi ve bakanlık makamının kurulması olmayıp müsteşarından başlayarak görevlilerinin, merkez ve taşra örgütünün, memurlar ve kamu görevlileri kadrolarının oluşturulması, hak ve yükümlülüklerinin saptanmasıdır. KHK ile Bakanlık teşkilatında ve teşkilatlanmasında tepeden tırnağa bir değişiklik yapılması TBMM'nin yetkisini Bakanlar Kurulu'na devrederek, kadro, unvan, görev, yetki ve niteliklerin yasayla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesine aykırı duruma sokar.
- Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarabilme konusunda verilen yetkinin yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilir. Bu yetkinin yasada öngörülen koşullar ve süre ile sınırlı olup Anayasa'nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin bir istisnası sayılması genellik kazanan bir görüş değildir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarında da vurgulandığı gibi TBMM tarafından önemli, zorunlu ve ivedi durumlar dışında ve yasama yetkisinin devri niteliğinde Bakanlar Kurulu'nun yetkilendirilmemesi gerekir. Yasama yetkisinin herhangi bir nedenle ve sınırlı da olsa devri olanaksızdır.
- KHK'lerden pek çoğunun kamu kurum ve kuruluşlarının işleyişinden çok yapılarına, görev ve yetkilerine ve kişilerin temel haklarına yönelik düzenlemeler getirmiştir.

2011 seçimleri öncesi ve sonrası çok yoğun bir KHK'ler dönemi yaşandı.

- 8.6.2011 tarihli RG'de yayınlanan **KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER**

¹³ Any Mahk. E: 1988/64, K: 1990/2, Karar Günü: 1.2.1990

KHK/633 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/634 Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/635 Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/636 Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/637 Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/638 Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/639 Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/640 Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/641 Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/642 Doğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi ile Konya Ovası Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlıklarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/643 3046 Sayılı Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

- 17 ağustos 2011 tarihli RG'de çıkan **KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER**

KHK/648 Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve

Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

KHK/649 Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

- 2 Kasım 2011 Tarihli ve 28103 Sayılı Resmî Gazete – Mükerrer 6/4/2011 tarihli ve 6223 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulu'na çıkarılan **KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER:**

KHK/661 Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

KHK/662 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

KHK/663 Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/664 Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/665 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

KHK/666 Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

Söz konusu KHK'ler, anayasanın sözü ve özüne aykırı olmanın dışında yasa yapma tekniğine tamamen aykırı olan torba kanunlarla

normatif düzende yenilikler getirmiştir. Kanunla yapıma zorunluluğu olan idari teşkilatlanma neredeyse bakanlık seviyesinde “reorganizasyona” tabi tutulmuştur.

Örneğin 636 sayılı KHK ile önce, "Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK" (636 sy.lı), birkaç hafta sonra, 644 ve 645 sayılı KHK ile "Çevre ve Şehircilik Bakanlığı" ile "Orman ve Su İşleri Bakanlığı"nın yapısında yeniden bir düzenlemeye gidildi. Yetmedi, izleyen haftalarda ise, 648 ve 653 sayılı KHK'lerle öncekiler üzerinde yeniden değişiklikler yapıldı. Daha çok bürokratik yapı tarafından belirlendiği izlenimi veren bu KHK'lerle seçilmişler değil, atanmışlar böylesine önemli bir konuda TBMM'ni devre dışı bırakarak egemenlik yetkisinin kullanımda öne çıkmışlardır. Adı geçek KHK'lerle en üst idari seviyedeki yapılar yeniden düzenlenmiş; merkezden yönetim ve yerinden yönetim esasları üzerinde kurulu Türk idari teşkilatındaki yerel'in yetkileri merkeze geçirilirken, koruma kurulları ve odalar gibi meslek kuruluşları, ya devre dışı bırakılmış, ya da görev ve yetki alanları iyice daraltılmıştır.¹⁴ Rahmetli hocamız Prof. Dr. Faruk Erem'in deyimiyle bu, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin kötüye kullanımından başka bir şey değildir.¹⁵

Yasama faaliyetine katılım: “Yasal Kalite Reytingi” (the quality rating of laws)

California'da 1995 yılında birkaç gönüllü tarafından kurulmuş olan Yasa Kalitesi Enstitüsü (The Quality of Laws Institute) yurttaşların yasama sürecine aktif katılımını teşvik etmektedir. Bu amaca yönelik olarak internet ortamında yurttaşlar için hazırlık aşamasında olan (tasarı taslakları) üzerinde değerlendirme yapma imkânı tanınmaktadır. Bunun için 17 sorudan oluşan bir “kalite testi” uygulanmaktadır. Bu test yasa yürürlüğe girmeden “veto” hakkına sahip olanların popüler desteğine kanıt olarak gösterilmektedir.

¹⁴ Kaboğlu, İbrahim, “KHK/Yasa/Anayasa: Hangisi Daha Üstün”, 15 Mart 2012 tarihi Birgün Gazetesi,

¹⁵ Erem, Faruk (1988), “ Kanun Hükmünde Kararname Yetkisinin Kötüye Kullanılması”, **TBB Dergisi** Sayı:3, portal.ubap.org.tr/ App_Themes/Dergi/1988-19883-1065.pdf

1. Does the bill have a title? Taslağın bir başlığı var mı?
2. Does the bill contain the legislative sponsor's name? Taslağın öneride bulunanların (destekleyenlerin) adı var mı?
3. Does the bill have a stated purpose? Taslağın amacı ortaya konmuş mu?
4. Is the identity of the designer(s) of the bill listed? Taslağı hazırlayanın künyesi var mı?
5. Is the identity of the employer of the bill designer(s) listed? Önergeyi hazırlayanların künyesi verilmiş mi?
6. Does the bill address a defined problem? Taslak belirli bir soruna yönelik mi (ya da hangi toplumsal sorunu çözmek için hazırlanmış?)
7. Have the size and severity of the problem been analyzed? Sorunun büyüklüğü ve ciddiyeti yeterince analiz edilmiş mi?
8. Is the subject matter of the bill limited to the solution of only one problem? Tasarı sadece bir sorunu çözmek için mi yapılmış? Yoksa her derde deva yasa mı?
9. Does the bill state the priority of the problem (e.g. high / medium / low)? Tasarı sorunun ne kadar öncelikli olduğu hususunu belirlemiş mi?
10. Does the bill estimate the population of the directly effected community? Tasarı, bundan doğrudan etkilenecek olan kitleyi öngörebilmekte midir?
11. Does the bill provide an estimate of its total costs (e.g. drain from treasury, enforcement, and compliance costs)? Tasarı toplam maliyet konusunda bir öngörü içermekte midir?

- Does the bill identify potential undesired effects of its enforcement? Tasarı yürürlüğe girmesi durumunda potansiyel istenmeyen etkileri tanımlamış mıdır?
- 12.
- Has the bill been tested to demonstrate expected results? Tasarı beklenen sonuçları göstermek için test edilmiş midir?
- 13.
- Does the bill define measurable goals and the metrics for assessing its efficacy? Tasarı ölçülebilir hedefler ve ölçüm değerlerini tanımlayabiliyor mu?
- 14.
- Does the bill provide references to all methods, materials, and information sources that were used to design the bill? Tasarı olgunlaşma sürecinde kullanılan her türden referans kaynağı, metodu ve bilgileri içeriyor mu?
- 15.
- Is the bill free from “earmarks,” “pork barrel,” or special interest provisions that are unrelated to the solution of the problem? (Tasarı, kamu yararına mı yoksa özel bir yarara mı yönelik olarak hazırlanmıştır?)
- 16.
- Is the text of the bill succinct (kısa ve öz) and easy to understand? Tasarı kısa ve öz olup, anlaşılabilir mi?
- 17.

Bill's Overall Quality Score

Calculate

%

SONUÇ

Normatif düzen, belli bir kalite ölçütüne uymak zorundadır. Hukuk ve adalet toplumun temeli olduğuna göre, toplumsal yaşam öngörülebilir, anlaşılabilir, tutarlı bir norm dizgesiyle sağlanabilir. Parlamento çoğunluğu ya da tali düzenleyici iktidar olarak yürütme erki kural koyarken bu gerekleri göz önünde tutmalıdır. Aksi takdirde, norm yoluyla kaos yaratma hukuka olan saygı ve güveni yok eder.

Normative order, must comply with a certain quality criteria. As Law and justice are basis of the society, social life can be provided by predictable, understandable, consistent normative system. Majority in the parliament or executive power as a secondary regulatory ruling power must take into account these requirements when they rule making. Otherwise, a normative chaos may destroy the respect and confidence of law.

1992 PETROL KİRLİLİĞİ ZARARININ TAZMİNİ İÇİN BİR ULUSLARARASI FONUN KURULMASI İLE İLGİLİ ULUSLARARASI SÖZLEŞME'DE 2003 TARİHLİ PROTOKOL İLE KABUL EDİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Yrd. Doç. Dr. İsmail DEMİR*

ÖZET

Bu makalenin gayesi, 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme'de 2003 Tarihli Protokol (Protokol) ile kabul edilen değişikliklere dair temel bilgileri vermek ve Protokol'ün milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimi üzerindeki etkilerini ortaya koymaktır. Çalışmada, Protokol'ün milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimini güçlendirmesine karşılık, rejimin sorunlarına kalıcı çözümler getirmediği tespit edilmiştir. Tamamlayıcı Fon'un sadece petrol endüstrisi tarafından finanse edilmesi, rejimin özünü oluşturan katkılar arasındaki dengelyi bozmuştur.

STOPIA ve TOPIA tip sözleşmelerinin ihdası, bozulan dengenin gönüllülük temelinde yeniden tesis edilmesi arayışının bir sonucudur. Bu tip sözleşmeler, yeni ve ilginç bir yaklaşım sergilemekte iseler de milletlerarası deniz hukukunun gelişimine ters düşmektedirler. Milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejiminin sorunlarına kalıcı ve esaslı çözümler getirilmesi için 1992 HSS ve 1992 FS'nin kapsamlı biçimde tadil edilmeleri gereklidir. Bu sözleşmelerin gelecekteki tadil çalışmalarında, kaynağına bakılmaksızın kirlenme zararları için tek bir tazmin rejimi kurulması görüşünün ve sınırsız sorumluluk fikrinin önemli bir destek bulacağı beklenmektedir. Belirtilen olumsuzluklarına rağmen Türkiye'nin Protokol'e taraf olmasında fayda bulunduğu değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tamamlayıcı Fon, Erika, Prestige, hukuki sorumluluk, tazminat, milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimi, STOPIA, TOPIA.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Başkanı ve Öğretim Üyesi (isocukdemir@hotmail.com).

AMENDMENTS ADOPTED BY “PROTOCOL OF 2003 TO THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ESTABLISHMENT OF AN INTERNATIONAL FUND FOR COMPENSATION FOR OIL POLLUTION DAMAGE 1992

ABSTRACT

This article’s purpose is to present the main information regarding the amendments adopted by “Protocol of 2003 to the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1992” (Protocol) and indicate the influence of the Protocol on the international oil pollution compensation regime. In this study, it was identified that the Protocol didn’t provide durable solutions for questions of the regime, in spite of the fact that it strengthened the international oil pollution compensation regime. That Supplementary Fund is only financed by the oil industry has broken the balance between the related contributions constituting the core of the regime.

The establishment of the STOPIA and TOPIA standard contracts is a result of the seeking that the said balance is reconstructed. These standard contracts are contrary to the development of international maritime law, although they exhibit an interesting and new approaching in this law. 1992 CLC and 1992 FC must be amended extensively for providing durable and substantial solutions to the problems of the international oil pollution compensation regime. In the prospective amendment workings of these conventions, it is expected that the view of the establishment of a unique compensation regime and the principle of the strict liability, for pollution damage, will be welcomed a major support, irrespective of its source. It is considered to be beneficial that Turkey is party to the Protocol, despite the aforementioned its negative aspects.

Keywords: Supplementary Fund, Erika, Prestige, civil liability, compensation, international oil pollution compensation regime, STOPIA, TOPIA.

GİRİŞ

Gemilerden sızan petrolün sebep olduğu kirlenme zararları, hâlâ deniz çevresi ve kıyılarla ilgili birçok ekonomik faaliyetler için önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Yaşanan kirlenme olayları, hem deniz çevresine geri dönüşü imkânsız veya çok güç fiziki zararlar vermekte, hem de binlerce insanın geçimini oldukça olumsuz bir şekilde etkilemektedir.

Gemilerden sızan petrolün sebep olduğu kirlenme zararları dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminat meselelerini milletlerarası seviyede düzenleyen iki temel sözleşme mevcuttur. Bunlar; 1967'de meydana gelen TORREY CANYON¹ deniz kazasından sonra Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO)² önderliğinde yürütülen yoğun çalışmalar sonucu meydana getirilen 1969 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme³ (1969 HSS) ve 1971 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme'dir⁴ (1971 FS). 1969 HSS ve 1971 FS, 1992'de kabul edilen iki protokol ile kapsamlı biçimde tadil edilmişlerdir. Türkiye, bu protokollerin tadil ettiği şekliyle kabul edilen 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme⁵ (1992 HSS) ve 1992 tarihli Petrol Kirliliği

¹ Bu deniz kazasında, *Torrey Canyon* isimli tanker, 18/3/1967 tarihinde 120.000 ton ham petrol yüküyle birlikte *Galler Milford Haven* limanına doğru seyir hâlindeyken kaptan, muhtemel bir gecikmeyi önlemek için mevcut rotasından ayrılmış ve karaya yakın biçimde seyir yapmaya başlamıştır. Bu sırada tanker, kayalıklara çarparak o zamana kadar yaşanan en büyük petrol dökülmesi olayına sebep olmuştur. Geminin kurtarılması amacıyla LOF imzalanmış ise de yürütülen kurtarma çalışmalarına karşılık üç parçaya ayrılan tankerin kurtarılmasında başarı sağlanamamıştır. Bunun üzerine İngiliz Hükümetinin kararıyla tanker bombalanarak imha edilmiştir. Ancak, ham petrol yükünün hemen hemen tamamının denize dökülmesi, İngiltere ve Fransa sahilleri için çok ciddi deniz kirliliğine yol açmış, özellikle turistik faaliyetlere yönelik büyük zararlar meydana gelmiş, temizleme ve kirlenme zararları sebebiyle çok büyük masraf ve tazminat ödemeleri yapılmıştır. Bkz. *Özçayır, O.: Liability for Oil Pollution and Collisions*, London – Hong Kong 1998, s. 211; *Abdullayev, C.: Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği*, Ankara 2005, s. 195-196; *Hooke, N.: Maritime Casualties (1963-1996)*, 2.ed., London 1997, s. 635.

² International Maritime Organization

³ *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969.*

⁴ *International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1971.*

⁵ Türkiye'nin bu Sözleşme'ye Katılmasının Uygun Bulduğuna Dair 27/1/2000 tarihli ve 4507 sayılı Kanun, 29/1/2000 tarih ve 23948 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak

Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme'ye⁶ (1992 FS) taraftır. 30/5/1996 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmeler⁷, bütün dünyada geniş kabul görmüştür. Denizde kıyısı olan bütün Avrupa Birliği ülkeleri, bu sözleşmelere taraftır⁸.

1992 HSS ve 1992 FS'nin ilk ve temel amacı, milletlerarası düzeyde ve yeknesak bir tarzda petrol kirlenmesi mağdurlarının zararlarının, mümkün olduğu ölçüde dava yoluna gidilmeksizin, bütün alacaklılara eşit davranılması prensibi altında, hızlı ve tam olarak tazmin edilmesini sağlamaktır⁹. Petrol kirlenmesi mağdurları için 1992 HSS, birinci kademe güvencyi; 1992 FS ise ikinci kademe güvencyi

yürürlüğe girmiştir. Ancak, daha sonra 26/4/2001 tarihli ve 4658 sayılı Kanunun 2. maddesiyle Uygun Bulma Kanununda değişiklik yapılarak "ekli çekince ve beyanla" ifadesi Kanun metninden çıkartılmıştır. Bu Kanun, 9/5/2001 tarihli ve 24397 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bilâhare, 244 sayılı Kanunun 3. maddesine göre hazırlanan katılma işlemine dair 15/6/2001 tarihli ve 2001/2668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Sözleşme'nin İngilizce ve Türkçe metinleri, 24/7/2001 tarihli ve 24472 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye'nin Sözleşme'ye katılımına dair belge ise 15/8/2001 tarihinde IMO Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmekle, Sözleşme, 17/8/2002 tarihinden itibaren Türkiye hakkında yürürlüğe girmiştir.

⁶ Türkiye'nin bu Sözleşme'ye Katılmasının Uygun Bulduğuna Dair 27/1/2000 tarihli ve 4508 sayılı Kanun, 29/1/2000 tarih ve 23948 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak, daha sonra 26/4/2001 tarihli ve 4658 sayılı Kanunun 2. maddesiyle Uygun Bulma Kanununda değişiklik yapılarak "ekli çekince ile" ifadesi Kanun metninden çıkartılmıştır. Bu Kanun, 9/5/2001 tarihli ve 24397 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bilâhare, 244 sayılı Kanunun 3. maddesine göre hazırlanan katılma işlemine dair 15/6/2001 tarihli ve 2001/2669 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, Sözleşme'nin İngilizce ve Türkçe metinleri, 18/7/2001 tarihli ve 24466 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye'nin Sözleşmeye katılımına dair belge ise 15/8/2001 tarihinde IMO Genel Sekreterliğine tevdi edilmekle, Sözleşme, 17/8/2002 tarihinden itibaren Türkiye hakkında yürürlüğe girmiştir.

⁷ Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>

⁸ 1992 HSS ve 1992 FS'ne Amerika Birleşik Devletleri (ABD) taraf olmamıştır. ABD, milletlerarası rejime katılmamakla beraber Birleşik Devletler Kirlenme Fonları Merkezi (NPF) ve IOPC Fonları (Milletlerarası Petrol Kirliliği Tazmin Fonları) arasında daima sürekli iletişim, bağlantı ve bilgi alışverişleri devam etmektedir (*Jacobsson, M.: The International Liability and Compensation Regime for Oil Pollution from Ships – International Solutions for a Global Problem. Tulane Maritime Law Journal, Winter 2007, Vol. 32, No: 1, s. 3, dp. 1*).

⁹ 1971 Fonu ve 1992 Fonu, kurulduklarından beri yaklaşık 140 olayla uğraşmış ve toplam 1,2 milyar ABD Doları tazminat ödemesi yapmıştır. Bu olayların büyük çoğunluğunda bütün talepler, mahkeme haricinde çözümlenmiştir (International oil Pollution Compensation Funds, Annual Report 2010, s. 6).

oluşturmaktadır. Kirlenme mağdurlarının zararları önce 1992 HSS hükümleri çerçevesinde, özellikle bu sözleşmeyle tesis edilen mecburi sigortadan tazmin edilmektedir. Zarar tutarının 1992 HSS'de yer alan limitlerden fazla olması veya bu sözleşme hükümlerine göre tazmin edilememesi hâlinde, 1992 FS devreye girerek belirtilen limitler dâhilinde kirlenme mağdurlarına tazminat ödenmesi mümkün bulunmaktadır. Belirtilen sözleşmelerle kurulan milletlerarası petrol kirliliği tazmin sistemi, donatanlar (ve onların sigortacıları) ile petrol ithalatçıları (petrol endüstrisi) tarafından finanse edilmektedir.

Milletlerarası petrol kirliliği tazmin sistemi, mükemmel olmasa da kırk yılı aşkın bir zamanda hemen hemen bütün dünyada başarılı şekilde çalışmaktadır. Mevcut sistem içinde, yöneltilen tazminat taleplerinin büyük çoğunluğunun dava konusu olmaksızın müzakerelerle ve dostane biçimde çözümlenmesi, sistemin başarısı ve genel kabul görmesinin en önemli göstergesidir¹⁰. 1996 tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme'nin¹¹ (1996 HNS) kabulüne de esin kaynağı olan petrol kirliliği tazmin sistemine önemi dolayısıyla aşağıda bir miktar değinilmesinde fayda görülmüştür.

1992 HSS ve 1992 FS, bir Taraf Devletin karasuları dâhil ülkesinde, münhasır ekonomik bölgesinde veya bu bölgeye denk bir bölgede meydana gelen kirlenme zararlarına uygulanır¹². Kirlenme zararının, dökme hâlindeki dirençli petrolün (*persistent oil*) fiilen taşınması sırasında gemiden sızması sonucu meydana gelmesi gerekir¹³. Bununla beraber malik (*owner*)¹⁴, yük olarak daha önceden taşınan dirençli petrolün hiçbir kalıntısının gemide olmadığını ispatlayamadığı sürece 1992 HSS, balasttaki petrol tankerlerine de uygulanır¹⁵. 1992 HSS

¹⁰ Jacobsson, s.32.

¹¹ Bu Sözleşme için bkz. Demir, İ.: 1996 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata dair Milletlerarası Sözleşme'de 2010 tarihli Protokol İle Kabul Edilen Değişiklikler, Batider 2011, C. XXVII, S. 3, s. 199 vd.

¹² 1992 HSS m. 2, 1992 FS m. 3.

¹³ 1992 HSS m. 1(5), (6).

¹⁴ Malik (*owner*) tanımı için bkz. HSS m. 1(3).

¹⁵ 1992 HSS m. 1(1).

ve 1992 FS, gemilerde yakıt olarak kullanılmak amacıyla bulundurulmuş bunker yağı dökülmesinden veya bırakılmasından kaynaklanan kirlenme zararlarına uygulanmaz¹⁶.

1992 HSS'nin üç temel niteliği mevcuttur. Bunlar; sınırlı sayıda sorumluluktan muafiyet hâllerıyla birlikte malikin kusursuz sorumluluğu¹⁷, malikin sorumluluğunun geminin tonajına bağlı olarak değişen tutarlarda sınırlı olması¹⁸ ve 2.000 tondan fazla dökme hâlde petrol taşıyan gemiler için mecburi sigorta yaptırılması zorunluluğudur¹⁹. 1992 HSS'nin, zarar görene doğrudan sigortacıya karşı dava açma hakkı (*direct action*) tanınması da kirlenme mağdurları için ek güvence oluşturmaktadır²⁰.

1992 FS ile kurulan “1992 Uluslararası Petrol Kirliliğinden Doğan Zararların Tazminat Fonu” (1992 Fonu)²¹, petrol kirlenmesi mağdurları için ikinci kademe güvenceyi oluşturmaktadır. Bu Fon, 1992 HSS hükümlerine göre zararları tam olarak tazmin edilemeyen petrol kirlenmesi mağdurlarına ilave tazminat ödenmesini öngörmektedir²². 1992 Fonu, petrol kirlenmesi mağdurlarına 1992 HSS'ne göre ödenen meblağ dâhil olmak üzere, her bir olay için 203 milyon SDR'ye kadar tazminat

¹⁶ Bunker yağı dökülmelerinden kaynaklanan zararlara ilişkin hukuki sorumluluk ve tazminat esaslarını düzenlemek amacıyla IMO önderliğinde Londra'da gerçekleştirilen bir diplomatik konferans sonucunda “2001 Bunker Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluğa Dair Milletlerarası Sözleşme” (*International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001*) kabul edilmiştir. Metin için bkz. LEG/CONF. 12/19, March 27, 2001. Bu Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ilgın, C.*: Bunker Konvansiyonu ve Konvansiyon'un Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003; *Ling, Z.*: Compulsory Insurance and Compensation for Bunker Oil Pollution Damage, Springer 2007; *Chau, W.*: Liability and Compensation for Bunker Pollution, Journal of Maritime Law and Commerce, October 2002, Vol. 33, No. 5, s. 553 vd.

¹⁷ 1992 HSS m. III(1), (4).

¹⁸ 1992 HSS m. V(1). Bu hükmeye göre bir gemi maliki, 5.000 GT (groston) veya daha küçük bir gemi için en az 4.51 milyon hesap birimi; 140.000 GT veya üzerindeki bir gemi için ise maksimum 89,77 milyon hesap birimi tutarı kadar sorumluluğunu sınırlandırma hakkına sahiptir. Bu maddede belirtilen “Hesap Birimi”, Uluslararası Para Fonu tarafından tanımlandığı şekilde Özel Çekme Hakkı'dır (*Special Drawing Right*) (SDR).

¹⁹ 1992 HSS m. VII.

²⁰ 1992 HSS m. VII(8).

²¹ 1992 *International Oil Pollution Compensation Fund*.

²² 1992 FS m. 4.

ödenmesine imkân vermektedir²³. 1992 Fonu, 1992 FS'nin kendisi hakkında yürürlükte bulunduğu bir Taraf Devlet'te kirlenme zararı meydana geldiğinde tazminat ödeme yükümlülüğü altındadır²⁴.

1992 Fonu, üye devletler tarafından değil, fakat deniz yoluyla taşımadan sonra bir Taraf Devlet'te katkı sağlayıcı petrolü²⁵ alan kişilerden gelen katkılarla finanse edilmektedir. Ödenecek katkı payları; deniz yoluyla taşınan katkı sağlayıcı petrolün bu taşımadan sonra bir Taraf Devlet'in ülkesindeki liman veya terminal tesislerinde teslim alınması şartıyla veya deniz yoluyla taşınıp da taraf olmayan bir devletin ülkesindeki liman veya terminal tesislerine boşaltılmasını müteakip ilk olarak bir Taraf Devlet tarafından, bu Devlet'in ülkesinde bulunan herhangi bir tesiste teslim alınması şartıyla, bir takvim yılı içinde 150.000 tonu geçen petrolü alan kişiler tarafından ödenir. Bağlı kişiler ve şirketler de aynı yükümlülük altındadır²⁶.

1992 Fon üyesi bütün devletler, 1992 FS hükümleri çerçevesinde ülkelerinde yer alan alıcıları ve alınan katkı sağlayıcı petrol miktarlarını gösteren bilgileri bir liste hâlinde Fon Yöneticisine bildirmek zorundadırlar²⁷. Bu verilere göre ödenecek toplam yıllık katkı miktarı, 1992 Fon Genel Kurulunca belirlenir. Yıllık katkı payları, 1992 Fonunun tazmin etmek zorunda olduğu zararların gerçekleştiği olayların sayısına, bu olayların maliyetine ve zararların tazmininde sağlanan ilerlemeye bağlı olarak yıldan yıla bir hayli değişebilmektedir²⁸.

1969 HSS ve 1971 FS temelinde kurulan milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimi, yaklaşık kırk yılı aşkın bir zamandan beri bütün dünyada başarıyla uygulanmasına karşılık Japonya'da meydana gelen NAKHODKA (1997), Fransa'da meydana gelen ERIKA (1999) ve

²³ 1992 FS m. 4(4).

²⁴ 1992 FS m. 3.

²⁵ "Katkı Sağlayıcı Petrol" (*Contributing Cargo*), 1992 FS m. 1(3)'de ham petrol ve fuel olarak tanımlanmıştır.

²⁶ 1992 FS m. 10.

²⁷ 1992 FS m. 15.

²⁸ *Ooesterveen, W.:* Some Recent Developments Regarding Liability for Damage Resulting from Oil Pollution – from the Perspective of an EU Member State, *Environmental Law Review* 2004, Vol. 6, s. 226.

İspanya kıyılarının ötesinde meydana gelerek İspanya, Fransa ve Portekiz'i birlikte etkileyen PRESTIGE (2002) kazaları, mevcut rejimin yeterliği hakkında başta petrol kirlenmesi mağdurları olmak üzere politikacılar ve medya gibi toplumun birçok kesimleri üzerinde derin endişe ve tereddütlere yol açmıştır. Bu gelişmeler, petrol kirlenmesi mağdurlarının zararlarının tam ve etkili biçimde karşılanması hususunda milletlerarası deniz topluluğunu yeni çözüm arayışlarına yöneltmiş, sonuçta IMO önderliğinde Londra'da 12 ilâ 16 Mayıs 2003 tarihleri arasında gerçekleştirilen diplomatik konferansta, 1992 HSS ve 1992 FS ile sağlanan tazminata ilave bir tazminat sağlayacak olan "1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin 2003 Protokolü"²⁹ (bundan sonra Protokol olarak anılacaktır) kabul edilmiştir. Aşağıda Protokol'e giden süreçte yaşanan gelişmeler ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

I. PROTOKOL'E GİDEN SÜREÇ

1992 HSS ve 1992 FS'nin, orijinal sorumluluk ve tazminat limitlerini bir hayli yükseltmiş olması sebebiyle genel olarak mevcut limitlerin yeterli olacağı düşünülmekteydi. 1992 FS kabul edildiğinde azami tazminat limiti, 135 milyon SDR idi. Ancak 1992 HSS ve 1992 FS'nin yürürlüğe girmelerinden sonra meydana gelen NAKHODKA (1997)³⁰, ERIKA (1999)³¹ ve PRESTIGE (2002)³² kazaları, bu

²⁹ *Protocol of 2003 to the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1992*. Protokol metni ve nihai senet için bkz. LEG/CONF. 14/29, May 27, 2003; LEG/CONF. 14/21, May 27, 2003. Tamamlayıcı Fon Protokolü, 3/3/2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 31/1/2012 itibarıyla 28 devlet taraf olmuştur. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>.

Türkiye Protokol'e taraf olmamıştır.

³⁰ Bu olayda, Rusya Bayraklı NAKHODKA isimli 13.159 GT büyüklüğündeki tanker, Şangay'dan (Çin) Petropavlovsk'a (Rusya) 19.000 ton fuel oil taşımakta iken 2/1/1997 tarihinde Japonya'nın Oki adalarının yaklaşık 100 km. kuzey doğusunda ağır deniz ve hava koşullarında ikiye ayrılarak parçalanmıştır. Olay sonucunda yaklaşık 6.200 ton petrol, denize dökülmüştür. Olaydan hemen sonra geminin kış tarafı, gemide bulunan yaklaşık 10.000 ton yükü birlikte batmıştır. Yükün 2.800 tona kadar olan kısmını ihtiva eden geminin alabora olmuş baş tarafı ise, sahile doğru sürüklenerek yaklaşık 200 metre uzaktaki kayalıklara çarparak oturmuştur. Bilahare, taşınan petrolün önemli bir kısmı denize dökülmüş, bitişik sahil hattının ağır bir şekilde kirlenmesine sebep olmuştur. Bkz. International Oil Pollution Compensation Funds, Annual Report 1998, s. 81; Moller, T.: The Nakhodka Oil Spill Serpense – The Technical Adviser's Perspective, <http://www.itoph.com/_assets/documents/paj_97.pdf>. Nakhodka olayında, 1971

düşüncenin doğru olmadığını açıkça ortaya koymuştur. Zira, bu olayların her birinde ileri sürülen tazminat talepleri, azami tazminat limitinin üzerinde idi.

Tazminat taleplerinin 1992 FS'ndeki azami limitleri aşması sebebiyle petrol kirlenmesi mağdurlarına mevcut limit dâhilinde ve

Fonu ve 1992 Fonunca Japon Hükümetine toplam 15.130.970.000 yen tutarında ödeme yapılmıştır. Bkz. <http://www.iopcfund.org/npdf/incidents2010_e.pdf#page=46>.

³¹ Bu olayda, 12/12/1999 tarihinde Malta Bayraklı, 19.666 GT büyüklüğündeki ERIKA isimli tanker, 31.000 ton ağır fuel oil yükü taşımakta iken, Fransa sahillerinin yaklaşık 60 deniz mili ötesinde Biskay Körfezi'nde ikiye ayrılarak parçalanmıştır. Olay sonucu yaklaşık 19.800 ton fuel oil, denize dökülmüştür. Geminin baş tarafı, 12/12/1999 gecesinde batmadan önce suda yaklaşık 100 metre yatay şekilde yüzmüştür. Bir Fransız kurtarma şirketince geminin kıç tarafına bir halatın bağlanarak sahile çekilmek üzere römorkaja teşebbüs edilmiş ise de 13/12/1999 sabahı geminin kıç tarafı, baş tarafından yaklaşık 10 deniz mili uzaklıkta denizin 130 metre derinliğine gömülmüştür. Yaklaşık 6.400 ton petrol geminin baş tarafında, 4.700 ton petrol de kıç tarafında kalmıştır. Olay sebebiyle özellikle balıkçılık ve turizm sektörü büyük zarar görmüştür. Yaklaşık 400 km bir kıyı şeridi kirlenmiştir. Bu kazadan doğan zararların tazmini meselesi, hâlen 1992 Fonu'nda görülmektedir. 1992 Fonu'nca ERIKA olayında Ekim 2010 itibarıyla 129.699.042 Euro ödeme yapılmıştır. 1992 Fonu'nca ödemelerin seviyesi başlangıçta fiilen maruz kalınan zarar veya kayıp meblağının % 50'si ile sınırlanmıştır. Sonradan 1992 Fon Yönetim Kurulu, Ocak 2001'de tazminatın seviyesini % 60'a, Haziran 2001'de % 80'e, Nisan 2003'de ise % 100'e çıkarmıştır. Bkz. <http://www.iopcfund.org/npdf/incidents2010_e.pdf>; IOPC/OCT 11/3/5, September 28, 2011. Bu artışın kamuoyu ve medya baskısından kaynaklandığı ifade edilmektedir (92FUND/A.11/23, October 18, 2006).

³² Bu olayda, 13/11/2002 tarihinde Bahama Bayraklı, 42.820 GT büyüklüğündeki PRESTIGE isimli tanker, 76.972 ton ağır fuel oil taşımakta iken İspanya'nın Cabo Finisterre sahillerinin yaklaşık 30 km ötesinde yan yatarak petrol sızdırmaya başlamıştır. Yaklaşık bir hafta sonra tanker, römorkaja alınmasına rağmen ikiye bölünerek İspanya'nın Vigo Bölgesinin yaklaşık 260 km batısında batmıştır. Geminin baş kısmı 3.500 metre derinliğe, kıç kısmı ise 3.830 metre derinliğe gömülmüştür. Geminin parçalanması ve batışı sebebiyle tahminen 63.000 ton petrol denize dökülmüştür. Geçen zaman içinde petrol sızıntısı, azalarak devam etmiştir. İspanya makamları, yaklaşık 13.800 ton petrolün enkazda kaldığını açıklamıştır. Yükün yüksek derecede dirençli niteliği sebebiyle sızan petrol, rüzgâr ve akıntılarla çok uzak mesafelere ulaşmıştır. Olay sonucunda Galicia'nın batısı, ağır şekilde kirlenmiş; nihayetinde petrol, İspanya ve Fransa'nın kuzey kıyılarını etkileyerek Biscay körfezine doğru hareket etmiştir. Petrolün İngiltere kıyılarında dahi izlerine rastlanmıştır. İspanya, Fransa ve Portekiz tarafından kapsamlı temizleme faaliyetleri yürütülmüştür. Talep edilen toplam tazminat tutarı, 1992 FS'nin azami tazminat limiti olan 135 milyon SDR'yi geçmiştir. Olay dolayısıyla, 6/9/2011 tarihi itibarıyla İspanya'ya toplam 114.484.976 Euro, Fransa'ya toplam 5.560.372 Euro, Portekiz'e 328.488 Euro ödenmiştir. Bkz. <http://www.iopcfund.org/npdf/incidents2010_e.pdf>; OPC/OCT11/3/6, September 13, 2011.

orantılı şekilde (*pro rata*) tazminat ödemesi yapılması gerekmiştir³³. Bu uygulama, bütün zararların tazmin edilemeyeceği anlamına gelmekteydi. Ayrıca, birçok olayda özellikle balıkçılar ve turizm sektöründeki küçük meslek sahipleri gibi kirlenme mağdurlarına yapılan ödemelerdeki gecikmeler, bu meslek gruplarını mali açıdan büyük sıkıntıya sokmaktaydı³⁴. Orantılı ödeme uygulaması, ne kirlenme mağdurları için, ne de Taraf Devletler bakımından³⁵ uygun bir çözüm olarak görülüyordu. Bu noktada özellikle Avrupa Birliği üyesi devletler, orantılı ödeme kuralını sürdürmenin uygun olmadığı görüşünü ısrarla dile getirmekteydiler³⁶. Ayrıca, yaşanan tecrübe ışığında, çok sayıda devlet, mevcut tazminat miktarlarını önemli ölçüde artırmanın gerekli olduğunu ileri sürmekteydi.

Nitekim mevcut tazminat limitlerinin yetersizliğine karşı ilk olumlu reaksiyon, ERIKA kazasını müteakip IMO Hukuk Komitesinin 82. Dönem Toplantısında 18/10/2000 tarihinde 1992 HSS’ndeki sorumluluk limitleri ve 1992 FS’ndeki tazminat limitlerinin yaklaşık % 50 oranında artırılması olmuştur³⁷. Bu artışların 1992 HSS ve 1992 FS’nin zımni kabul

³³ 1992 FS m. 4(5).

³⁴ *Jacobsson*, s. 16.

³⁵ Orantılı ödeme kuralına karşı bazı devletler ile petrol endüstrisi, kabul edilebilir nitelikte olmasına rağmen, kendi alacakları için tazminat taleplerinde aceleci olmamışlar, sona kalmayı tercih etmişlerdir. Zira, büyük kirlenme olaylarında tazminat talepleri hemen hemen her olayda zararın tamamına yakınına kapsamaktaydı. Bazı devletlerce bu şekildeki yaklaşımın küçük meslek sahipleri ve ilk alacaklılar üzerinde olumlu etkisi görülmüştür. 1996’da meydana gelen SEA EMPRESS olayı bu duruma iyi bir örnek teşkil etmiştir (*Ooesterveen*, s. 228).

³⁶ *Pavliha*, M. / *Grbec*, M.: The 2003 Supplementary Fund Protocol: An Important Improvement to the International Compensations System for Oil Pollution Damage, Collected Papers of Zagreb Law Faculty, January 2008, Vol. 58, No. 1-2, s. 318.

³⁷ Kabul edilen değişikliklerle 1992 HSS m. V(1)’de yer alan azami sorumluluk limiti, 89,77 milyon SDR’ye; 1992 FS m. 4(4)(a) ve (b)’de yer alan azami tazminat limiti, 203 milyon SDR’ye yükseltilmiştir. Alınan kararlar gereğince bu değişiklikler, Taraf Devlet sayısının 1/4’ü tarafından itiraz olunmaması üzerine 1/11/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. LEG 82/12, November 6, 2000, Annex 2, Resolution Leg.1 (82); LEG 82/12, November 6, 2000, Annex 3, Resolution Leg.2 (82). 1992 HSS’nin “Son Hükümleri”nde yer alan “Sınırlandırma Meblağlarının Tadilleri” başlıklı m. 15 ve 1992 FS’nin “Son Hükümleri”nde yer alan “Tazminat Limitlerinin Tadili” başlıklı m. 33’de düzenlenen zımni kabul usulünün Türk Hukuku açısından eleştirisi hakkında bkz. *Karan*, H.: The Process of Revising Liability Limits Under International Maritime Conventions, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 429-444.

usulüne (*tacit acceptance*) dair hükümleri çerçevesinde mümkün olan en yüksek artış olduğu söylenebilir.

IMO Hukuk Komitesinde sorumluluk ve tazminat limitlerinin artırılması yönünde sağlanan bu gelişmelerin yanı sıra ERIKA kazasının hemen akabinde Avrupa Komisyonunca ERIKA I ve II adıyla denizde emniyetini geliştirmeyi amaçlayan iki mevzuat paketi önerisi dikkat çekmiştir. Özellikle Aralık 2000'de hazırlanan ERIKA II paketinde yer alan üçüncü öneri³⁸, petrol kirliliği zararlarına dair mevcut milletlerarası sistemi geliştirmeyi amaçlayan bazı ilave tedbirleri önermekteydi. Bu öneriyle Avrupa Komisyonunca, bir Avrupa Birliği üyesi devletin ülkesinde meydana gelen petrol kirliliği zararları için bir Milyar Euro'ya kadar tazminat güvencesi verecek IOPC Fon benzeri bir Tamamlayıcı Avrupa Fonunun (COPE Fund)³⁹ kurulması amaçlanmaktaydı⁴⁰. Bu Fona yalnızca Avrupa Birliği üyesi devletlerdeki petrol ithalatçılarının katkı sağlamaları öngörülmekteydi. Fon, petrol kirliliği zararının hızlı bir şekilde tazmin edilmesini sağlamak için basitleştirilmiş usuller getirmekteydi. Ayrıca, petrol kirliticilerinin yanı sıra bunker yağı ve diğer kimyasallarla kirlenmeye sebep olanlara ağır para cezaları verilmesi de öngörülmekteydi. Öneri, ERIKA kazasından kaynaklanan taleplerin 1992 Fonunca sağlanan azami tazminat miktarından yüksek olması sebebiyle belirli bir destek bulmuştu.

1992 HSS sorumluluk limitleri ve 1992 FS tazminat limitlerinin artırılmasıyla birlikte Avrupa Komisyonunun bu girişimi, Protokolün kabulüne giden süreci hızlandırmıştır. Nitekim 1992 Fonu idare organlarının toplantılarında, özellikle başta “Ekonomik İşbirliği ve

³⁸ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a Second Set of Community Measures on Maritime Safety Following the Sinking of the Oil Tanker ERIKA*, COM (2000) 802 final, available at http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smatapi!celexplus!prod!celexnumdoc&Ig=en&numdoc=52000DC0802.

³⁹ *Fund for Compensation for Oil Pollution in European Waters*.

⁴⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Establishment of a Fund for the Compensation of Oil Pollution Damage in European Waters and Related Measures, Com (2000) 802 final, available at http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smatapi!celexplus!prod!celexnumdoc&Ig=en&numdoc=52000PC0802C02; 92FUND/A.6/4/1, September 14, 2001; 92FUND/A.6/5, September 24, 2001.

Kalkınma Teşkilatı” (OECD) üyesi devletler olmak üzere 1992 Fon üyesi birçok devlet, IMO Hukuk Komitesince kabul edilen maksimum sorumluluk ve tazminat limitlerindeki artışın isabetli olmasına ve milletlerarası petrol kirliliği tazminat rejiminin çoğu olaylarda başarılı bir şekilde çalışmasına rağmen 1992 HSS ve 1992 FS’nin genel olarak gözden geçirilmesini gerektiren, sistem içinde birçok yetersizliklerin mevcut olduğunu ileri sürmüşlerdir. Müzakereler sonucunda diğer delegelerce de desteklenen Fransız delegasyonunun önerisi⁴¹ üzerine Nisan 2000’de gerçekleştirilen 1992 Fon Genel Kurulu toplantısında, bu sözleşmelerle ihdas edilen milletlerarası tazmin rejiminin yeterliliğini incelemek üzere bütün Fon üyesi devletlere açık olan bir çalışma grubu (Üçüncü Oturumlararası Çalışma Grubu) kurulmasına karar verilmiştir⁴².

Çalışma Grubunun başta gelen görevi; mevcut azami tazminat limitlerinin, en ciddi petrol dökülmesi olaylarında dahi kirlenme mağdurlarının zararlarının tam olarak karşılanmasında yeterli olup olmadığının belirlenmesi idi. Grup çalışmalarında sanayileşmede gelişmiş devletler, mevcut tazminat limitlerinin yeterli olmadığını, milletlerarası rejimin güvenilirliğini sürdürebilmesi için 1992 HSS ve 1992 FS’ndeki sorumluluk ve tazminat limitlerinin bütün kirlenme mağdurlarının en ciddi olaylarda dahi tam olarak tazmin edilmelerini sağlamak için yeterli seviyede olması gerektiğini iddia etmişlerdir⁴³. Buna karşılık, aralarında gelişmekte olan çok sayıdaki devletler ise Kasım 2000’de IMO Hukuk Komitesince zımnî kabul usulüyle kabul edilen artırılmış limitlerin yeterli olduğunu savunmuşlardır. Bunlara göre gelişmekte olan devletlerde kirlenmenin ortadan kaldırılması ve temizleme masrafları, gelişmiş devletlere kıyasen daha düşüktü; gelişmekte olan birçok devlet, büyük balıkçılık ve turizm sanayilerine sahip değillerdi. Bu sebeple, gelişmekte olan devletlerde petrol kirliliği sonucu yüksek miktarda tazminat alacaklarının doğması muhtemel değildi⁴⁴.

⁴¹ 92FUND/A/ES.4/6, April 3, 2000.

⁴² 92FUND/A/ES.4/7, April 6, 2000.

⁴³ *Jacobsson*, s. 14; *Oosterveen*, s. 227.

⁴⁴ *Jacobsson*, s. 14, 15.

Bu görüş ayrılıklarının uzlaştırılması amacıyla Çalışma Grubu, en uygun çözümün yüksek tazminat limitlerinin yer alacağı⁴⁵ ve katılımın tamamen ihtiyari olduğu bir Tamamlayıcı Fon oluşturulması amacıyla 1992 FS'nde değişiklik yapan bir Protokolün kabul edilmesi olduğuna karar verdi⁴⁶. Böylece, ihdas edilecek Tamamlayıcı Fon, petrol kirlenmesi mağdurları için bir ilave üçüncü kademe güvence sağlayacaktı. Diğer yandan, 1971 ve 1992 Fonları temelinde bir Tamamlayıcı Fon tesis edilmesi suretiyle, Avrupa Komisyonunca teklif edilen petrol kirliliği için bir Avrupa Fonu (COPE Fund) kurulması yönündeki çabalar da engellenmiş olacaktı. Şüphesiz, bölgesel nitelikteki böyle bir fonun kurulması, milletlerarası tazmin rejiminin küresel niteliğine ciddi bir darbe vuracaktı. Fakat Tamamlayıcı Fon kurulması yönündeki çalışmaların hız kazanması ve Avrupa Birliği üyesi devletlerin genel olarak petrol kirliliğine bağlı hukuki sorumluluk ve tazminat meselelerinin küresel bir temelde ele alınması yönündeki ağır basan görüşleri, Avrupa Fonu kurulması çabalarını sonuçsuz bırakmıştır. Protokolün kabul edilerek 2005 yılında hızla yürürlüğe girmesiyle beraber Avrupa Komisyonunun girişimleri tamamen sona ermiştir⁴⁷.

⁴⁵ Tazminat limitlerinin yetersizliği ve Tamamlayıcı Fon'a olan ihtiyaçla ilgili olarak Milletlerarası Grup (IGPIC) tarafından "Milletlerarası Tanker Malikleri Kirlenme Federasyonu" (ITOPF) ile koordineli olarak 1990 ilâ 1999 yılları arasındaki döneme ait tankerlerden dökülen petrolün sebep olduğu kirlenmenin maliyetine ilişkin yapılan bir çalışma hakkında bkz. White, C.: Factors Affecting The Cost of Oil Spills, <http://www.itopf.com/_assets/documents/costs02.pdf> s. 1. Bu çalışmada belirtilen dönemde meydana gelen 360 olaydan sadece NAKHODKA ve ERIKA olaylarının toplam maliyetinin 1992 HSS ve 1992 FS limitlerini aştığı, diğer 358 olayın büyük bir kısmının yalnızca 1992 HSS hükümlerine göre tazmin edilebileceği, meydana gelen 360 olayın analizi sonucunda toplam maliyetin 1992 HSS'ye göre donatanlar arasında ve 92 FS'ne göre de petrol alıcıları tarafından eşit olarak paylaştırıldığı, ayrıca petrol dökülmelerinin maliyeti ile tankerlerin büyüklüğü arasında açık ve doğrudan hiçbir bağlantının bulunmadığı, hatta birçok yüksek maliyetli kirlenmelere nispeten küçük tankerlerin sebep olduğu belirtilmektedir.

⁴⁶ Orantılı ödeme (*pro rata*) uygulamasının sakıncaları, mevcut rejimin en önemli kusuru olmasına karşılık bütün alacaklılara eşit davranma prensibinin ilga edilmesi, gerçekçi bir fikir olmadığı için tazminat limitlerinin mümkün olan en yüksek miktara çıkartılması, tek makul çözüm olarak gözükmekteydi. Dolayısıyla, Protokol'ün yürürlüğe girmesinin bu sorunu çözeceği beklenmekteydi. (Ooesterveen, s. 229)

⁴⁷ Jacobsson, s. 16.

Çalışma Grubunca hazırlanan bir Protokol Taslağı, 19/10/2001 tarihinde 1992 Fon Genel Kurulunda görüşülerek kabul edilmiş⁴⁸, müteakiben IMO Hukuk Komitesince⁴⁹ de uygun bulunan bu metin, diplomatik konferansta kabul edilmiştir.⁵⁰

II. PROTOKOL'ÜN UYGULAMA SAHASI

Protokol'ün uygulama sahası, 1992 FS'ne tamamen paralellik arz etmektedir. Öncelikle gemi, kişi, malik, petrol, kirlenme zararı, önleyici tedbirler ve hadise tanımları, bu kavramların 1992 HSS m. 1'de yer alan tanımlarıyla aynı anlama gelmektedir⁵¹. Keza, Protokol'de aksi gösterilmediği sürece katkı sağlayıcı petrol, hesap birimi, ton, garantör ve terminal tesisi tanımları, bu kavramların 1992 FS m. 1'de yer alan tanımlarıyla aynı anlama gelmektedir⁵². Protokol'ün coğrafi kapsamı⁵³ da 1992 HSS m. II ve 1992 FS m. 3'e tamamen paralel düzenlenmiştir. Bu paralelliğin sebebi, mevcut milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimine zarar vermeden Tamamlayıcı Fon'un, 1992 Fonu'nun çalışma sistemi üzerine kurulması suretiyle kirlenme mağdurlarına daha yüksek tutarlarda tazminat ödenmesini sağlamaktır.⁵⁴

III. 2003 MİLLETLERARASI PETROL KİRLİLİĞİ TAMAMLAYICI TAZMİN FONU

1. Genel Olarak

Protokol m. 2(1), "2003 Milletlerarası Petrol Kirliliği Tamamlayıcı Tazmin Fonu" (*The International Oil Pollution Compensation Supplementary Fund, 2003*) (bundan sonra Tamamlayıcı Fon olarak anılacaktır) adı altında kirlenme zararlarının tazmini amacıyla bir Milletlerarası Tamamlayıcı Fon'un kurulduğunu belirtmektedir. Tamamlayıcı Fon, 1971 ve 1992 Fonlarında olduğu gibi tüzel kişiliğe sahip olarak bütün Taraf Devletlerce tanınmaktadır. Dolayısıyla, Tamamlayıcı Fon, her bir Taraf Devlet bakımından, bu devletin kanunları

⁴⁸ Draft Protocol Establishing A Supplementary Compensation Fund, Note by Director, 92FUND/A. 6/4/1, September 14, 2001; 92FUND/A.6/28, October 19, 2001.

⁴⁹ LEG/CONF. 14/13, December 19, 2002.

⁵⁰ Bkz. dp. 29.

⁵¹ Protokol m. 1 (6).

⁵² Protokol m. 1(7).

⁵³ Protokol m. 3.

⁵⁴ *Ooesterveen*, s. 227.

uyarınca hak ve borçları kabul etme, bu Devletin mahkemeleri nezdinde her türlü hukuki takip ve davalara taraf olma ehliyetine sahiptir. Tamamlayıcı Fon'un hukuki temsilcisi, Tamamlayıcı Fon Yöneticisidir⁵⁵. 1992 Fon Yöneticisi, aynı zamanda Tamamlayıcı Fon'un da Yöneticisidir ve fonlar da ortak bir Sekretarya'ya sahiptir.

Tamamlayıcı Fon, bir Genel Kurul'a ve Yönetici tarafından başkanlık edilen bir Sekretarya'ya sahiptir. 1992 FS'nin Genel Kurul çalışmalarına ilişkin 17 ilâ 20. maddeleri, Sekreteryaya ve Yöneticinin çalışmalarına ilişkin 28 ilâ 30. maddeleri, Tamamlayıcı Fon'un çalışmalarıyla ilgili masrafların karşılanmasına ilişkin 31. maddesi, oy kullanmaya ilişkin 32. maddesi ile Genel Kurul'un üçte iki çoğunlukla alabileceği kararlara ilişkin 32. maddesi, Tamamlayıcı Fon'un Genel Kurul, Sekretarya ve Yöneticisine de uygulanır⁵⁶. Ayrıca, 1992 FS'nin mal varlığı, muhtelif katkılar ve diğer eşya olmak üzere gelirleri ile vergi bağışıklığı gibi konulara ilişkin 34. maddesi hükümleri, Tamamlayıcı Fon'a da uygulanmaktadır⁵⁷.

Protokol'ün temel fonksiyonu, 92 HSS ve 1992 FS'nin yetersiz kaldığı hâllerde petrol kirlenmesi mağdurlarına tam ve zamanında tazminat ödenmesini sağlayarak bu sözleşmeleri tamamlamaktır. Dolayısıyla, Tamamlayıcı Fon, yukarıda zikredilen NAKHODKA, ERIKA ve PRESTIGE gibi büyük deniz kazaları sonucu kirlenme mağdurlarına yetersiz tazminat limitleri sebebiyle orantılı şekilde yapılan tazminat ödemelerinin yarattığı sakıncaları gidermeyi amaçlamaktadır. Böylece, Tamamlayıcı Fon, kirlenme mağdurlarına üçüncü bir tazminat kademesi sağlamaktadır. Fakat, Tamamlayıcı Fon, sadece Protokol'e taraf olan devletler bakımından bu amaca hizmet etmektedir.

Protokol, sadece 1992 HSS ve 1992 FS'nin tarafı olan bütün devletlerin katılımına açıktır ve ihtiyaridir. Bir başka deyişle Protokol'e taraf olmak isteyen bir devletin öncelikle 1992 HSS ve 1992 FS'ne taraf olması gerekir⁵⁸. Şüphesiz 1992 HSS ve 1992 FS'ne taraf olan bir devletin

⁵⁵ Protokol m. 2(2).

⁵⁶ Protokol m. 16 (2).

⁵⁷ Protokol m. 16(3).

⁵⁸ Protokol m.4(1).

Protokol'e taraf olması şart değildir. Ancak, birçok petrol kirlenmesi olayında, orantılı ödeme uygulamasını hemen hemen sona erdireceği tahmin edilen 750 milyon SDR'ye varan ciddi tazminat güvencesi sebebiyle, bu sözleşmelere taraf olan bir devletin Protokol'e de taraf olması, kendi menfaatine olacaktır.

Protokol, kirlenme mağdurlarına her bir olay için azami 750 milyon SDR (yaklaşık 1,145 Milyon ABD Doları) seviyesine kadar tazminat ödenmesine imkân vermektedir⁵⁹. Bu tutara 1992 HSS ve 1992 FS gereğince ödenen miktarlar dâhildir. Bir başka deyişle, Tamamlayıcı Fon, her bir olay için 1992 HSS ve 1992 FS'ne göre ödenecek toplam tazminat tutarına ilaveten 750 milyon SDR seviyesine kadar ilave bir tazminat ödeyebilmektedir. Sonuçta bir hayli yüksek olan 750 milyon SDR tutarındaki tazminat limitinin kirlenme mağdurları açısından durumu bir hayli düzeltilmiş olduğu söylenebilir⁶⁰.

2. Tamamlayıcı Fon'a Müracaat Şartı

Tamamlayıcı Fon'un devreye girerek petrol kirlenmesi mağdurlarına ilave tazminat ödeyebilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

a) Petrol kirlenmesi zararının; bir Taraf Devlet'in karasuları dâhil kara ülkesinde, milletlerarası hukuka uygun olarak ilan etmiş olduğu münhasır ekonomik bölgesinde veya münhasır ekonomik bölge ilan etmemişse bu bölgeye denk ve karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 200 deniz miline kadar uzanan bir bölgede meydana gelmesi gerekir⁶¹.

b) Petrol kirlenmesi mağdurlarının; donatan (veya onun sigortacısı) ve 1992 Fonu'ndan zararlarını tam olarak elde edememiş olmaları gerekir. Bir başka deyişle Tamamlayıcı Fon; ödenmesi gerekli tazminat tutarının, ya herhangi bir olayda 1992 FS'nde belirlenen 203 milyon SDR tutarındaki azami tazminat limitini aşması ya da bu limitin aşılabacağı

⁵⁹ Protokol m. 4 (2)(a). Japonya dâhil bazı devletler, sınırsız sorumluluğu savunmuşlarsa da bu öneri reddedilmiştir. (*Pavliha / Grbec*, s. 320)

⁶⁰ *Jacobsson*, s. 16.

⁶¹ Kurulduğundan beri Tamamlayıcı Fon'un ilgili olduğu herhangi bir olay meydana gelmemiştir (International Oil Pollution Compensation Fund, 2010 Annual Report, s. 6).

riskinin mevcut olması hâlinde ilave tazminat ödemekle yükümlü olabilir⁶².

c) Tamamlayıcı Fon, petrol kirlenmesi mağdurlarına otomatik olarak ilave tazminat ödemez. Bunun için zarar görenin tazminat alacağı sabit olması gerekir. Uygulamada, tazmin talebinin kısmen karşılanacağına dair 1992 Fon Genel Kurulunun nihai veya geçici nitelikteki kararı yeterli sayılmalıdır. Bu durumda Tamamlayıcı Fon Genel Kurulu, ilave tazminatın ödenip ödenmeyeceğine ve ödenecekse miktarına karar verecektir.

Protokol, sabit alacağı (*established claim*)⁶³; “1992 Fonu tarafından kabul edilen veya artık normal temyiz yoluna tabi olmaksızın 1992 Fonu üzerinde bağlayıcı nitelikteki bir mahkemenin kararı ile kabule şayan görülen ve eğer 1992 FS’nin 4(4) maddesinde gösterilen limit söz konusu olaya uygulanmamış olsaydı tamamen tazmin edilebilecek olacak” olarak tanımlanmaktadır.

Anlaşılabacağı üzere, Tamamlayıcı Fon, alacakların değerlendirilmesinde kendine özgü bir yöntem ihdas etmemiş, bunun yerine tamamen 1992 FS çerçevesinde benimsenen değerlendirme yöntemlerini esas almıştır. Böylelikle, Protokol, mevcut tazmin rejiminde herhangi bir değişiklik yapmadan 1992 FS hükümleri çerçevesinde uygun görülen mevcut tazminat miktarının 750 milyon SDR’ye kadar tamamlanmasına imkân vermektedir. Bununla birlikte Tamamlayıcı Fon’un, 1992 Fonu’nun sonradan tazminat seviyesini artırması veya bütün zararı karşılaması hâlinde 1992 Fonu’na karşı halefiyetten kaynaklanan haklarını muhafaza ettiği belirtilmelidir⁶⁴.

3. Tamamlayıcı Fon’a Katkı Yükümlülüğü

A- Tamamlayıcı Fon’un Petrol Alıcıları Tarafından Finanse Edilmesi

Protokol, 1992 HSS’nde herhangi bir tadilat yapmamış, sadece 1992 FS’nde tadilat yapmıştır. Bu, Tamamlayıcı Fon’un gemicilik endüstrisi (donatanlar ve onların sigortacıları) tarafından değil, fakat

⁶² Protokol m. 5.

⁶³ Protokol m. 1(8).

⁶⁴ Pavliha / Grbec, s. 321.

petrol endüstrisi (petrol alıcıları) tarafından finanse edileceği anlamına gelmektedir. Nitekim, Protokol, tamamen 1992 FS'nin 10. maddesine paralel şekilde, her bir Taraf Devlet'le ilgili olarak, bir takvim yılında toplamda 150.000 tondan fazla petrolü alan bir kimse tarafından Tamamlayıcı Fon'a katkı yapılacağını belirtmektedir⁶⁵. Bu düzenleme, çoğu durumlarda katkı sağlayıcı konumunda bulunan petrol endüstrisinin (petrol şirketlerinin) hem 1992 Fonu'na, hem de Tamamlayıcı Fon'a ayrı katkı ödemesi yapacağı anlamına gelmektedir.

Katkı paylarına kimin katlanacağı, bir başka deyişle Tamamlayıcı Fon'un ödeyeceği tazminatın hangi endüstri tarafından finanse edileceği meselesi, gerek milletlerarası petrol kirliliği tazmin fonlarının, gerekse diplomatik konferans müzakerelerinin anahtar konusunu teşkil etmiştir. Müzakerelerde gemicilik endüstrisi (donatanlar ve onların sigortacıları, uygulamada P&I kulüpleri) ile petrol endüstrisi (petrol şirketleri) arasında yoğun çekişmeler yaşanmıştır. Özellikle petrol endüstrisi, 750 milyon SDR gibi oldukça yüksek bir tazminat güvencesi veren Tamamlayıcı Fon'u tek başına finanse etmeye yanaşmamıştır. Buna karşılık gemicilik endüstrisi 1992 HSS ve 1992 FS ile oluşturulan mevcut milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejiminde esaslı değişiklikler yapılması suretiyle sistemin bozulmasını engellemeye gayret etmiştir.

Milletlerarası petrol kirliliği tazmin fonları ile diplomatik konferans müzakerelerinde petrol endüstrisini temsilen "Petrol Şirketleri Milletlerarası Deniz Forumu"nun (OCIMF)⁶⁶ temel görüşleri⁶⁷, aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

a) Tamamlayıcı Fon kurulması önerisi olumlu karşılanmakla birlikte Taslak Protokol, gemicilik ve petrol endüstrisi arasındaki dengeyi ciddi ölçüde bozmaktadır. Milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejiminin kurulduğu ilk yıllarda her iki endüstrinin rejime katkıları dengeli iken,

⁶⁵ Protokol m. 10.

⁶⁶ *Oil Companies International Marine Forum.*

⁶⁷ OCIMF tarafından sunulan raporlar için bkz. LEG/CONF 14/13, May 6, 2003 ve LEG/CONF 14/14, May 6, 2003. İlgili diğer raporlar için bkz. 92FUND/WGR.3/8/2, May 24, 2001; 92FUND/WGR.3/19/3, February 2, 2004; 92FUND/WGR.3/5, February 9, 2001.

zaman içinde sorumluluk ve tazminat limitlerinin artırılması, bu dengeyi bozmaya başlamıştır⁶⁸.

b) Deniz kazalarının meydana gelmesinde petrol alıcılarının hiçbir kusuru bulunmamaktadır. Bilakis, hemen hemen bütün petrol dökülmeleri, geminin işletilmesiyle alakalı kusurlardan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, donatanların petrol kirliliğine yol açan, özellikle seyrüsefer emniyetine dair kurallara uymamaları veya standart altı gemileri çalıştırmaları gibi kusurlu eylemlerinin görmezlikten gelinerek kirlenmeye bağlı sorumluluk ve tazminat yükünün petrol endüstrisine yüklenmesi mantıklı değildir.

c) Tamamlayıcı Fon, geçici bir çözüm olup kalıcı bir çözüme ulaşılabilmesi için milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejiminin temelini oluşturan 1992 HSS ve 1992 FS'nde esaslı tadilat yapılması gereklidir. Özellikle donatanın sorumluluk limitleri yükseltilebilir, sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybedilmesi koşulları esnetilebilir. Ayrıca standart altı gemilerin çalıştırılması yasaklanabilir. Böylece kirlenme olaylarında da azalma sağlanabilir.

d) Petrol endüstrisi ve gemicilik endüstrisi arasındaki söz konusu dengenin bozulması, deniz kazalarını artıracaktır.

e) Donatanlar, 1992 HSS'nde yer alan sınırlı sorumluluk hükümleriyle korunmaktadırlar ve sorumluluklarının sınırsız hâle dönüştürülmesi çok zordur.

f) 1990 Petrol Kirliliği Kanunu'nun (OPA 90'in)⁶⁹ yürürlüğe girmesinden itibaren ABD'ndeki petrol kirlenmesi zararları, % 95 oranında azalmıştır. Bu durum, "kirleten öder" prensibine dayalı, 1992 HSS'ne kıyasen daha katı bir sorumluluğu öngören ve sorumluluk limitlerinin daha yüksek olduğu OPA 90'in kurmuş olduğu rejimin bir başarısıdır. OPA 90 sayesinde artık standart altı tankerler yerine çift cidarlı tankerler kullanılmaktadır⁷⁰.

⁶⁸ Oysa, bu denge, 1969 HSS ve 1971 FS'nin özünü oluşturmaktaydı (*Gaskell, N. / Forrest, C.: Marine Pollution Damage in Australia: Implementing The Bunker Oil Convention 2001 and The Supplementary Fund Protocol 2003, The University of Queensland Law Journal 2008, Vol. 27/2, s. 122*).

⁶⁹ *Oil Pollution Act 1990*.

⁷⁰ *ICIMF: The US Oil Pollution Act of 1990 (OPA 90) Why Has It Been so Successful at Reducing Spills?* <<http://www.ocimf.com>>.

Milletlerarası petrol kirliliği tazmin fonları ile diplomatik konferans müzakerelerinde gemicilik endüstrisini temsilen Milletlerarası P&I Kulüpleri Birliği'nin (bundan sonra Milletlerarası Grup olarak anılacaktır)⁷¹ temel görüşleri⁷² ise aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

a) Milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimi, başarı şekilde çalıştığından mevcut sistem muhafaza edilmelidir. Mevcut sorumluluk ve tazminat sisteminde yapılacak esaslı değişiklikler, rejime ciddi zarar vereceğinden petrol kirlenmesi mağdurları aleyhine sonuçlar doğurur.

b) 1992 HSS ve 1992 FS'nde esasında "kirleten öder" prensibi kabul edilmiştir⁷³. Kirleten ise donatan ve petrol alıcılarıdır. Petrol alıcılarının kirlenmenin ekonomik sonuçlarından sorumlu tutulması, onların kirlenmeye sebep olan petrolün üretilmesi ve taşınmasından ziyade yüksek kârlar elde etmelerine dayanmaktadır. Belirtilen sözleşmelerin tasarlanmasında kirlenmenin ekonomik sonuçlarının gemicilik endüstrisi ile petrol endüstrisi arasında dengeli bir şekilde paylaştırılması amaçlanmıştır.

c) 1990 ilâ 1999 yılları arasında meydana gelen 360 tanker kazası⁷⁴ incelendiğinde tazminat ödemelerinin hemen hemen eşit oranlarda ilgili sektörler arasında paylaşıldığı gözükmektedir. Dolayısıyla, mevcut dengenin petrol endüstrisi lehinde bozulması, milletlerarası petrol tazmin rejimini geriye götürmek anlamını taşır.

d) 1992 HSS ve 1992 FS'nin amacı, kirlenme zararına yol açanların cezalandırılması değil, fakat kirlenme mağdurlarına hızlı ve yeterli biçimde tazminat ödenmesini sağlamaktır. Bu amaçla, gemi malikinin kusursuz sorumluluğuyla birlikte sorumluluğun malik dışında çarterer, işleyen gibi şahıslara kanalize edilememesi esası benimsenmiştir. Buna

⁷¹ International Group of P&I Clubs (IGPIC)

⁷² Milletlerarası Grup tarafından sunulan rapor için bkz. LEG/CONF 14/12, May 6, 2003. İlgili diğer raporlar için bkz. 92 FUND/WGR.3/8/2, May 24, 2001; 92FUND WGR.3/14/7, January 20, 2003.

⁷³ Çevrenin korunmasında "kirleten öder" prensibinin yorumu ve uygulanması her zaman kolay değildir. Örneğin; bir petrol tankerinin karıştığı bir deniz kazasında kirleten, her zaman tanker maliki değildir. Zira, donatanlar için kendilerine ait olan yükü taşımak, pek alışıldık durum değildir. Gemi, sadece başkasına ait yükü taşımak için kullanılan bir araçtır (*Gaskell / Forrest*, s. 105).

⁷⁴ 92FUND/WGR.3/8/2, May 24, 2001.

paralel şekilde, yük ilgililerinin katkısı bakımından sadece tek bir petrol şirketi değil, fakat bütün petrol alıcıları mevcut rejime katkı sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır.

e) Yüksek miktarda tazminat talebine muhatap olan donatan, hem sonraki yıllarda yüksek prim ödemek zorunda kalacağından, hem de poliçelerdeki muafiyetler sebebiyle zararın bir kısmı zaten kendi üzerinde kalacağından kusurlu davranışlarının karşılığına belirli bir ölçüde katlanmaktadır.

f) Sorumluluk ile standart altı gemilerin çalıştırılması arasında bağ kurulması doğru değildir. 1992 HSS ve 1992 FS, deniz emniyeti konularının tartışılacağı alanlar değildir. Aksi yaklaşım, kirlenme mağdurlarını sıkıntıya sokabilir.

Gerek 1992 Fon müzakerelerinde, gerekse diplomatik konferans müzakerelerinde gemicilik endüstrisi adına hareket eden Milletlerarası Grup baskın çıkmış, sonuçta 1992 HSS ve 1992 FS'nin kapsamlı ve esaslı surette tadil edilmeleri engellenmiş, tamamen petrol endüstrisince finanse edilecek olan bir Tamamlayıcı Fon kurulmasına karşılık donatanların sorumluluk limitlerinde herhangi bir artışa gidilmemiştir.

B- Üyelik Bedeli (*Membership Fee*)

Protokol, 1992 FS'nden model alınmasına rağmen aralarında önemli bir fark bulunmaktadır. Bilindiği üzere, 1992 FS hükümlerine göre bir Taraf Devlet'te hiçbir katkı sağlayıcının bulunmaması hâlinde dahi 1992 Fonu, kirlenme mağdurlarına tazminat ödemek durumunda kalabilmektedir. Zira, bir Taraf Devlet'te 150.000 tondan fazla petrol alan bir şirket bulunmadığında katkı sağlayıcı kişi yok demektir. Bunun tipik örneği, hiçbir katkı sağlayıcının bulunmadığı Slovenya Cumhuriyeti'dir. Bu durum, 1992 Fonu'nun sağlamış olduğu güvencenin karşılıksız bir hizmet olduğu anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, böyle bir durumda bir Taraf Devlet'te petrol kirlenmesi mağdurlarına yapılacak tazminat ödemeleri, diğer Taraf Devletlerce yapılacak katkılarla finanse edilmektedir ki, bu uygulamanın milletlerarası dayanışma ve hakkaniyet kavramlarına uygun düşmediği açıktır.⁷⁵

⁷⁵ Pavliha / Grbec, s. 322.

Belirtilen haksız uygulamaya son vermek amacıyla Protokol'ün 14. maddesi, “üyelik bedeli” (*membership fee*) olarak ifa edilen orijinal bir hüküm getirmektedir. Bu maddeye göre katkılara dair m. 10 hükümleri dikkate alınmaksızın Protokol'ün amaçları bakımından her bir Taraf Devlet'te en az bir milyon ton katkı sağlayıcı petrol alımının mevcut olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Ayrıca, bir Taraf Devlet'te alınan katkı sağlayıcı petrolün toplam miktarının bir milyon tonun altında olması hâlinde, bu Taraf Devlet, alınan petrolün toplam miktarından sorumlu olacak hiçbir kimsenin bulunmaması dolayısıyla, bu Devletin ülkesi içinde alınan petrolle ilgili olarak bu Protokol gereğince Tamamlayıcı Fon'a katkı yapmakla sorumlu olacak bir kimseye düşen yükümlülükleri üstlenir⁷⁷.

Söz konusu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, bir Taraf Devlet'te fiilen alınan toplam katkı sağlayıcı petrol miktarı, bir milyon tondan az ise bu Devlette, belirlenen takvim yılı için en az bir milyon ton katkı sağlayıcı petrolün alınmış olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bu Devlet, bir milyon ton petrol alımına bağlı olarak Protokol'de yer alan yükümlülüklerle tabi kılınmaktadır. Protokol'e Taraf Devlet'te hiçbir katkı sağlayıcı kimse bulunmuyorsa bu Devlet, bir milyon ton alıma dayalı katkıları bizzat ödemekle yükümlüdür. Bununla beraber bir milyon katkı sağlayıcı yükten daha azını aldığı bildirilen katkı sağlayıcı kimselerin bildirilmesi durumunda ise söz konusu Taraf Devlet, bir milyon ton kabul edilen alım miktarı ile fiili alımlar arasındaki farka tekabül eden katkı payını ödemekten sorumludur⁷⁸.

Üyelik bedelinin kabulüyle, hem Protokol'ün sağlamış olduğu 750 milyon SDR gibi bir hayli yüksek tazminat güvencesine, ülkelerinde katkı sağlayıcıların bulunmadığı Taraf Devletler'in minimum da olsa belirli bir katkı sağlamaları mümkün kılınarak belirtilen haksızlık giderilmektedir, hem de Taraf Devletler, petrol kirliliği tazmin fonlarının sağlıklı çalışabilmesi için hayati önemi haiz olan petrol alımlarına dair bildirimleri uygun şekilde yapmaya sevk edilmektedir. Zira, Taraf Devletler, uygun

⁷⁶ Protokol m. 14(1).

⁷⁷ Protokol m. 14(2).

⁷⁸ *Pavliha / Grbec*, s. 323.

bildirimde bulunmadıklarında Protokol'ün varsaydığı bir milyon ton alımlara dayalı katkı paylarını bizzat ödemek zorunda kalacaklardır⁷⁹.

Dünya'nın en fazla petrol alıcısı olan Japonya'nın taraf olmasını kolaylaştırmak için Protokol, 1992 FS'ndekine benzer şekilde geçiş (*capping*) hükümleri ihtiva etmektedir. Protokol'ün 18(1) maddesi, bir takvim yılında, tek bir Taraf Devlet'te alınan katkı sağlayıcı petrolle ilgili olarak ödenecek toplam yıllık katkıların miktarının, söz konusu takvim yılı için Protokol'e uygun şekilde alınacak toplam yıllık katkıların miktarının % 20'sini geçmeyeceğini belirtmektedir. Ancak, bu uygulama, bütün Taraf Devletler'ce bir takvim yılı içinde alınan toplam katkı sağlayıcı petrol miktarının bir milyon tona ulaşmasından sonra veya Protokol'ün yürürlüğe girmesinden itibaren on yıl sonra (hangisi daha önce gerçekleşirse) sona erecektir⁸⁰. Nitekim, bu madde hükmü sayesinde Japonya, Protokol'e taraf olan ilk devlet olmuştur.

4. Bildirim Yükümlülüğü

Taraf Devletler'in bildirim yükümlülüğü, 1992 FS hükümlerine göre tayin edilmektedir. Protokol'ün 13. maddesine göre Taraf Devletler, 1992 FS'nin 15. maddesine göre petrol alımlarına dair ilgili bilgileri Tamamlayıcı Fon Yöneticisine bildirmekle yükümlüdürler. Ancak, 92 FS'nin 15(2) maddesine göre 1992 Fonu Yöneticisine yapılan bildirimler, aynı zamanda Protokol'e göre de yapılmış sayılır.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi, milletlerarası petrol kirliliği tazmin fonlarının sağlıklı şekilde çalışması için hayati öneme sahiptir. Bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediği veya eksik yerine getirildiğinde katkı paylarının tahsili mümkün değildir. Ne var ki, 1992 FS, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ve buna bağlı olarak katkı paylarının tahsilinin mümkün olmaması hâlinde, sınırlı kapsamda⁸¹

⁷⁹ Pavliha / Grbec, s. 323-324.

⁸⁰ Protokol m. 18(4). Bu madde, Japonya'nın önerisi üzerine metne alınmıştır. Bkz. LEG/CONF.14/9, April 29, 2003.

⁸¹ Konuya ilişkin olarak sadece 1992 FS'nin 15(4) maddesinde bir Taraf Devlet'in katkı sağlayıcı petrole dair gerekli bilgileri Fon Yöneticisine bildirmemesi sonucu Fon'un maddi bir kayba uğraması durumunda bu Devlet'in söz konusu zarardan dolayı Fon'a tazminat ödemek zorunda olduğu belirtilmektedir. Bu hüküm, Protokol'ün 13(2) maddesine de aynen yansımıştır.

bazı hükümlerin dışında kusurlu devletler hakkında kirlenme zararlarının tazmin edilmemesi veya askıya alınması gibi uygulanacak açık ve somut müeyyideler ihtiva etmemektedir.

Protokol, benzer sorunların Tamamlayıcı Fon açısından yaşanmaması amacıyla bildirim yükümlülüğünde bulunmayan devletlerde meydana gelen kirlenme zararlarının tazmin edilmeyeceği yönünde açık bir yaptırım kabul etmiştir⁸². Buna göre bir Taraf Devlet'in coğrafi uygulama kapsamı içinde meydana gelen kirlenme zararlarıyla ilgili olarak, söz konusu Devlet tarafından m. 13(1) ve 15(1) hükümlerine uygun şekilde Tamamlayıcı Fon Yöneticisine karşı kirlenme zararına yol açan olayın meydana gelmesinden önceki bütün yıllara ait bildirim yükümlülüğü yerine getirilinceye kadar Fon tarafından kirlenme zararları dolayısıyla hiçbir tazminat ödenmez.

Bildirim yükümlülüğünün belirtildiği şekilde yaptırıma bağlanması, isabetli olmuştur. Bildirimin uygun şekilde yapılmasına kadar hiçbir kirlenme zararının tazmin edilmeyeceği biçimindeki bu açık ve somut nitelikteki yaptırım, ihtiyaçlara uygundur. Nitekim, 1996 HNS'i tadil eden 2010 tarihli Protokol'ün 14. maddesiyle 1996 HNS'e "bildirimde bulunmama" başlığı altında eklenen 21bis numaralı yeni maddenin 2. paragrafı, Protokol'ün 15(2) maddesi paralelindedir.

5. Yetkili Mahkeme

Protokol'ün yetkili mahkemeye dair hükümlerinin çoğunluğu 1992 FS hükümlerini yansıtmaktadır⁸³. Bu sebeple yetkili mahkemeye dair Protokol'ün 7. maddesinin arkasında yatan mantığın anlaşılabilirliği için 92 HSS m. IX ve 92 FS m. 7 hükümlerinin birlikte ele alınması gerekmektedir.

Petrol kirliliği zararlarında genel bir kural olarak yetkili mahkeme, kirlenme zararının meydana geldiği ve malikin bir sınırlandırma fonu tesis ettiği devletin mahkemesidir. 1992 HSS ve 1992 FS uygulamalarında kirlenme zararının birden çok devleti etkilediği hâllerde, donatan ve 1992 Fonu'na karşı açılacak davaların 1992 HSS ve 1992 FS'ne taraf olan devletlerden birinin yetkili mahkemesinde açılması yeterli olmaktadır.

⁸² Protokol m. 15(2).

⁸³ Protokol m. 7; 1992 FS m. 7.

Ancak, kirlenme zararı dolayısıyla 1992 Fonu'na karşı 1992 FS'ne taraf olan, fakat Protokol'e taraf olmayan bir Taraf Devlet'in mahkemesi nezdinde bir tazminat davası açıldığında Tamamlayıcı Fon'a karşı açılacak davaların hangi yetkili mahkeme önünde görüleceği önemli bir sorun olarak ortaya çıkabilirdi. Bu soruna çözüm olarak Protokol, bu gibi hâllerde Davacıların, ya Tamamlayıcı Fon'un merkezinin bulunduğu devletin mahkemesi önünde (İngiliz Mahkemeleri) ya da Protokol'e taraf olan bir devletin 1992 HSS m. IX hükümleri çerçevesinde yetkili mahkemesinde tazminat davası açabileceğini kabul etmiştir.

IV. STOPIA⁸⁴ VE TOPIA'NIN⁸⁵ KABULÜ

1. STOPIA ve TOPIA'ya Giden Süreç

Protokol'ün süratle kabul edilmesi ve 3/3/2005 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen 1992 Fon toplantılarındaki tartışmalar devam etmiş, 1992 HSS ve 1992 FS'nin esaslı şekilde tadil edilmeleri gereği gündeme gelmiştir. Esasen bu sözleşmelerin tadil edilmeleri meselesi, henüz Protokol Taslağının oluşturulmadığı Çalışma Grubu faaliyetlerinin başladığı dönemde de gündeme gelmiştir.

Protokol'ün kabulünden sonra Çalışma Grubu, 1992 HSS ve 1992 FS üzerindeki çalışmalara devam etmiştir. Çalışmaların özündeki mesele, donatanların sorumlulukları ile 1992 FS ve Protokol hükümlerine göre petrol endüstrisi (petrol alıcıları) tarafından sağlanan katkılar arasındaki denge olmuştur. Protokol, süratle kabul edilerek yürürlüğe konulmuşsa da mevcut sorunlar, kökten ve esaslı bir şekilde çözümlenmemiştir. Zira, Protokol, sadece 1992 FS'nde tadilat yaparak Tamamlayıcı Fon kurmuş, fakat 1992 HSS'de herhangi bir tadilat yapmamıştır. Böylece, gemicilik endüstrisinin (donatanlar ve onların sigortacıları) sorumlulukları aynen korunmuş, buna karşılık 1992 Fonu'nda olduğu petrol endüstrisi (petrol alıcıları) Tamamlayıcı Fonu da finanse etmek durumunda kalmıştır. 1992 FS'nde azami tazminat limitinin 203 milyon SDR olmasına karşılık Protokol'de bu limitin 750 milyon SDR gibi oldukça yüksek bir meblağ

⁸⁴ *Small Tanker Oil Pollution Indemnification Agreement* (Küçük Tanker Petrol Kirliliği Tazmin Sözleşmesi).

⁸⁵ *Tanker Oil Pollution Indemnification Agreement* (Tanker Petrol Kirliliği Tazmin Sözleşmesi).

olarak kabulü, milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimini finanse eden bu iki sektör arasındaki mevcut dengeyi petrol endüstrisi aleyhinde açık bir şekilde bozmuştur.

1992 Fon toplantılarında, gerek petrol endüstrisi, gerekse birçok devlet tarafından, Protokol'ün benimsediği azami tazminat meblağının sonuçta sadece petrol endüstrisi tarafından ödenecek olması sebebiyle mevcut dengenin bir hayli bozulduğu ileri sürülmüştür. Bu temel üzerinde söz konusu delegeler; genel olarak kirlenme zararlarından sorumluluk ve tazminata dair mevcut milletlerarası sözleşmelerin, aynı zamanda petrol kirlenmesi olaylarını önleme amacıyla uyumlu olması gerektiğini, bir geminin denize elverişli olmasının donatanın sorumluluğunda olduğunu, dolayısıyla 1992 Fonu'nda olduğu gibi sadece petrol alıcılarının katkılarıyla finanse edilen Tamamlayıcı Fon'un bu amaca hizmet etmeyeceğini, mevcut sorunların bütününe temas edilmesi için milletlerarası petrol kirliliği rejiminin kökten tadil edilmesinin gerektiğini savunmuşlardır⁸⁶.

Buna karşılık çok sayıda diğer devletler, donatanlar ve onların sigortacıları; küçük gemiler için sorumluluk limitlerinin ihtiyari olarak ve belirli bir nispette artırılması durumunda her iki sektör arasındaki muhtemel dengesizliğin giderileceğini⁸⁷, 1992 HSS ve 1992 FS'nin kirlenme mağdurlarının zararlarının tam olarak ve mümkün olduğunca hızlı bir şekilde tazmin edilmesi amacıyla tasarlandığını, yoksa deniz emniyetinin geliştirilmesi ve kirlenmeye sebep olanların cezalandırılmasının düşünülmediğini, donatanların sorumlulukları ile ilgili meselelerin tartışmaya açılmasının petrol kirlenmesi mağdurlarının durumlarını kötüleştireceğini, bu esaslar çerçevesinde milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejiminin kökten tadil edilmesinin uygun olmadığını savunmuşlardır⁸⁸.

⁸⁶ Ayrıca OCIMF görüşleri için bkz. s. 13- 14.

⁸⁷1992 Fon Genel Kurul toplantılarında, özellikle Avrupa Komisyonu, donatanın sorumluluğunu sınırlandırma hakkının kaybıyla ilgili olarak en azından bir eşik rakamın belirlenmesi gerektiğini, mevcut sistemin kendilerini sorumlu tutmadığı anahtar konumda bulunan diğer kimselere sağlanan korunmanın kaldırılmasını önermiştir. (Pavliha / Grbec, s. 325, dp. 35)

⁸⁸ Ayrıca Milletlerarası Grup'un görüşleri için bkz. s. 14-15.

Çalışma Grubu, Şubat 2003 tarihinde gerçekleştirmiş olduğu 5. Toplantısında, çalışmalara ışık tutacağı gerekçesiyle, 1992 Fon Sekreteryası'ndan, 1992 HSS ve 1992 FS'nin mevcut ve yürürlüğe girmesi beklenen artırılmış limitleriyle ilgili olarak, geçmiş petrol kirlenmelerinin maliyetine dair bağımsız bir çalışma yapmasının uygun olacağını önermiştir. Böyle bir çalışmanın, geçmiş kirlenme olaylarının maliyetine gemicilik endüstrisi ve petrol endüstrisinin yıllar itibarıyla hangi oranlarda katlandığını göstermesi ve çıkacak rakamların enflasyon oranları dikkate alarak 2003 yılı için belirlenmesi istenilmiştir. Çalışmanın sonucuna bağlı olarak P&I kulüpleri ve petrol endüstrisinden gelecek açık ve yeni bilgilerin, aynı zamanda Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonraki gelişmeleri nasıl etkileyebileceği açısından da faydalı olacağı öngörülmüştür⁸⁹.

Bilhare, 1992 Fon Yöneticisi tarafından, Milletlerarası Grup'tan gelen bilgilere istinaden hazırlanan bu çalışma, tamamlanarak bir rapor hâlinde Çalışma Grubu'nun Mayıs 2004'de gerçekleştirilen 8. Toplantısına sunulmuştur⁹⁰. Rapor, milletlerarası petrol kirliliği tazmin fonları ile "Petrol Kirliliği Zararlarından Tanker Sorumluluğuna Dair Geçici İlave Sözleşme"nin (CRISTAL)⁹¹ kendi maliyet verileriyle birlikte 1978 ilâ 2002 yılları arasındaki 25 yıllık bir periyotta meydana gelen toplam 5.802 olaya ilişkin maliyet verilerini birçok tablo ve grafiklerle ortaya koymakta idi. Raporda dikkat çeken ve önem arz eden tespitler aşağıda gösterilmiştir:

a) Belirtilen dönemde gönüllü tazmin rejimleri (TOVALOP⁹² ve CRISTAL) dâhil milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimi (1969 HSS, 1971 FS, 1992 HSS ve 1992 FS) çerçevesinde gemicilik endüstrisi, kirlilik zararı sebebiyle toplam maliyetin % 45'ine; petrol endüstrisi ise % 55'ine katkı sağlamıştır.

⁸⁹ Oosterveen, s. 236.

⁹⁰ 92FUND/WGR.3/22, May 14, 2004.

⁹¹ Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution.

⁹² The Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution (Petrol Kirliliğinden Sorumluluğa Dair Gönüllü Tanker Malikleri Sözleşmesi).

b) 1992 HSS ve 1992 FS ile birlikte, yürürlükte olduğu kabul edildiği takdirde Tamamlayıcı Fon kapsamında meydana gelen 5.800 olay dolayısıyla (ERİKA ve PRESTIGE olayları sonucu ödenecek tahmini tazminat miktarıyla birlikte) ödenmiş petrol kirliliği tazminatının 2002 itibarıyla toplam tutarı, 10,605 milyar ABD Dolarıdır⁹³. Bu durumda, petrol endüstrisinin (petrol yükü ilgililerinin) 8'i Tamamlayıcı Fon kapsamında olmak üzere 61 olay için katkı sağlamış olduğu, petrol endüstrisinin bu katkısının toplam maliyetin % 64'üne tekabül ettiği, buna karşılık gemicilik endüstrisinin katkısının ise % 36 olduğu görülmektedir.

c) Farklı tonajdaki gemiler bakımından sektörler arasındaki mali yükün dağılımı, bir hayli değişmektedir. Örneğin; 5.001 ilâ 20.000 GT arasındaki gemilerle ilgili olarak, gemicilik endüstrisi yaklaşık 1.127 olayın toplam maliyetinin yalnızca % 16'sına katlandığı hâlde 20.001 ilâ 80.000 GT arasındaki gemilerle ilgili olarak, bu oran % 42'dir. 80.000 GT'den büyük gemilerde meydana gelen olayların sayısında ciddi bir düşüş olmasına karşılık bu oranın gemicilik endüstrisi aleyhinde arttığı dikkat çekmektedir. Nitekim, 80.001 ilâ 140.000 GT arasındaki gemilerde, gemicilik endüstrisinin toplam maliyete katkısı % 73; 140.000 GT'den büyük gemilerde ise % 69'dur.

Bu sonuçların farklı yorumlara belirli bir ölçüde kapıyı açık bıraktığı ileri sürülebilirse de sorumluluk ve tazminat limitlerine nazaran petrol endüstrisinin, kirlenme zararlarının karşılanmasındaki katkısının yıldan yıla önemli ölçüde arttığı, artışta ERIKA ve PRESTIGE kazalarının büyük rolü olduğu açıktır. Tamamlayıcı Fon kapsamında deniz kazaları meydana geldiğinde bu oranın yükselmeye devam edeceği beklenmektedir.

Ekim 2005'de gerçekleştirilen 1992 Fon Genel Kurulu toplantısında, 1992 HSS ve 1992 FS'nin tadil edilip edilmemeleri meselesine dair Çalışma Grubunun nihai raporu müzakere edilmiştir. Çalışma Grubu, mesele üzerinde kesin bir karara ulaşamadığından 1992

⁹³ Doktrinde 2002 itibarıyla belirlenen rakamların yeniden güncellenmesi hâlinde petrol endüstrisinin katkısının donatanlara kıyasen bir hayli artmış olacağının daha açık görüleceği belirtilmektedir (*Gaskell / Forrest*, s. 122).

Fon Genel Kurulu'na herhangi bir öneri sunamamıştır⁹⁴. Çalışma Grubu'na paralel şekilde 1992 Fon Genel Kurulunda da üye devletler arasında herhangi bir fikir birliği mevcut olmamıştır. Bu gelişmeler üzerine 1992 Fon Genel Kurulu, belirtilen sözleşmelerin sınırlı ölçüde de olsa tadil edilmeleri için yeterli desteğin mevcut bulunmadığı gerekçesiyle Çalışma Grubunun dağıtılmasına, sözleşmelerin tadil edilmesi meselesinin gündemden çıkarılmasına karar vermiştir⁹⁵.

1992 Fon çalışmalarında, her ne kadar 1992 HSS ve 1992 FS'nin tadil edilmeleri gerektiği yönündeki öneriler kabul görmemiş ve 1992 Fon Genel Kurulunca hazırlanan Protokol taslağı, süratle kabul edilmiş ise de, Protokol'ün mevcut sistemde yarattığı dengesizlik konusunda petrol endüstrisi adına OCIMF, ısrarla mevcut görüşlerini ortaya koymaya devam etmiştir. OCIMF, özellikle 2/2/2004 tarihinde sunmuş olduğu bir raporunda⁹⁶; özetle 1992 HSS ve 1992 FS'nin deniz emniyeti konularının

⁹⁴ Çalışma Grubu, 2000 ilâ 2005 yılları arasında gerçekleştirmiş olduğu dokuz toplantı boyunca 1992 HSS ve 1992 FS'nin esaslı surette tadil edilmelerinin gerekip gerekmediği meselesini müzakere etmiştir. Çalışmalarda özellikle Avustralya, Fransa ve İngiltere dâhil yedi devletten oluşan bir grup, üzerinde tadilat yapılması muhtemel konuları ayrıntılı bir liste hâlinde tespit etmiştir. Bkz. 92FUND/WGR. 3/5/1, February 26, 2001. Tespit edilen konular, aşağıda sunulmuştur:

- a) Sorumluluk sistemi,
- b) Zaman aşımının kesilmesinin kolaylaştırılması,
- c) Sorumluluğun kanalize edilmemesi,
- d) Standart altı gemileri çalıştıran donatanların (veya chartererlerin) sorumlulukları,
- e) Bütün petrol tankerlerinin zorunlu sigortaya tabi olması,
- f) Gemi tanımı,
- g) Sorumluluk limitlerinin artırılması.

Belirtilen konuların esasında kapsamlı bir şekilde müzakereye açılmaları makul görünmekle birbirinden çok farklı nitelikte olmaları ve kırk yılı aşkın bir zamandan beri başarıyla çalışan milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejiminin bozulması endişesi, Çalışma Grubu'nda uzlaşmaya varılmasını engellemiştir. Müzakerelerde Avrupa Komisyonu, Çalışma Grubu'nun tazminat meselesi üzerinde yoğunlaşmasına karşılık petrol kirlenmesi sebep olanlara yönelik caydırıcı hiçbir öneri üzerinde çalışılmadığı ve donatanın sınırlı sorumluluğuna dair hükümlerin oldukça katı olduğu hususlarına vurgu yapmıştır (*Gaskell / Forrest*, s. 122). Çalışma Grubu toplantılarında gündeme gelen somut öneriler için ayrıca bkz. 92FUND/WGR.3/5, February 2001; 92FUND/WGR.3/8/2, May 24, 2001.

⁹⁵ Bununla beraber Çalışma Grubu müzakerelerinin en somut faydası, çevrenin eski hâle getirilmesi masrafları ile petrol dökülmeleri sonrası yürütülen faaliyetlerin masrafları sebebiyle ileri sürülen alacakların kabul edilebilirliğine dair 1992 Fon Alacakları El Kitabı'nın tadili olmuştur (*Jacobsson*, s. 17).

⁹⁶ 92FUND/WGR.3/19/3, February 2, 2004.

tartışılacağı alanlar olmamakla beraber, hukuki sorumluluk ve deniz emniyeti konularının birbirlerinden ayrılmalarının mümkün olmadığını, mevcut tazmin rejiminin deniz emniyeti ve petrol kirlenmesinin önlenmesi konusunda çok güçlü araçlar olabileceğini, zira deniz emniyetine dair standartlara üst seviyede uyulduğunda tanker kazalarının önemli ölçüde azaltılabileceğini, 1971 Fonu kurulduğunda 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme⁹⁷ limitlerinin üzerinde sigorta teminatı sağlanması konusunda sıkıntılar yaşandığını, oysa bugün için P&I kulüplerinin 1 milyar ABD limitli sigorta teminatı verebildiklerini belirtmiştir.

Protokol'ün mevcut sistem üzerinde yaratacağı haksızlığın farkında olan gemicilik endüstrisi ile petrol endüstrisi tarafları, 1992 Fon müzakerelerinde muhtelif uzlaşma teklifleri sunmuşlar⁹⁸, sonuçta karşılıklı tavizlerle OCIMF'nin taleplerine paralel şekilde bir uzlaşmaya varılmıştır. Mart 2005 tarihinde ise 1992 Fon Genel Kurul toplantısında Milletlerarası Grup, ihtiyari bir temel üzerinde kısa adıyla STOPIA olarak bilenen bir sözleşme yoluyla küçük tanker malikleri için sorumluluk limitlerini artırmaya karar verdiklerini bildirmiştir.

2. STOPIA ve TOPIA Hükümlerine Bakış

Yukarıda da belirtildiği üzere, STOPIA'nın⁹⁹ geliştirilmesindeki ana sebep, Protokol'ün kabulüyle birlikte, petrol endüstrisi ve gemicilik endüstrisinin petrol kirlenmesi zararlarının tazminine yapacakları katkılar arasındaki dengesizliğin, en azından küçük tankerler için sorumluluk limitlerinin artırılması suretiyle giderilmesidir. STOPIA, 1992 HSS'nin esaslı surette tadilini engellemek, buna karşılık belirtilen sözleşmedeki sorumluluk limitlerini ihtiyari olarak artırmak amacıyla ihdas edildiğinden milletlerarası deniz hukukunda yeni bir yaklaşım olarak görülmektedir¹⁰⁰.

⁹⁷ *International Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims*. Sözleşme'nin metni, hazırlık çalışmaları ve Konferans görüşmeleri için bkz. International Maritime Organization, Official Records of the International Conference on the Limitation of Liability for Maritime Claims, London 1983. Türkiye, 01/07/1998 tarihi itibarıyla Sözleşme'ye taraf olmuştur. Türkiye'nin bu Sözleşme'ye taraf olmasına dair 8/495 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla Sözleşme'nin İngilizce ve Türkçe metni için bkz. 04/06/1980 tarihli ve 17007 sayılı RG.

⁹⁸ 92FUND/A.6/4/2, September 26, 2001; 92FUND/A.6/4/3, October 2, 2001.

⁹⁹ STOPIA, Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihi olan 3/3/2005'de yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁰ *Pavliha / Grbec*, s. 326.

STOPIA, esasen P&I kulüpleri tarafından petrol kirlenmesi risklerine karşı sigortalanan belirli büyüklükteki (29.549 GT ve daha düşük) tanker malikleri arasında yapılan bir tip sözleşmedir. Söz konusu tanker maliklerinin bu sözleşmeye katılmalarıyla birlikte sözleşme hükümleri kendileri hakkında bağlayıcı hâle gelmektedir.

STOPIA 2005¹⁰¹, Protokol'e, dolayısıyla 1992 FS'ne Taraf Devletlerin coğrafi uygulama sahalarında¹⁰² meydana gelen petrol kirlenmesi zararlarıyla ilgili olarak, ihtiyari biçimde bu sözleşmeye katılmaları durumunda, 29.549 GT ve daha düşük petrol tankerleri maliklerinin 1992 HSS çerçevesinde belirlenen sorumluluk limitlerini 20 milyon SDR'ye kadar artırmaktadır. İlk etapta küçük tankerler yönünden sorumluluk limitlerinin artırılmasına duyulan ihtiyaç, küçük tankerlerin karıştığı olaylarda donatanların düşük sorumluluklarına karşılık¹⁰³ 1992 Fonu'nun oldukça yüksek miktarlarda tazminat ödemesinin mümkün olması sebebiyle doğan dengesizlikten kaynaklanmaktadır.

STOPIA 2005 hükümlerine göre bu Sözleşme'ye katılan 29,548 GT veya daha küçük tankerlerin malikleri, 1992 HSS hükümlerine göre her bir olay başına azami 20 milyon SDR'ye kadar (yaklaşık 30 milyon ABD Doları) olmak kaydıyla, kendi sorumluluk limitlerini aşan miktarda 1992 Fonu tarafından kirlenme mağdurlarına ödenen tazminata denk meblağı bu Fon'a ödemeyi kabul etmektedirler. Bir başka deyişle, belirtilen büyüklükteki tanker malikleri, 1992 HSS'ne göre belirlenen sorumluluk limitleriyle 20 milyon SDR arasındaki fark için 1992 Fonu'na tazminat ödemektedirler. Bilahare donatanlar, 1992 Fonu'na yapmış oldukları bu ödeme tutarının iadesi için ilgili P&I kulüplerinden talebe hak kazanmaktadırlar. Zira, kulüpler, üyelerinin STOPIA hükümlerine göre 1992 Fonu'na yapmış oldukları ödemelere ilişkin sorumluluklarına karşılık sigorta teminatı sağlamayı kabul etmektedirler¹⁰⁴.

¹⁰¹ STOPIA 2005, STOPIA'nın ilk versiyonudur.

¹⁰² STOPIA 2005 m. IV.

¹⁰³ 1992 HSS m. V(a) hükmüne göre 5.000 GT veya daha düşük tankerler için donatanın sorumlu olduğu miktar, azami 4.510.000 SDR'dir.

¹⁰⁴ Milletlerarası Grup ile 1992 Fonu arasında imzalanan Uzlaşma Protokolü (*Memorandum of Understanding*) m. 9(B). Protokol metni için bkz. 92FUND/A/ES.11/6, April 20, 2006, Annex.

29.548 GT ve daha küçük tankerlerin, petrol kirlenmesi risklerine karşı Milletlerarası Grup'a dâhil P&I kulüplerinden birisi tarafından sigortalması durumunda, bu tankerler otomatik olarak STOPIA'ya da girmiş sayılmaktadırlar. Ayrıca, STOPIA'da "ilgili gemi" olarak tanımlanan bu tankerlerin, Milletlerarası Grup'un havuz sözleşmeleri yoluyla reasüre edilmeleri gerekmektedir¹⁰⁵. Böylece, gemi malikleri de sözleşmenin tarafı hâline gelmekte, dolayısıyla sözleşme hükümleriyle bağlanmaktadır.

1992 Fonu, STOPIA'nın tarafı olmamakla beraber bu sözleşme, 1992 Fonu'nun tazminat talebini sözleşmeye katılan malike karşı ileri sürebilmesine imkân vermektedir¹⁰⁶. Ancak, 1992 Fonu'nun, STOPIA 2005 kapsamındaki gemilere ilişkin olarak oluşan kirlenme zararları dolayısıyla üçüncü kişilere karşı sorumluluğu devam etmektedir.

1992 HSS ve 1992 FS'nin kapsamlı biçimde tadil edilmesi önerisinin kabul görmemesine karşılık 2005 Ekim ayından sonra devam eden 1992 Fonu ve Tamamlayıcı Fon müzakerelerinde, Milletlerarası Grup, STOPIA'nın 1992 HSS'ne Taraf Devletler bakımından bütün tankerlere teşmil edilmesini önermiştir. Milletlerarası Petrol Kirliliği Tazmin Fonları Yöneticisi, Milletlerarası Grup ve OCIMF arasındaki müzakerelerin sonucunda tadil edilmiş şekliyle STOPIA 2006 ve "Tanker Petrol Kirliliği Tazmin Sözleşmesi" olarak bilinen TOPIA 2006 tip sözleşmeleri oluşturulmuştur¹⁰⁷.

STOPIA 2006, STOPIA 2005 ile hemen hemen aynıdır. Aralarındaki en temel fark, STOPIA 2005'den farklı olarak STOPIA 2006'nın sadece Protokol'e taraf olan devletler bakımından değil, aynı zamanda 1992 FS'ne taraf olan devletler bakımından da uygulanabilmesidir. Dolayısıyla, STOPIA 2006'ya katılımı beraber 1992 Fon üyesi devletlerde meydana gelen kirlenme zararları da kapsama dâhil edilmektedir.

¹⁰⁵ STOPIA 2005 m. III(B) ve (C).

¹⁰⁶ STOPIA 2005 m. X(A)

¹⁰⁷ STOPIA 2006 ve TOPIA 2006, Şubat 2006'da kabul edildiler ve 20/02/2006'da yürürlüğe girdiler. Bkz. 92FUND/A/ES.10/13, February 1, 2006; SUPPFUND/A/ES.2/7, February 1, 2006.

TOPIA 2006 da STOPIA 2006'daki esaslara paralel hükümler ihtiva etmektedir. Fakat, aralarındaki farklılık; STOPIA 2006'dan farklı olarak TOPIA 2006'ya Milletlerarası Grup üyesi bir P&I kulübüne giren ve havuz sözleşmesi yoluyla reasüre edilen bütün tankerler için başvurulabilmesidir¹⁰⁸. Bir başka deyişle, TOPIA 2006'da hiçbir tonaj sınırlandırması yoktur. Bu sözleşmeye katılan tanker maliki, Tamamlayıcı Fon'un kirlenme zararını tazmin için ödemiş olduğu meblağın % 50'sini Tamamlayıcı Fon'a ödemeyi kabul etmektedir¹⁰⁹.

STOPIA 2006 ve TOPIA 2006 tip sözleşmelerinin amacı, tanker maliklerinin gönüllülüğü temelinde, kapsamları içinde bulunan bütün tankerler bakımından 1992 HSS, 1992 FS ve Protokol hükümlerinin haklarında uygulandığı Taraf Devletler'de meydana gelen kirlenme zararlarının tazminine katkıda bulunan petrol endüstrisi ve gemi malikleri (donatan ve onların sigortacıları) menfaatleri arasındaki dengenin sağlanmasıdır. STOPIA 2006 ve TOPIA 2006, aynı zamanda Protokol'e mümkün olan en yüksek sayıda devletin taraf olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Protokol'e Taraf Devletler'in sayısının fazla olması, bu devletlerdeki petrol alıcılarının menfaatinedir. Taraf Devlet sayısı arttıkça tazminat ödeme riski yayılacak, muhtemelen ödenecek katkı payı miktarı düşecektir¹¹⁰.

STOPIA 2006 ve TOPIA 2006 tip sözleşmeleri, tanker malikleri arasında yapılan sözleşmeler olmakla beraber kapsamlarına bağlı olmak üzere 1992 Fonu ile Tamamlayıcı Fon'a, bu Fonların kirlenme mağdurlarına yapmış oldukları tazminat ödemelerinin belirli bir kısmını tanker maliklerinden talebe hak vermektedir. Bilahare, tanker malikleri, bu tip sözleşmelerde yer alan limitler çerçevesinde, ödemiş oldukları meblağı, P&I kulüplerinden rücu talep edebilirler. Buna rağmen, 1992 HSS hükümleri çerçevesinde gemi maliklerinin sorumluluklarını sınırlandırma hakları devam etmektedir. Keza, kirlenme mağdurlarının da 1992 Fonu ve Tamamlayıcı Fon'dan tazminat talep hakları devam

¹⁰⁸ TOPIA 2006 m. XV (B).

¹⁰⁹ TOPIA 2006 m. XVI (C).

¹¹⁰ Acar, S.: Petrolen Kaynaklanan Kirlenme Zararlarının Tazmininde Yeni Dönem: STOPIA ve TOPIA. E – akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Ocak 2009, S.83, s. 29.

etmektedir. Dolayısıyla, STOPIA 2006 ve TOPIA 2006, kirlenme mağdurlarının hukuki durumunda herhangi bir değişiklik yapmamaktadır¹¹¹.

STOPIA 2006 ve TOPIA 2006, tanker maliklerine ciddi sorumluluklar yüklemektedir. Her şeyden önce tanker maliki, muhtemelen varlığından dahi haberdar olmadığı bu tip sözleşmelere, otomatik olarak taraf olduğu gibi uygulamada bunlardan çekilmesi de mümkün değildir. Üstelik bu tip sözleşmelerin tarafı olmayan 1992 Fonu ve Tamamlayıcı Fon, yine bu sözleşmelere dayanarak tanker maliklerini dava edebilmektedir. Ayrıca, Milletlerarası Grup, sözleşmelerin tarafı olmadığı hâlde, malik adına bu sözleşmeleri sona erdirmeye hakkına sahiptir¹¹².

STOPIA 2006 ve TOPIA 2006'ın kabul edilmelerinden hemen sonra 1992 Fonu ve Tamamlayıcı Fon ile Milletlerarası Grup arasında 19/4/2006'da bir Uzlaşma Protokolü (*Memorandum Of Understanding*) imzalanmıştır¹¹³. Protokol, 1992 Fonu ve Tamamlayıcı Fon'un söz konusu tip sözleşmelere taraf olmamasına rağmen bu sözleşmelerin uygulanmasına dair bazı prensipleri ortaya koymaktadır. P&I kulüpleri, Uzlaşma Protokolü hükümleri yoluyla, üyeleri olan tanker maliklerinin bu sözleşmelere taraf olmasını sağlamayı taahhüt etmektedir. Sonuçta, tanker malikleri belirli bir nispette 1992 Fonu ile Tamamlayıcı Fon'u tazmin edeceklerinden petrol alıcılarının bu Fonlara yapacakları katkılar, azalmış olacaktır. Bir başka deyişle, bu Fonların, kendi üzerlerine düşen tazminat yükümlülüğü dünya gemicilik endüstrisine paylaştırılarak, Protokol'ün petrol endüstrisi aleyhinde bozmuş olduğu dengenin yeniden sağlanması

¹¹¹ Oysa, gönüllülük temeli üzerine kurulmalarına rağmen TOVALOP ve CRISTAL, bireysel bazda kirlenme mağdurlarının hukuki durumları üzerinde etki yaratmaktaydı (*Gaskell / Craig*, s. 125). 1997'de sona eren TOVALOP ve CRISTAL hakkında bkz. <<http://www.iopcfund.org/history.htm>>; *Kara*, H.: Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukukuna Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2005, s. 238 – 243.

¹¹² *Acar*, s. 31. Yazar, ayrıca tanker maliklerinin sorumluluğunun P&I teminatına dâhil olmakla beraber kulüplerin, gerekli teminatı vermemek için birçok sebep üretebileceklerini, kirlenme zararlarının faturasının iki endüstri arasında eşit olarak ödendiği sürece sorun yaşanmayacağını, fakat sistemin bireysel adaletsizliklere yol açma ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerektiğini, dolayısıyla P&I kulüplerinin, üyeleri arasında adil davranma konusunda yükümlülüklerini dikkate almaları gerektiğini belirtmektedir.

¹¹³ Bkz. dp. 104.

mümkün olacaktır. Bu sebeplerle, doktrinde isabetli olarak kirlenme zararlarının paylaşılması konusunda yeni bir düzene girildiği savunulmaktadır¹¹⁴.

STOPIA 2006 ve TOPIA 2006'nın, 2016 yılında geçecek on yıllık periyot içinde meydana gelecek kirlenme zararlarının oluşturacağı tecrübe çerçevesinde gözden geçirilmesi öngörülmüştür. Bilahare, her beş yılda bir gözden geçirme devam edecektir. Kuşkusuz, gözden geçirmelerde petrol endüstrisi ve gemicilik endüstrisinin ödenen tazminatlara yapmış oldukları katkılar, incelenecektir. Bu sektörlerden birinin payının % 60'ı aştığı anlaşıldığında eşitliğin sağlanması amacıyla gerekli önlemler alınacaktır¹¹⁵.

STOPIA 2006 ve TOPIA 2006, gönüllülük esası üzerinde kurulmuş olmalarına rağmen, çoğu devletler üzerinde büyük bir etkiye sahiptir. Zira, tanker malikleri, Milletlerarası Grup üyesi kulüplerden birine gemilerini sigorta yaptırdıklarında otomatik olarak bu sözleşmelerin tarafı hâline gelmektedirler.

Protokol'ün yürürlüğe konulmasıyla birlikte Tamamlayıcı Fon'un kurulması, bilahare STOPIA 2006 ve TOPIA 2006 tip sözleşmelerinin ihdas edilmeleri, milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimi içinde önemli bir ilerleme olarak görülmesine rağmen çok sayıda devlet, 1992 HSS ve 1992 FS'nin esaslı surette tadil edilmelerinin engellenmesi sebebiyle yaşamış oldukları hayal kırıklıklarını ifade etmeye devam etmişlerdir. Bu devletler, haklı olarak petrol kirliliğinden kaynaklanan hukuki sorumluluk ve tazminata dair meselelerin bağlayıcı nitelikte bir milletlerarası sözleşmeyle düzenlenmesinin gerekli olduğunu, gönüllülük prensibi temelinde STOPIA 2006 ve TOPIA 2006 gibi ilgili sektörlerin mutabakatıyla oluşturulan sistemlerin uygun olmadığını, sadece kirlenme zararlarının tazmini hususunda yapılan katkılar arasındaki denge ve sorumluluk limitleri meselesinin, rejimin tek sorunu olmadığını, mevcut rejimin diğer yönlerden de ele alınarak geliştirilmesinin gerekli olduğunu ileri sürmüşlerdir¹¹⁶.

¹¹⁴ Acar, s. 19.

¹¹⁵ STOPIA 2006 m. VIII, TOPIA 2006 m. XX.

¹¹⁶ Jacobsson, s. 19.

SONUÇ

Kırk yılı aşkın bir zamandan beri bütün dünyada başarılı şekilde işleyen milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimi, son yıllarda meydana gelen büyük tanker kazaları sonucu oluşan çevre felaketleri sebebiyle sorgulanmaya başlanmış, rejimin işleyişi ve geleceği meselesi milletlerarası deniz camiasının gündemine girmiştir.

İlk etapta IMO Hukuk Komitesi'nde zımnî kabul usulüyle 1992 HSS ve 1992 FS'ndeki sorumluluk ve tazminat limitlerinin artırılması, bilahare Protokol'ün kabulü ile kirlenme mağdurlarına 750 milyon SDR'ye kadar tazminat güvencesi veren Tamamlayıcı Fon'un kurulması, mevcut milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimini güçlendiren önemli gelişmelerdir. Tamamen 1992 FS temelinde oluşturulan Protokol, Tamamlayıcı Fon'un kurulması, bildirim yükümlülüğüne uymamanın açık ve somut bir yaptırıma bağlanması ve üyelik bedeli dışında, 1992 HSS ve 1992 FS'nde esaslı surette tadilat yapmamıştır.

Protokol'ün sadece 1992 FS'nde tadilat yapmasına karşılık 1992 HSS'nde herhangi bir tadilata gitmemesi, milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimine katkı sağlayan gemicilik endüstrisi (donatanlar ve onların sigortacıları) ile petrol endüstrisi (petrol alıcıları) arasındaki dengeyi açıkça petrol endüstrisi aleyhinde bozmuştur. Petrol alıcılarının hem 1992 Fonu'na, hem de Tamamlayıcı Fon'a ayrı ayrı katkıda bulunmaları gerekmektedir. Oysa, rejimin sağlıklı çalışabilmesi, her iki endüstrinin kirlenme zararlarına yapacağı katkıların dengeli olmasına bağlıdır.

Protokol'ün çok kısa sürede kabul edilerek yürürlüğe girmesi, mevcut rejimin gözden geçirilmesi gereği hakkındaki tartışmaları ortadan kaldırmadığı gibi, bütün sorunları da çözmemiştir. Protokol'ün yarattığı dengesizliğin giderilmesi amacıyla geliştirilen STOPIA ve TOPIA tip sözleşmeleri, milletlerarası deniz hukukunda yeni ve ilginç bir yaklaşım sergilemekte iseler de başarılı yöntemler olarak kabul edilemezler. Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle eş zamanlı olarak kabul edilmeleri, hem Protokol'ün ilgili sektörler arasında yarattığı dengesizliğe, hem de bu dengesizliğin tarafların kabulünde olduğuna açıkça işaret etmektedir. STOPIA ve TOPIA'nın hemen hemen petrol endüstrisinin görüşleri paralelinde kabul edilmeleri, petrol endüstrisi (OCIMF) tezlerinin büyük ölçüde haklı olduğunu, tek başına Tamamlayıcı Fon'un kurulmasının

yeterli olmadığını ortaya koymaktadır. Ayrıca, milletlerarası deniz hukukunun gelişimine bakıldığında TOVALOP ve CRISTAL gibi gönüllülük esası üzerine kurulan petrol kirlenmesi tazmin rejiminin, sonradan yürürlüğe girmeleriyle birlikte 1969 HSS ve 1971 FS yoluyla bağlayıcı nitelikteki milletlerarası sözleşmelerle düzenlendiği görülmektedir. STOPIA ve TOPIA ise bu gelişmelerin tam tersi istikametindeki örneklerdir. Bu tip sözleşmeler, 1992 HSS ve 1992 FS hükümlerinin öngörmediği, hatta bu sözleşmelerin hükümlerine aykırı şekilde milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimine yön vermektedir.

1992 HSS ve 1992 FS’nin esaslı surette tadil edilmeyerek sadece Tamamlayıcı Fon kurulması ile yetinilmesi, bir talihsizliktir. Milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejiminin uzun bir zamandan beri uygulanması sebebiyle oluşan tecrübe ışığında belirtilen sözleşmelerin tadil edilmeleri fırsatı kaçırılmış, en azından 2016 yılına kadar ertelenmiştir. Oysa, 1992 Fon müzakerelerinde de tespit edildiği üzere gemi tanımı, sorumluluk rejimi, sınırlı sorumluluk, sorumluluğun kanalize edilmesi, mecburi sigorta ve standart altı gemi çalıştıran donatanların sorumlulukları gibi birçok meselenin yeniden ele alınmasına ihtiyaç vardır. Dolayısıyla, mevcut sorunlara kalıcı çözümler bulmak amacıyla bağlayıcı nitelikte bir milletlerarası belge oluşturulması mümkün iken STOPIA ve TOPIA gibi gönüllülük temeli üzerinde iki ayrı tip sözleşme oluşturularak sorunun çözülmeye çalışılması, petrol kirliliği tazmin rejimi üzerindeki çalışmaların başarısızlığını açıkça ortaya koymaktadır.

STOPIA ve TOPIA’nın kabulleriyle birlikte petrol kirliliği tazmin rejiminde yeni bir döneme girildiği açıktır. Fakat, bu dönem, tazmin rejiminin mevcut sorunlarına kalıcı ve esaslı çözümler getirmediğinden bir geçiş dönemi niteliğindedir. En azından 2016’dan sonra veya bu arada meydana gelecek büyük bir kirlenme olayı ile birlikte rejimin bütün yönleriyle yeniden tartışmaya açılması kuvvetle muhtemeldir.

Milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejiminin sorunlarının kalıcı ve esaslı surette çözümünü için 1992 HSS ve 1992 FS’nin tadil edilmeleri kaçınılmazdır. Yeterli olmasa da Protokol’ün kabulü, bu konuda bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Bu sözleşmelerin esaslı surette tadili,

çözümü zor ve kapsamlı birçok meseleyi beraberinde getirecek olmakla beraber bundan kaçınılmamalıdır.

Petrol kirlenmesi dışında bunker yağı kirlenmeleri ile tehlikeli ve zararlı maddelerin sebep olduğu kirlenme zararları arasında yakın bir bağlantı vardır. 1992 HSS, 1992 FS, Protokol, Bunker Sözleşmesi ve 1996 HNS, deniz yoluyla taşınan maddelerin sebep olduğu kirlenme zararlarının (nükleer maddelerin taşınması hariç) tazmini rejimini düzenleyen milletlerarası sözleşmeler olarak bir bütün teşkil etmektedirler. Kapsam açısından aralarında çakışma noktaları fazladır. 1992 HSS ve 1992 FS, Bunker Sözleşmesi ile 1996 HNS'e esin kaynağı olan temel sözleşmelerdir. Genel olarak bütün kirlenme zararlarının hızlı ve yeterince tazmini bakımından bu sözleşmelerin sağlıklı ve birbirleriyle uyumlu çalışması önem arz etmektedir.

1992 HSS ve 1992 FS'nin muhtemel tadilat müzakerelerinde petrol kirliliğinin yanı sıra bunker yağı kirlenmeleriyle tehlikeli ve zararlı maddelerin sebep olduğu kirlenme zararlarını da içine alacak tek bir tazmin rejimi kurulması fikrinin ciddi destek bulması, kuvvetle muhtemeldir. Milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejiminin gidişatı bu yöndedir. 1996 HNS yürürlüğe girdiğinde mevcut kirlenme fonlarına ilaveten HNS Fonu da işlemeye başlayacaktır. Uygulamada mevcut fonların ortak bir sekreteryaya sahip olmaları, idari ve ekonomik yüklerin azaltılması, en önemlisi sorumluluk ve tazminat meselelerinde yeknesaklığın sağlanması gereği, bu kanaatimizi desteklemektedir.

750 milyon SDR'ye kadar tazminat güvencesi veren Protokol'ün kabulü, petrol kirliliği tazmin rejiminin sınırsız sorumluluğa doğru bir meyil içinde olduğunu göstermektedir. Kirlenme zararları için tek bir tazmin rejimi içinde en azından belirli koşullarla sınırsız sorumluluk esasının benimsenmesi isabetli olur.

Belirtilen bütün olumsuzluklara rağmen, petrol kirlenmesinin muhtemel mağdurlarının tam olarak korunması için üçüncü kademe güvence oluşturan Protokol'e taraf olunmasında fayda vardır. Büyük kirlenme zararlarının gerçekleşebileceği önemli seyrüsefer güzergâhları üzerinde bulunan Türkiye, Protokol'e taraf olduğunda, hem milletlerarası petrol kirliliği tazmin rejimi düzenlemelerinden uzak kalmamış olacak,

hem de muhtemel kirlenme zararlarının hızla ve tam olarak tazmininde önemli bir adım daha atmış olacaktır.

KISALTMALAR

A :Assembly

ABD :Amerika Birleşik Devletleri

bkz :Bakınız

C :Cilt

CONF :Konferans

COPE Fund:Fund for Compensation for Oil Pollution in European Waters

CRISTAL:Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution

dp :Dipnot

ES :Extraordinary Session

GT :Gros tonaj

IGPIC :International Group of P&I Clubs

IMO :International Maritime Organization

IOPC :International Oil Pollution Compensation

ITOPF :International Tanker Owners Pollution Federation

LEG :Legal

m :Madde

No :Numara

OCIMF :Oil Companies International Marine Forum

OCT :October

OECD :Organization for Economic Cooperation and Development

OPA 90 :1990 Oil Pollution Act

OPC :Oil Pollution Compensation

P & I :Protection and Indemnity

Res :Resolution

RG :Resmî Gazete

S :Sayı

SDR :Special Drawing Right

STOPIA :Small Tanker Oil Pollution Indemnity Agreement

TOPIA :Tanker Oil Pollution Indemnity Agreement

TOVALOP:Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution

Vol :Volume

WGR :Working Group Report

1969 HSS :Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1969

1971 Fonu :1971 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme gereğince kurulan Fon

1971 FS :Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1971

1992 Fonu :1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme gereğince kurulan Fon

1992 FS :Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1992

1992 HSS :Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1992

1996 HNS : Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme, 1996.

KAYNAKÇA

I – KİTAP VE MAKALELER

- Abdullayev, C.:** Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği, Ankara 2005.
- Acar, S.:** Petrolden Kaynaklanan Kirlenme Zararlarının Tazmininde Yeni Dönem: STOPIA ve TOPIA. E – akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Ocak 2009, S. 83, s. 1 vd.
- Chau, W.:** Liability and Compensation for Bunker Pollution, Journal of Maritime Law and Commerce, October 2002, Vol. 33, No. 5, s. 553 vd.
- Demir, İ.:** 1996 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme’de 2010 tarihli Protokol İle Kabul Edilen Değişiklikler, Batider 2011, C. XXVII, S. 3, s. 199 vd.
- Gaskell, N. / Forrest, C.:** Marine Pollution Damage in Australia: Implementing The Bunker Oil Convention 2001 and The Supplementary Fund Protocol 2003, The University of Queensland Law Journal 2008, Vol. 27/2, s. 103 vd.
- Hooke, N.:** Maritime Casualties (1963-1996), 2.ed., London 1997.
- ICIMF:** The US Oil Pollution Act of 1990 (OPA 90) Why Has It Been so Successful at Reducing Spills? <<http://www.ocimf.com>>.
- İlgin, C.:** Bunker Konvansiyonu ve Konvansiyon’un Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003.
- Jacobsson, M.:** The International Liability and Compensation Regime for Oil Pollution from Ships – International Solutions for a Global Problem. Tulane Maritime Law Journal, Winter 2007, Vol. 32, No. 1, s. 1 vd.
- Kara, H.:** Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukukuna Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2005.
- Karan, H.:** The Process of Revising Liability Limits Under International Maritime Conventions, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 429 vd.
- Ling, Z.:** Compulsory Insurance and Compensation for Bunker Oil Pollution Damage, Springer 2007.
- Moller, T.:** The Nakhodka Oil Spill Response – The Technical Adviser’s Perspective, <http://www.itoph.com/_assets/documents/paj_97.pdf>.
- Ooesterveen, W.:** Some Recent Developments Regarding Liability for Damage Resulting from Oil Pollution – from the Perspective of an EU Member State, Environmental Law Review 2004, Vol. 6, s. 223 vd.

Özçayır, O.: Liability for Oil Pollution and Collisions, London – Hong Kong 1998.

Pavliha, M. / Grbec, M.: The 2003 Supplementary Fund Protocol: An Important Improvement to the International Compensations System for Oil Pollution Damage, Collected Papers of Zagreb Law Faculty, January 2008, Vol. 58, No. 1-2, s. 307 vd.

White, C.: Factors Affecting the Cost of Oil Spills, <http://www.itopf.com/assets/documents/costs02.pdf>

II – RAPORLAR

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a Second Set of Community Measures on Maritime Safety Following the Sinking of the Oil Tanker ERIKA, COM (2000) 802 final, available at http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smatapi!celexplus!prod!celexnumdoc&Ig=en&numdoc=52000 DC0802.

International Maritime Organization, Official Records of the International Conference on the Limitation of Liability for Maritime Claims, London 1983.

International Oil Pollution Compensation Funds, Annual Report 1998.

International oil Pollution Compensation Funds, Annual Report 2010.

IOPC/OCT. 11/3/5, September 28, 2011.

IOPC/OCT. 11/3/6, September 13, 2011.

LEG/CONF. 12/19, March 27, 2001.

LEG/CONF. 14/9, April 29, 2003.

LEG/CONF. 14/12, May 6, 2003.

LEG/CONF. 14/13, May 6, 2003.

LEG/CONF. 14/14, May 6, 2003.

LEG/CONF. 14/21, May 27, 2003.

LEG/CONF. 14/29, May 27, 2003.

LEG 82/12, November 6, 2000.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Establishment of a Fund for the Compensation of Oil Pollution Damage in European Waters and Related Measures, Com (2000) 802 final, available at http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smatapi!celexplus!prod!celexnumdoc&Ig=en&numdoc=52000PC0802C02.

SUPPFUND/A/ES.2/7, February 1, 2006.

92FUND/A/ES.4/6, April 3, 2000.

92FUND/A/ES.4/7, April 6, 2000.

92FUND/A/ES.10/13, February 1, 2006.

92FUND/A/ES.11/6, April 20, 2006.

- 92FUND/A.6/4/1, September 14, 2001.
92FUND/A.6/5, September 24, 2001.
92FUND/A.6/28, October 19, 2001.
92FUND/A.11/23, October 18, 2006.
92FUND/WGR.3/5, February 9, 2001.
92FUND/WGR.3/5/1, February 26, 2001.
92 FUND/WGR.3/8/2, May 24, 2001.
92FUND/WGR.3/14/7, January 20, 2003.
92FUND/WGR.3/19/3, February 2, 2004.
92FUND/WGR.3/22, May 14, 2004.

III – İNTERNET KAYNAKLARI

<<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>.

<http://www.iopcfund.org/npdf/incidents2010_e.pdf>.

<http://www.iopcfund.org/npdf/incidents2010_e.pdf#page=46>.

<<http://www.iopcfund.org/history.htm>>.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE TİCARİ DEFTERLER

Yrd. Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN*

ÖZET

Çalışmamızda Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre ticari defterler incelenmektedir. Ticari defter tutma yükümlülüğü; tacirler, vergi açısından Devlet ve alacaklılar bakımından önem taşımaktadır. Ticari defterler Türk Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olup çalışmamızda bu defterlerin neler olduğu, kimlerin tutmakla yükümlü olduğu, nasıl tutulacağı, nasıl saklanacağı ve ispat gücü konularına değinilecektir.

Ticari defterler Türk Ticaret Kanunu'nda öngörölmüş olmakla birlikte bu defterlerin içeriği ve kayıt zamanı gibi konularda Vergi Usul Kanunu'na atıfta bulunulmuştur. Ayrıca bu defterlerin tutulması Türk Ticaret Kanunu'nun 64, 65 ve 88. Maddelerinde düzenlenmiştir. Ticari defter tutma yükümlülüğü tacirler, tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu tutulanlar bakımından öngörölmüş bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük söz konusu sıfatların kazanılmasıyla başlayıp ticaret sicilinden terkin ile son bulmaktadır.

Ticari defterler açılış onayına tabidir. Bu onay noter tarafından verilir. Şirketler bakımından bu onayın ticaret sicili müdürü tarafından da verilebilmesi mümkündür. Ticari defterlerin son kaydın yapıldığı takvim yılının bitiminden itibaren 10 yıl süreyle saklanması gerekmektedir. Bu defterlerin ziyai halinde mahkemeden zayi belgesi alınması gerekmektedir. Ayrıca bu defterler HMK 222. maddesi hükmüne göre "takdiri delil" niteliğini haizdir.

Anahtar Kelimeler: Ticari Defterler, Ticari Defterlerin Onayı, Ticari Defterlerin İspat Gücü ve Delil Niteliği.

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ACCORDING TO TURKISH COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102 COMMERCIAL BOOKS

ABSTRACT

In this study, commercial books are examined according to New Turkish Commercial Code. It is important to keep this records for merchants, tax terms for the State and creditors. Commercial books are important for Turkish Commercial Code, Turkish Code of Civil Procedure and Code of Execution and Bankruptcy. Because of this importance; questions such as which books these are, who has to keep these records, how to keep these records, how these books must be registered, how to hide these books and conclusive force of these books are tried to be explained in this study.

Commercial books are prescribed by Turkish Commercial Code. In terms of issues like comprehension and register time of these books, Code of Tax Procedure has to be included by reference. Also rules for keeping these books are organized by Turkish Commercial Code in the articles 64, 65 and 88. It is an obligation to keep commercial books for merchants, for those assumed to be merchants and for those responsible like merchants. This obligation starts with gaining these functions and ends with cancellation from commercial register.

Commercial books needs opening confirmation. This confirmation is given by public notary. For companies, this confirmation may be given by commercial register manager at the beginning. These books have to be kept for 10 years since the ending of last record of calender year. If these books are lost, notice of loss must be taken from the court. Evidentary of commercial books is organized by Turkish Code of Civil Procedure in the article 222 –not by Turkish Commercial Code- and accepted as an appraisal evidence.

Keywords: Commercial Books, Confirmation of Commercial Books, Conclusive Force and Evidentary of Commercial Books.

İ.GENEL OLARAK

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununu yürürlükten kaldıran 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun¹, Ticari İşletme Kitabında getirdiği en fazla değişikliğin –eTTK’dan aktarılmayan hükümler ile yeni getirilen hükümler dikkate alındığında- ticari defterler kısmında olduğu söylenilebilir². Yeni Kanun, ticari defterlerin tutulmasını tacirlere bir yükümlülük olarak yüklemektedir (m. 18/1, 64/1). Ticari defterlerin nasıl tutulması gerektiğine dair düzenleme getiren 64. maddenin 1. fıkrası incelendiğinde, bu yükümlülüğün konma sebebinin “tacirin işletmesiyle ilgili işlemlerde ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri ortaya koymak” olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte; ticari defterlerin tutulmasında, hem defterleri tutmakla yükümlü tacir hem de devlet bakımından yarar bulunduğu açıktır. Tutulacak defterler, tacire işletmesinin mali durumu hakkında bilgi sahibi olma; devlete de vergi alacağıının tespit ve tahsilinde kolaylık sağlamaktadır.

Ticari defterlerin, üçüncü kişiler açısından ise alacaklarının varlığı ve miktarı itibariyle yararlı olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Defterler bir anlamda tacirin ödeme kabiliyeti hakkında da fikir vermektedir. Bu husus, özellikle sermaye ortaklıkları açısından önemlidir³. Ayrıca, her ne kadar Türk Ticaret Kanunu’ndan çıkarılıp Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamına dâhil edilmiş olsa da, ticari defterlerin, ticari faaliyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat açısından tacire sağladığı katkıyı da göz ardı etmemek gerekir⁴. Keza hileli ve kusurlu iflasın tespitinde de defterlerdeki kayıtlar önemli bir işleve sahiptir.

¹ 13.01.2011 tarihinde TBMM Genel Kurulu’nda kabul edilen, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yasalanan, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren bu kanunun getirdiği değişiklikler hakkında bkz. Bkz. *Ortan*, N. : “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Ticari İşletme Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sy. 4, Ağustos 2005, s. 23 vd.; *Kayar İ.* : “TTK Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt II, Sayı: 1 Yıl. 2005, s. 353 vd., *Şua*, İ.H. : “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticari Defterlere Getirilen Yenilikler ve Değerlendirilmesi”, *Adalet Dergisi*, Sy. 27, Ocak 2007, s. 237 vd.

² Bu yöndeki tespit için bkz. *Kendigelen*, A. : *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2011, s. 70,71.

³ *Wörten*, R. : *Handelsrecht mit Gesellschaftsrecht*, 10. Auflage, Köln 2010, s. 101, No 228.

⁴ Ticari defterlerin tutulmasındaki amaç ve sağladığı yararlar açısından bkz. *Mimaroglu*, S. K. : *Ticaret Hukuk Birinci Cilt İşletme Hukuku*, Üçüncü Baskı, Ankara 1978, s. 421 vd.; *Karayalçın*, Y. : *Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş-Ticari İşletme*, İkinci Baskı, Ankara 1960, s. 236 vd.; *Muhasebe Hukuku*, Ankara 1988, s. 61,62; *Arkan*, S. : *Ticari İşletme Hukuku*,

Defterlerdeki kayıtlardan işletmenin mali durumu izlenebildiğinden işletmeyle ilgili planlamaların yapılmasında, yatırımların yapılıp yapılmayacağına dair kararların alınmasında, kredi temininde ve işletmede çalışanlarla ilgili kararların verilmesinde de bu defterlerin yol gösterici olduğunu ifade etmek mümkündür⁵.

Ticari defterlerle ilgili hükümler, Türk Ticaret Kanununun 1. Kitabının beşinci kısmında 64 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Sözü edilen maddelerde, ticari defterlerin tutulması yükümlülüğü, hangi defterlerin tutulacağı, defterlerin nasıl tutulacağı, envanterin, bilançoların, finansal tabloların çıkarılması, düzenleme ve değerlendirme ilkeleri, defterlerin saklanması, ibrazı, suret alınması, teslimi, incelenmesi ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun⁶ yetkisi sırayla kaleme alınmıştır.

Bu çalışmada yukarıda sıralanan düzenlemelerin hepsine değinilmeyecektir. Özellikle Mali Hukuku daha fazla ilgilendiren envanterin çıkarılması, bilançoların hazırlanması ve finansal tabloların düzenlenmesi ele alınmayacaktır. Bunun yanında, TTK'da düzenlenmemiş olmasına rağmen, konu başlığının dışına çıkılarak, yakın ilişkisi nedeniyle HMK'da düzenlenen ticari defterlerin ispattaki rolü üzerinde durulacaktır.

II. Ticari Nitelikte Kabul Edilen Defterler

Türk Ticaret Kanununun ticari nitelik tanıdığı defterler, 64. maddenin 3. ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir.

Bu iki fıkra birlikte değerlendirildiğinde, ticari işletmenin muhasebesiyle ilgili olan yevmiye defterinin, defteri kebirin ve envanter defterinin yanında ticari işletmenin muhasebesiyle ilgisi olmayan, sadece bazı konularda karine oluşturan, ispatta önemli bir işleve sahip olan pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Hazırlanmış Onbeşinci Baskı, Ankara 2011, s. 333; *Bahtiyar*, M. : Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 152,153; *Bilgili*, F./*Demirkapı*, E. : Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa 2012, s. 237; *Gençtürk*, M. : Ticari Defterlerin Delil Niteliği, İstanbul 1997, s. 8 vd.; *Karahan*, S. : Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 20. Baskı, Konya 2011, s. 257; *Doğanay*, İ. : "Türk Ticaret Kanununun, Ticari Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme", *Batider*, Cilt VI, 1971, s. 1, 2.

⁵ Bkz. *Bülow*, P. : *Handelsrecht*, 6. Auflage, Heidelberg 2009, s. 81, No 257.

⁶ 660 sayılı KHK. İle kurulan bu kurum için bakz. 02.11. 2011 tarih ve 28103 Sayılı R.G.

defterinin⁷ de ticari nitelikte defterler olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır⁸.

⁷ Moroğlu, genel kurul toplantı ve müzakere defterinin, genel kurul müzakere ve karar defteri olarak değiştirilmesini önermektedir (bkz. Moroğlu, E. : Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul 2009, s.60).

⁸ Yeni kanunda, 6762 sayılı kanunda ismen belirtilen defterlerin tanım ve içeriklerine dair aşağıdaki düzenlemeler alınmamıştır. Kanaatimizce bunun nedeni 64. maddenin son fıkrasındaki düzenlemedir.

“ ÇEŞİTLİ DEFTERLER I - YEVMIYE

MADDE 70 - Yevmiye defteri, kayda geçirilmesi icabeden muaemeleri vesikalardan çıkararak tarih sırasıyla ve "madde" halinde tertipli olarak yazmaya mahsus defterdir.

Yevmiye maddelerinin en az aşağıdaki malumatı ihtiva etmesi şarttır.1. Madde sıra numarası (Makine ile tutulan muhasebelerde mecburi değildir);2. Tarih;3. Borçlu hesap (Toplayıcı hesaplar kullanıldığı takdire nihai yardımcı hesabın isminin tasrihi şarttır);4. Alacaklı hesap (Toplayıcı hesaplar kullanıldığı takdire nihai yardımcı hesabın isminin tasrihi şarttır);5. Meblâğ (Yardımcı hesaplara taksim edilenler, izahat sütununda gösterilmek şarttır);6. Her kaydın dayandığı vesikaların nevi ve varsa tarih ve numaraları.Yevmiye defteri ciltli ve sahifeleri müteselsil sıra numaralı olur; şu kadar ki; vergi kanunlarına göre müteharrik yapraklı yevmiye defterinin kullanılmasına müsaade olduğu takdirde vergi kanunlarına uygun olmak şartıyla bu defterler de kullanılabilir.Yevmiye defterine geçirilecek kayıtlar haklı sebep olmaksızın, on günden fazla geciktirilemez.

Yevmiye defteri yeni senenin en geç Ocak ayı sonuna kadar notere ibraz edilip son kaydın altına noterce (Görülmüştür) sözü yazılarak mühür ve imza ile tasdik ettirilmek şarttır.

II - DEFTERİKEBİR

MADDE 71 - Defterikebir, yevmiye defterine geçirilmiş olan muameleleri buradan alarak sistemli bir surette hesaplara dağıtan ve tasnifli olarak bu hesaplarda toplanan defterdir.

Defterikebirdeki kayıtların en az aşağıdaki malumatı ihtiva etmesi şarttır:

1. Tarih;2. Yevmiye defteri madde numarası;3. Meblâğ;4. Toplu hesaplarda yardımcı nihai hesapların isimleri.

Yukarıki maddenin üçüncü fıkrası hükmü defterikebir hakkında da tatbik olunur.

IV - İŞLETME HESABI

1. DEFTER VE HULASA

MADDE 76 - Ciltli ve sayfaları müteselsil sıra numaralı olan işletme hesabı defterinin sol tarafını masraf, sağ tarafını hasılat kısmı teşkil eder. Masraf kısmına; satın alınan emtia, hizmet mukabili ödenen paralar ve işletme ile ilgili diğer bütün masraflar; hasılat kısmına ise, emtia satışları, hizmet mukabili alınan paralar ve işletme faaliyetinden doğan diğer hasılat kaydolunur. Masraf ve hasılat kayıtlarının en az aşağıdaki malumatı ihtiva etmesi şarttır:

1. Sıra numarası;2. Kayıt tarihi;3. Muamelelerin nevi;4. Meblâğ.

Her iş yılı sonunda bir "işletme hesabı hulâsası" çıkarılır. Buna aşağıdaki maddeler birer kaleme ayrı ayrı yazılır:

A) MASRAF TABLOSUNU

1. Çıkarılan envantere göre iş yılı başındaki emtia mevcudunun değeri;2. İş yılı içinde satın alınan emtianın değeri;3. İş yılı içinde yapılan bütün masraflar.

B) HASILAT TABLOSUNA

1. İş yılı içinde satılan emtianın değeri;2. İş yılı içinde hizmet mukabili vesair suretle alınan paralar;3. Çıkarılan envantere göre iş yılı sonundaki mevcudun değeri.

75 inci madde hükmü işletme hesabı hulâsasına da tatbik olunur.

Kanun koyucu bu yeni düzenleme ile, eTTK zamanında ticari defter sayılması teorik olarak uygun bulunmayan pay, karar ve müzakere defteri gibi defterleri de ticarî defter olarak kabul etmekte ve böylece uygulamada tartışmalı olan bir konuya açıklık getirmektedir. Özellikle, eTTK'ya göre onamaya tabi olmayan ve güvenilir durumda bulunan bu defterleri, ticarî defterlere özgü güven ve disiplin kurallarına tabi tutarak mevcut olumsuzlukları gidermeyi hedeflemiştir⁹.

Kanun koyucunun, ticari işletmenin muhasebesiyle ilgili ticari defterleri, ismen saydığı defterlerle sınırlı tutup tutmadığı maddeden anlaşılmamaktadır. 26.06.2012 tarihinde kabul edilen 6335 sayılı “Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰” dan önce ticari defterlerin, madde de öngörülen defterlerle sınırlı olmadığı kanun hükmünden anlaşılmaktaydı¹¹. 6762 sayılı TTK'daki “işletmenin niteliğinin ve öneminin gerektirdiği¹²” ölçüsü ile defterlerin belirlenmesi kriterini terk eden ve sözü edilen 6335 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılan bu düzenlemeye göre, bir ticari işletmede yevmiye, defteri kebir ve envanter defteri dışında tutulacak defterlerin tespit görev ve yetkisini Türkiye Muhasebe Standartları Kuruluna bırakılmıştı. Sözü edilen Kurul bunu bir tebliğle düzenleme yetkisine

V - KARAR DEFTERİ

MADDE 78 - Hükmi şahıs olan tacirler tarafından tutulan karar defterine gerek umumi heyet veya ortaklar heyeti, gerek varsa idare meclisi tarafından müzakere neticesinde itihaz olunan kararlarla toplantıda hazır bulunan âzaların adları ve soyadları ve toplantı günü ile beyan edilen rey ve müzakerelerin tam bir surette bilinmesi için gerekli diğer hususlar geçilir ve bu kararların altı şirket namına imza koymaya salâhiyetli olanlar tarafından imza edilir tarafından imza edilir”.

⁹ Bkz. maddenin gerekçesi.

¹⁰ Bkz. 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı R.G.

¹¹ Sözü edilen düzenleme, “Yevmiye, defteri kebir ve envanter defteri dışında tutulacak defterler Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından bir tebliğ ile belirlenir” (m. 64/5.f.) şeklindeydi.

¹² 6762 sayılı TTK'nin 66. maddesine göre, “Her tacir, ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak münasebetlerini ve her iş yılı içinde elde edilen neticeleri tesbit etmek maksadıyla, işletmesinin mahiyet ve öneminin gerektirdiği bütün defterleri ... tutmaya mecburdur” (1.f.). Ayrıca 69. maddenin ikinci fıkrasında da “Her tacir, tutmaya mecbur olduğu diğer defterlerle tutmak istediği defterlerin her birinin nevi ve mahiyetleriyle sayfa sayılarını gösteren iki nüsha beyannameyi bu defterleri kullanmaya başlamadan önce sicil memuruna vermeye mecburdur. Memur, bunlardan birisini tasdik ederek tacire geri verir. Bu mükellefiyeti hiç veya kanuna uygun şekilde yerine getirmeyen tacirin bu gibi defterleri lehine delil olamaz” hükmü mevcuttu. Bu iki düzenleme, 6762 sayılı kanunda ticari defterlerin, kanunda ismen sayılan defterlerle sınırlı olmadığını ortaya koymaktaydı.

sahip kılınmıştı. Ancak sözü edilen değişiklikle ortadan kaldırılan bu düzenleme yerine yeni bir düzenleme getirilmediğinden, bu konuda bir fikir beyanında bulunmak kolay görünmemektedir.

TTK, eTTK'de yer alan “*Tacir hakiki şahıs ise karar defteri hariç olmak üzere birinci bentte yazılı defterleri veya işletmesinin mahiyet ve önemine göre sadece işletme defteri*” tutabileceğine dair 66. maddenin 1. fıkrasının 3. bendinde yer alan bu hükme yer vermemiştir. Ayrıca kanunda isteğe bağlı defterleri tutabileceğine dair bir açıklama da yer almamaktadır. Bu durumdan hareketle tacirin bundan böyle ihtiyari olarak defter tutamayacağını söylemek mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte; yeni düzenleme çerçevesinde ihtiyari olarak tutulan defterlerin delil olarak kullanılmayacağını söylemek mümkündür¹³.

Yeni Kanununun kapsamına, eTTK'nin 66. maddesinin son fıkrasında bulunan “*Her tacir, tutmaya mecbur olduğu diğer defterlerle tutmak istediği defterlerin her birinin nevi ve mahiyetleriyle sayfa sayılarını gösteren iki nüsha beyannameyi bu defterleri kullanmaya başlamadan önce sicil memuruna vermeye mecburdur. Memur, bunlardan birisini tasdik ederek tacire geri verir. Bu mükellefiyeti hiç veya kanuna uygun şekilde yerine getirmiyen ttacirin bu gibi defterleri lehine delil olamaz*” şeklindeki düzenleme alınmamıştır.

III. Ticari Defterleri Tutma Yükümlülüğü

A. Yükümlülüğü Olanlar

TTK, tıpkı eTTK gibi ticari defterleri tutma yükümlülüğünü, tacirler için öngördüğünü açıkça ifade etmiştir (m. 64/1). Bu hüküm, Kanunun 12-16. maddelerinde düzenlenen tacir sıfatı açısından hiçbir ayırım yapmaksızın her tacirin, ticarî defter tutma yükümlülüğünü emredici bir kural ile düzenlemektedir¹⁴. TTK m. 18 hükmü de tacir olanların ticari defterleri tutmak zorunda olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, ticari işletmeyi işleten gerçek kişi ise kendisi; tüzel kişi ise, duruma göre, yönetim kurulu veya yöneticileri ticari defterleri tutmalıdır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, yükümlülüğü yerine getirecek kişiye bağlı bir görev ve hatta yetki olmadığından, bizzat zikredilen kişilerce yerine getirilmesi zorunlu değildir. Bunu başka kişilere de yaptırabilirler. Ancak bunun için seçilecek kişilerin uzman olması gerekir. Aksi durum gerçek kişi tacirin, yöneticilerin ve yönetim organlarının sorumluluğuna

¹³ Bilgili/Ertan, age., s. 242.

¹⁴ Bkz. maddenin gerekçesi.

sebebiyet verebilir. Ticari defterlerin tutulması teknik bilgi gerektirdiğinden, uygulamada tacirler, defterleri bir serbest muhasebeci veya mali müşavire tuturmaktadırlar¹⁵.

Tacir sıfatına sahip olanların yanında, tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlar da bu yükümlülüğe tabidir. TTK m. 64'te öngörülen ticari defterleri tutmak, bir yükümlülük olduğuna göre; TTK madde 12'de tacirin sahip olduğu kanuni haklar ve yükümlülükler açısından tıpkı tacir gibi değerlendirilen "tacir sayılanlar" ile kanunun tacirler için öngördüğü yükümlülükler açısından iyiniyetli üçüncü kişilere karşı "tacir gibi sorumlu olanlar" TTK m. 18 gereği ticari defterleri tutmakla da yükümlüdürler¹⁶. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından, ticari işletme işletmek için kurulan adi ortaklığın ortakları da defter tutma yükümlülüğüne tabidir¹⁷.

Türk Ticaret Kanunu'nun 64. maddesinin 5. fıkrasına göre, "*Bu Kanuna tabi gerçek ve tüzel kişiler, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun defter tutma¹⁸ ve kayıt zamanıyla¹⁹ ilgili hükümleri ile*

¹⁵ Çeker, M. : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana 2011, s. 222.

¹⁶ Tacir sayıldıkları için ticari şirketler, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar (TTK m.16) ile donatma iştiraki (TTK m.17) de bu yükümlülüğe tabidirler (Ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, Ticari İşletme I, s. 335; Arseven, H. : "Yeni Ticaret Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler, Ticari Defterler", İktisat ve Maliye Dergisi, C. III, Sayı 9, Aralık 1956, s. 374; Kutadgu, M. C. : "Yeni Ticaret Kanununa Göre Tüccarın Defter Tutma Mükellefiyeti" İktisat ve Maliye Dergisi, C. IX, Sy. 9, Aralık 1957, s. 384,385; Ülgen, H. : (Teoman, Ö./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A./ Nomer Ertan, N. F.), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2008, s. 484, 1367 vd., s. 509, N. 1493 vd.).

¹⁷ Ülgen, adi ortaklıkta defterlerin tüm ortaklar tarafından müştereken tutulması gerektiğini savunmaktadır, Ülgen, (Teoman/ Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan), age., s. 485, N. 1374.

¹⁸ Vergi Usul Kanununun üçüncü bölümünde yer alan 182. madde vd.'nda tutulacak defterler ve bu defterlerin içerik olarak nasıl tutulacağı düzenlenmiştir. Bu hususlar TTK açısından geçerli olacaktır (bkz. Karahan, age., s. 259 vd.).

¹⁹ "Kayıt Zamanı" başlıklı VUK. m. 219 hükmüne göre, " (Değişik: 2365 - 30.12.1980) Muameleler defterlere zamanında kaydedilir. Şöyle ki :

a) Muamelelerin işin hacmine ve icabına uygun olarak muhasebenin intizam ve vuzuhunu bozmayacak bir zaman zarfında kaydedilmesi şarttır. Bu gibi kayıtların on günden fazla geciktirilmesi caiz değildir.

b) Kayıtlarını devamlı olarak muhasebe fişleri, primanota ve bordro gibi yetkili amirlerin imza ve parafını taşıyan mazbut vesikalara dayanarak yürüten müesseselerde, muamelelerin bunlara işlenmesi, deftere işlenmesi hükmündedir. Ancak bu kayıtlar, muamelelerin esas defterlere 45 günden daha geç intikal ettirilmesine cevaz vermez.

aynı Kanunun 175²⁰ inci ve mükerrer 257²¹ nci maddelerinde yer alan yetkiye istinaden yapılan düzenlemelere uymak zorundadır. Bu Kanunun

c) Günlük kasa, günlük perakende satış ve hasılat defterleri ile serbest meslek kazanç defterine muameleler günü gününe kaydedilir.

²⁰ Bu maddeye göre, “Mükellefler bu kısımda yazılı maksat ve esaslara uymak şartıyla, defterlerini ve muhasebelerini işlerinin bünyesine uygun olarak diledikleri usul ve tarzda tanzim etmekte serbesttirler. (Ek hüküm: 3762 - 28.8.1991) Ancak, Maliye ve Gümrük Bakanlığı; muhasebe standartları, tek düzen hesap planı ve mali tabloların çıkarılmasına ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bunları mükellef, şirket ve işletme türleri itibarıyla uygulamaya ve buna ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Ticaret Kanunu'nun ticari defterler hakkında hükümleri mahfuzdur.

(Ek fıkra: 4108 - 25.5.1995) Maliye Bakanlığı, muhasebe kayıtlarını bilgisayar programları aracılığıyla izleyen mükellefler ile bu bilgisayar programlarını üreten gerçek ve tüzel kişilerce uyulması gereken kuralları ve bilgisayar programlarının içermesi gereken asgari hususlar ile standartları ve uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir”.

²¹ Söz konusu hükme göre, “(Değişik 1. fıkra: 4369 - 22.7.1998) Maliye Bakanlığı;

1. Mükellef ve meslek grupları itibarıyla muhasebe usul ve esaslarını tespit etmeye, bu kanuna göre tutulmakta olan defter ve belgeler ile bunlara ilaveten tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter ve belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva etmesi zorunlu bilgileri belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya; bedeli karşılığında basıp dağıtmaya veya üçüncü kişilere bastırıp dağıtmaya veya dağıtturmaya, bunların kayıtlarını tuturmaya, bu defter ve belgelere tasdik, muhafaza ve ibraz zorunluluğu getirmeye veya kaldırmaya, bu kanuna göre tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi zorunluluğunu kaldırmaya,
2. Mükelleflere muameleleri ile ilgili tahsilat ve ödemelerini (Değişik ibare: 4962 - 30.7.2003 / m.17/A-c) "banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince" düzenlenen belgelerle tevşik etmeleri zorunluluğunu getirmeye ve bu zorunluluğun kapsamını ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslarını belirlemeye,
3. Tutulması ve düzenlenmesi zorunlu defter, kayıt ve belgelerin mikro film, mikro fiş veya elektronik bilgi ve kayıt araçlarıyla yapılması veya bu kayıt ortamlarında saklanması hususunda izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, bu şekilde tutulacak defter ve kayıtların kopyalarının Maliye Bakanlığı'nda veya muhafaza etmekle görevlendirecek kurumlarda saklanması zorunluluğu getirmeye, bu konuda uygulamaya usul ve esaslarını belirlemeye,
4. (Değişik: 5228 - 16.7.2004 / m.8) Bu Kanunun 149 uncu maddesine göre devamlı bilgi vermek zorunda olanlardan istenilen bilgiler ile vergi beyannameleri ve bildirimlerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları konulmak suretiyle internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi, beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, beyanname, bildirim ve bilgilerin aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğu beyanname, bildirim veya bilgi çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya, (Ek ibare: 5398 - 3.7.2005 / m.23/a) kanuni süresinden sonra kendiliğinden veya pişmanlık talepli olarak verilen beyannameler üzerine düzenlenen tahakkuk fişi ve/veya ihbarnameleri mükellefe, vergi sorumlusuna veya bunların elektronik ortamda beyanname gönderme yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişiye elektronik ortamda tebliğ etmeye ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye,
5. Vergi kanununun uygulanmasıyla ilgili olarak levha kullandırma ve asma zorunluluğu getirmeye ve kaldırmaya,

defter tutma, envanter, mali tabloların düzenlenmesi, aktifleştirme, karşılıklar, hesaplar, değerlendirme, saklama ve ibraz hükümleri 213 sayılı Kanun ile diğer vergi kanunlarının aynı hususları düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına, vergi kanunlarına uygun olarak vergi matrahının tespit edilmesine ve buna yönelik mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmez”.

Ticari defterleri tutma yükümlülüğünün ihlali halinde, eTTK'nın “Mesuliyet” başlıklı 67. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen para cezasına da yeni kanunda yer verilmemiştir. Aynı şekilde aynı maddenin son fıkrasında yer alan “*Hâkimler, noterler, sicil memurları ve diğer memurlar resmi muameleler dolayısıyla bir tacirin defter tutma mükellefiyetine aykırı hareket ettiğini öğrenince keyfiyeti müddei umumiliğe bildirmeye mecburdurlar*” hükmü de terk edilmiştir.

B. Yükümlülüğünün Başlama ve Sona Erme Anı

Yükümlülüğün başlangıcı ve sona ermesi hakkında TTK m. 64'ün gerekçesinde, “*Yüküm tacir sıfatını kazanma, tacir sayılma ve tacir gibi*

6. (Ek: 5398 - 3.7.2005 / m.23/a) Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullanılmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, halogram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, uygulamaya ait usul ve esasları belirlemeye,

Yetkilidir.

(Değişik 2. fıkra: 2791 - 21.1.1983) Bu Kanuna göre düzenlenecek belgelerle bunlara ek olarak düzenlenecek belgelerin, üçüncü şahıslara basım ve dağıtım işlerinin yaptırılması ile ilgili şekil, şart, usul ve esaslar ve bunlara uyulmaması halinde uygulanacak cezai şartlar Maliye Bakanlığınca hazırlanacak ve Resmî Gazete'de yayınlanacak yönetmelikle belirlenir.

(Ek fıkra: 4008 - 24.6.1994) Maliye Bakanlığı, birinci fıkrada yazılı belge tasdik işlemi; noterlere, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlara veya uygun göreceği diğer mercilere yaptırmaya, ticari kazançları (Değişik ibare: 4369 - 22.7.1998) “basit usulde” tespit edilen gelir vergisi mükelleflerine özel bir defter tuturmaya ve bu konulara ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

(Ek fıkra: 5228 - 16.7.2004 / m.8) Birinci fıkranın (4) numaralı bendi uyarınca Maliye Bakanlığının beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususunda izin vermesi veya zorunluluk getirmesi halinde, (mükellef veya vergi sorumlusu ile gönderme işini yapacak kişiler arasında özel sözleşme düzenlenmek kaydıyla) elektronik ortamda gönderilen beyanname ve bildirimler, mükellef veya vergi sorumlusu tarafından verilmiş addolunur.

(Ek fıkra: 5398 - 3.7.2005 / m.23/a) Kanuni süresi geçtikten sonra kendiliğinden veya pişmanlık talepli olarak verilen beyannamelerin elektronik ortamda gönderilmesi üzerine elektronik ortamda düzenlenen tahakkuk fişi ve/veya ihbarnameler mükellef, vergi sorumlusu veya bunların elektronik ortamda beyanname gönderme yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişiye elektronik ortamda iletilir. Bu ileti tahakkuk fişi ve/veya ihbarnamenin muhatabına tebliği yerine geçer”.

sorumlu olma tarihinden veya anından itibaren başlar (m. 87), saklama yükümlülüğü bir yana, tacir sıfatının, tacir gibi sayılma ve tacir gibi sorumlu olma konumunun son bulmasına kadar devam eder. İlk iki varsayımda tacirin kaydının ticaret sicilinden silinmesi esas alınabilir. Son varsayımda ise yükümlünün son bulması somut olaya göre belirlenir” şeklinde yer alan bir açıklama mevcuttur²².

Kanun koyucunun bu yükümlülüğün başlangıç anı ile ilgili getirdiği düzenleme, TTK m. 87'deki hükümdür. Bu hükme göre, “İşletmesini ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlü olan işletme sahipleri için bu Kısım hükümleri, ticaret siciline tescil ettirme yükümlülüğünün doğduğu andan itibaren geçerlidir”²³. Burada ticaret siciline tescil ettirme yükümlülüğünün doğduğu anın tespiti yapılırken TTK m. 12 ve m. 18'den faydalanmak gerekir. Tacir, tacir sayılan ve tacir gibi sorumlu olanlar için ticari işletmesini tescil ettirmek 18. maddenin 1. fıkrası gereği bir zorunluluktur. Bu zorunluluğun doğduğu an ise bu sıfatların kazanıldığı andır. Bu sıfatların kazanıldığı an ise TTK m. 12'de

“(1) Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir.

(2) Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.

(3) Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur” şeklinde tespit edilmiştir.

TTK'nın zikredilen 87. maddesinden açıkça anlaşıldığı üzere, yükümlülüğün sona ermesiyle ilgili bir bilgi mevcut değildir. Ancak yukarıdaki verilen TTK m. 64'e ilişkin gerekçeden hareketle, bu yükümlülüğün son bulma anı, tacir ve tacir sayılanlar için, işletmelerini ticaret sicilinden sildirdikleri an, tacir gibi sorumlu olanlar için ise somut

²² Bkz. 64. Maddenin 1. fıkrasının gerekçesi

²³ Bu maddenin gerekçesi aynen şöyledir: “12 nci madde tacir yanında tacir sayılanları ve tacir gibi sorumlu olanları göstermiş, 18 inci maddenin birinci fıkrası tacir olanların ticarî defterleri tutmak zorunda olduklarını belirtmiş, ancak bu yükümlünün ne zaman başladığını göstermemiştir. Bu madde bu boşluğu doldurmayı amaçlamaktadır. Konulan kural, ticarî işletmeyi ticaret siciline “kayıt ettirme yükümlülüğünün doğduğu an”dır. Bu an somut olaya göre belirlenir”.

olayda bu sıfatlarının sona erdiği ana göre tespit edilmelidir. Dolayısıyla tasfiye sürecinde de defter tutma yükümlülüğü devam eder²⁴.

Özetle, ticari defterleri tutma yükümlülüğü, tacir, tacir sayılma ve tacir gibi sorumlu olma sıfatının kazanıldığı anda başlar; kaybedildiği anda da son bulur.

IV. Ticari Defterlerin Tutulmasında Uyulması Gereken İlkeler

Türk Ticaret Kanunu'nun 64 üncü, 65 inci ve 88 inci maddeleri birlikte ele alındığında, ticari defterler tutulurken nelere uyulması gerektiği konusundaki prensipler ve şekil şartları ortaya çıkmaktadır. Buna göre;

A. TTK m. 64'de Öngörülen İlke

-Ticari defterler, ticari işletmeyle ilgili işlemlerde ticari işletmenin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri, Türk Ticaret Kanununa göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koyabilecek şekilde tutulmalıdır. Madde hükmü, bunun ölçütünü de "*Defterler, üçüncü kişi uzmanlara, makul bir süre içinde yapacakları incelemede işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir verebilecek şekilde tutulur. İşletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesi defterlerden izlenebilmelidir*"²⁵ şeklinde ortaya koymaktadır (m. 64/1.f.). Bu fıkradaki düzenleme, defterlerin tutulmasında uyulması gereken bir prensibi belirlemenin yanında; defterlerin tutulmasındaki amacı da ortaya koymaktadır²⁶.

²⁴ Arslanlı, H. : Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 121; Berzek, A. N. : Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 2004, s. 120.

²⁵ HBG.'nin 238 paragrafının 1. fıkrasının 2. cümlesiyle benzer içeriğe sahip olan (bkz. *Bülöw*, age. , s. 85, No 265) fıkrada sözü edilen ölçüte, fıkranın gerekçesinde de işaret edilmektedir. Gerekçeye göre, "*Açıklığın ölçüsü, uzman bir üçüncü kişinin defterlerden edineceği fikirdir. Başka bir deyişle, söz konusu uzman kişi defterlerden işletmenin durumunu anlayabilmelidir. "Üçüncü kişi" ibaresi, tacirden bağımsızlığı ve yansızlığı ifade eder. Bu hüküm, defterlerin aynı zamanda uzmanca, profesyonellik ilkelerine göre, meslek etiği, yöntemi ve terimleri uyarınca tutulması gereğini de ortaya koymakta, yoksa defterlerin herkesin değil, sadece uzmanların anlayabilecekleri tarzda tutulması anlamına gelmemektedir. "Makul bir süre" ile kastedilen, defteri inceleyen uzmanın bazı kayıtları anlayabilmek amacı ile ayrıca araştırma yapmasına, bilgi toplamasına, açıklama istemesine gerek olmaksızın, o kaydı, sebebini, dayanağını ve gereğinde sonuçlarını değerlendirebilmesidir. Uzmanın "fikir edinmesi" demek tacirin malvarlığı durumunun, borçlarını yerine getirmeye yeterli olup olmadığı yorumunu yapabilmelidir, yoksa bir denetim elemanı gibi denetim sonuçlarını ortaya koyması, döküm yapması, sonuçları belirlemesi aranmaz*".

²⁶ Fıkranın gerekçesinde bu husus, "*Birinci fıkranın birinci cümlesi defter tutmanın kanunî amacını kesin bir tarzda, açıklık öğretisine ve bu öğretiyi yansıtan dogmasına uygun bir şekilde koymaktadır. ...*" şeklinde ifade edilmektedir.

B. TTK m. 65'de Öngörülen İlkeler

- Defterler ve gerekli diğer kayıtlar Türkçe tutulur. Kısaltmalar, rakamlar, harfler ve semboller kullanıldığı takdirde bunların anlamları açıkça belirtilmelidir (TTK m. 65/1). Ticari defterlerin tutulmasına ilişkin şekli kuralları öngören bu hüküm, Alman Ticaret Kanunu'nun 239. Paragrafından alınmıştır. Maddede, defterlerin Türkçe'den başka bir dille tutulamayacağı emredici nitelikte düzenlenmiştir. Bununla birlikte maddenin gerekçesinde işaret edildiği üzere, defterlere geçirilecek işlemi yapan kişilerin adlarına, ticarî işletmelerine ve şirketlerin unvanlarına, konularına, gümrük veya diğer bir düzenlemenin pozisyon numaralarına ilişkin kısaltmalar, harfler ve semboller varsa, bunların anlamları duraksamaya yer bırakmayacak kesinlikte ve tekdüze olmalıdır.

-Defterlere yazılacak kayıtlar, eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılmalıdır (m. 65/2)²⁷. Fıkıradaki geçen kavramlardan neyin anlaşılması gerektiği konusunda fıkranın gerekçesi yol göstericidir. Buna göre, kayıtların eksiksiz; diğer bir ifadeyle tam yazılması, “*kısaca işletme iş ve işlemlerin eksiksiz olarak, yani herhangi bir boşluk yaratmadan muhasebeleştirilmesi, kaydı gereken bir iş ve işlemin kayıt dışı bırakılmaması demektir*”.

Doğruluk, “*kaydın gerçeğe uygun ve sadık bir biçimde iş ve işlemi yansıtmadır. İşlemin gerçeğe sadık bir şekilde muhasebe kaydı haline gelmesi, inceleyenin yanlış yorumlara yöneltmeden aktarılmasıdır*”.

Zamanında kayıt, “*muhasebe kaydının zamanında yapılması, sonraya bırakılmaması gereğini ifade eder. İlke muhasebe kaydının 5-10 gün gibi belirli süre içinde yapılmasını öngörmemekte, genel kabul gören muhasebe kurallarına uygun olarak “zamanında” ölçüsünü kullanmaktadır. “Zamanında”, hemen veya derhal anlamına gelmediği gibi, haftalara da izin vermemekte, gerçekçi ancak kısa bir süreye yani, muhasebeleştirilmenin olağan süresine işaret etmektedir*”. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, kanun koyucunun zamanında kayıt hususunda bir zaman dilimini öngörmemiş olması isabetli olmamıştır. Olağan sürenin ne kadar olacağı, uygulama sürecinde yargısal içtihatlarla şekilleninceye kadar pratikte sorunlara sebebiyet verecek muğlak bir ifadedir. TTK m. 65'in gerekçesindeki açıklamalar, TTK m. 64/3'deki düzenlemeyle de çelişmektedir. Sözü edilen düzenlemeye göre, fiziki ortamda veya elektronik ortamda tutulan ticari defterlerin nasıl tutulacağı, **defterlere**

²⁷ Wörlen, age. , s. 104, No 236.

kayıt zamanı, onay yenileme ile açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Maliye Bakanlığınca mütereken çıkarılan bir tebliğle belirlenecektir. Aslında burada eleştiriye açık bir husus daha ortaya çıkmaktadır. Kanunda yer verilmesi gereken, ama verilmeyen bir hususun tebliğle bırakılması normlar hiyerarşisi açısından da isabetli olmamıştır. Ayrıca TTK m. 65'in gerekçesi, TTK m. 64/5 ile de örtüşmemektedir. Sözü edilen fıkraya göre, VUK.'taki defterlere kayıt zamanı burada da geçerlidir. Kayıt zamanıyla ilgili düzenleme, VUK m. 219'da yer almaktadır²⁸.

Düzen ilkesi ile kastedilen, *“yapılan iş ve işlemlerin kaydının zaman akışına göre, yani kronolojik sırada tarih ve belge numarası dikkate alınarak yapılmasıdır”*.

- Defterlerdeki kayıtlar, önceki içeriği belirlenemeyecek şekilde çizilmemeli ve değiştirilmemelidir. Kanun koyucu, kayıt sırasında mı yoksa sonradan mı yapıldığı anlaşılmayan değiştirmeleri yasaklamıştır (TTK m. 65/3). Bu düzenlemeden defterlerdeki kayıtların çizilemeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır. Defterlerdeki kayıtlar, saklayıcı, örtücü ve karartıcı değil; düzeltici ve gerçeği yansıtıcı olmak kaydıyla çizilebilir. Dolayısıyla kayıt çizilecekse, çizimden önceki kayıt karalanmamalı, kapatılmamalı, herhangi bir madde veya araçla silinmemeli, görülecek, okunacak, ne olduğu bilinecek tarzda sadece temiz bir biçimde çizilmelidir²⁹.

- TTK m. 65/4 hükmüne göre, defterler ve gerekli diğer kayıtlar, olgu ve işlemleri saptayan belgelerin dosyalanması şeklinde veya veri taşıyıcıları aracılığıyla tutulabilir. Defter tutmakla yükümlü olanlara tanınan bu iki imkandan birincisi fizikî dosyalama, ikincisi ise veri taşıyıcılarının kullanılmasıdır. “Veri taşıyıcıları” teriminin de inter alia, mikrofişleri, CD'leri, magnetleri ve elektronik ortamı ifade ettiği fıkranın gerekçesinde belirtilmiştir. Defterlerin ve gerekli diğer kayıtların elektronik ortamda tutulması durumunda, bilgilerin saklanma süresince bunlara ulaşılmamasının ve bu süre içinde bunların her zaman kolaylıkla okunmasının tacir tarafından temin edilmiş olması şarttır. Elektronik ortamda tutulma hâlinde kayıtların Türkçe tutulması, kısaltmalar, rakamlar, harfler ve semboller kullanıldığı takdirde bunların anlamlarının açıkça belirtilmesi zorunluluğu ve kayıtların önceki içeriklerinin

²⁸ Bkz. dn. 21.

²⁹ Bkz. fıkranın gerekçesi.

belirlenmeyecek şekilde çizilememesi ve değiştirilememesi yasağı aynen geçerlidir.

C.TTK m. 88'de Öngörülen İlkeler

“Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun yetkisi” başlıklı TTK m. 88'in, defterlerin tutulmasına dair kuralları da kapsamına aldığı söylenebilir. Madde, Türkiye Muhasebe Standartlarının Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarıyla (IFRS) ile özdeş olacağını düzenleyerek, IFRS'nin Türkiye'de uygulanmasını sağlamış durumdadır. TTK m. 88/1'e göre, TTK m. 64 ilâ m. 88 hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişiler, gerek ticari defterlerini tutarken, gerek münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayımlanan, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara aynen uymak ve bunları uygulamak zorundadırlar. TTK m. 514³⁰ ve m. 528³¹ ile Kanunun ilgili diğer hükümleri saklıdır. TTK m. 88/1 metninden açıkça anlaşılacakla birlikte, gerekçesinde söz konusu fıkranın gerçek ve tüzel kişilerin ticarî defterlerine, küçük ve orta ölçekli işletmelere, ticaret şirketlerinin finansal tablolarıyla konsolide hesaplara, hatta gereğinde esnafa, Türkiye Muhasebe Standartlarının uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Anonim şirketlerin hesaplarına ilişkin hükümlere yer vermeyen kanun koyucunun, bunu TTK m. 88/2'den de anlaşılacağı üzere Türkiye Muhasebe Standartlarına bıraktığından bahsetmektedir. Keza, TTK m. 88/1 metninde yer almadığı halde, gerekçede esnafların da belirsiz bir şekilde kapsama dahil edilmesi özellikle esnafların ticari defter

³⁰TTK 514. maddeye göre, “(1) Yönetim kurulu, geçmiş hesap dönemine ait, Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülmuş bulunan finansal tablolarını, eklerini ve yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunu, bilanço gününü izleyen hesap döneminin ilk üç ayı içinde hazırlar ve genel kurula sunar”.

³¹ Sözü edilen madde metni şöyledir: “(1) Bankalar ile diğer kredi kurumlarının, finansal kiralama ve faktöring gibi finansal şirketlerin, sigorta ve reasürans şirketlerinin, Sermaye Piyasası Kanunu kapsamındaki tüm kurumların finansal tabloları ile konsolide finansal tablolarına ilişkin olarak Türkiye Muhasebe Standartlarında ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca belirlenmiş idari düzenlemelerde hüküm bulunmayan hâllerde, söz konusu alanları düzenlemek ve denetlemek üzere kurulan kurum, kurul ve kuruluşların özel kanunlarında yer alan hükümler uygulanır.

(2) Türkiye Muhasebe Standartlarında, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca belirlenmiş finansal tablolara ilişkin idari düzenlemelerde ve özel kanunlarda hüküm bulunmayan hâllerde bu Kanun hükümleri uygulanır.

(3) Kooperatiflerin finansal tabloları ile konsolide finansal tablolarına ilişkin özel hükümler saklıdır”.

tutmakla yükümlü olmadıkları³² da düşünüldüğünde eleştiriye açıktır. TTK m. 88/1’de sözü edilen düzenlemeler, uygulamada birliği sağlamak ve finansal tablolara milletlerarası pazarlarda geçerlilik kazandırmak amacıyla, Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına tam uyumlu olacak şekilde, sadece Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından belirlenir ve yayımlanır (TTK m. 88/2). Yukarıda da işaret edildiği gibi, fıkranın amacı, *Türkiye Muhasebe Standartlarını, IFRS’nin standartlarıyla özdeş kılmaktır*.³³

Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunca, değişik ölçütteki işletmeler ve sektörler için, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları tarafından farklı düzenlemelere izin verildiği hâllerde özel ve istisnai standartlar konulabilir; bunları uygulayanlar, söz konusu durumu finansal tablo dipnotlarında açıklamak durumundadır (TTK m. 88/3)³⁴.

Ülkemizde çeşitli bakanlıkların ve kurumların muhasebe standartları yayımlayarak yol açtıkları karmaşaya son vermek amacıyla³⁵ *“Kanunlarla, belirli alanları düzenlemek ve denetlemek üzere kurulmuş bulunan kurum ve kurullar, Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmak ve Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun onayını almak*

³² Arkan, Ticari İşletme I, s. 335; Ülgen, (Teoman/ Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan), age., s. 510, N. 1499; Berzek, age., s. 120.

³³ Fıkranın gerekçesinde bu düzenlemenin kısmen AB’nin 12/07/2002 tarihli Uluslararası Muhasebe Standartlarının Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü’nün gereği olduğu ifade edilmiştir. Sözü edilen Tüzük, pay senetleri bir üye devletin hukukuna tâbi ve teşkilatlanmış bir piyasada işlem gören anonim şirketlerin 1/01/2005 tarihinden itibaren düzenleyecekleri konsolide yılsonu finansal tabloları hakkındadır. Yani IFRS’ye göre düzenlenmesi gerekli olan sadece sözü edilen şirketlerin konsolide tablolarıdır. Diğer ticaret şirketleriyle, pay senetleri teşkilatlanmış piyasalarda işlem görmeyen anonim şirketlerin yılsonu finansal tabloları (Solo/münferit şirket tabloları) yani konsolide olmayan tablolara uygulanacak hükümler yönünden üye devletler serbesttir. Üye devletler kendilerine serbesti verilen alanda ister ulusal düzenleme yaparlar, ister orada da IFRS’e uyarlar. Tasarı, ikinci seçeneği kabul etmiştir. Kanun koyucu bunun nedenini, uygulanacak standartlar bakımından tam birliği sağlamak ve küçük ve orta ölçekli işletmeleri (KOBİ’ler) de aynı standartlara tâbi kılmak ve uluslararası piyasalarla tam beraberlik içinde bulunabilmenin koşullarını yaratmak olarak ifade etmektedir.

³⁴ Fıkra hükmünün, bir taraftan Türkiye Muhasebe Standartlarının IFRS’den ayrılabilceği alanları belirlemekte, diğer taraftan da bu istisnai standartları uygulayanların bunları dipnotlarında belirtmelerini vurgulayarak açıklığın yerine getirilmesi gerektiğini belirttiği, ancak, hükmün tanıdığı istisnai düzenlemenin bazı şartlara, dolayısıyla sınırlamalara bağlı olduğu, çünkü Türkiye Muhasebe Standartlarının IFRS’den ayrı bir düzenleme yapabilmesi için doğrudan doğruya ve açık bir şekilde olanak tanınmış olması gerektiği; yani IFRS duraksama yaratmayacak bir şekilde ulusal düzenlemeyi geçerli saydığı fıkranın gerekçesinde ifade edilmiştir.

³⁵ Bkz. fıkranın gerekçesi.

şartıyla, kendi alanları için geçerli olacak standartlar ile ilgili olarak ayrıntıya ilişkin, sınırlı düzenlemeleri yapabilirler” (TTK m. 88/4) şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür..

Türkiye Muhasebe Standartlarında hüküm bulunmayan hâllerde, ilgili oldukları alan dikkate alınarak, TTK m. 88/4’de belirtilen ayrıntıya ilişkin düzenleme, ilgili düzenlemede de hüküm bulunmadığı takdirde milletlerarası uygulamada genel kabul gören muhasebe ilkeleri uygulanır (TTK m. 88/5)³⁶.

V. Ticari Defterlerin Onaya Tabi Tutulması

Ticari defterlerin onaylanması, TTK m. 64/3’de düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, ticari defterlerin açılış ve kapanış onaylanmasıyla ilgili önemli hususları aşağıda verildiği şekilde tespit etmek mümkündür.

A. Açılış Onayı

Ticari işletmenin veya ortaklığın kuruluşunda fiziki ortamda tutulan yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri ile pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defterinin açılış onayları, defterler kullanılmaya başlanmadan önce noter tarafından yapılır. Bu defterlerin izleyen faaliyet dönemlerindeki açılış onaylamaları, defterlerin kullanılacağı faaliyet döneminin ilk ayından önceki ayın sonuna kadar notere yaptırılır. Kanunda düzenlenen onay zamanı, VUK m. 221 ile uyum halindedir. Bu maddeye göre, “*Ötedenberi işe devam etmekte olanlar defterin kullanılacağı yıldan önce gelen son ayda*” açılış onayını yaptırmalıdır³⁷. VUK. m. 174 hükmü icabı; hesap dönemi, normal takvim yılı olduğundan burada sözü edilen ay, aralık ayıdır.

Ticaret şirketlerinin ticaret siciline tescili sırasında defterlerin açılış onayı ticaret sicili müdürlükleri tarafından da yapılabilir. TTK m. 64/3’ün bu düzenlemesi, gerekçede de belirtildiği üzere eTTK m. 69’de 4884

³⁶ Bu hükümle, Türkiye Muhasebe Standartlarında ve ilgili oldukları alana özgülenerik özel standartlarda hüküm bulunmayan hallerde “dünyada yaygın uygulaması bulunan genel kabul gören muhasebe ilkelerine” uyulacağı vurgulanmıştır. Bu ilkelerden kasıt, US-GAAP diye anılan Amerika Birleşik Devletleri’nin genel kabul görmüş ilkeleridir. Bu yollamanın nedeni, “Genel kabul gören muhasebe ilkeleri” çeşitli olduğundan hatta her ülkeye göre farklılık gösterdiğinden, bunlar içerisinde en yaygın olan US-GAAP ilkeleri kabul edilmiştir. US-GAAP’ı uygulamayan şirketler Amerika Birleşik Devletleri menkul kıymetler borsalarına kabul edilmemekte, kote olunmamaktadır. Bu sebeple AB kendi standartlarından vazgeçmiş IFRS’i kabul etmiştir. IFRS ile US-GAAP gittikçe birbirine yaklaşmıştır. Bütün bu sebepler gözönünde tutularak beşinci fıkra, boşluk olan noktalarda US-GAAP’ın uygulanabilmesi olanağı yaratılmıştır (bkz. fikanın gerekçesi).

³⁷ VUK’a göre defterlerin onay zamanı, şekli, içeriği hakkında bkz. *Taşdelen, N. : “Ticari Defterlerin Tasdiki”*, Prof Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt: I, İstanbul-2007, s. 67 vd.

sayılı Kanunla³⁸ yapılan değişiklikle³⁹, kural olarak uyum içerisindedir. Notere tanınan yetkinin yanında sicil müdürüne de onay yetkisi verilmiştir. Sicil müdürünün buradaki onay yetkisinin kuruluşa özgü olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Kuruluşun sonraki yıllarda ise defterlerin onayı, noter tarafından yapılmalıdır⁴⁰. Açılış onayının notere yaptırıldığı hâllerde uygulamada çıkabilecek aksaklıklara engel olabilmek bakımından faaliyet belgesinin notere sunulması gereği düşünülerek⁴¹ notere, ticaret sicili tasdiknamesini arama zorunluluğu getirilmiştir.

B. Kapanış Onayı

Yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defterinin kapanış onayı, izleyen (sonraki) faaliyet döneminin üçüncü ayının sonuna kadar notere yaptırılır (6335 sayılı Kanunla değişik TTK m. 64/3).

Ticari defterlerin onaylanmasıyla ilgili 6335 sayılı kanunla değiştirilen TTK m. 64/3'ün önceki içeriği "Ticari defterler, açılış ve kapanışlarında noter tarafından onaylanır. Kapanış onayları, izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar yapılır. ..." şeklindeydi.

Yapılan değişiklik iki noktada dikkat çekicidir:

³⁸ "Türk Ticaret Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" başlığını taşıyan bu kanun hakkında bkz. 17.06.2003 t. ve 25141 sayılı RG. Bu kanunla ticari defterlerin onaylanmasına ilişkin getirilen değişiklikler hakkında bkz. *Taşdelen*, agm. , s. 62 vd..

³⁹ "Tasdik Ettirme Ve Beyanname Verme Mükellefiyeti" başlığını taşıyan 6762 sayılı TTK'nin 69. maddesindeki düzenleme "66 ncı maddenin 1 ilâ 3 üncü bentlerinde yazılı defterler, kullanılmaya başlanılmadan önce tacir tarafından ticari işletmenin bulunduğu yerin noterine ciltli olarak ibraz olunur. Noter sicil tasdiknamesini göstermesini tacirden ister ve bu defterlerin her sayfasına sabit mürekkeple sıra numarası koyup resmi mühür ile mühürler ve defterlerin kaç sayfadan ibaret bulunduğunu ilk ve son sayfaya yazarak resmi mühür ve imzasıyla tasdik eder. Bu iş bittikten sonra tasdik ettiği defterlerin mahiyet ve adedlerini ve bunların kime ait olduğunu tacirin kayıtlı bulunduğu ticaret sicillerine re'sen ve hemen bildirilir. (Değişik 1. fıkra: 4884 - 11.6.2003 / [m.1](#)) Şirket kuruluş aşamasında 66 ncı maddenin birinci fıkrasında yazılı defterler kullanılmaya başlanmadan önce tacir tarafından ticari işletmenin bulunduğu yerin ticaret sicili memurluğuna veya notere ibraz edilir. Bu defterler, 213 sayılı Vergi Usul [Kanunu](#)'nun defterlerin tasdikine ilişkin hükümlerinde yer alan bilgileri içerecek şekilde tasdik ve imza olunur. Sicil memuru veya noter, defterlerin kaç sayfadan ibaret bulunduğunu ilk ve son sayfaya yazarak resmi mühür ve imzasıyla tasdik eder. Noterlerce tasdik edilen defterlerin mahiyet ve adetleri ve bunların kime ait olduğu en geç yedi gün içinde ilgili ticaret sicili memurluğuna bildirilir. Şirketlerin müteakip yıl defterleri ile kullanılması zorunlu diğer defterler 213 sayılı Vergi Usul [Kanunu](#)'nun defterlerin tasdikine ilişkin hükümlerine göre tasdik olunur" (1.f.) şeklindeydi.

⁴⁰ Doğanay, İ. : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt-Madde 1-149, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 468.

⁴¹ Bkz. fıkranın gerekçesi.

Birincisi, TTK m. 64/3'ün değişiklikten önceki hali, maddede sayılan bütün defterleri bir ayırım yapmaksızın kapanış onayına tabi tutmaktaydı⁴². Bunun nedeni fıkranın gerekçesinde “*Bu madde ile defterlerin tümü açılış ve kapanış onayına tâbi tutulmuştur. Bu değişikliğin sebebi çift defter kullanımını olabildiğince engellemektir. Çift defter sadece hesaplara ilişkin ticarî defterlerde değil, aynı zamanda pay defteri, karar defteri ve genel kurul karar defterlerinde de sık rastlanan bir olgudur. Bu defterlerden herhangi biri kapatılmadan yenisi açılabilmede, ihtilaflarda mahkemenin önüne değişik defterler çıkabilmektedir. Bu çoğu kez hileli bir davranış teşkil eden çift defter uygulamasına özellikle pay defteriyle, yönetim kurulu karar defterinde çok sık rastlanmaktadır. Uygulamada sıkışıklığa yol açmamak için onay süresi izleyen faaliyet döneminin altıncı ayına kadar uzatılmıştır*” şeklinde açıklanmaktaydı. Oysa değişiklik sonucu şekillenen fıkranın yeni içeriği, sadece yevmiye defterini ve yönetim kurulu karar defterini⁴³ kapanış onayına tabi tutmaktadır. Acaba diğer defterler kapanış onayına tabi değil midir? Kanun koyucu, bu iki defter dışındaki defterleri, belli bir süreyle sınırlama olmaksızın (mesele defter bittiğinde...) kapanış onayına tabi tutmayı düşünmüş olamaz mı? Kanaatimce bu soruların veya benzer varsayımlarla sıralanacak soruların cevabı olumsuz olmalıdır. İlk haliyle yürürlüğe girmesine dört gün kala yukarıdaki haliyle yapılan değişikliğin verdirdiği cevap budur. Fıkraı daha detaylı bir düzenlemeye kavuşturan değişiklikle kanun koyucu, bu detaylı değişik düzenlemenin kapsamına diğer defterlerin kapanış onayıyla ilgili düzenlemeyi dahil edebilirdi; ama bunu yapmadığı gibi, bu noktada önceki düzenlemenin kapsamını da iki defterle sınırlayarak daraltmıştır⁴⁴. Bu düşünceyi destekleyen bir önemli

⁴² 6762 sayılı TTK zamanında sadece yevmiye defteri ile envanter defteri için sonradan eski tarihle kayıt yapılmasını engellemek amacıyla defterlerde boş sayfa bırakılmadığının tespiti için kapanış onayı öngörülmüştü (bkz. *Karayalçın*, Muhasebe Hukuku, s. 72; *Arkan*, S. : Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskıdan 9. Tıpkı Basım, Ankara 2005, s. 331; *Başbuğ*, İ./ *Erdem*, E. : Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Ankara 1993, s. 138).

⁴³ Eski kanun zamanında karar defterinin kapanış onayına tabi tutulmadığı kabul edilmekteydi (bkz. *İmregün*, O. : Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989, s. 139; *Eriş*, G. : Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt 1, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 1189).

⁴⁴ 6762 sayılı TTK zamanında kapanış onayı, kanunda sadece yevmiye defteri (m.70/son f.) ile envanter defteri (m.72/4.f.) için önörülmiş olmasına rağmen doktrinde defteri kebirin kapanış onayına tabi olduğuna dair fikirler mevcuttu (bkz. *Arseven*, agm. , s. 375,376; *Başbuğoğlu*, *Tarik*, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu Açıklamalar-İçtihatlar, 1. Cilt, Ankara 1988, s. 167). Aynı tartışma işletme defteri için de cereyan etmiştir. *Arkan*, işletme defteri için kapanış tasdikinin gerekmediğini beyan ederken (Ticari İşletme II, s. 325, dn. 4); *İmregün* (age. , s.

husus da aşağıda açıklaması verilen elektronik ortamda tutulan defterlerin onaylanmalarıyla ilgili hükmün içeriğidir (TTK m. 64/3). Hükümde, “Ticari defterlerin elektronik ortamda tutulması hâlinde bu defterlerin açılışlarında ve yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defterinin kapanışında noter onayı aranmaz. ...” şeklinde yer verilen ifadelerden de kapanış onayının aranmayacağı ifade edilirken sadece yevmiye ve yönetim kurulu karar defterinden bahsedilmektedir.

Değişiklikte dikkat çeken ikinci nokta kapanış onayı süresiyle ilgilidir. Daha önceki düzenlemede kapanış onayı yerine getirilmesi, izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar mümkün iken, değişiklikle bu süre izleyen faaliyet döneminin üçüncü ayının sonuna kadar olan süreçle sınırlandırılmıştır. Bu değişiklik olumlu bir değişikliktir. Değişiklikteki olumlu husus, soyut olarak sürenin kısaltılmasıyla ilişkilendirilmemelidir. Anonim ve limited ortaklıklardaki genel kurul toplantılarının yapılması gereken zaman dilimi düşünüldüğünde⁴⁵ yapılan değişikliğin önemi ön plana çıkmaktadır.

TTK'nin 409. maddesine göre, anonim ortaklıklarda olağan genel kurul toplantısı her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılır. Maddenin alınacak kararlarla ilgili kapsamı dikkate alındığında bir yevmiye defterindeki veya yönetim kurulu karar defterindeki kararların önemi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle toplantıda alınacak kararları doğrudan doğruya etkileyecek kayıt ve kararları içeren defterlerin kapanış onaylarının, toplantı için öngörülen süreçten sonraki bir zaman dilimine bırakılmaması önemlidir. Aynı durumun, 617. ve 616. maddeler incelendiğinde limited ortaklıklar için de geçerli olduğu görülmektedir.

Ticari defterlerin elektronik ortamda tutulması hâlinde bu defterlerin açılışlarında ve yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defterinin kapanışında noter onayı aranmaz.

Fiziki ortamda veya elektronik ortamda tutulan ticari defterlerin nasıl tutulacağı, defterlere kayıt zamanı, onay yenileme ile açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile

140) ve Eriş (age., s. 1176 dn. 4, 1186), aksi yönde kanaat ortaya koymuşlardır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, Yargıtay her iki defter hakkında da kapanış tasdine yer olmadığına karar vermişti (bkz., defteri kebir için Y. TD.'nin 22.9.1966 t. ve 64-4556/3689 sayılı kararı, *Moroğlu, E./ Kendigelen, A. : Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 115,116; işletme defteri için de bkz. Y.11. HD. 27.3.1979 t. ve E. 1979/982, K. 1536 sayılı kararı, s. 115-116; *Başbuğoğlu, age. , s. 166*).

⁴⁵ Bu konudaki eleştiri için bkz. *Kendigelen, age., s. 72*.

Maliye Bakanlığınca mütereken çıkarılan bir tebliğle belirleneceği fıkra ifade edilmiştir.

VI. Ticari Defterlerin Saklanması

TTK, ticari defter ve belgelerin saklanması hususunu iki ayrı yerde ele almaktadır:

Birincisi, “Defter tutma yükümlülüğü” başlığı altında kaleme alınan 64. maddenin 2 fıkrasında yer verilen “*Tacir, işletmesiyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamakla yükümlüdür*” şeklindeki hükümdür. Bu hüküm, aslında doğrudan doğruya ticari defterlerin saklanmasıyla ilgili değildir. Esasen amaçlanan, ticari defterlerdeki bilgilerin dayandığı belgelerin, kayıtların saklanmasıdır. Nitekim gerekçede söz konusu hükmün, belgeleme ve kaydın belgeye (evrak-ı müsbiteye) dayanması ilkesini öngördüğü (“Belge yoksa kayıt da yoktur” ilkesi) ve teknik gelişmelere uygun olarak saklama ortamını sınırlayıcı olmayan, gelişmelere açık bir tarzda gösterdiği ifade edilmiştir.

İkincisi, TTK m. 82'nin getirdiği ayrıntılı düzenlemedir. Ancak, aşağıdaki bilgilerden de anlaşılacağı üzere, bu düzenleme sadece ticari defterlerin saklanmasına özgülenmiş değildir.

TTK'nın 82. maddesine göre her tacir;

- Ticari defterlerini, envanterleri, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini,

- Alınan ticari mektupları,

- Gönderilen ticari mektupların suretlerini,

-64.maddenin birinci fıkrasına göre yapılan kayıtların dayandığı belgeleri, sınıflandırılmış bir şekilde saklamakla yükümlüdür (TTK m. 82/1/a). Burada sözü edilen ticari mektuplar, bir ticari işe ilişkin tüm yazışmaları vurgulamak için kullanılmıştır (TTK m. 82/2).

TTK m. 82/3'de açılış ve ara bilançoları, finansal tablolar ve topluluk finansal tabloları hariç, birinci fıkra da sayılan belgeler, Türkiye Muhasebe Standartlarına da uygun olmak kaydıyla, görüntü veya veri

taşıyıcılarda saklanabileceği şu iki şartın varlığı halinde mümkün kılınmıştır:

1-Okunur hâle getirildiklerinde, alınmış bulunan ticari mektuplar ve defter dayanaklarıyla görsel ve diğer belgelerle içerik olarak örtüşüyorsa;

2.-Saklama süresi boyunca kayıtlara her an ulaşılabilir ve uygun bir süre içinde kayıtlar okunabilir hâle getirilebiliyorsa

Ticari defterler ve kayıtlar elektronik ortama alınmıyor ise, bilgiler bilgisayar yerine basılı olarak da saklanabilir. Bu tür yazdırılmış bilgiler birinci cümleye göre de saklanabilir (TTK m. 82/4).

A. Saklama Süresi

TTK ‘nin 82. maddesinin birinci fıkrasının (a) ilâ (d) bentlerinde öngörülen belgelerin saklanma süresi 10 yıldır (TTK m. 82/5).

Kanunda öngörülen 10 yıllık saklama süresi, ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin çıkarıldığı, ara bilançonun düzenlendiği, yılsonu finansal tablolarının hazırlandığı ve konsolide finansal tabloların hazırlandığı, ticari yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin oluştuğu takvim yılının bitişiyile başlar (TTK m. 82/6).

Gerçek kişi olan tacirin ölümü hâlinde mirasçıları ve ticareti terk etmesi hâlinde kendisi defter ve kâğıtları birinci fıkra gereğince saklamakla yükümlüdür. Mirasın resmî tasfiyesi hâlinde veya tüzel kişi sona ermişse defter ve kâğıtlar birinci fıkra gereğince on yıl süreyle sulh mahkemesi tarafından saklanır (TTK m. 82/8)⁴⁶.

VII. Ticari Defterlerin Zıyaı

Bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defterler ve belgeler; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle ve kanuni saklama süresi içinde zıyaa uğrarsa tacir zıyaı öğrendiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine bir belge verilmesini isteyebilir. Aslında kaybettiği defterlerin aleyhine sonuçlara sebebiyet vermemesi için tacir belgeyi talep etmeye mecburdur⁴⁷. Mahkeme gerekli gördüğü delillerin

⁴⁶ 6762 sayılı TTK’deki ticari şirketlere dair düzenleme, “*Kollektif ve âdi komandit şirketlerin her ne suretle olursa olsun infisahı halinde bunlara ait defter ve kâğıtlar, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki salâhiyetli mahkeme tarafından 1 inci fıkra gereğince saklanmak üzere ortaklardan birine veya notere, diğer şirketlerin infisahı halinde ise, notere tevdi olunur. Noter harc ve ücreti şirket mevcudundan ödenir*” (m. 68/3.f.) şeklindeydi.

⁴⁷ Bahtiyar, age. , s. 158.

toplanmasını da emredebilir (TTK m. 82/7). Bu düzenlemenin eski düzenlemeden farkı, kapsama hırsızlık sebebiyle defterlerin ziya uğraması da Yargıtay'ın bu yöndeki kararları⁴⁸ dikkate alınarak kanuna dâhil edilmiştir. Ancak hırsızlığın nasıl vukuubulduğu konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak doktrinde, tacirin kusurundan kaynaklanan, basiretli bir tacirden beklenen bütün tedbirlerin alınmamasına bağlı gerçekleşen zayi durumlarında mahkemenin belge vermemesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹. Hırsızlık iddiasının inandırıcı olması gerekir⁵⁰. Doktrinde onaylanmamış defterlerin zayi olması durumunda belgenin mahkemeden talep edilip edilemeyeceği tartışılmış; haklı olarak zayi belgesine hukuk sonuç bağladığı ve bu sonucun tacire güçlü bir konum sağlayacağı gerekçesiyle bu defterler için de zayi belgesinin

⁴⁸ Y.HGK.'nun 19.9.1970 tarih ve 67-T-63/443 sayılı kararından "... Defter ve belgelerini muhafazada bir kusuru olmayan aksine kasada saklamak gibi lüzumlu tekayyüdü göstermiş bulunan davacının, iradesi dışında cereyan eden hırsızlık dolayısıyla defter ve belgeleri ziya uğradığını iddia ve bunun tespit ve gereken belgelerin verilmesi isteğini havi davasının kabulü ... icab eder ..." (Erdoğan/Kendigelen, age. , s. 108). Ayrıca dn. 45 ve 46'daki kararlara bkz.

⁴⁹ Arkan, Ticari İşletme I, s. 341; Karahan, age. , s. 272; Y.11.HD.'nin 02.06.2003 tarih ve E. 2003/154, K. 2003/5857 sayılı kararından "Davacı vekili hırsızlık sonucu şirket defterleri, faturalar ve makbuz suretlerinin çalınmış olduklarını ileri sürerek, zayii belgesi verilmesini talep etmiştir.T.T.K.da "Yangın, su baskını veya yer sarsıntısı" örnekleri tahdidi bir düzenleme içerisinde yer almamış, "gibi" sözcüğünden de anlaşılacağı üzere, tacirin elinde olmayan benzer olaylar da maddenin kapsamında düşünülmüştür. Bu itibarla davacıya kusur izafe edilemeyecek olan hırsızlık fiillerinin de bu kapsamda kabulü gerekir. Buna göre, tacirin, bir taraftan defterlerin korunması amacıyla gereken dikkat ve ihtimamı göstermiş bulunması, diğer taraftan da ziyaa uğramanın onun iradesi dışında meydana gelmiş olması gerektiği gibi somut olayın özelliğinin de dikkate alınması gerekirken aksi şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir" (bkz. <http://kazanci.com>, Kazancı-İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi:17.07.2012).

⁵⁰ Y.11.HD.'nin 10.02.1983 tarih ve E. 1883/381, K. 853 sayılı kararından "Bir lastik kaplama ve onarım atçlyesine giren hırsızın, kendi açısından ekonomik değeri hiç yok denecek mahiyet ve düzeydeki ticari defter ve belgeleri çalmasını düşünülmesi, hayatın olağan akışına ve gerçeklere ter düşen niteliktedir. Mahkemenin davayı kabul etmesi doğru olmadığından ... zayi belgesinin verilmesine ilişkin mahkeme kararının bozulması gerkmıştır" (Doğanay, Şerh, s. 461); Y.11.HD.'nin 02.03.2009 tarih ve E. 2007/13597, K. 2009/2275 sayılı kararından Davacı, şahıs firması sahibi olarak evrak çantasında sakladığı 2005 yılına ait yevmiye ve envanter defterleri ile gelir-gider evraklarının, işyerinde yapılan hırsızlık sırasında, diğer emtialar yanında çanta ile birlikte çalındığını, ileri sürerek bu defter ve belgelerin zayi olduğunun tespitini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, defter ve belgelerin bu şekilde saklanmasının hayatın olağan akışına uymadığı, davacının saklamada kusurlu olduğu, bu durumda TTK'nun 68/son maddesinden yararlanamayacağı gerekçesiyle davanın reddi kararı doğrudur" (bkz. <http://kazanci.com>, Kazancı-İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi:17.07.2012).

istenemeyeceği savunulmuştur⁵¹. Boş defterlerin ziyai durumunda da zayi belgesi istenemez⁵².

TTK m. 82/7'nin metninde davanın hasımsız açılacağı ifade edilmiştir. Talebin mahkemece reddi durumunda, mahkeme kararı temyiz edilebilir⁵³.

Ticari defterlerin delil olmasının, TTK'den çıkarılarak, HMK'ya alınmasına bağlı olarak eski kanundaki "Böyle bir vesika almamış olan tacir defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılır" ifadesi de yeni kanuna alınmamıştır⁵⁴. Ancak bu bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir. Bu belgeyi almayan ilgilinin, defterlerinin kaybolduğunu başka bir yolla ispatlaması imkânı olmadığından, sonuç olarak karşılaacağı yaptırım, defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılmasıdır. Tacir, zayi belgesi almanın dışında defterlerin başka delillerle kaybolduğunu ispatlayamaz⁵⁵. Bununla birlikte zayi belgesi, defterlerin kaybolduğunun kesin kanıtı da değildir. Alınan belge sadece defterlerin kaybolduğu konusunda adi bir karine oluşturmaktadır. Uyuşmazlığın karşı tarafı, ticari defterlerin kaybolmadığını başka delillerle ispatlama olanağına sahiptir⁵⁶.

VIII. Defterlerin İbrazi Defterlerden Suret Alınması ve Defterlerin Teslim Edilmesi

A. Defterlerin İbrazi

Ticari uyuşmazlıklarda⁵⁷ mahkeme, ticari defterlerin ibrazına karar verebilir. Mahkeme resen ve taraflardan birinin talebi üzerine bu

⁵¹ Karahan, age. , s. 273.

⁵² Arkan, Ticari İşletme I, s. 341.

⁵³ Karayalçın, Ticari İşletme, s. 353; Arkan, Ticari İşletme I, s. 342; Ülgen, (Teoman/ Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan), age. , s. 505, N. 1474; Doğanay, agm. , s. 8-9.

⁵⁴ Bu düzenlemenin karşılığı olan 6762 sayılı TTK'deki düzenleme "Bir tacirin saklamakla mükellef olduğu defter ve kâğıtlar; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir âfet sebebiyle ve kanuni müddet içinde ziyaa uğrarsa tacir ziyayı öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yerin salâhiyetli mahkemesinden kendisine bir vesika verilmesini isteyebilir. Mahkeme lüzumlu gördüğü delillerin toplanmasını da emredebilir. Böyle bir vesika almamış olan tacir defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılır" (m. 68/4.f.) şeklindeydi. Doktrinde Kendigelen, bu eksikliğin defterlerin ibraz edilememesine sonuç bağlayan HMK m. 222/5 hükmü karşısında uygulamada sorun yaratacağını, belgelerin ibraz edilmemesine cezai yaptırım öngören TTK'nin 562 hükmü nedeniyle eski düzenlemeye paralel bir düzenlemeye yer verilmesinin yararlı olacağını ifade etmiştir (age. , s. 75, dn. 46).

⁵⁵ Arkan, Ticari İşletme II, s. 332; Ülgen, (Teoman/ Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan), age. , s. 4505, N. 1476.

⁵⁶ Karayalçın, Ticari İşletme, s. 354; Arkan, Ticari İşletme I, s. 342; Bahtiyar, age. , s. 159.

⁵⁷ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, yargılamayı gerektiren davalarda hazırlık işlemlerine ilişkin hükümleriyle senetlerin ibrazı zorunluluğuna dair olan hükümleri ticari işlerde de uygulanır (m.83/2.f.).

kararı verebilir. Uyuşmazlığın tarafları yabancı bir gerçek veya tüzel kişi bile olsa bu düzenleme geçerlidir (TTK m.83/1)⁵⁸. Eski Kanunda yer almayan bu son cümle, yeni bir düzenlemedir.

Benzer bir düzenleme, HMK 222/1'de de yer almaktadır. Bu hükme göre, “*Mahkeme, ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir*”.

TTK'nin 86. maddesine göre, “*saklanması zorunlu olan belgeleri, sadece görüntü veya başkaca bir veri taşıyıcısı aracılığıyla ibraz edebilen kimse, giderleri kendisine ait olmak üzere, o belgelerin okunabilmesi için gerekli olan yardımcı araçları kullanıma hazır bulundurmakla yükümlüdür; icap ettiği takdirde belgeleri, giderleri kendisine ait olmak üzere bastırmalı ve yardımcı araçlara ihtiyaç duyulmadan okunabilen kopyalarını sunabilmelidir*”.

TTK'nin 86. maddesindeki bu düzenleme ile mikrofilm, disket, CD gibi görüntü ve veri taşıyıcılarda özellikle elektronik ortamda saklanan kayıtların dayanağını oluşturan ve kanıtlayan muhasebe belgelerinin ibraz gerektiğinde bunların okunabilirliğini sağlamak, ibraz edene aittir. Hüküm ibraz edenin yükümü ve zorunluluklarını belirlemektedir. Maddedeki ibraz yükümlülüğü için bir uyuşmazlığın varlığı aranmamaktadır. Yükümlülük geniş anlama düzenlenmiştir. İbraz uyuşmazlıkla bağlantılı olmadan mahkeme dışında da, meselâ miras paylaşımında, şirketlerin tasfiyesinde, bir ortağın ayrılma payının hesabında da söz konusu olabilir⁵⁹.

B. Defterlerden Suret Alınması

eTTK'da defterlerin ibrazına ilişkin 80. maddenin 1. fıkrasında yer alan ticari defterlerden suret alınması, yeni TTK ile ayrı bir madde halinde

⁵⁸ Bu düzenlemenin karşılığı olan 6762 sayılı TTK'deki düzenleme “İbraz Mükellefiyeti” başlıklı 80. madde de yer almaktaydı. Buna göre, “*Muhakeme esnasında muhik bir menfaatin mevcudiyeti ispat olunur ve mahkeme ibraz edilmesini sübut bakımından zaruri addederse yalnız ihtilâflı meseleye mütaallik kayıtların sureti çıkarılmak veya ehlivukuf tetkikatı yaptırılmak üzere mahkeme re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine bunların birine yahut her ikisine ait defterlerle saklanması mecburi olan kâğıtların ibrazını emredebilir.*”

İbraza karar verilen ticari defter, hesap ve kâğıtlar, dâvaya bakan mahkemeden başka bir mahkemenin kaza dairesi içinde olup da nakil ve ibrazında güçlük bulunduğu takdirde bu defterlerin kanuna uygun olarak tutulup tutulmadıklarının ve bunların ibrazını gerekli kılan hal ve keyfiyetin ehlivukuf vasıtasıyla incelenerek neticesini gösterir bir zabıt varakası tutulması ve rapor alınması ve lüzumuna göre suretlerinin çıkarılıp gönderilmesi ticari defter, hesap ve kâğıtların bulunduğu yerde ticari dâvalara bakmakla mükellef mahkemeden istenir”.

⁵⁹ Bkz. maddenin gerekçesi.

düzenlenmiştir. Bir hukuki uyumsuzlukta ticari defterler ibraz edilmişse, defterlerin uyumsuzlukla ilgili kısımları tarafların katılımı ile incelenir. Gerekli görülürse, defterlerin ilgili yapraklarından suret alınır. Defterlerin geri kalan içerikleri, onların Türkiye Muhasebe Standartlarına uygunluklarının denetimi için gerekliyse mahkemeye açıklanır (TTK m. 84).

C. Defterlerin Teslim Edilmesi

Malvarlığı hukukuna ilişkin olan, özellikle de mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyumsuzluklarda, mahkeme, ticari defterlerin teslimine ve bütün içeriklerinin incelenmesine karar verebilir (TTK m. 85)⁶⁰.

eTTK'da "Teslim Mükellefiyeti" başlığı altında yer alan hüküm birkaç yenilikle yeni Kanuna alınmıştır. Defterlerin incelenmesi eTTK'da miras, şirket ve iflâs işleri için ön görülmüştü⁶¹.

Defterlerin incelenmesi, TTK m. 85'te sayılan hallerle sınırlı değildir. Düzenlemede dikkat çeken bir husus, defterlerin incelenmesinin malvarlığıyla ilgili uyumsuzluklara özgülenmiş olmasıdır. Sayılan haller, örnek olarak verilmiştir⁶².

XI. Ticari Defterlerin İspat İşlevi

eTTK'da yer alan ticari defterlerin ispat işlevi⁶³, 6102 sayılı TTK'na alınmamıştır. Kanuna ilişkin genel gerekçenin 110 nolu

⁶⁰ Moroğlu, maddede iflasa yer verilmesini bir eksiklik olarak ifade etmektedir (age, s. 65-66).

⁶¹ 6762 sayılı kanununun 79. maddesine göre, "Ticari defterlerle, saklanması mecburi olan diğer kâğıtların teslimi; miras, şirket ve iflâs işlerinde istenebilir. Teslim halinde defter, hesap ve kâğıtların her tarafı gerek mahkeme ve gerek ilgililer tarafından incelenebilir". Ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, Ticari İşletme II, s. 336 vd.

⁶² Kendigelen, age. , s. 76. ve aynı sayfada dn. 50

⁶³ Ticari defterlerle ispat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen, H. : "Ticari Defterlerle İspat", Batider, Ocak 1967, Cilt IV, Sy. 1, s. 86 vd. ; Ticari İşletme Hukuku, N. , s. 507 vd. ; Arslanlı, age. , s. 143 vd.; Mimaroglu, age. , s. 446 vd. ;

Eski kanunda defterlere tanınan bu işlevle ilgi düzenlemeler aşağıdaki gibiydi:

"TİCARİ DEFTERLERİN İSPAT KUVVETİ

I - KATİ DELİL

MADDE 82 - Ticari işlerden dolayı tacir sıfatını haiz olan kimseler arasında çıkan ihtilâflarda ticari defterler aşağıdaki maddelerde gösterilen şartlar dairesinde delil olarak kabul olunur.

Tasdika tabi olmyan defterler ancak 69 uncu madde gereğince tasdika tabiolup da tasdik edilmiş olan ilgili defterlerle birlikte delil olarak kabul olunur.

Bir tacirin tuttuğu bütün defterlerin birbirini teyit etmesi şarttır; aksi takdirde defterler delil olmaktan çıkar.

II - YEMİN

paragrafında “Artık pekçok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticarî defterlerle ispat usulüne son verilmiştir. Ticarî defterler, doğal olarak, mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır” şeklindeki açıklamasıyla kesin delil⁶⁴ olmaktan çıkarılmış⁶⁵ ve takdiri delil olarak kabul edilmiştir⁶⁶. Ticaret Kanunu yerine hukukumuzda hukuki bir durumun ispatına ilişkin delilleri düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 222. maddesinde ise bu husus kaleme alınmıştır⁶⁷. Eski TTK zamanında diğer delillerle⁶⁸

MADDE 83 - Mahkeme, aşağıdaki hükümler gereğince, defter münderecatını sahibi lehine hükme medar görmüşse kanaatini kuvvetlendirmek için o kaydın doğru olduğuna ve dâvacının halen dâvalıda yerine getirilmesi gereken hakkı bulunduğu dair defter sahibine tamamlayıcı bir yemin verir.

Taraflardan biri hasmın ticari defterlerinin münderecatını kabul edeceğini mahkeme huzurunda beyan etmiş iken hasmı ticari defterlerini ibrazdan imtina ederse, mahkeme, defterlerin ibrazını istemiş olan tarafa iddiasının sıhhati hakkında bir yemin verir.

III - SAHİBİNİN ALEYHİNDE

MADDE 84 - Kanuna uygun olarak veya olmayarak tutulmuş olan ticari defterlerin münderecatı, sahibi ve halefleri aleyhinde delil sayılır. Şu kadar ki; kanuna uygun olan defterlerde sahibi lehine olan kayıtlar dahi aleyhindeki kayıtlar gibi muteber olup bunlar birbirlerinden ayrılmaz.

IV - SAHİBİNİN LEHİNDE

MADDE 85 - Kanuna uygun bir surette tutulan ve birbirini teyit eden ticari defterlerin münderecatı sahibi lehine delil ittihaz olur; şu kadar ki hasım tarafın keza kanuna uygun surette tutulmuş olan ve birbirlerini teyideden defterleri buna aykırı olur veya bu hususta hiçbir kaydı havi bulunmazsa yanıt iddianın dayandığı kaydın aksi, vesika veya diğer muteber delillerle ispat edilirse sözü geçen kaydın ispat kuvveti kalmaz.

V - DİĞER TARAFIN ALEYHİNDE

MADDE 86 - Taraflardan birinin defterleri kanuna uygun olup da diğerininki olmaz veya hiç defteri bulunmaz yahut ibraz etmek istemezse; defterleri muntazam olan tacirin birbirini teyit eden defterlerindeki kayıtlar, diğeri aleyhinde delil olur. Hasım taraf, aleyhinde delil ittihaz olunan kaydın aksini muteber delillerle ispat edebilir”.

⁶⁴ 6762 sayılı TTK’nin 1474. hükmündeki düzenleme gereği 82. maddesinde ticari defterler kesin delil olarak kabul edilmişti, Ülgen, (Teoman/ Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan), age. , s. 508, N. 1490 vd. ; Gençtürk, age. , 115; Budak, A. C. : “Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı: 1 Yıl. 2005, s. 513.

⁶⁵ Bu durum doktrinde eleştirilmiş, 6762 sayılı TTK’deki ticari defterlerin ispatına dair hükümlerin yeni kanuna alınması önerisinde bulunulmuştur (bkz. Budak, agm. , s. 511 vd; Şua, agm. , s. 240-241). Buna karşılık Kendigelen, ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin doğru uygulanmaması, yargılamayı fiilen geciktirmesi ve defterlere yazılan kayıtların bir dayanağının olması ve bu dayanağın defterin yerine delil olarak kullanılabilmesiyle yetinilebileceği gerekçesiyle ticari defterlerle ispat hükümlerine TTK’de yer verilmemesini doğru bir karar, HMK’da yer verilmesini anlamlandırmanın güç olduğunu belirtmiştir (age. , s. 79-80).

⁶⁶ Bkz. Bahtiyar, age. , s. 159; Kayar, agm. , s. 369.

⁶⁷ Bunun gerekçesi olarak verilen açıklama “Tasarıya, 225 inci maddesinden sonra gelmek üzere ticari defterlerin ibrazı ve delil olması ile ilgili olarak aşağıdaki gerekçelerle

birlikte özel delil olarak yararlanılabilen ticari defterler, bu yeni düzenlemeden sonra takdiri delil olarak kullanılacaktır. HMK'nın söz konusu düzenlemesine bakıldığında, ticari defterlerin sahibinin lehine ve aleyhine delil olmasına dair şartların tespit edildiği görülmektedir. Yeni düzenlemede dikkat çeken husus, defterlerin ispat işlevinde, eTTK m. 83'de yer alan yemin şartının düzenlemenin dışında bırakılmış olmasıdır.

A. Ticari Defterlerin Sahibinin Lehine Delil Olması

Tacirin tuttuğu defterlerini lehine delil olarak kullanabilmesi aşağıdaki şartlar çerçevesinde mümkün kılınmıştır.

1. Ticari defterlerin sahibinin lehine delil olabilmesi, uyuşmazlığın her iki tarafının tacir olmasına bağlıdır. HMK'nın 1, 2 ve 3. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde bu sonuca varılmaktadır⁶⁹.

verilen önerge Komisyonumuzca kabul edilmiş ve söz konusu madde, Tasarıya yeni 228 inci madde olarak eklenmiştir.

Türk Ticaret Kanununun ticarî defterlerle ispat konusunu düzenleyen 80 ilâ 86. Maddeleri modern kanunlarda benzer hükümler yer almadığı gerekçesiyle Türk Ticaret Kanunu Tasarısına alınmamıştır. Bu durum uygulamada önemli bir sakınca yaratacaktır. Çünkü, senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı Türk hukukunda ticarî defterlerle ispata ilişkin kurallar senetle ispat mecburiyetinin katılığını yumuşatmakta ve geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında senetle ispat mecburiyetine ilişkin usul hükümleri muhafaza edilmiştir. Bu sebeple, ticarî defterlerle ispata ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılması önemli bir boşluğa yol açacaktır. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanunundaki yerleşmiş ve yaygın uygulaması olan ticarî defterlerle ispat hükümlerinin yeni usul kanunumuza alınması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında muhafaza edilmesi gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanununda yer alan ticarî defterlerle ispata ilişkin maddeler dil ve sistematik bakımdan zor anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına ilâve edilen bu hüküm, doktrin ve kazai içtihatlarla yapılan tasnif dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının “ticari defter” kavramını değiştiren 64 ve devamındaki maddeler dikkate alınarak “tasdike tâbi olmayan defterler” kavramı metinden çıkarılmış ve “işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler” kavramı metne dâhil edilmiştir.

Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının yemin delili konusundaki temel tercihi göz önünde bulundurularak, tamamlayıcı yemine ilişkin düzenlemeler ticarî defterlerle ispat usulünden çıkartılmıştır” şeklindedir (Bkz. *Pekcantez, H./Taş Kormaz, H./Meriç, N. : Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, Ankara 2011, s. 2008).

⁶⁸ Ülgen, agm. , s. 86, 98 vd.; Poroy, R. : *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 1995, s. 153; Domanıç, H. : *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, 4. Bası, İstanbul 1988, s. 284, 290; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 260; *İmregün*, age. , s. 146; *Gençtürk*, age. , s. 73 vd. , 114,133, Y.11.HD. 29.03.1988 t. ve E. 7251, K. 1855 sayılı kararında TTK'nın 81. maddesi hükmü uyarınca, HUMK.'un 326 ve devamı maddelerinin de ticari işlerde uygulanacağına hükmetmiştir (*Eriş*, age. , s. 1195).

⁶⁹ Bkz. *Bahtiyar*, age. , s. 159.

2. Uyuşmazlığın, her iki tarafın ticari defterlerine geçirilmesi gereken bir işten doğmuş olmalıdır (HMK m. 222/3).

3. Defterler, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır (HMK m. 222/2).

4. Defterlerdeki kayıtlar birbirini doğrulamalıdır; kayıtlar arasında çelişki olmamalıdır (HMK m. 222/2).

5. Ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için öncelikle kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması gerekir. Ancak sadece bu koşulların mevcudiyeti yeterli olmayıp; ek olarak, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması da gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz (HMK m. 222/3).

B. Ticari Defterlerin Sahibinin Aleyhine Delil Olması

Defterlerin sahibi aleyhine delil olması, HMK m. 222/4-5'de düzenlenmiştir. Defterlerin sahibi aleyhine delil olması, tacirin kendi defterlerine dayanması veya kaşı tarafın onun defterlerine dayanması hallerinde söz konusu olabilir. Bu çerçevede defterlerin sahibi aleyhine delil olabilmesi ihtimallerini aşağıdaki gibi ele almak mümkündür.

Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtları birbirini doğrulamayan ticari defterler, sahibi aleyhine delil olur (HMK m. 222/4). Bu hükümde her ne kadar “ve” bağlacı kullanılmışsa da iki durumu birbirine bağlı düşünmemek gerekir. Şöyle ki, ticari defterlerdeki kayıtlar usulüne uygun tutulmuş olsa da, birbirini doğrulasa da defterler onaylanmamışsa sahibinin aleyhine delil olacaktır. Keza açılış ve kapanış onayları yapılmış olmakla birlikte usulüne göre tutulmamış veya kayıtları arasında çelişki bulunan defterler de sahibinin aleyhine delil olacaktır.

Taraflardan biri tacir olsun veya olmasın, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtmişse ve karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınmışsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır (HMK m. 222/5). Bu durumda ibrazı istenen defterler sahibinin aleyhine delil oluşturur.

Uyuşmazlığın taraflarından biri diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtmişse; yani karşı tarafın defterlerine dayanmışsa ve karşı taraf da defterlerini ibraz etmişse farklı ihtimallerle karşılaşılabilir. İbraz edilen defterler iddia edilen husus hakkında hiçbir kayıt içermeyebilir. Bu durumda, iddiasını defterlerdeki kayıtlara dayandıran kişi iddiasını ispatlayamamış kabul edilir⁷⁰. Ancak idianın hasredildiği defterler, kanuna uygun tutulmamışsa, iddia sahibine başka delillerle iddiasını ispatlama imkânı verilmelidir⁷¹. İbraz edilen defterlerde sahibinin aleyhine kayıtlar tespit edilirse, bu hususlar sahibinin aleyhine delil olur. Ancak bu halde defter sahibi aleyhine olan bu kayıtların aksini başka kesin delillerle ispatlayabilir. İbraz edilen defterlerde hem lehe hem de aleyhe kayıtlar mevcutsa, defterler kanuna uygun tutulmuş olması kaydıyla iddia sahibi iddiasını ispatlayamamış kabul edilir. Defterlerdeki kayıtlar bir bütün olarak değerlendirildiği için defter sahibi bundan yararlanır⁷². Buna karşılık defterler kanuna uygun tutulmamışsa ve tutulması gereken tüm defterler tutulmamışsa lehe olanlar dikkate alınmaz aleyhe olanlar dikkate dikkate alınır⁷³.

IX. Defter Tutma Yükümlülüğünün İhlal Edilmesine Bağlanan Sonuçlar

Ticari defterleri tutma yükümlülüğünün ihlaline bağlanan sonuçlar, Türk Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İcra-İflas Kanunu'nda hüküm altına alınmıştır.

A. Türk Ticaret Kanununda Bağlanan Sonuçlar

Ticari defterleri tutma yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, birinci yaptırım, defterlerin aleyhe delil sayılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. İkincisi cezai yaptırımlardır. Hangi ihlale hangi cezai yaptırımın uygulanacağı, TTK m. 562'de düzenlenmiştir. Madde de öngörülen yaptırım, ihlal edilen düzenlemeye göre idari, adli veya hapis cezası olarak öngörülmüştür. Buna göre,

- TTK'nın 64. maddesinin birinci fıkrasının ikinci veya üçüncü cümlesindeki yükümlülükleri yerine getirmeyenler,
- TTK'nın 64. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belgelerin kopyasını sağlamayanlar,

⁷⁰ *Arkan*, Ticari İşletme I, s. 348.

⁷¹ *Bahtiyar*, age. , s. 160.

⁷² *Arkan*, Ticari İşletme I, s. 349; *Bahtiyar*, age. , s. 162.

⁷³ *Tekil*, F. : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1990, s. 176.

- TTK'nın 64. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca gerekli onayları yaptırmayanlar,
- TTK'nın 65. maddesine uygun olarak defterlerini tutmayanlar,
- TTK'nın 66. maddesindeki usule aykırı olarak envanter çıkaranlar,
- TTK'nın 86. maddesine göre belgeleri ibraz etmeyenler,
- TTK'nın 88.maddeye aykırı hareket edenler dörtbin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılır.
- Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tutulmakla veya muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgileri, denetime tabi tutulan gerçek veya tüzel kişiye ait olup olmadığına bakılmaksızın, 210 uncu maddenin birinci fıkrasına göre denetime yetkili olanlarca istenmesine rağmen vermeyenler veya eksik verenler ya da bu denetim elemanlarının görevlerini yapmalarını engelleyenler, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.
- Ticari defterlerin mevcut olmaması veya hiçbir kayıt içermemesi yahut Türk Ticaret Kanunu'na uygun saklanmaması hâllerinde, sorumlular üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.
- Ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Türk Ticaret Kanunu kapsamındaki idari para cezaları, aksine hüküm bulunmayan hâllerde, mahallin en büyük mülki amiri tarafından verilir.

Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanan kabahatlerden birinin idari yaptırım kararı verinceye kadar birden çok işlenmesi hâlinde, ilgili gerçek veya tüzel kişiye bir idari para cezası verilir ve ilgili hükme göre verilecek ceza iki kat artırılır. Ancak, bu kabahatin işlenmesi suretiyle bir menfaat temin edilmesi veya zarara sebebiyet verilmesi hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaat veya zararın üç katından az olamaz.

B. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Bağlanan Sonuçlar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, Ticari defterlerde kanunun aradığı açılış ve kapanış onaylarının yapılmamış olması, söz konusu onaylar yapılmış olsa bile defterlerdeki kayıtların birbirini doğrulamaması halinde defterler sahibinin aleyhine delil olmaktadır (HMK m. 222/4). Defterlerdeki kayıtların çelişmemesi ve kanunun aradığı şekilde tutulması, defterlerin sahibi lehine delil olmasında etkindir (HMK m. 222/2).

C. İcra İflas Kanununda Bağlanan Sonuçlar

İflas, tacirlere özgü bir takip yoludur. İflas eden tacir, ticari defterleri hiç veya kanunun emrettiği şekilde tutmamışsa taksiratlı iflas etmiş kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır (İİK. m. 310/5). “Taksirli iflas” başlıklı TCK'nin 162. maddesine göre, “*Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”.

Defterleri hiç tutmamışsa, tacir konkordato talep eden borçlunun mühlet talebinin de reddine sebebiyet vermektedir (İİK m. 285/1, İİK m. 286).

Konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen borçlu, icra mahkemesine gerekçeli bir dilekçe ve bir konkordato projesi vermek durumundadır. Ayrıca projeye ayrıntılı bir bilanço, gelir tablosu ve defter tutmaya mecbur şahıslardan ise defterlerinin durumunu bildiren bir cetvel eklemelidir. Bu cetvelde, özellikle Türk Ticaret [Kanununun](#) 66. maddesi hükmünce tutulması mecburi olan defterlerin hepsinin tutulmuş olup olmadıkları gösterilmelidir (İİK m. 285/1). İcra mahkemesi borçluyu ve talepte bulunmuş ise alacaklıyı dinledikten sonra borçlunun durumunu, malvarlığı ve gelirlerini, taahhütlerini yerine getirmesine engel olan sebepleri ve konkordatonun başarı ihtimalini göz önünde tutarak, projenin alacaklıları zarara sokmak kastından ari olup olmadığına göre konkordato talebinin uygun olup olmadığına karar verir (İİK m. 286/1). Talep uygun görülürse icra mahkemesi borçluya en fazla üç aylık bir mühlet verir ve aynı zamanda gerekli bilgi ve tecrübeye sahip Türk vatandaşlarından bir veya birkaç komiser tayin eder (İİK m. 287/2). Şayet ticari defterler kanuna uygun tutulmamışsa, bu mühlet talebinin reddine neden olur.

SONUÇ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ticari defterlerle ilgili hükümlerinden hareketle sonuç itibariyle aşağıdaki hususları tespit etmek mümkündür:

1. 6762 sayılı TTK'deki ismen belirli zorunlu-belirsiz zorunlu ile onamaya-beyana tabi ticari defterler ayırımına son vermiştir. Tacirin tutmakla yükümlü olduğu defterler ismen sayılmıştır. Ticari işletmenin muhasebesiyle ilgili olan yevmiye defterinin, defteri kebirin ve envanter defterinin yanında ticari işletmenin muhasebesiyle ilgisi olmayan pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri de açıkça ticari defter olarak ifade edilmiştir. Tacirin işletmesinin tutulmasını gerektirdiği ismen sayılan defterlerin dışındaki defterlerden sözedilmemiştir. Gerçek kişi-tüzel kişilerin açısından tutulacak defterler ayırımına son vermiştir. Ayrıca beyana tabi defterler düzenlenmemiştir.

2. 6102 sayılı TTK, tutulmasını öngördüğü defterlerin içerikleriyle ilgili eski kanundaki hükümlere yer vermemiştir. Defterlerin hangi kurallar çerçevesinde tutulacağı 64, 65 ve 68. maddelerde öngörülmüş, defterlerin tutma ve kayıt zamanıyla ilgili konularda VUK.'daki hükümlere uyulması gerektiğine işaret etmiştir. Defterlerin Türkiye Muhasebe Standartlarına ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına uygun tutulması öngörülmüştür.

3. Ticari defterlerin elektronik ortamda tutulmasına ve saklanılmasına imkân tanımıştır.

4. Ticari defterlerden hangilerinin açılış ve kapanış onayına tabi tutulduğu açıkça düzenlenmiş ve eski kanun zamanındaki kapanış onayının süresi bir aydan üç aya çıkarılmıştır.

5. Mahkemeden zayı belgesinin talep edilebilecek hallerin kapsamına hırsızlık da dâhil edilmiştir. Eski kanundaki "*Böyle bir vesika almamış olan tacir defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılır*" ifadesi yeni kanuna alınmamıştır. Ancak bu bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir. Bu belgeyi almayan ilgilinin, defterlerinin kaybolduğunu başka bir yolla ispatlaması imkânı olmadığından, sonuç olarak karşılaacağı yaptırım, defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılmasıdır.

6. Ticari uyuşmazlıklarda mahkeme, uyuşmazlığın tarafları yabancı gerçek veya tüzel kişi bile olsa ticari defterlerin ibrazına karar verebilir. İbrazına karar verilen defterlerdeki kayıtlar mikrofilm, disket, CD gibi görüntü ve veri taşıyıcılarda özellikle elektronik ortamda saklanan

kayıtların dayanağını oluşturan ve kanıtlayan muhasebe belgelerinin ibrazı gerektiğinde ibraz edecek kişi bunların okunabilirliğini sağlamakla yükümlüdür.

7.6762 sayılı TTK’de defterlerin ibrazına ilişkin 80 maddenin 1. fıkrasında yer alan ticari defterlerden suret alınması, 6102 sayılı TTK ile ayrı bir madde halinde düzenlenmiştir. Bir hukuki uyuşmazlıkta ticari defterler ibraz edilmişse, defterlerin uyuşmazlıkla ilgili kısımları tarafların katılımı ile incelenir. Gerekli görülürse, defterlerin ilgili yapraklarından suret alınır (TTK m. 84).

8.6762 sayılı TTK’ de miras, şirket ve iflâs işleri için teslimi öngörülen defterlerin, yeni Kanunda malvarlığı hukukuna ilişkin olan, özellikle de mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkemece teslimine ve bütün içeriklerinin incelenmesine karar verebilir (TTK m. 85).

9. Ticari defterlerin kesin delil olma niteliğine son verilmiştir. Defterler artık takdiri delil olarak kullanılacaktır. Ayrıca ticari defterlerin ispat işleviyle ilgili hükümler TTK’nin dışında bırakılmış ve HMK’nın kapsamına alınmıştır. Ayrıca defterlerin delil olarak kullanılmasına dair şartlar kapsamındaki yemin şartına yer verilmemiştir.

10. Ticari defterleri tutma yükümlülüğünün ihlali durumunda uygulanacak yaptırımlar, ticari defterleri düzenleyen TTK hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmış ve ayrı bir maddede; TTK’nin 562. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu yaptırımlar idari, adli para cezası ve hapis cezası olarak dikkat çekmektedir.

KAYNAKÇA

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Hazırlanmış Onbeşinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2011(Ticari İşletme I).

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskıdan 9. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2005 (Ticari İşletme II).

Arseven, Haydar: “Yeni Ticaret Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler, Ticari Defterler”, İktisat ve Maliye Dergisi, C. III, Sayı 9, Aralık 1956, (s. 373-380).

Arsanlı, Halil: Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.

Bahtiyar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, Beta Basım Yayın A.Ş., İstanbul 2012.

Başbuğ, İrfan/ Erdem Ercüment: Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1993.

Başbuğoğlu, Tarık: Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu Açıklamalar-İçtihatlar, 1. Cilt, Yetkin Basım, Yayın ve Dağıtım A.Ş., Ankara 1988.

Berzek, Ayşe Nur: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.

Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan: Ticaret Hukuku Dersleri, Dora Basım Yayın, Bursa 2012.

Budak, Ali Cem, “Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı: 1 Yıl. 2005, (s. 511-521).

Bülow Peter, Handelsrecht, 6. Auflage, C.E. Müller Verlag 2009.

Çeker, Mustafa: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticret Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2011.

Doğanay, İsmail: “Türk Ticaret Kanununun, Ticari Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme”, Batıder, Cilt VI, 1971, (s. 1-39).

Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt-Madde 1-149, 4. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.

Domaniç, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Bası, Temel Yayın -Dağıtım, İstanbul 1988.

Domaniç, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Temel Yayınları, İstanbul 1988.

Eriş, Gönen: Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt 1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Gençtürk, Muharrem: Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Yayılım Yayıncılık, İstanbul 1997.

İmregün, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Yasa Yayınları, İstanbul 1989.

Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, XII Levha Yayıncılık A.Ş, İstanbul 2011.

Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 20. Baskı, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım Ltd. Şti. , Konya 2011.

Karayağın, Yaşar: Muhasebe Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1988.

Karayağın, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş-Ticari İşletme, İkinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1960.

Kayar, İsmail: “TTK Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı: 1 Yıl. 2005, (s. 353-381).

Kutadgu, Mükip Cevdet: “Yeni Ticaret Kanununa Göre Tüccarın Defter Tutma Mükellefiyeti” İktisat ve Maliye Dergisi, C. IX, Sy. 9, Aralık 1957, (384-398).

Mimaroğlu, Sait Kemal: Ticaret Hukuk Birinci Cilt İşletme Hukuku, Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, Genişletilmiş 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Moroğlu, Erdoğan/ Kendigelen, Abuzer: Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.

Ortan, Necip: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Ticari İşletme Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sy. 4, Ağustos 2005, (s. 20-24).

Pekcanitez, Hakan/Taş Kormaz, Hülya/Meriç, Nedim: Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş. , Ankara 2011.

Poroy, Reha: Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. , İstanbul 1995, s. 153.

Şua, İbrahim Halil: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticari Defterlere Getirilen Yenilikler ve Değerlendirilmesi”, Adalet Dergisi, Sy. 27, Ocak 2007 (s. 237-243).

Taşdelen Nihat: “Ticari Defterlerin Tasdiki” (Prof Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2007, (s. 59-78).

Tekil, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, Tekil Muşavirlik ve Yayıncılık Ltd. Şti. , İstanbul 1990.

Ülgen, Hüseyin (Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N. Fusun): Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Ülgen, Hüseyin: “Ticari Defterlerle İspat”, Batıder, Ocak 1967, Cilt IV, Sy. 1, (s. 86-103).

Wörlen, Rainer: Handelsrecht mit Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Carl Heymans Verlag 2010.

LEX SPORTIVA: SPOR HUKUKUNUN KÜRESELLİĞİ

Yrd.Doç.Dr. Kadir GÜRTEN*
Av. S. Ege ERENEL**

ÖZET

Genç bir hukuk disiplini olan spor hukukunun halen içerisinde bulunduğu endüstriyelleşme, ticarileşme ve en önemlisi, hukuksallaşma süreçleri; içeriği ve kapsamı henüz bütünüyle belirlenememiş bulunan yeni bir kavrama vücut vermiştir. *Lex sportiva* olarak anılan bu istisnaî ve spora ilişkin nitelikte kurallar bütününün ayırt edici özelliklerinin en başında, uluslararası olmaktan ziyade uluslar üstü bir niteliğe sahip olması, yani küresel niteliği gelmektedir. Bütünüyle bağımsız ve kendine özgü bir hukuk disiplini olma iddiasını taşıyan *lex sportiva*, bu bağlamda yerel hukuk sistemleri ve makamlarının düzenleme ve kararlarının bağlayıcılığını da kabul etmeme eğilimi içerisindedir. Bu durumun son derece doğal bir sonucu olarak, *lex sportiva* kavramı birtakım temel eleştirilere maruz kalmaktadır. Kavramın tam anlamıyla mahiyeti ve sınırlarının şekillenmesi ise, ancak hukuksallaşma sürecinin kesin ve net olarak tamamlaması ile mümkün olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Lex sportiva*, küresellik, küresel hukuk, uluslararası hukuk, uluslararası spor hukuku, CAS, FIFA, özerklik.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

** Ankara Barosu Avukatı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi

LEX SPORTIVA: GLOBOSITY OF SPORTS LAW

ABSTRACT

Sports law, which may be admissible as a rather young law discipline, is still going through the long processes of industrialization, commercialization and with the vast importance, juridification. These unfinished processes caused a whole new concept, which hasn't been properly defined and explicated yet. This new concept, which is called 'lex sportiva', can be interpreted as a chain of exceptional sporting rules, has some distinguishing qualities that makes it sole and unique. But its most noticable characteristic is it being supra-national rather than international, which supports and bases its claim to be a global law system. Lex sportiva, again claimed to be completely independent and sui generis thus rejects national law systems and institutions and their position as binding legal authorities. As a natural outcome of this comprehension, the newly-born conception lex sportiva is under some basic and fundamental criticism. Only when the juridification process of sports law ends, the actual content and boundaries of lex sportiva shall be close to being completed and undisputed.

Keywords: Lex sportiva, globalization, global law, international law, international sports law, CAS, FIFA, autonomy.

GİRİŞ

Popüler spor dallarında özellikle son çeyrek yüzyılda ulaşılan olağandışı ekonomik büyüme, beraberinde sportif faaliyetin küresel piyasa düzeninde de önemli bir sektör haline gelmesi sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla, yüksek ekonomik büyümenin baş gösterdiği bir sektörde hukuksal düzenlemelere gidilmesi de bu akışa paralel olarak gereksinim duyulan bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Yeni ve bağımsız bir hukuk disiplini olarak "spor hukuku"nun doğuşu da bu ihtiyaçtan kaynaklanmıştır.

Sporun rekabetçi doğası ve evrenselliğinden kaynaklanan 'uluslar üstü' niteliği; herhangi bir uyuşma tabi bulunmayan ya da uluslar arası

düzenlemeler ile sınırlı olmayan “uluslar üstü” niteliğini kapsayıcı kural ve kuruluşlar aracılığıyla yöneltmesi gerektiği iddiasının ortaya çıkmasına neden olmuş ve zamanla bu iddianın güçlenmesini sağlamıştır. Son yıllarda ise bu iddia bir adım daha ileriye giderek, spor hukukunun uluslararası olmanın ötesinde, küresel bir disiplin olduğu boyutuna ulaşmıştır. Bağımsız federasyon ve kuruluşlar vasıtasıyla spor faaliyetlerinde yönetimin sağlanmasına yönelik bu anlayış kapsamında ilgili kurum ve kuruluşların uygulayacağı spor hukuku kural, talimat ve bunların yargılama mercileri ve özellikle Spor Tahkim Mahkemesi CAS’ın (Court of Arbitration for Sports) kararları sonucu ortaya çıkan içtihatlar toplamına “*lex sportiva*” adı verilmektedir.

Bu çalışmada, kapsamı, içeriği veya temel unsurları ve özellikle sınırları üzerinde henüz tam bir mutabakat sağlanamamış olan *lex sportiva* kavramı çeşitli yönlerden incelenmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle spor hukukunun tarihsel gelişimi ana hatları ile ele alınacak, *lex sportiva*’nın tanımı, kapsamı ve içeriği ile kıyaslanabileceği hukukî kavramlar ile birlikte irdelenecek ve son olarak da *lex sportiva*’nın sağlıklı biçimde uygulanmasına yönelik eleştiriler ve çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

I. ANA HATLARIYLA SPOR HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Doğası itibarıyla amatör bir kimliğe sahip olan spor, insanlığın en temel güdülerinden biri olan “oyun”un en üst düzeydeki dışavurumlarından biridir. Neredeyse kültür kadar eski olan oyun, “spor” kavramının şekillenmesiyle birlikte rekabet olgusunu da içerisine alarak, insanoğlunun hayatında yeri doldurulması zor bir nitelik kazanmıştır.¹ Sporun tarihsel akışla paralel olarak artan öneminin, öncelikli amaç olan eğlencenin yanına çok daha büyük ölçüde endüstrileşme ve piyasalaşma ve dolayısıyla hukuksallaşma eğilimi de katmış olduğunu belirtmek gerekir.

¹ HUIZINGA, Johan; “Homo Ludens: Oyunun Toplumsal İşlevi Üzerine Bir Deneme”, İstanbul, 2010, s.23.

Sporun bir sektör haline gelerek büyük bir ekonomik boyut kazanmaya başlaması süreci, özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısında hızlanmıştır. Olimpiyat Oyunları ve Futbol Dünya Kupası ile büyük bir toplumsallık ve uluslararası rekabete sahne olan spor, Avrupa başta olmak üzere hemen her kıtada en popüler ve en ilgi çekici spor olan futbolun ekonomi içerisindeki yerinin artması ile ekonomik alanda da önemli bir konum elde etmeye başlamıştır. Ekonomik anlamda böylesine büyük bir yer teşkil eden bir sektörün hukuksallaşması kaçınılmaz bir sonuç doğurduğundan, kaynağını bizzat bireylerden alan ve bu yönüyle birçok sektörden çok daha güçlü bir dayanağı haiz olan sporun da oyuna dair kuralların ötesinde bir kodifikasyon hareketi ile güvence altına alınması zorunluluğu doğmuştur.

Bu koşullar ve toplumsal gelişmeler çerçevesinde, özellikle Avrupa Birliği, bağımsız, özerk ve kendine özgü bir doğaya sahip ayrı bir hukuk dalı olarak spor hukukunun şekillenişine yön vermiştir.

Spor hukukunun bu özerk ve “*sui generis*” yapısını kazanması iki boyutlu bir süreçte ilerlemiştir. Bir yandan Bosman, Meca-Medina, Kolpak kararları gibi Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları vasıtasıyla sporun özerk niteliği ve kendine özgü birtakım kurallara tabi olduğu saptanmış; bir yandan da Nice Deklarasyonu, “White Paper On Sport” ve nihayetinde Lizbon Antlaşması gibi siyasi metinler aracılığıyla spor hukukunun kazanmaya başladığı bağımsız kimlik bağlayıcı biçimde koruma altına alınmıştır.

Avrupa kıtasındaki bu gelişmelerin dışında, tüm dünyada da spor hukukunun ihlal edilemez, kendine özgü bir doğaya ve bir kurallar bütününe sahip olduğu kabul edilmeye başlanmıştır. Spor hukukunun bu bağlamda kazandığı özerk ve devletler üstü konumu, Uluslararası Olimpiyat Komitesi ve diğer uluslararası federasyonlar etrafında toplanmıştır.² Günümüzde spor hukukunun, devletler ve yerel hukuklarının üzerinde heterojen, hukuk genel ilkelerini kendine özgü

² CASINI, Lorenzo; “The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration on Sport”, German Law Journal, Vol. 12 No.05, 2010, s.1319.

niteliklerle sentezlemiş bulunan, uluslararası olmanın ötesinde küresel bir hukuk dalı olduğunu söylemek mümkündür.³

Sporun yukarıda değinilen anlamıyla hukuksallaşması ve küreselleşmesi, bağımsız kuruluş ve otoritelerce yönetilmeye başlanması sonucunu doğurmuştur. Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC), Uluslararası Federasyonlar (FIFA, FIBA, v.s.) ve Dünya Anti Doping Ajansı (WADA) gibi kuruluşlar, kendi kuralları ve yönetim yapılarına, kendi disiplin ve denetim mekanizmalarına sahip oldukları gibi, verdikleri kararlar vasıtasıyla kurucu ve nihai etkiler de yaratmaktadırlar. Bu durum, sporun ve spor hukukunun yönetim ve kontrolünde benzersiz ve hiyerarşik üst tanımaksızın egemen bir konuma sahip olan kuruluş ve federasyonların, yerel hukuklar ve devlet yargılamalarından bağımsız ve bağışık bir nitelikte bulunmaları veya en azından böyle bir iddiada bulunmaları sonucunu doğurmaktadır.⁴

Söz konusu federasyonların bağımsız ve devletler üstü olma yönündeki iddiası, spor hukukunun kazandığı özerk kimlik ile beraber ele alındığında; iddianın meşruiyeti ve geçerliliği sorusu gündeme gelmektedir. Bu sorunun cevabı ise *lex sportiva* kavramı çerçevesinde tartışılmaktadır.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında, *lex sportiva* kavramı benzer kavramlarla kıyasen ele alınarak, özellikleri ve içeriği tartışılmış; söz konusu kurum ve kuruluşların iddialarının mesnedi ve haklılığı, teorik ve pratik açılarından irdelenmeye çalışılmıştır.

II. LEX SPORTIVA KAVRAMI

A. TANIMI VE İÇERİĞİ

Spor hukukunun yukarıda değinilen kendine özgü niteliği, bu nispeten yeni hukuk dalının sadece yerel hukuk kuralları ve hukukun genel ilkeleri ile açıklanmasını mümkün kılmadığı gibi, uluslararası hukukun bir dalı ya da izdüşümü olarak anılmasını da tam olarak mümkün

³ FOSTER, Ken; "Is There a Global Sports Law?", Entertainment Law, Vol. 2, No.1., Spring 2003, London, s.4. CASINI, s.1320

⁴ CASINI, s.1322.

kılmamaktadır. Zira uluslararası hukuk, esas olarak ulus devletler arasındaki resmi ilişkilere dayanır. Bu bağlamda spor hukukunun uluslararası bir kimliğe sahip olduğu tartışmasız olmakla beraber aslında bundan çok daha fazlası olduğu çoğunlukla iddia edilir.

Spor hukuku uluslararası hukukun ve ulusal hukukların pek çok ilkesini kabul ettiği ve bünyesinde barındırdığı halde, tamamıyla kendine özgü, benzersiz ve sair disiplinlere göre pek çok özel kuralı da bünyesinde barındırmaktadır. Uluslararası spor hukuku incelendiğinde, temel olarak kabul edilen pek çok kuralın Batı demokrasilerinde temel olarak kabul edilen değerlerin yansıması, yahut yerel mahkemelerin yaptığı incelemeler sonucunda ortaya koyduğu içtihatlardan gelen çıkarımlar olduğu görülebilir.⁵

Oysa spor hukukunu salt bu veriden yola çıkarak, uluslararası hukukun bir dalı olarak görmek, tam da bu nedenle mümkün değildir. Spor hukukunun günümüzde kazandığı anlam; uluslar üstü ve özerk bir düzenle idare edilen, yargısal ve hükmi temelini gönüllü olarak dâhil olunan uluslararası federasyon ve kuruluşların düzenleyici işlem ve kurallarından alan, kendi idaresini tesis etmiş bulunan, kendine özgü yargı, denetim ve disiplin mekanizmaları olan ve kendi otoritesini kabul eden tüm kişi ve kuruluşlar açısından bağlayıcı nitelik arz eden bir disiplindir. İşte bu unsurlar, *lex sportiva* kavramının da içeriğini oluşturmaktadır.⁶ Zira spor hukuku yalnızca uluslararası bir nitelik taşımakla kalmamakta; buna ilaveten, devletler dışında, hatta çoğu yazara göre devletler üstü bir nitelik arz etmektedir.⁷

Spor hukukunun uluslararası hukukun bir dalı olmanın ötesine geçen bu kimliği, küresel spor hukuku olarak adlandırılmaktadır. Zira

⁵ FOSTER, s.3.

⁶ FOSTER, Ken; “Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court Of Arbitration for Sport’s Jurisprudence”, Entertainment and Sports Law Journal, ISSN 1748-944X, 2006, s.3.

⁷ BELOFF, Michael J.- KERR, Tim, DEMETRIOU, Marie; “Sports Law”, Hart, Oxford, 1999, s.5; CASINI, s.1324, FOSTER, Is There ,s. 4; MAZZUCCO, Marcus F.; “Lex Sportiva: Sports Law as a Transnational Autonomous Legal Order”, www.academia.edu; karşı görüş NAFZINGER, James; “Globalizing Sports Law”, Marquette Sports Law Journal 9, 1999, s.225.

uluslararası spor, büyük ölçüde ulus devletlerin esas aktör olduğu bir alan iken; küresel spor, devletlerin söz sahibi olma kudretinin çok daha sınırlı olduğu, çok uluslu şirketlerin ve sponsorların etkinliğinin daha fazla olduğu ve en önemlisi, yerel kanun ve kuralların tek başına herhangi bir önem arz etmediği bir kavramdır.⁸ Bu bağlamda *lex sportiva*, küreselleşen dünya düzeninde yeni ve güçlü bir ekonomik aktör olan sporun, kendi yönetimini tesis etmiş bulunan organlarca uygulanan hukuk olarak tanımlanabilir.⁹

Küresel spor hukuku ya da *lex sportiva*, özgünlüğünü her şeyden önce uluslar üstü ve bağımsız bir niteliğe sahip oluşundan almaktadır. *Lex sportiva* uygulamaya yetkili kurum ve mercileri iradî olarak kabul eden gerçek ve tüzel kişiler, bu kurumların yargılama alanındaki münhasır yetkisini de kabul etmiş olmaktadır. Bu durum ise *lex sportiva*'ya "tabiiyeti olmayan" küresel bir hukuk olma özelliğini kazandırmaktadır.¹⁰ Zira her ne kadar küresel spor hukukunu uygulayan uluslararası kuruluş ve federasyonların üyeleri arasında ilgili ulusal kuruluş/federasyon bulunsa ve uygulanan hukuk kuralları pek çok yerel hukuk ilkesi ile paralellik gösterse de; yetki ve idare kudreti son tahlilde söz konusu kuruluşlara ait olup, bu kuruluşlarca uygulanan hukuk üye ulusal federasyonun devletleri için bile zaman zaman bağlayıcı nitelikte olabilmektedir. Söz konusu kuruluş/federasyonların yetkilerini tanıyan devletler, kendi iktidarlarını bizzat ya da organları eliyle kullanmak suretiyle sportif konularda uluslararası federasyonların kurallarını kabul etmekte ve federasyonların kararlarına meşruiyet tesis etmektedir. Böylelikle, devletler bir anlamda, yargı ve yürütme kudretlerini sınırlandırarak, federasyonların kurallarına uymaktadır. *Lex sportiva* bu şekilde tartışılan benzersiz konumunu kazanmaktadır.¹¹

⁸ HOULIHAN, Barrie; "Governance, Globalisation and Sport", Anglia Polytechnic University LLM Sports Law Seminar, 1991.

⁹ FOSTER, Lex Sportiva, s.2.

¹⁰ TEUBNER, Gunther; "Global Law Without a State", Dartmouth, 1997,s.26.

¹¹ FOSTER, Is There, s.3.

B. LEX SPORTIVA'NIN KAPSAMI VE BENZER KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Lex sportiva, devletler üstü niteliği ve yerel hukuklardan bağışık olmasıyla aynı zamanda bir özel hüküm, yani *lex specialis* niteliği taşımaktadır.¹² Özel hükmün genel hükme üstün olmasına ilişkin bu genel hukuk kuralı, *lex sportiva* açısından da geçerli kabul edilebilir. Küresel spor hukukuna ilişkin bu kural ve uygulamaların ikincil niteliklerine rağmen esas alınmaları, spor hukukunu uygulamaya yetkili federasyon ve kuruluşların yönetim yetkisinin de dayanağını oluşturmaktadır. Zira böylelikle *lex sportiva*'yı uygulamakla yetkili olan kurumlar yerel hukuklar karşısında görünürde tali hüviyette bulunan hükümleri uygulama imkânı bulmakta; bu da ileride değinileceği üzere *lex sportiva* hükümlerinin yargılamada uygulanmasına temel oluşturmaktadır.¹³

Ayrıca, uluslar üstü kuruluş ve federasyonların yönetim mercilerinin uyguladığı bu kuralların, yani *lex sportiva*'nın yerel hukuklardan bağımsız ve üstün olduğuna ilişkin iddianın geçerliliği hususu halen tartışmalı bir nitelik arz etmektedir. Bu soruna değinmeden önce, genel anlamda spor kurallarının tasnifine kısaca değinmek gerekmektedir.

Spora ilişkin kuralların en başında gelen ve en eski kategori, “oyun kuralları”dır. Oyun kuralları olmaksızın spordan söz etmek mümkün olamayacağından, oyunun kurallarının kazaî olarak değıştirilmesi yahut düzenlemeler ile alternatif kuralların getirilmesinin olasılık dâhilinde olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Her ne kadar oyun kurallarının diğerspora ilişkin kurallardan öz itibariyle herhangi bir nitelik farkı bulunmasada, yerleşik spor hukuku uygulamaları ve doktrinindeki genel kanaat bunun mümkün olmadığı yönündedir. Nitekim Spor Tahkim Mahkemesi (Court of Arbitration for Sports), bir boksörün rakibinin belinden aşağısına vuruş yapması nedeniyle diskalifiye olmasına dair bir uyuşmazlığı çözerken, bir hukuk kuralının tahkim uygulamasının konusu olabileceğini, ancak “bir

¹² LASSITER, Christo; “Lex Sportiva: Thoughts Towards a Criminal Law of Competitive Contact”, Forum on Public Policy, s.17; FOSTER, Lex Sportiva and Lex Ludica, s.6.

¹³ FOSTER, Is There, s.5.

oyun kuralı”nın tahkim yoluyla değiştirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda, oyunun kuralları herhangi bir şekilde kolaylıkla değiştirilebilecek (özellikle yargısal yolla) bir niteliğe sahip kabul edilmemektedir.¹⁴ Her spor dalının kurallarının değişimi ya da ilave kural eklenmesi belli kurullar tarafından belli usulde yapılmak zorundadır.¹⁵

Spora ilişkin bir diğer kurallar bütünü, spor etiğine ilişkindir. Sonucun belirsizliği, adillik, dürüstlük, sportmenlik, oyunun ruhu gibi bu ilkeler, sporun layığıyla yapılabilmesi için gerekli ve yeri doldurulamaz kriterlerdir. Bu kriterlerin ihlal edilip edilmediğinin tespiti için yüksek tecrübe ve teknik bilgi gereklidir. Örneğin doping gibi ağır sonuçlara tabi nedenlerden ileri gelen bir ihlal durumunda olay, *lex sportiva*’yı uygulamaya yetkili makamların görev ve ilgi alanına girmektedir.

Spora ilişkin kurallardan üçüncü grubu, uluslararası hukuk oluşturmaktadır. Bununla kastedilen aslında hukukun genel ilkeleri ve evrensel hukuk ilkeleridir. CAS bir kararında,¹⁶ *lex ludica*, yani oyunun kurallarını koruduklarını ve uluslararası hukukun; ahde vefa, sorumluluk ilkeleri, sebepsiz zenginleşme yasağı, hakkaniyet, şahsi sorumluk, emprevizyon gibi genel hukuk ilkelerini ortak paydaya ulaşılmak amacıyla kullanıldığını ifade ederek, spora ilişkin düzenlemelere yardımcı hükümler/ilkeler olarak kullanılabileceğini kabul etmektedir. Uluslararası hukukun bu prensiplerinin ve spor hukukunun uluslararasılık unsurunun *lex sportiva*’yı bütünüyle kapsamaktan uzak olması, *lex sportiva*’nın esasen en önemli uygulama ve yargı mercii olarak kabul edilen CAS’ın bu yorumundan da rahatlıkla anlaşılmaktadır: *lex sportiva*’yı uygulayan kuruluşlar her ne kadar bu prensipleri kabul etse ve aksine karar almasa da; bu kurallar *lex sportiva*’nın bütününe değil, yalnızca bir parçasını oluşturmaktadır.¹⁷

¹⁴ Mendy vs. IABA; OG, Atlanta 006; FOSTER, Is There, s.5.

¹⁵ Örneğin futbolda bu yetki kısaca IFAB olarak anılan, “The International Football Association Board” adlı Birlik’tedir.

¹⁶ CAS 98/200, AEK Athens & Slavia Prague vs. UEFA, 20.08.1999.

¹⁷ FOSTER, Is There, s.7.

Spora uygulanan kurallarda dördüncü ve son kategoriyi, *lex sportiva*, yani küresel spor hukuku kuralları oluşturmaktadır. Görece yeni bir kurallar bütünü olan küresel spor hukuku kuralları, özerk ve uluslararası nitelikteki spor federasyonlarının vazettiği hukuk kurallarıdır.

Bu bağlamda, *lex sportiva*'nın varlığından söz edebilmek, birtakım asgari şartların varlığını gerektirmektedir. Foster¹⁸, bu asgari şartları aşağıdaki gibi tasnif etmektedir:

- Uluslararası spor üzerinde kurucu ve düzenleyici gücü bulunan kuruluş veya kuruluşlar (Bu kuruluşlar genellikle FIFA, FIBA gibi federatif yapıdadır.),
- Uyuşmazlıkların çözümü için küresel bir tahkim kuruluşu ve kapsayıcı bir yargılama düzeni (Bu tahkim ad hoc ya da uluslar arası bir tahkim kuruluşu aracılığıyla olabilir),
- Küresel spor hukuku kuralları (*lex sportiva*) kendine özgü ve farklı kurallar içerir. Çünkü bu kurallar Uluslar arası Spor Federasyonları'nın uygulama ve teamüllerinden kaynaklanır. Bu kuralların geçerli olabilmesi için, mümkün olduğunca evrensel nitelikte yaygınlaşması ve uyumlaştırılması gerekir. Ancak bu kuralların hukukun genel ilkelerine yani yukarıda bahsettiğimiz uluslar arası kurallara emredici şekilde uyma zorunluluğu yoktur.
- Herhangi bir devlet tarafından onaylanmasına gerek olmaksızın hüküm ve sonuç doğuran, doğası gereği devletler dışı ve devletler üstü olan, iç hukuklardan bağımsız ve bağışık bir yapı olmalıdır.

Bu asgari şartların varlığı, Foster'ın tartıştığı üzere bağımsız bir hukuk disiplini olarak *lex sportiva*'nın varlık ve meşruiyet temelini oluşturmaktadır. Bir diğer önemli hukukçu ve CAS hakemi olan Beloff da, benzer bir tasnif yaparak; *lex sportiva*'nın unsurlarını uluslar üstü hukuk normları, bağımsız ve kendine özgü bir yargılama sistemi ve iç hukuk düzenlerinden bağışıklık ve üstünlük olarak açıklamaktadır.¹⁹

¹⁸ FOSTER, IS There, s.7-8.

¹⁹ BELOFF- KERR- DEMETRIOU, s.44.

Beloff bu unsurları saydıktan sonra *lex sportiva* için küresel spor hukuku tabirini kullanmayıp, bu disiplini uluslararası hukuk içerisinde yorumlasa da, Foster'ın isabetli biçimde öngördüğü üzere, bu tanım da *lex sportiva*'nın küresel bir hukuk disiplini olduğunu desteklemektedir. Zira, küresel hukuka dair bir disiplin tarafların kendilerini anlaşmalarla bağlamak suretiyle dâhil olduğu ve emredici münhasır kurallar arz eden bir disiplin, uluslararası hukuktan söz edildiğinde, devletlerarası anlaşmaların spor üzerinde etki yaratması ve hukukun genel ilkelerinin geçerli kılınması gibi çok daha kısıtlı bir içerik söz konusudur.²⁰ Böylelikle, uluslararası hukukta geçerli olan “devletler arasılık” ve küresel hukukun prensibi olan “devletler üstülük” arasındaki önemli ölçüde ayırt edici fark bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Biz de günümüzde şekillenen anlamıyla *lex sportiva*'nın küresel bir disiplin olarak tanımlanmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Küresel bir hukuk olarak *lex sportiva*'nın varlık çerçevesini çizebilmek amacıyla başvurulabilecek bir başka kavram da *lex mercatoria*, yani “ticari örf ve adet hukuku”dur.

Kökenini Roma hukukundan alan bir kavram olan *lex mercatoria*, kuralları ticarî örf, adet ve teamüllere dayanan, kendisinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme yargılamasından ziyade tahkim yoluna başvuru ve doğası gereği iç hukuk kurallarını bertaraf eden hükümler içermeye müsait bulunan bir hukuk disiplini.²¹ Kavram, tanımı ve unsurları itibarıyla, küresel bir hukuk disiplini olma vasfı –ya da iddiası- göstererek *lex sportiva* ile büyük paralellik göstermektedir. Bu bağlamda, *lex sportiva* kavramının yargılama ve kurucu etki yaratma açısından meşruiyet iddiasının incelenmesinden önce, tabiiyeti olmayan bir hukuk disiplini olma hususunda en başarılı örnek olan *lex mercatoria*'nın niteliğini ve konumunu incelemek faydalı olacaktır.

²⁰ FOSTER, Is There, s.8.

²¹ OĞUZ, Arzu; “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C.50. Sa.3, s.14; FOSTER, Lex Sportiva, s.11.

Lex mercatoria'nın geçerli hukukî sonuçlar doğurup doğurmayacağında özellikle iki sorun karşımıza çıkmaktadır.²² Bu sorunlardan ilki, *lex mercatoria* açısından uyumsuzluk gidermede birincil yol olarak görülen tahkimde, hakemin herhangi bir iç hukuk düzeniyle bağlı kalmaksızın, birincil ve tekil hukukî kaynak olarak (*lex mercatoria* ile bağdaşan) hukukun genel ilkelerini²³ uygulama imkânının bulunup bulunmadığıdır. Bu sorunun olumlu bir cevap bulması halinde ise bu kez ikinci bir soru ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumun kabulü halinde, *lex mercatoria*'yı bağlayıcı yapan dayanak ne şekilde vücut bulmaktadır? ²⁴

İlk sorunun cevabını zorlaştıran unsur, küresel bir hukuk disiplininin özü itibarıyla tüm iç hukuk sistemlerinden bağımsız olsa da, herhangi bir ülke veya herhangi bir ülkeye tâbi bir kişi için bağlayıcı olmasının, bizzat söz konusu ülke tarafından geçerli kılınmasının zorunlu olmasıdır. Hatta taraflarca *lex mercatoria* çerçevesinde uygulanacak tahkimin geçerliliği kabul edilecek olsa dahi, tahkim sonucunda varılacak kararın icrası gündeme geldiğinde, yetki yine yerel mahkemelere ait olacaktır.²⁵ İkinci sorun ise, tahkimin doğası gereği, taraflar aralarında baş gösterecek anlaşmazlığın çözümü için herhangi bir iç hukuk ya da hukukun genel ilkelerinin uygulanacak hukuk olarak seçilmesi hususunda mutabık kalabilecekleri açıktır. Bu bağlamda, *lex mercatoria*'nın küresel ve özerk bir hukuk disiplini olarak meşru kabul edilebilmesi için tek olasılık, tarafların *lex mercatoria*'yı, tüm yerel hukuklardan bağımsız olarak, köklerini hiçbir yerden almayan tamamıyla özerk bir sistem olarak uygulamak konusunda anlaşmalarıdır.

Bu sorunların çözümü, Foster ve Teubner'in tartıştıkları üzere, paradoksal bir cevapta yatmaktadır. Daha önce değinildiği ve ileride yeniden değinileceği üzere küresel spor hukuku açısından da geçerli kabul edilebilecek bir yoruma göre, *lex mercatoria*'nın geçerliliği, "kendi

²² MAZZUCCO, s.12; FOSTER, Is There, s.11.

²³ Pacta sunt servanda (ahde vefa), aequitas (hakkaniyet), ölçülülük ilkesi, emprevizyon, sebepsiz zenginleşme vb.

²⁴ FOSTER, Is There, s.12.

²⁵ MAZZUCCO, s.13.

kendini geçerli kılan bir sözleşmeye” dayanmaktadır.²⁶Buna göre, kaynağını herhangi bir devletin hukukundan almayan, herhangi bir tabiiyeti bulunmayan bir hukukun meşru ve sağlıklı hukuki sonuç doğurabilmesi yine ulus devletlerin iradesine tabi olacak; bu devletlerin *lex mercatoria*’nın uygulanışını onaylaması, *lex mercatoria*’nın söz konusu devletlerden bağımsız bir hukuk disiplini olarak uygulanması sonucunu doğuracaktır. Böylelikle, kaynağını yerel hukuklardan alan küresel hukuk disiplini, varlığını tüm iç hukuklardan bağımsız ve aslı olarak sürdürecektir. Bunun sağlam bir biçimde uygulanabilmesi ise bizzat devletlerin onayıyla devletlerden bağımsız hale gelen küresel hukukun, tüm dünya çapında uygulanabilir, birbirine paralel bir nitelik kazanması, bunu da kapsamlı siyasal ve hukukî metinler ile emsal teşkil edecek içtihatları derleyip kendi sistematiğini yaratarak gerçekleştirmesi ile olabilir.²⁷ *Lex mercatoria* ile *lex sportiva* arasında benzer bir ilişki kurulmasını engelleyen yegâne fark da bu noktadan doğmaktadır. *Lex mercatoria* tamamıyla rızâî ve sözleşmeye dayalı bir nitelik arz etmekteyken, *lex sportiva*’nın doğurduğu hukuki sonuçlara dayanak teşkil eden sözleşme kurgusal olup, bağlayıcılığı kendi uygulamalarına tabi olan gerçek ve tüzel kişiler bakımından münhasır ve emredici niteliktedir.²⁸

Ancak yine de, *lex mercatoria*, *lex sportiva*’yı açıklamak için önemli bir örnektir. Bu durumun doğal bir sonucu da, meşruiyet ve bağlayıcılık noktalarında *lex mercatoria*’ya getirilen eleştirel yorumlar ve tartışmalı hususlar *lex sportiva* açısından da tartışmaya değer ve gereklidir.

III. LEX SPORTIVA: MEŞRUIYET VE ÖZERKLİK TARTIŞMALARI

Lex sportiva, çalışmamızda da sürekli değindiğimiz üzere genel olarak “bağımsız ve özerk bir hukuk disiplini” olarak kabul edilmesine rağmen bu konumu halen tartışmalıdır. Bu tartışma, özellikle *lex sportiva*’yı uygulayan yetkili kuruluşlar olan uluslararası kuruluş ve

²⁶ TEUBNER, s.26; FOSTER, Is There, s.12.

²⁷ FOSTER, Is There, s.12.

²⁸ FOSTER, Is There, s.15.

federasyonların iddiaları ile gündeme gelmektedir. Bu kuruluşlar ve onların organlarının, iç hukuklardan bağımsık olmaya dair iddiası, kendisini farklı biçimlerde göstermektedir.

Bu iddianın ilk görünüş biçimi, uluslararası federasyonların iç (yerel) hukuklardan doğaları gereği bağımsız olduklarıdır. Bu iddia, özellikle iddiayı destekleyecek nitelikte bir hüviyeti resmi olarak kazanmış bir görünüm çizen Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin (IOC) konumunda baş göstermektedir. Örneğin, 1980'de Sovyetler Birliği'nin Afganistan'ı işgali nedeniyle, Olimpiyat Oyunlarına katılmayı reddeden Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Olimpiyat Komitesi'nin (USOC) bu kararına karşı ABD mahkemelerinde açılmış bir davada verilen kararda, ABD Ulusal Olimpiyat Komitesi'nin ülke sporunu temsil eden bir organ olmaktan ziyade, IOC'nin yerel bir temsilcisi olarak yorumlanması bu iddiaya haklılık veren bir unsur olarak görülebilecektir.²⁹ Kendi kuruluşuna dayanak teşkil eden sözleşme hükümlerine ve bu hükümlerin yorumuna göre alanında münhasır yetkisi bulunan uluslararası bir oluşum olarak kabul edilen IOC'nin bu konumu (kimi zaman quasi-state yani devlet benzeri olarak adlandırılan), tüm *lex sportiva* uygulayıcıları olan federasyon ve kuruluşlar tarafından da kabul ettirilmeye çalışılmaktadır.

İddianın bir başka görünüş biçimi ise, iç hukuklardan tamamen bağımsız olmamakla beraber, uluslararası federasyon ve kuruluşların yetki ve kararlarının iç hukuklardan üstün seviyede bulunduğu şeklindedir. Bu kuruluşların yönetim anlayışları ve oluşturdukları hiyerarşik yapı, uluslararası spora ilişkin tüm konularda birincil söz sahibi konumunda bizzat kendilerinin bulunmasını sağlamaktadır. Yerel hukukların ve ulus devletlerin verdiği bu yetkiyle hareket eden uluslararası federasyonlar ve organları, söz konusu devletlerin milli hukukunun üzerinde karar alma yetkisine, hatta söz konusu yerel hukuklar üzerinde bağlayıcı karar alma kudretine de sahip olmalıdır. Ancak ileride değinilecek güncel FC Sion vs. UEFA kararında da bir örneğine rastlanıldığı üzere, yerel mahkemeler zaman zaman bu iddiayı ortadan kaldırma eğilimi gösterebilmektedir. Bu

²⁹ FOSTER, Is There, s.16; Defrantz vs. USOC (1980).

durum da, yerel spor federasyonlarını uluslararası kuruluşların yetki ve kuralları ile yerel mahkemelerin tutum ve konumları arasında bir kararsızlık ve çelişki ortamına itmektedir.³⁰ *Lex sportiva* uygulayıcılarının özerklik iddialarının buna benzer bir başka görünüş biçimi de, *lex sportiva*'nın yerel mahkemelerin uymakla yükümlü oldukları bir üst norm, bağlayıcı birer talimat olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkindir.

Özerklik iddiasının son, en güncel ve en kapsamlı görünüş biçimi ise kendisini uygulamada, yani yargısal yetki ve karar alma mekanizmalarının konumu açısından göstermektedir. *Lex sportiva* uygulayıcıları, getirdikleri hukukun görev ve ilgi alanına giren hususlarda sporcu ve kulüplerin yerel mahkeme kararları vasıtasıyla alternatif çözümler aramalarını mümkün görmeme eğilimindedir. Ancak henüz hiçbir ülke de tam olarak bu egemenliğinden vazgeçmiş değildir. Bu doğrultuda, tek yetkili merci olarak uluslararası federasyonların yetkili kıldığı yargı mercileri gösterilmektedir. Bu çabanın hayata geçmesi için sporculara haklarında alınan kararların nihai olduğunun ve temyiz hakkı bulunmadığının bildirilmesi, uyuşmazlıkların çözümü için görevli merci olarak salt tahkim yolunun gösterilmesi, uluslararası turnuvalara katılacak sporculara katılım koşulu olarak uluslararası federasyonları sorumluluktan kurtaracak taahhütnameler imzalatılması gibi yollara başvurulmaktadır.³¹ Tüm bu çabalar, küresel spor hukukunun ilgi ve görev alanına giren tüm uyuşmazlıkların çözümü ile *lex sportiva* kurallarının derlenmesi, geliştirilmesi ve uyumlaştırılması hususlarında tek yetkili merci konumunu eksiksiz biçimde elde edilmesi amaçlanan CAS'ın sağlıklı biçimde işlemlerini sağlamaya yöneliktir.

Kuruluşundan itibaren bağımsız ve devletler üstü olduğu öne sürülen *lex sportiva*'nın şekillendiricisi ve uygulayıcısı olma vasfı biçilen CAS, son yirmi yılda bu görevi gereğine uygun olarak yerine getirdiği gibi, dünya çapında yegâne bir küresel spor hukuku oluşturma yolunda içtihatları ile önemli bir rol oynamış ve oynamaya devam etmektedir.³²

³⁰ FOSTER, Is There, s.14.

³¹ FOSTER, Is There, s.15.

³² CASINI, s.1323.

İsviçre Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulmuş bulunan ve merkezi İsviçre’de bulunan CAS, küresel spor hukukunun en üst düzey uygulayıcısıdır.³³ CAS’ın görev ve işlevleri üç boyutludur: hukukun genel ilkelerini spora uyarlamak, spor hukukunun pratiğini geliştirmek ve böylelikle oluşturulan *lex sportiva*’yı küresel olarak uygulanabilir bir hale getirmek.

CAS’a yüklenen aşırı misyon ve CAS tarafından üstlenen geniş görev yelpazesi, *lex sportiva*’nın uygulanması ve denetimi bakımından en üst düzeydeki görevi bu makama vermektedir. Daha başka bir ifadeyle CAS, doğası gereği devletler üstü olduğu ve bu bağlamda iç hukuklardan bağımsız olduğu iddiasını taşıyan *lex sportiva*’nın nihai karar alma yetkisine sahip yargı mercii ve tüm adalet ve hakkaniyet ihlallerini hükme bağlayacak tahkim merciidir.

CAS’ın böylesine büyük bir güce sahip olması, büyük bir sorumluluğu ve önemli eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Bu eleştirilerden ilki pratik anlamda, yani çalışma boyunca sıklıkla değinilen özerk ve devletler üstü olma iddiasında ortaya çıkmaktadır. Yerel mahkemelerin zaman zaman uluslararası federasyonların ve CAS’ın yetkisini tanımayacak nitelikte kararlar almakta oldukları bilinmektedir. İkinci bir eleştiri ise münhasır yetkili kurum olma payesi biçilen CAS’ın bu yetkiyi layığıyla ifa edebilecek bir nesnelliğe sahip olup olmadığı ve *lex sportiva*’nın henüz bu kudreti taşıyacak bir kapsama erişip erişmediği hususundadır. Bu eleştiriler karşısında, yakın zamanda İsviçre’nin FC Sion takımı ile UEFA arasında görülen dava, eleştirileri tek somut olayda birleştiren son derece açıklayıcı bir örnek niteliğindedir.

2008 yılında Mısır’ın Al-Ahly takımından bir futbolcuyu transfer düzenlemelerine aykırı bir şekilde kiralık olarak kadrosuna kattığı öne sürülen İsviçre’nin FC Sion takımı, FIFA tarafından para cezası ve iki transfer dönemi boyunca kadrosuna yeni oyuncular katmasının yasaklanması yaptırımlarına tabi tutulmuştur. Bu karara ve yasağın 2011-

³³ MAZZUCCO, s.54.

2012 yaz transfer dönemi için de geçerli olduğunun kendilerine bildirilmesine rağmen kadrosuna altı yeni oyuncu katan FC Sion, bu oyuncuların transferini İsviçre Futbol Federasyonu'na bildirerek lisans başvurusunda bulunmuştur. Federasyon FIFA kararını gerekçe göstererek bu talebi reddetmiş, FC Sion ve yeni transfer ettiği oyuncular bunun üzerine İsviçre Futbol Federasyonu İtiraz Kurulu'na başvurmuşlar, ancak bu başvuru da reddedilmiştir. Bu kararlara rağmen, FC Sion, katılmaya hak kazandıkları uluslararası turnuva olan UEFA Avrupa Ligi'ne gönderdiği listede transferleri hukuken tartışmalı olan oyunculara da yer vermiştir. Bu oyuncular, FC Sion'un İskoçya ekibi Celtic ile yaptığı iki play-off maçında da forma giymişlerdir. Celtic'in bu konudaki şikâyeti ve FIFA'nın oyuncuların durumuna ilişkin bilgilendirmesi üzerine UEFA Disiplin Komitesi, FC Sion'un UEFA Avrupa Liginden men edilmesine, maçlarda FC Sion'un hükmen yenik sayılmasına ve durumu tartışmalı olan oyuncuların UEFA Avrupa Ligi'nde forma giyemeyeceklerine karar vermiştir. Bunun üzerine FC Sion, Vaud Kanton Mahkemesi'ne başvurarak, verilen kararın İsviçre Rekabet Hukuku hükümlerine aykırılık teşkil ettiğini öne sürmüşlerdir. Başvuruyu inceleyen Vaud Kanton Mahkemesi, önce talebi haklı görerek FC Sion ve ilgili oyuncuların UEFA Avrupa Ligi'ne yeniden dâhil edilmesi gerektiğine karar vermiş ancak daha sonra bu karar UEFA tarafından yapılan itiraz sonrası Vaud Kanton Mahkemesi tarafından kaldırılmıştır. UEFA ayrıca, CAS'a başvuruda bulunarak uyuşmazlığın nihai olarak çözülmesini talep etmiştir. CAS tarafından görülen uyuşmazlıkta UEFA, yetkilerinin tanınmasını, herhangi bir ihlal yapılmadığının tespitini ve FC Sion'un UEFA kararına karşı yerel mahkemeye müracaat hakkının bulunup bulunmadığının tespitini talep etmiştir. FC Sion ise savunmasında, kendilerinin yarışma ve rekabet etme haklarının UEFA tarafından ihlal edildiğini, UEFA'nın piyasa içerisindeki tekel konumunu istismar ederek kendilerine ayrımcılık uyguladığını öne sürmüştür. CAS, yapılan yargılama neticesinde UEFA'nın talebini büyük ölçüde kabul etmiş, yapılan men ve hükmen mağlubiyet işlemlerinin hukuka uygun bulunduğunu ve İsviçre Rekabet Hukuku hükümleri de dahil olmak üzere herhangi bir hukuk ihlali teşkil etmediğini, UEFA'nın

herhangi bir ayrımcılık fiilinin yahut münhasır konumunu istismar etmeye yönelik bir kararının söz konusu bulunmadığını tespit etmiştir.³⁴

Bu karar, *lex sportiva* üzerindeki tartışmalar ve getirilen eleştiriler açısından önemli bir emsal teşkil etmektedir. FC Sion'un başvurduğu yerel mahkemenin, UEFA'nın yetkisini kabul etmeyerek aksi yönde karar alması özerklik tartışmaları bakımından bir örnek niteliğindedir; FC Sion'un CAS nezdindeki savunmalarında UEFA'nın piyasadaki tekel konumunu suiistimal ettiğini öne sürmesi de, organların bağımsızlığı ve nesnellığı hususundaki eleştirileri somutlaştırmaktadır.

Her iki eleştirinin de haklılık payının bulunduğu söylenebilir. Bu durumun altında, *lex sportiva*'nın çok yeni bir hukuk dalı oluşu ve organizasyonu ile uyumlaştırma çalışmalarını tam olarak tamamlamış olmaktan uzak bulunması yatmaktadır.

Lex sportiva'nın koşulsuz geçerliliği kabul edilse ve bu durumun sonucu olarak *lex sportiva*'yı uygulamakla yetkili kurumların devletler üstü ve normatif hüviyeti kabul edilse bile, bu kurumların, oyunun ruhu ve kuralları hususunda değişiklik yapma ya da bu kriterleri bertaraf edici düzenlemeler yapma yönünde yetkilerinin bulunmadığı hususu tartışmasızdır. Aynı şekilde, uluslararası hukuka hâkim olan ahde vefa, hakkaniyet, ölçülülük kuralı, sebepsiz zenginleşme yasağı gibi prensiplerin uygulanmayacağı yönünde düzenlemeler yapılması da yok hükmünde kabul edilmektedir.³⁵ Ancak her şeye karşın; bu örneklerin mevcudiyeti, küreselleşen dünya düzeninin önemli ekonomik sektörlerinden biri olan sporun yönetiminde zorunlu olan *lex sportiva*'nın geçersiz olduğu sonucunu kesinlikle doğurmamaktadır.

Oluşumunu tamamlamakta olan *lex sportiva*'nın sağlıklı, meşru ve nesnel biçimde uygulanması için iki temel girişimin hayata geçmesi zorunludur. Bunlardan ilki, CAS etrafında kümelenen uyumlaştırma çabalarının, uluslararası federasyon ve kuruluşların ortaklaşa destekleriyle

³⁴ CAS 2011/O/2574, UEFA vs. Olympique des Alpes SA/FC Sion, 31.01.2011

³⁵ FOSTER, Is There, s.16.

tamamlanması ve iddia edilen uluslar üstü ve kapsayıcı niteliğin tereddüde mahal bırakmayacak ölçüde tesis edilmesidir.

Bunun için IOC başta olmak üzere tüm uluslararası federasyon ve kuruluşların kurumsal altyapı ve yetki alanlarını sarıh biçimde çizmeleri, CAS'ın yapısal özelliklerinin tüm dış etken ve kişilerden bağımsız biçimde tanımlanması ve en önemlisi, *lex sportiva* olarak adlandırılan normatif ve münhasır kuralların iddia edildiği derecede bağımsız olarak, hiçbir hukuka tabi olmaksızın düzenlenmesi ve herhangi bir devlet ya da hukukun onaylamasına gerek duymaksızın meşru varlığını kazanması gerekmektedir.³⁶

Hayata geçirilmesi gereken ikinci girişim ise kurumların ve özellikle CAS'ın diğer kurumların etkisinde kalmaksızın, nesnel, iyi niyetli ve sorumlu biçimde karar alması ve işlev görmesi için ihtiyaç duyulan ortamın sağlanmasıdır. Zira *lex sportiva*'ya tanınan nihailik ve özerklik, küresel spor alanında yönetim sağlayan kurumlara tam bir güven duyulmasını gerektirmekte olup; bir yargı mercii olan CAS'ın FIFA, IOC ya da IAAF gibi kuruluşların güdümünde bir kuruluş haline gelmesi ya da bu kurumların aleyhine karar almaktan kaçınması gibi nesnelliğe gölge düşürecek olası gelişmelerin engellenmesi gerekmektedir.

Henüz bu gelişmeler tam olarak gerçekleşemediğinden, *lex sportiva*'nın varlığı ve meşruiyetine yönelik eleştiriler devam edecektir. Ancak söz konusu eksikliklerin giderilmesinin zorunlu olmasına rağmen, spor hukukunun uluslararası hukukun bir dalı olmanın çok ötesinde bulunduğu ve küresel bir nitelik arz ettiği açıktır. Bu nedenle spor hukukunun bugününü ve geleceğini oluşturan *lex sportiva* kavramı, bağımsız ve doğası gereği uluslar üstü olmayı gerektiren bir hüviyeti bulunan bir disiplindir. CAS başta olmak üzere uluslararası spor kuruluşları tarafından yapılan çalışmalar neticesinde kavramın çerçevesinin eksiksiz biçimde çizileceği ve yöneltlen haklı eleştirilerin bertaraf edileceği isabetli bir yorum olacaktır.

³⁶ FOSTER, Is There, s.17.

SONUÇ

Lex sportiva kavramı, özerk ve devletler üstü federasyon ve kuruluşlarca, spora ilişkin olan yerleşik hukuk kuralları ve teamüllerini ifade etmektedir. Bu kuralların uygulanabilmesi ve kavramın meşruiyetini herhangi bir tepki ya da karşı görüşe maruz kalmaksızın hayata geçirebilmesi için halen birtakım somut ve esaslı eksiklikler söz konusu olup, bu eksikliklerin zaman içerisinde giderilmesi gerekmektedir.

Kavramın niteliği gereği ulus devletlerin egemenlik ve yargılama yetkisine aykırı bir nitelik teşkil etmesi, yöneltilen eleştirileri anlaşılır kılmaktadır. Zira *lex sportiva*'nın varlığından söz etmek, spor sektöründe bu hukuku münhasır olarak uygulayacak, vereceği kararlara karşı itirazları yine kendi bünyesi içerisinde karara bağlayacak, bu nedenle de herhangi bir devlet ya da devlet kuruluşunun işleyişinde doğrudan söz sahibi olmasını imkânsız kılacak kurumların mutlak idaresinden söz etmek anlamına gelmektedir. Bu durum, iç hukuk kurallarının ve devlet mahkemelerinin yetki alanını da son derece daralttığından, yöneltilen itirazlar hemen her düzlemde vücut bulmaktadır.

Haklı yönlerinin bulunduğu çalışma boyunca çeşitli vesilelerle incelenen bu itiraz ve eleştirilerin varlığına karşın, sporun “ulus ötesi”, yani devletler üstü doğası, son derece büyük miktarların sürekli tedavülde bulunduğu dev bir pazar haline gelmesi, çok ulusluluğun spor karakterinde tartışmasız biçimde yer alması gibi unsurlar, meydana gelecek uyuşmazlıkların iç hukuk düzenleri içerisinde sağlıklı biçimde çözümlenmesini oldukça güç hale getirmektedir. Aynı şekilde, spor hukuku kurallarının detaylı ve uyumlu biçimde vazedilmesinin zorunlu olduğu, bunun da ancak yine devletler üstü, hatta küresel bir oluşum eliyle hayata geçirilebileceği açıktır.

Bu bilgiler ışığında yapılması gereken, *lex sportiva*'ya ulaşılmasının olanaksız ve/veya yanlış olduğu sonucuna varmak yerine, bir sistematik olan *lex sportiva*'nın geçerliği ve sorunsuz işleminin önündeki bürokratik, hukukî ve siyasal engelleri kaldırmanın yollarını aramaktır. Zira hiçbir dış etken altında kalmaksızın yönetimini tesis eden ve hayata geçiren, yapısal anlamda hukuki ve organik gelişimini

tamamlayarak oturmuş bir tahkim düzeni ve kesin olarak belirlenmiş düzenlemeler ve içtihatlarla yargılama ve idari denetim işlemlerini sürüncemede bırakmaksızın, nesnel ve süratli biçimde gerçekleştiren tüm devlet, kişi ve kuruluşların güven ve itibarını uyandıran bir lex sportiva ve bunu uygulayacak federasyon ile kurumların varlığının, hiçbir ulus devletin egemenlik alanının ihlali anlamına gelmeyeceği gibi, sporun kendine özgü doğasının kendisini gerçek anlamda bulmasının da teminatı olacağı kanaatindeyiz.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASINDA İCRA İNKÂR TAZMİNATININ ŞARTI OLARAK BORÇLUNUN İTİRAZININ HAKSIZLIĞINA KARAR VERİLMESİ

*Cenk Akil**

ÖZET

İlâmsız icrada borçlunun ödeme emrine yaptığı itiraz nedeniyle duran takibi canlandırmak isteyen alacaklı itirazın iptali davası açabilir. Bu davada davalı, yani borçlu itirazında haksız görülürse itirazı iptal edilir; ayrıca, alacaklının talebi üzerine icra inkâr tazminatına mahkûm edilir. Borçlunun itirazının haksız olduğunun tespitinde başvuru birinci kriter alacağın likit olup olmadığıdır. Alacak likit ise kural olarak borçlunun itirazı haksız sayılır. Borçlunun itirazının haksız olup olmadığı belirlenirken yardımcı bir kriter olarak dürüstlük kuralına da (Türk Medeni Kanunu m. 2) başvurulabilir. Borçlunun haksızlığı belirlenirken somut olayın koşulları dikkate alınmalıdır. Borçlunun itirazının haksızlığı net bir şekilde ortaya konulamıyorsa borçlu icra inkâr tazminatına mahkûm edilmemelidir.

Anahtar Kelimeler: İcra hukuku, inkar tazminatı, itirazın iptali davası, likit alacak, dürüstlük kuralı.

THE DECISION ON THE UNJUSTNESS OF THE DEBTOR'S OBJECTION AS A CONDITION OF EXECUTION DENIAL INDEMNITY IN THE NULLITY OF OBJECTION SUIT

ABSTRACT

During the enforcement proceeding without a judgement, it is possible for the claimant to restart the enforcement proceeding that stopped because of the debtor's objection to the order of payment, by bringing the nullity of objection suit. In this lawsuit, if the respondent that is to say debtor's objection is found unjust, the objection is nullified; besides the debtor is condemned to pay execution denial indemnity on

* Dr.

claimant's demand. The first criterion to determine whether debtor's objection is unjust is to ascertain if the debt is liquid. If the debt is liquid, the debtor's objection is deemed unjust, in principle. As an accessory criterion, the rule of good faith (Turkish Civil Code Art. 2) can also be applied. When determining whether the debtor's objection is unjust, the circumstances of the concrete case should be considered. If the unjustness of debtor's claim cannot be established clearly, the debtor should not be condemned to pay execution of denial indemnity.

Keywords: Law of execution, liquid claim, the suit of nullity of objection, liquid demand, good faith.

GENEL OLARAK

Hukumumuzda icra inkâr tazminatı ilk defa 16.3.1928 gün ve 1215 sayılı Kanunda yer almıştır¹. Daha sonra 1929 yılında İsviçre İcra ve İflâs Kanunu² iktibas edildiğinde 1215 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmışsa da icra inkâr tazminatı kurumu İcra ve İflâs Kanunu'na nakledilmiş ve bugüne kadar varlığını korumuştur³.

¹ Kuru, B.: İcra İnkâr Tazminatı, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, Ankara 1968, s. 727; Postacıoğlu, İ.: İcra İnkâr Tazminatı, BATİDER 1978, Cilt IX, Sayı:4, s. 953. Bahsi geçen Kanunun 1. maddesi şu şekildedir: "Alacaklı mahkemeye gitmezden evvel icra riyasetine müracaatla para, kıymetli evrak ve misliyyattan muayyen miktar alacağının tahsili talep edebilir. Bu takdirde icra dairesi borçluya onbeş gün zarfında cevap vermesi için bir ihbarname tebliğ eder. Borçlu borcunu tamamen veya kısmen kabul ve ikrar ederse icra dairesince kabul ve ikrar olunan borç resen tahsil ve istifa olunur (fıkra I). Kısmen ikrar halinde borçlu borcunun ne miktarını ödemiş olduğunu sarahaten zikre mecburdur. Aksi halde inkârı dinlenmez. Borçlunun ihbarnamede muayyen müddet zarfında sükûtu kabul addolunur (fıkra II). Borçlu borcunu inkâr ederse usulen dava ikamesi zmnında mahkemeye müracaat etmesi lüzumu alacaklıya tefhim olunur. Borçlunun borcunu inkârına binaen alacaklının mahkemeye müracaatı takdirinde mahkemece borçlunun haksızlığına karar verilirse iki tarafın vaziyetine ve müddeabihin tahammülüne göre alacaklının lehine ayrıca münasip bir tazminat dahi takdir ve hükmolunur (fıkra III). Şu kadar ki, bu tazminat mahkûmunbihin yüze onundan aşacağı olamaz (fıkra IV)." Bkz. Yılmaz, E.: İcra Tazminatı, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 682.

² İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda icra inkâr tazminatı yer almamaktadır (Deynekli, A. / Kısa, S.: İtirazın iptali davaları, icra inkâr ve kötü niyet tazminatı, 2. B., Ankara 2005, s. 171). Bununla birlikte İsviçre'de de borçlunun sırf zaman kazanmak için ödeme emrine haksız yere itiraz ettiklerinden yakınıldığı bildirilmiştir (Postacıoğlu, İcra, s. 183).

³ Köylüoğlu, E.: İcra İnkâr Tazminatı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1999, s. 4.

İnkâr tazminatı İİK m. 67’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir. Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir. İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötü niyetin sübutuna bağlıdır.

Borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için alacaklının ilamsız icra takibi yapması şarttır. Bir başka deyişle, icra inkâr tazminatı sadece ilamsız icrada söz konusudur. İnkâr tazminatına hükmedilebilmesi için “geçerli” bir “ilamsız” icra takibi yapılmış; yapılan takip borçlunun itirazı üzerine durmuş ve bunun üzerine alacaklı tarafından “süresi içinde” itirazın iptali davası açılmış olmalıdır. Bu süre itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren bir senedir⁴.

Davalı, yani takip borçlusu, alacağın tümüne itiraz etmiş olsa bile itirazın iptali davası sonucunda borçlu olduğu tespit edilen miktar üzerinden icra inkâr tazminatına mahkûm edilir. Çünkü borçlunun itirazı borçlu olduğu tespit edilen kısım için haksızdır⁵.

Davalı alacağın tümüne itiraz etmiş olsa bile itirazın iptali davası sonucunda borçlu olduğu tespit edilen miktar üzerinden icra inkâr tazminatına mahkûm edilir. Zira borçlunun itirazı borçlu olduğu tespit edilen kısım için haksızdır⁶.

Borçlunun itirazının haksız olup olmadığının tespitinde hangi tarihin esas alınacağı konusunda öğretide iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisine göre borçlunun itirazının haksız olup olmadığı itirazın yapıldığı andaki duruma göre tespit edilir. Yani, önemli olan itirazda bulunduğu andır⁷. Diğer görüşe göre ise⁸, esas alınacak tarih takip

⁴ *Kuru*, Tazminat, s. 730. Belirtmek gerekir ki, icra inkâr tazminatı ancak itirazın iptali davası ile birlikte istenebilir; yoksa yalnız başına bir dava konusu yapılamaz (*Kuru*, Tazminat, s. 733).

⁵ *Kuru*, Tazminat, s. 736.

tarihidir⁹. Kanımızca takip tarihinden sonra borçlunun borçluluk durumunu etkileyebilecek bir takım vakıalar ortaya çıkabileceğinden takip tarihini esas alan ikinci görüş isabetlidir.

Borçlu haksız bir şekilde itiraz etmiş olmakla birlikte alacaklı henüz itirazın iptali davasını açmadan borcunu öderse borçlu aleyhine icra inkâr tazminatına hükmolunması da mümkün değildir. Zira borçlu, borcunu ödemekle itirazından vazgeçmiş sayılacaktır¹⁰. Benzer şekilde, ödeme emrine itiraz eden borçlunun itirazın iptali davasının ilk oturumunda davayı kabul etmesi¹¹, itirazın iptali davası açıldıktan sonra itirazından vazgeçmesi alacaklı lehine icra tazminatına hükmedilmesini engellemez¹². Keza, borçlu, itirazın iptali davası açılmadan önce borcun bir kısmını öderse, alacaklının itiraz edilen kısım için itirazın iptali davası açmasında hukuki menfaati vardır ve mahkeme davayı haklı bulursa bu kısım için icra inkâr tazminatına karar verilir¹³.

Borçlunun ödeme emrine itiraz ederken ileri sürdüğü sebeplerin bir önemi yoktur¹⁴. Bu cümleden olarak, borçlu, borcun hiç doğmadığını, itfa edildiğini veya senetteki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürerek borcu inkâr edebileceği gibi, borcun muaccel olmadığını, zamanaşımına uğradığını, erteleyici bir şarta bağlı olduğunu ve bu şartın gerçekleşmediğini yahut alacaklının alacaklı sıfatını haiz olmadığını ileri sürebilir. Mahkeme, bu sebeplere dayalı olarak itirazın haksızlığına karar verirse, borçluyu icra tazminatı ödemeye mahkûm edecektir¹⁵.

⁶ *Kuru*, Tazminat, s. 736.

⁷ *Uyar*, T.: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 3, 3. B., Ankara 2006, s. 4255; *Sunar*, G.: İcra Hukukunda İcra Tazminatı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1995, s. 65-66.

⁸ *Deynekli / Kısa*, s. 174.

⁹ *Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes*, s. 181; *Erdem*, M.: İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010, s.187.

¹⁰ *Kuru*, Tazminat, s. 739.

¹¹ Y 12. HD, 8.7.1992, E. 1992/1304, K. 1992/9392 (*Köylüoğlu*, s. 20).

¹² *Sunar*, s. 66; *Uyar*, Şerh, s. 4255; *Yılmaz*, E.: İcra İnkâr Tazminatı Açısından “Likid Alacak” Kavramı, *Bankacılar Dergisi*, 2008/67, s. 87 vd.; *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 688 vd.; *Erdem*, s. 180.

¹³ *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 699.

¹⁴ *Üstündağ*, S.: İcra Hukukunun Esasları, 8. B., İstanbul 2004, s. 109.

¹⁵ *Sunar*, s. 65-66.

Borçlunun mahkûm olacağı icra inkâr tazminatı, itiraz etmek suretiyle, takibin bir an önce sonuçlandırılmasına engel olmasının bir yaptırımıdır. Bu nedenle, tazminata hükmedilebilmesi için takibe karşı itiraz edilmiş ve takibin bu yüzden durmuş olması kâfidir¹⁶.

İcra inkâr tazminatı ile iki amacın güdüldüğü söylenebilir. Bunlardan biri, borçlunun süre kazanmak amacıyla takibe haksız itirazını önlemek¹⁷ ve alacaklının icra takibinin durdurulması nedeniyle alacağına zamanında kavuşamayan alacaklının, bu nedenle doğan zararının ayrı bir davaya gerek kalmaksızın giderilmesini sağlamak; ikinci ise borçlunun borçlu olduğunu bilerek itiraz etmek suretiyle icra daireleri ve mahkemelerinin boşuna meşgul edilmesine engel olmaktır¹⁸.

İtirazın iptali davası takip talebinde gösterilen ve borçlu tarafından itiraz edilen alacak için açılır. Dolayısıyla, alacaklının takip talebinde göstermemesine rağmen, itirazın iptali davasına konu ettiği meblağ için icra inkâr tazminatına hükmedilemez¹⁹.

İnkâr tazminatı borçlar hukuku anlamında bir tazminat olmayıp, şartları tamamen icra hukukunda düzenlenen ve borçlulara karşı cebri icrayı daha tesirli kılmak için konulmuş bir nevi yaptırımıdır²⁰. Bu nedenle borçlunun icra inkâr tazminatına mahkum edilebilmesi için alacaklının zarara uğramış olması gerekmemektedir²¹.

¹⁶ Üstündağ, s. 109.

¹⁷ "...İİK. m. 62 maddesinin 2. Fıkrasındaki icra inkâr tazminatının Kanuna konuluş amacı da borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya tayin edebilecek durumda olan borçlunun, ödeme emrinin tebliği üzerine icrada borcunu inkâr etmesini önlemektir..." (YHGK, 9.10.1996, E. 1996/19-391, K. 1996/671, Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 181, dn. 128).

¹⁸ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 684. Karş. Deynekli / Kısa, s. 172; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 180.

¹⁹ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 711.

²⁰ Kuru, Tazminat, s. 762; Erdem, s. 187. İcra inkâr tazminatının hukuki niteliği hakkında bkz. Belgesay, M. R.; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 4. B., C. I, İstanbul 1955, s. 137; Olgaç, S.: İcra İflâs, C. I, Ankara 1978, s. 501; Kuru, B., Tazminat, s. 762; Alangoya, Sempozyum, s. 45; Sunar, s. 14 vd; Deynekli / Kısa, s. 172-173; Köylüoğlu, s. 5.

²¹ Berkin, N.: Tatbikatçılara İcra ve İflâs Hukuku Rehberi, İstanbul 1982, s. 426.

I. BORÇLUNUN İTİRAZININ HAKSIZLIĞINA KARAR VERİLMESİ KONUSUNDA BAŞVURULAN KRİTERLER

1. LİKİT ALACAK KRİTERİ

Öğretide egemen görüş borçlunun itirazının haksız olup olmadığını tespitinde takip konusu yapılan ve borçlu tarafından itiraz edilen alacağın likit olup olmamasını esas almaktadır²². Bu kritere göre şayet alacak likit ise borçlu haksız; likit değilse borçlu itirazında haklıdır. Likit alacak, miktarı belirli ya da belirlenebilir olan ve bunun için tarafların anlaşmasına yahut mahkeme kararına gerek olmayan alacak olarak tanımlanmaktadır²³.

Borçlunun borcun miktarını bilmesi sübjektif değil, objektif esaslara göre belirlenecektir. Burada borçlunun itirazında kötü niyetli yahut iyi niyetli olup olmamasının önemi yoktur²⁴. Dolayısıyla, borçlu ödeme emrine itiraz ederken iyi niyetli de olsa –diğer şartlar da gerçekleşmişse- tazminata mahkûm edilebilecektir. Borçlu, borçlu olduğunu ve borcun miktarını bildiği veya bilebilecek durumda olduğu halde itiraz ettiği için itirazı haksızdır²⁵.

Buna karşılık, ödeme emrine itiraz eden kişi, borçlu değil de, borçlunun velisi, vasisi veya mirasçısı ise, asıl borç, bu kişilerin kendi fiillerinden doğan bir işlem olmadığından, borçlu aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için bu kişilerin kötü niyetli olarak itiraz

²² *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 696 vd.; *Kuru / Arslan / Yılmaz*, s. 167; *Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes*, s.182 ; *Postacioğlu*, s. 184 vd.; *Üstündağ*, s. 108; *Yüksel*, K.: İtirazın İptali ve Alacağın Tahsili Davalarının Açılış Şekli, Süresi ve Doğurduğu Sonuçlar Bakımından Uygulamada Çıkan Boşluk Hakkında Bir İnceleme, AD, 1988/3, s. 20.

²³ *Sunar*, s. 47; *Kuru*, B. / *Arslan*, R. / *Yılmaz*, E. : İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 25. B., Ankara 2011, s. 167; *Erdem*, s. 182.

²⁴ *Ansay*, S. Ş.: Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. B., Ankara 1960, s. 61; *Berkin*, Rehber, s. 424; *Kuru*, El Kitabı, s. 233; *Muşul*, T. : İcra ve İflâs Hukuku, 4. B., Ankara 2010, s. 389; *Uyar*, Şerh, s. 4256; *Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes*, s. 181; *Sunar*, s. 47; *Köylüoğlu*, s. 59.

²⁵ *Postacioğlu*, s. 187. *Berkin*, s. 423. Aksi yöndeki görüş sahiplerine göre ise itirazın haksızlığına karar verilen borçlu, itirazında samimi olduğunu, yani ödeme emrine iyi niyetle itiraz ettiğini delilleriyle ispat ederse icra inkâr tazminatına mahkûm edilmemelidir (*Karaca*, A., İcra İnkâr Tazminatı, AD, 1953/4, s. 377; *Belgesay*, s. 136).

ettiklerinin ispat edilmesi gerekir (İİK m. 67, III). Borçlunun borcu olduğunun bilindiği veya durum icabı bilinmesi gerektiği hallerde yapılan itiraz, kötü niyetle yapılmış kabul edilir²⁶. Bu kişilerin kötü niyetini ispatlayacak olan alacaklıdır. Buna göre, alacaklı, ödeme emrine itiraz eden mirasçının, velinin, vasinin veya kayyımın, takip konusu borcun borçlusu olan miras bırakana, velayet veya vesayet altındaki kişiye ait olduğunu bilerek itiraz ettiğini veya bunu bilebilecek durumda olduğunu yahut bunu bilmemesinin kendi kusurundan ileri geldiğini yahut da gereken incelemeyi yapsaydı söz konusu borcu öğrenebilecek durumda olduğunu ispatlarsa, borçlu icra tazminatına mahkûm edilir²⁷.

2. YARGILAMA YAPILMASININ GEREKİP GEREKMEDİĞİ KRİTERİ

Yargıtay'ın eski kararlarında benimsediği bu kritere göre uyumsuzluk, yetkisi sınırlı olan icra mahkemesinde çözümlenebilecek nitelikte ise, itirazın iptali davasında icra tazminatına hükmedilir²⁸. Diğer bir deyişle, alacaklının elinde İİK m. 68'de zikredilen belgelerden birinin olması gerekir. Alacaklının elinde söz konusu belgelerden biri yoksa, itirazın iptali davasında lehine karar verilmiş olsa bile, icra tazminatına hak kazanamaz. Şu halde, itirazın iptaline bakan mahkeme, ancak İİK m. 68'de belirtilen nitelikte bir belge ile iddiasını ispat eden alacaklı lehine icra tazminatına hükmedebilir.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın benimsediği bu kriter öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Zira alacaklının elinde İİK m. 68'de zikredilen belgelerden biri olmasa bile alacağın likit olduğu hallerde borçlu itirazında haksızdır; bu nedenle tazminata hükmedilmelidir. Alacağın

²⁶ *Kuru*, Tazminat, s. 759; *Kuru*, B. : İcra İflâs Hukuku I, s. 317; *Uyar*, T.: İcra Hukukunda İtiraz, 2. B., Manisa 1990, s. 219.

²⁷ *Berkin*, N.: Takip Hukuku Kararlarının Temyizinde Yeni Yargıtay Dairelerinin Görevleri ve Yargıtay İcra ve İflâs Dairesinin Son İçtihatları, İÜHF 1975/1-2, s. 183.

²⁸ Örneğin: "...Davaçılının icra inkâr tazminatının hüküm altına alınabilmesi için takibin icra tetkik merciince devamına karar verilebilecek ve muhakmeyi gerektirmeyecek bir durumda bulunması gerekir. Olayda bu şart tahakkuk etmemiştir. Şu halde icra inkâr tazminatının hüküm altına alınması yanlıştır..." (Y 9. HD, 24.1.1984, E. 4885, K. 5970, YKD 1984/6, s. 893-894).

belgeye bağlanmaması, o alacağın likit olma niteliğini ortadan kaldırmaz²⁹.

Öte yandan böyle bir kriter, kanunun amacına da uygun değildir. İtirazın mahkemede iptalini düzenleyen İİK m. 67 ile icra mahkemesinde itirazın hükümsüz hale getirilmesinin mümkün olmadığı hallerde alacaklının hakkını aramasına olanak tanınmaktadır. Bu itibarla, alacak likit olmasına rağmen, alacaklının elinde sırf İİK m. 68’de zikredilen belgelerden biri olmadığı için, borçlunun icra tazminatına mahkûm edilemeyeceği kabul edilirse, ilamsız icrayı durdurmak için borçlunun itirazının yeterli olduğu bu sistemde kötü niyetli davranışlar yaptırımsız kalacağı gibi, belge bağlı olmayan likit alacağın ilamsız icra yoluyla tahsili geciktirilmiş ve alacaklı zarara uğratılmış olur³⁰.

Yargıtay bu görüşünü 15.12.1967 tarih ve E. 4-1344, K. 615 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararıyla³¹ değiştirmiş ve itirazın haksız sayılması konusunda öğretide egemen olan görüşü benimsemiştir. Bu kararda özetle, icra inkâr tazminatı için borçlunun itirazında haksız olduğuna mahkemece karar verilmiş olmasının yeterli olduğu; bunun dışında takip konusu alacağın belirli, sabit olmasının, borçlu tarafından bilinmesi veya tespit edilmesinin mümkün olmasının, diğer bir deyişle, hâkimin takdirine bağlı olmamasının gerektiği belirtilmiş ve belgeye bağlı olsun veya olmasın böyle bir alacağa karşı borçlunun yapacağı itirazın haksız sayılacağı ifade edilmiştir³². Karara göre takip konusu alacağın miktarı ancak mahkemece yapılacak inceleme ile belirlenecek ise, itiraz eden borçlu icra inkâr tazminatına mahkûm edilemeyecektir.

3. BEYAN MECBURİYETİ KRİTERİ

Bu kriter İngiliz medeni usul hukukundan esinlenilerek *Umar* tarafından önerilmiştir. Bu kritere göre, borçlu, likit olmayan alacaktan dolayı yapılan takipte, sorumluluğun varlığına değil, sadece talep edilen alacağın miktarına itiraz ederse, borçlu, borcun kabul ettiği kısmını

²⁹ *Kuru*, Tazminat, s. 750; *Postacıoğlu*, s. 186; *Üstündağ*, s. 133; *Sunar*, s. 50.

³⁰ *Kuru*, Tazminat, s. 751-752.

³¹ Karar için bkz. RKD 1968/11-1, s. 34-38.

³² *Erdem*, s. 182.

açıklamaya zorlanacaktır. Borçlu bunu yaptığında tanımış (kabul etmiş) olduğu alacak miktarı bakımından ödeme emri kesinleşecek ve alacaklıya o para tutarı için takibin sürdürülmesini, haciz yapılmasını isteme yetkisi gelecektir. Borçlu ileri sürülen alacak miktarını tamamıyla yahut kısmen inkâr ederse, alacaklı, borçlunun inkâr ettiği miktardan ne kadarını mahkemede hükme bağlatırsa, borçlu, “haklı” olduğunu bildiği halde ya da bilmesi gerekirken inkâr ettiği kısım için icra inkâr tazminatına mahkûm edilecektir. Alacaklı, itirazın iptali davası sonucunda borçlunun kabul ettiğinden daha fazlasına hüküm alırsa, borçlu, aradaki fark için icra inkâr tazminatı ödemelidir. Buna karşılık, alacaklı, borçlunun kabul ettiğinden daha fazla miktardaki alacağı hüküm altına aldırarak için dava açarsa, dava sonuçlanıncaya kadar borçlunun kabul ettiği miktar için icra takibi yapılmamalı ve sonuçta talep ettiği miktarın reddedilen kısmı için icra tazminatına mahkûm edilmelidir.

Buna karşılık, borçlu, alacaklının talep ettiği miktardan azını kabullenmekte ya da alacaklı, borçlunun kabullendiği meblağdan fazlası için davaya devam etmekte, iyiniyetli bir soruşturmanın mümkün kılacağı tahmine nazaran haklı sayılabiliyorlarsa, hiçbir taraf tazminata mahkûm edilmeyecektir. Böyle bir soruşturma sonucunda tahminde bulunmak mümkün olduğu halde, tahmin edilebilecek miktardan azını teklif eden borçlu veya çoğunu istemekte ısrar eden alacaklı tazminata mahkûm edilmelidir. Şayet borçlu, davanın başında, borçtan dolayı sorumluluğuna karar verileceğinin kesin ya da kesine yakın derecede muhtemel olduğunu anlayabilecek durumdaysa kötü niyetli sayılır. Aynı kriter, takip alacaklı bakımından da uygulanır³³. Bu kriterin savunucu olan *Umar*, İcra ve İflâs Kanunu’nun 67. maddesinin ikinci fıkrasına şöyle bir ilavede bulunulmasını önermiştir: “*Bu davada, borçlunun itirazının tümünün ya da bir bölümünün iptali halinde, borçlu, alacaktan yeterli dayanağa sahip olduğunu bilirken ya da bilmesi gerekirken itiraz ettiği mahkemece kabul edilecek bölüm için; istemin tümüyle ya da bir bölümüyle reddi halinde,*

³³ *Umar*, B.: Medeni Usul Hukukumuzda Reform Hazırlıkları Dolayısıyla İngiliz Medeni Usul Hukukunun Bazı Özellikleri, MHAD, 1968/2, s. 173-174; *Umar*, B.: İcra Kovuşturmasında Yaşanan Temel Sorunlar, İcra-İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 17 Haziran 1977, s. 23.

alacaklı, yeterli dayanağa sahip olmadığını bilirken ya da bilmesi gerekirken öne sürdüğü mahkemece kabul edilecek iddia bölümü için... ”³⁴.

Bu görüş öğretide eleştiriye uğramış ve İngiliz hukukunda mülhem bu sistemin Türk hukukuna uymadığı, borçlunun savunma *imkân*larını kısıtladığı ve savunma bakımından esaslı bir sistem (anlayış) değişikliği getirdiğinden kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir³⁵. Öte yandan, likit olmayan alacaklarda, borçlunun kabul ettiği miktarı açıklamaya mecbur tutulması adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Zararın tespiti bilirkişiler tarafından yapılırken, borçludan zararın ne olduğu ve ne kadarlık kısmına itiraz ettiğini açıklamasını istemek doğru olmayacaktır. Fakat borçlunun haksız fiil ile alacaklıya zarar verdiği hallerde haksız fiili hiçbir biçimde işlemedim türündeki bir itirazı üzerine, sırf alacak likit olmadığı için tazminata mahkûm edilmemesi TMK m. 2’deki dürüstlük kuralına aykırı düşecektir. Bu gibi durumlarda borçlunun icra tazminatından kurtulması mümkün olmamalıdır. Özetle, İngiliz hukukundan esinlenilerek önerilen sistem kısılması beklenen işleri daha da uzatmaya müsait olduğu gibi fayda sağlamaktan da uzak olup adil de değildir³⁶.

4. DÜRÜSTLÜK KURALI KRİTERİ

İnkâr tazminatının gerekçesini açıklamada başvurulmuş kriterlerden biri de dürüstlük kuralıdır (TMK m. 2)³⁷. Bu görüşün temsilcilerinden olan *Arpacı*’ya göre itirazın iptali davasında borçlunun itirazının

³⁴ Umar, Sempozyum, s. 24.

³⁵ Postacıoğlu, İ. : İcra-İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 17 Haziran 1977, Tartışmalar Kısmı, s. 41-42.

³⁶ Alangoya, Y.: İcra-İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 17 Haziran 1977, Tartışmalar Kısmı, s. 45-47. Karş. Pekcantez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 183, dn. 135. Yazarlara göre de haksız fiilden doğan alacak nedeniyle başlatılan takibe karşı yapılan itiraz ile borcun doğmadığı veya sona erdiği ileri sürülmüşse, bu itiraz dürüstlük kuralına aykırı olacağından alacaklı lehine icra inkâr tazminatına hükmedilebilmelidir.

³⁷ TMK m. 2’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralının icra ve iflâs hukukunda da geçerli olduğu hakkında bkz. Arslan, R.: Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 134 vd.

haksızlığına karar verebilmek için likit alacak-likit olmayan alacak kriteri itirazın haksız olup olmadığı probleminin çözümünde önemli bir rol oynamakla beraber her olayda tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını sağlayamamaktadır. Buna karşılık dürüstlük kuralı bu konuda ihtiyaç duyulan kriteri sağlamaktadır. Zira İİK m. 67’de itirazın “haksız” olması aranmıştır. Haksız terimi ise hukuka aykırı düşen, hukukça beğenilmeyen, hukukça korunmayan, hukukun kendisini müeyyide ile karşıladığı gibi anlamlara gelmektedir. Dürüstlük kuralına açıkça aykırı olan itirazların ise bu nitelikte olduğu izahtan varestedir. Vurgulamak gerekir ki, dürüstlük kuralı kriterinin kabul edilmesi ile likit olan-olmayan alacak ayırımı tümüyle göz ardı edilmiş de değildir. Hâkimin yapması gereken her olayın özelliğine göre itirazın haksızlığı konusunda karar vermektir. İşte, hâkim kararını verirken dürüstlük kuralından yararlanacaktır. Bunun için de öncelikle öğretide egemen görüş konumundaki likit olan-olmayan ayırımından yararlanacaktır. Fakat bu şekilde bir sonuca varamazsa dürüstlük kuralına başvuracak; artık bu aşamada alacağın likit olup olmamasıyla bağlı olmayacak, itirazın haksız olup olmadığını tespit edecektir. Bunu yaparken de “likit olmayan alacaklarda itiraz haksız sayılmaz” şeklinde katı bir kural ile kendini bağlı hissetmeyecektir³⁸.

Bu görüşün başka bir temsilcisi *Arslan*’a göre İcra ve İflâs Kanunu’nda birtakım istisnalar dışında icra inkâr tazminatı için borçlunun ödeme emrine kötü niyetle itiraz etmiş olması aranmamaktaysa da, kanun koyucu borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesine ilişkin hükmü (İİK m. 67) koyarken soyut olarak borçlunun itirazını cezalandırmaktan ziyade borçlunun borçlu olduğunu ve borcunun miktarını bildiği ya da bilmesi gerektiği halde borcunu inkâr etmesini, yani takibe karşı itirazda bulunmasını engellemeyi amaçladığından, dürüstlük kuralına aykırı düşmeyen bir itiraz nedeniyle borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilmemesi gerektiği sonucuna varmak gerekir. Yazara göre icra ve iflâs hukukunda da uygulanabilecek olan

³⁸ *Arpacı, A.*: Borcu Likit “Liguide” Olmayan Borçlunun, İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatına Mahkûm Edilmesi Mümkün müdür?, *Yargı Dünyası*, 1980/52, s. 22 vd.

dürüstlük kuralına, itirazın haksız olup olmadığını saptamada ikincil olmak koşuluyla başvurulabilir. Bu sayede bu konuda mevcut kurallara göre çözüme kavuşturulamayacak sorunlara çözüm getirmek mümkün olabilecektir. Zira, Kanun icra inkâr tazminatına mahkûmiyet için itirazın “haksız” olmasını aramıştır. “Haksızlık” ise, hukuka aykırılık, hukukça onaylanmayan, hukuk tarafından korunmayan veya hukukun bir yaptırımla karşı koyduğu durum anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, “haksız itiraz” bu anlamları itibarıyla, genellikle dürüstlük kuralına aykırı düşen bir davranışa işaret etmektedir³⁹.

Deynekli / Kısa'ya göre ise borçlunun, haksız veya sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat alacakları için aleyhine yapılan takibe borcun doğmadığı yahut sona erdiği yolunda itirazda bulunursa, bu itiraz dürüstlük kuralına aykırı olacağından borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesi gerekir⁴⁰.

Öğretide *Sunar*'ın da bu görüşte olduğu söylenebilir. Yazara göre özellikle alacağın likit olmadığı hallerde TMK m. 2'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralından yararlanılabilir. Haksızlık, hukuka aykırı olan, hukuken uygun görülmeyen ve hukuk tarafından korunmayan veya hukukun bir yaptırımla karşı koyduğu durum anlamına geldiğine göre, haksızlığın bu anlamı göz önünde bulundurulduğunda, haksız itiraz genellikle dürüstlük kuralına da aykırı bir itiraz olacaktır. Bu sebeple, itirazın haksızlığı konusunda, likit olan-olmayan alacak ayırımını esas alan kriterin yanı sıra TMK m. 2'deki dürüstlük kriterinden de yararlanılmalıdır. Bu iki kriter birbirini tamamlamaktadır⁴¹.

Yıldırım / Deren-Yıldırım da icra inkâr tazminatının temelinde dürüstlük kuralının yattığını belirtmişlerdir⁴².

Dürüstlük kuralını kriter olarak benimseyen bu görüş de eleştirilmiştir. Buna göre, doğumunda belirli olmayan bir alacak, ilamsız takip konusu yapılırsa, borçlu ya borcu olmadığı yahut o kadar olmadığı

³⁹ Arslan, s. 136-137.

⁴⁰ *Deynekli / Kısa*, s. 178.

⁴¹ *Sunar*, s. 65.

⁴² *Yıldırım, K. / Deren-Yıldırım*, N.: İcra Hukuku, 4. B., İstanbul 2009, s. 106.

düşüncesindeyse, kısmi itirazın tâbi olduğu koşulları gerçekleştirilmeyeceği nedeniyle yine borcunun bulunmadığı şeklinde itirazda bulunacaktır. Yoksa itirazında alacaklının dayandığı sebebin inkârı gibi bir yola gitmek zorunda değildir. Gerek sözleşmeye aykırılık gerekse haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin gerçekleşebilmesi bazı kanuni şartların mevcudiyetine bağlıdır. Olaylarda takip borçlusu dahi böyle bir sorumluluğun kendisi için doğmuş olup olmadığını bilmeyebilir. İşte, böylesi durumlarda “borcum yoktur” diye itirazda bulunan borçluyu haksız saymak doğru olmayacaktır. Bundan başka, borçlunun bir sorumluluğunun olması durumunda dahi bunun miktarının ne olduğunu belirlemek için yargılama yapmaya gerek vardır⁴³.

II. YARGITAY’IN GÖRÜŞÜ

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda egemen görüşü benimsemekte ve likit olan-olmayan alacak ayırımını esas almaktadır. Yargıtay’ın likit alacak olarak benimsediği alacaklara şu örnekler verilebilir⁴⁴: Satış sözleşmesi uyarınca düzenlenen faturaya dayanan alacak; taraflar arasında düzenlenmiş bulunan protokolden kaynaklanan alacak; ödünç sözleşmesinden doğan alacak⁴⁵; semen bedeli alacağı⁴⁶; kira

⁴³ Üstündağ, s. 109, dn. 322a.

⁴⁴ Yılmaz, Likid Alacak, s. 90-91; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 702-704; Kuru, B.: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., İstanbul 2006, s. 230-231; Uyar, Şerh, s. 4251 vd.; Erdem, s. 183-184; Sunar, s. 51vd.; Köylüoğlu, s. 53-56; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 168.

⁴⁵ “...Alacaklı bir karz ödünç sözleşmesine dayanarak beş milyon liralık bir alacak için takip talebinde bulunmuş ise, borçlu bu karz sözleşmesinden dolayı kaç lira borçlu olduğunu bilebilecek durumdadır. Burada, borcun gerçek miktarının tespiti için mutlaka alacaklı ile borçlu arasında bir anlaşmaya ve olmazsa bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Buna rağmen borçlu “borcum yoktur” diye borcun tamamına itiraz eder ve mahkemece mesela üç milyon lira ödemeye mahkûm edilirse, borçlu itirazında haksız çıkmış demektir; icra inkâr tazminatına da mahkûm edilmesi gerekir. Çünkü, borçlu, karz sözleşmesinden dolayı üç milyon lira borçlu bulunduğunu, mahkeme kararı olmadan da bilebilirdi...” (Y 13. HD, 1.6.1982, E. 1982/3570, K. 1982/4007, Köylüoğlu, s. 39-40).

⁴⁶ “...Alacaklı, borçluya satıp teslim ettiği bir malın satış bedeli olan beşyüzbin lira için takip talebinde bulunmuşsa, borçlu, alacaklı ile böyle bir satış sözleşmesi yapıp yapmadığını, bu satış sözleşmesi gereğince o malı teslim alıp almadığını ve nihayet malın satış bedelinin ne kadar olduğunu ve bunu ödeyip ödemediğini bilebilecek durumdadır, yani alacak likiddir. Bu satış bedelinin gerçek miktarının tespiti için mutlaka bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Buna rağmen, borçlu ödeme emrine itiraz

sözleşmesinden doğan kira alacağı; vekalet sözleşmesinden doğan alacak; sözleşmede belirlenmiş komisyon alacağı; tapulu taşınmazın adi belge satışı ile ilgili olarak verilen paranın geri alınması alacağı; noter önünde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi uyarınca alıcı tarafından satıcıya ödenmiş olan bedel alacağı; profesyonel futbol sözleşmesinde açıkça ödeneceği belirtilen alacak; banka kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacak⁴⁷; tüketici kredisinden doğan alacak; kredi kartı üyelik sözleşmesinden doğan alacak; kredi kartı ile yapılan harcamadan doğan banka alacağı; kambiyo senedinden doğan alacak; işçinin ihbar ve kıdem alacağı vs.

Buna karşılık Yargıtay kararlarında kimi alacakların likit olmadığı kabul edilmiştir. Bu alacaklara şu örnekler verilebilir⁴⁸: İtiraza uğrayan faturadan kaynaklanan alacak; henüz tazmin edilmemiş bulunan teminat mektubu bedelinin depo edilmesi talebi⁴⁹; kaybedilen teminat mektubunun

eder ve mahkemece (satış sözleşmesi ve buna göre malın teslim edildiği tespit edilerek) borçlu, satış bedeli olan beşyüzbin lirayı alacaklıya ödemeye mahkûm edilirse, itirazında haksız çıkmış demektir; icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesi gerekir...” (YHGK, 13.11.1957, E. 1957/3, K. 1957/50-49, Köylüoğlu, s. 40).

⁴⁷ “...Dava konusu uyumsuzluk, banka kredi kartı borcundan kaynaklanmaktadır. İİK'nın 67/2. maddesi hükmü gereğince borçlunun itirazında haksızlığına karar verilen miktar üzerinden icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile bu istemin reddine karar verilmesi isabetsizdir...” (Y 19. HD, 3.4.2003, E. 2003/90, K. 2003/3349, Kaçak, N.: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1, 3. B., Ankara 2006, s. 587).

⁴⁸ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 705-706; Yılmaz, Likid Alacak, s. 91-92; Kuru, El Kitabı, s. 232; Erdem, s. 184-185; Uyar, Şerh, s. 4253 vd.; Sunar, s. 57 vd.; Köylüoğlu, s. 57-58; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 169.

⁴⁹ “...Dava, yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere İİK'nun 67. maddesine istinaden açılmış bir icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkin bulunmaktadır. İcra takip dosyası içindeki takip talebinde ise, takibin konu yapılan (894.000) liralık alacağın sebebi teminat mektubu kredi taahhütnamesinin 11. maddesine istinaden (nakit teminat) talebi olduğu açıklanmış ve anılan taahhütname de takip talebine eklenmiş bulunmaktadır... Bu durum karşısında, davanın bir alacağın tahsili davası şeklinde değil de akdi ilişkiye dayanarak açılmış bir teminat şartını yerine getirme (depo) davası olarak nitelendirilerek, sadece dava konusu (894.000) liranın davalılar tarafından depo edilmek amacıyla ödenmesine ve bu davanın niteliği ve özelliği dikkate alınarak maktu harç ve maktu vekâlet ücretine hükmedilerek icra inkâr tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, bu hususlar gözden kaçırılarak...” (Y 11. HD, 26.4.1985, E. 1985/2804, K. 1985/2518, Deyneki / Kısa, s. 769). Yargıtay'ın uygulamada “depo davası” olarak bilinen bu tip davalarda icra inkâr tazminatına mahkûm edilemeyeceği yolundaki kararları öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Zira takip alacaklısı sözleşmede

tazmini talebinden kaynaklanan alacak; kaçak elektrik, su ve doğalgaz kullanımından kaynaklanan alacaklar; sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak; haksız fiilden doğan alacak; trafik kazasından doğan tazminat alacağı; sözleşmede kararlaştırılmamış bulunan faiz alacağı; munzam zarar alacağı⁵⁰, kat karşılığı eser yapım sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart ve kira mahrumiyeti alacağı; bilirkişi raporuyla tespit edilme ihtiyacı olan alacak; sigorta tazminatına konu olan alacak⁵¹ vs.

III. KİŞİSEL GÖRÜŞÜMÜZ

İcra inkâr tazminatı yukarıda da belirtildiği üzere borçlunun haksız itirazlarla alacağına kavuşmasını geciktirmesini ve icra daireleri ile mahkemelerin boş yere meşgul edilmesini önlemeye yönelik olarak kabul edilmiş bir yaptırımdır. Bu yaptırımın uygulanması için ise borçlunun itirazının haksız olması gerekmektedir. Haksızlığın tespitinde alacağın likit olup olmaması kriteri ile dürüstlük kuralı kriterine başvurulabilir. Ancak bazı Yargıtay kararları ile öğretide ileri sürüldüğü gibi kategorik olarak bazı durumlarda likit alacak olacağını yahut olmayacağını söylemek isabetli değildir. Öğretide özellikle haksız fiillerden⁵² ve

teminat miktarı olarak belirlenen meblağı talep etmişse, bu, borçlu tarafından kolaylıkla bilinebileceğinden bu tip alacaklara istinaden başlatılan takiplere itiraz edildiğinde borçlu icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmelidir (*Kuru*, İcra I, s. 203).

⁵⁰ “...Davacı vekili...kur farkı nedeniyle müvekkilinin 6831 dolar alacağı bulunduğunu, bu alacakla ilgili yapılan ilamsız takibe davalı tarafça itiraz edildiğini ileri sürerek davalının itirazının iptaline 40 % icra inkâr tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir...Borçlu munzam zarardan ancak zararın meydana gelmesinde hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmekle kurtulur. Görüldüğü gibi munzam zararın tespiti yargılamayı gerektirdiğinden diğer bir anlatımla alacak likid olmadığından İ.İ.K'nun 67/2 maddesi uyarınca icra inkâr tazminatına hükmedilmez...” (Y 19. HD, 9.4.1996, E. 1996/9690, K. 1996/3573, Deynekli / Kısa, s. 758).

⁵¹ “Talep, bir sigorta tazminatına ilişkin bulunmakla ve bu nevi alacakların doğrudan doğruya, bir mahkeme hükmü olmadan icra yolu ile talebi esas itibarıyla mümkün bulunmamakla bu nevi tazminat alacaklarının likid alacak olarak kabulü ve itiraz halinde inkâr tazminatına hükmedilmesi olanak dâhilinde bulunmadığından mahkemece inkâr tazminatı isteminin reddi gerekirken bu tazminata hükmedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...” (Y 11. HD, 28.1.1987, E. 1986/6796, K. 1988/331, Deynekli / Kısa, s. 769).

⁵² *Kuru*, El Kitabı, s. 232; *Kuru / Arslan / Yılmaz*, s. 169; *Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes*, s. 183; *Yıldırım / Deren-Yıldırım*, s. 106. “...Dava, davacı şirkete ait elektrik direğine zarar veren sigortalı aracın neden olduğu zarara ilişkin itirazın iptaline ilişkindir. Özü itibarıyla tazminat istemine yönelik olan bu davada alacağın saptanması

sebepsiz zenginleşmeden⁵³ doğan tazminat alacakları bakımından bu alacakların likit olmayacağı tabiri caizse peşin olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda örneğin elektronik eşya satan bir mağazada personel ile tartışan ve üzerinde etiketi bulunan bir televizyonu parçalayan bir kişiye (borçluya) karşı bu televizyonun bedeli için başlatılan takip ile talep edilen alacağın likit olmadığını söylemek güçtür. Benzer şekilde, söz gelimi, bir kişinin hesabına sırf isim benzerliği nedeniyle 100.000 TL yatırılmış ve daha sonra bu kişiye karşı sebepsiz zenginleşme nedeniyle takip başlatılmışsa burada da borçludan talep edilen miktarın likit olmadığı söylenemez. Dolayısıyla kanımızca bu tip kategorik yaklaşımlardan kaçınılmalı ve her somut olayın özelliğine göre itirazın iptali davasına bakan mahkeme borçlunun itirazının haksız olup olmadığına karar vermelidir.

Öte yandan öğretilerde borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için haksız sayılan itirazın muhakkak “esasa ilişkin” olması gerektiği yönündeki⁵⁴ görüşe de katılmıyoruz. Zira kötü niyetli bir borçlu sırf takibi geciktirmek amacıyla gönderilen ödeme emrine karşı yetkisizlik nedeniyle de itiraz da bulunabilir. Bu tip bir itirazla karşılaşan alacaklının bu itirazı hükümden düşürmek için itirazın iptali davası açması durumunda onun da alacağına kavuşmakta gecikeceği aşikârdır. İcra inkâr tazminatı borçlunun haksız itirazlarla takibi sürüncemede bırakmasını engellemeye yönelik bir müeyyide olduğundan bize göre esasa ilişkin olmayan itirazlar bakımından da borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi gerekir.

Borçlu takip talebiyle kendisinden istenen likit bir alacağın bir kısmına itiraz etme *imkâm* olduğu halde o, alacağın tamamına itiraz

kusur ve hasar açısından incelenme ve hakimın takdirini gerektirmekte olup, gerek, icra takibi tarihinde, gerekse dava tarihinde tazminat alacağı henüz likid değildir. O halde, davacının icra inkâr tazminatı isteminin reddedilmesi gerekir iken, yazılı şekilde kabulü doğru görülmemiş...” (Y 11. HD, 23.12.1996, E. 1996/8492, K. 1996/9039, Deynekli / Kısa, s. 757).

⁵³ Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özkes, s. 183, dn. 136; Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 106.

⁵⁴ Köylüoğlu, s. 41-42.

etmişse, itirazın iptali davası sonucunda haksız çıktığı miktar bakımından icra inkâr tazminatına mahkûm edilmelidir⁵⁵.

Günümüzde sosyal ilişkilerin daha da kompleks bir hal alması nedeniyle davalarda bilirkişilere başvurma oranları da giderek artmaktadır. Bu nedenle mahkemelerin borçluları icra inkâr tazminatına mahkûm ederken biraz daha hassas davranmaları uygun olur. Zira mahkemelerin dahi uygulamada tazminatların hesaplanmasında sıklıkla bilirkişilere başvurduğu bir ortamda borçlunun borç miktarını bizzat ve hatasız olarak hesaplamasını beklemek gerçekçi olmayacaktır⁵⁶. Nitekim, öğretide de, kanımızca haklı olarak “takip konusu alacak, yapılacak basit bir hesaplama ile belirli hale gelebilecek ise, bu alacak likit sayılır” denmiştir⁵⁷.

Tazminat alacağı likit olmamakla beraber taraflar kendi aralarında anlaşarak zarar ve tazminat miktarını belirlemişler ve buna rağmen borçlu ödeme emrine itiraz etmişse mahkemenin borçluyu icra inkâr tazminatına mahkûm etmesi gerekir⁵⁸. Zira tarafların anlaşmasıyla likit olmayan alacak likit olacak haline gelmiştir.

⁵⁵ Köylüoğlu, s. 40-41.

⁵⁶ Nitekim Yargıtay’ın da bu yönde kararları vardır. Örneğin: “...(D)avcının halefiyet esasına göre yönelttiği talebi, tazminat hukukuna göre yapılan kusur ve hasar incelemeleri sonucu düzenlenen bilirkişi raporları ile çözümlendiğinden bu alacağın likit nitelik taşıdığından söz edilemeyeceğine göre, mahkemece davacının icra inkâr tazminatı isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yolundaki hüküm tesisi yerinde görülmediğinden...” (Y 11. HD, 21.5.1998, E. 1998/1502, K. 1998/3541, Deyneklî / Kısa, s. 751); “...Davanın ve somut olayın niteliği dikkate alındığında likit bir alacağın varlığından söz edilemeyeceği, diğer bir anlatımla, alacağın tayininin alınacak uzman bilirkişi raporu doğrultusunda mahkemenin takdirinde bulunduğu gözetilmeksizin davalı aleyhine İİK’nun 67/2. maddesi uyarınca icra inkâr tazminatına hükmedilmesinde isabet görülmemiştir...” (Y 19. HD, 28.1.1997, E. 1996/3389, K. 1997/514, <http://www.hukukturk.com>, erişim tarihi: 20.9.2012). Aksi görüş için bkz. Yılmaz, Likid Alacak, s. 92-93. Yazara göre borçlunun takip üzerine yalnız başına yapabileceği hesaplama ile mahkemenin davada başvuracağı hesap bilirkişisi incelemesini birbirine karıştırarak sonuca varmak doğru değildir.

⁵⁷ Muşul, s. 388.

⁵⁸ “...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve tazminat alacağı likid olacak niteliğini haiz değilse ise de, davadan önce taraflar ödenecek tazminat miktarı konusunda anlaşmış ve zarar miktarını müştereken belirlemiş oldukları anlaşılmış olmasına göre olayın bu

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere itirazın iptali davasına bakan mahkemenin borçluyu icra inkâr tazminatına mahkûm ederken oldukça dikkatli olması gerekmektedir. Zira borçlunun itirazının ne zaman “haksız” sayılacağı konusunda bugüne kadar net bir kriter ortaya konulamamıştır. Bu durumda akla iki çözüm gelmektedir. Bunlardan birincisi kötü niyetle mücadelenin sürdürülmesi bakımından tereddüt halini tazminat ödeyecek olan borçlunun aleyhine yorumlamak; diğeri ise genel hukuk ilkeleri çerçevesinde ve özel olarak cezada geçerli olan “şüphe sanığın lehine yorumlanır” ilkesinden hareketle tereddüt halini tazminata mahkûm edilecek kişinin lehine yorumlamaktır⁵⁹. Kanımızca ikinci çözüm benimsenmelidir. Aksi takdirde borçlular haklı olabileceklerine inansalar dahi itiraz etmekten çekinebileceklerdir. Bu ise anayasal olarak da güvence altına alınmış bulunan (AY m. 36) hak arama özgürlüğüne zarar verebilecektir.

özelliği itibarıyla icra inkâr tazminatına hükmedilmesi yasaya aykırılık teşkil etmediğinden kararın onanması gerekmiştir...” (Y 11.HD, 9.2.1998, E. 1997/9863, K. 1998/595, Deynekli / Kısa, s. 753).

⁵⁹ Yılmaz, Likid Alacak, s. 93; Erdem, s. 187. Örneğin: “...Sözleşmenin ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde feshedilmiş olup olmadığı taraflar arasında uyuşmazlık konusu oluşturduğu için yargılamayı gerektirmektedir. Gerçekten mahkemece taraf delilleri toplanmış, yargılama yapıldıktan sonra davacının ihbar tazminatına hak kazandığı görülmüştür, bu da göstermektedir ki, alacak likit değildir. Böyle olunca icra inkâr tazminatı isteğinin reddine karar verilmelidir...” (YHGK, 15.5.2002, E. 2002/9, K. 2002/429, Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özkes, s. 184, dn. 138).

SONUÇ

Borçlunun yaptığı itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için alacağın likit olması gerekmektedir. Bununla birlikte daha baştan bazı sorumluluk türlerinden (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi) kaynaklanan alacakların her halükarda likit olduğu söylenemez. Borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için onun itirazının “haksız” olması arandığından haksızlık belirlenirken yardımcı kriter olarak dürüstlük kuralına da (TMK m. 2) başvurulabilir.

Alacağın likit olması durumunda borçlu, alacaklının talebi üzerine % 20 oranında tazminata mahkûm edilebileceğinden mahkemelerin icra inkâr tazminatına mahkûmiyet kararı verirken hassas davranmaları ve tereddütlü durumları takip borçlusuna lehine yorumlamaları uygun olacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

AY	: Anayasa
B.	: Baskı
BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi	
K.	: Karar
Karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
s.	: sayfa

TMK	: Türk Medeni Kanunu
vs.	: ve saire
Y	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

Alangoya, Y.: İcra-İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 17 Haziran 1977, Tartışmalar Kısmı, s. 42 vd.

Ansay, S. Ş.: Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. B., Ankara 1960.

Arar, K.: İcra ve İflâs Hükümleri, C. 1, Ankara 1944.

Arpacı, A.: Borcu Likit “Liguide” Olmayan Borçlunun, İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatına Mahkûm Edilmesi Mümkün müdür?, Yargı Dünyası, 1980/52, s. 22 vd.

Arslan, R.: Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

Belgesay, M. R.: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4. B., C. I, İstanbul 1955.

Berkin, N.: Takip Hukuku Kararlarının Temyizinde Yeni Yargıtay Dairelerinin Görevleri ve Yargıtay İcra ve İflâs Dairesinin Son İçtihatları, İÜHFİM 1975/1-2, s. 175 vd.

Berkin, N.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1982.

Deynekli, A. / Kısa, S.: İtirazın İptali Davaları, İcra İnkâr ve Kötü Niyet Tazminatı, 2. B., Ankara 2005.

Erdem, M.: İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010.

Kaçak, N.: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1, 3. B., Ankara 2006.

Karaca, A.: İcra İnkâr Tazminatı, AD, 1953/4, s. 374 vd.

Köylüoğlu, E.: İcra İnkâr Tazminatı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1999.

Kuru, B. / Arslan, R. / Yılmaz, E.: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 25. B., Ankara 2011.

Kuru, B. : İcra ve İflas Hukuku, C. I, 3. B., İstanbul 1988, (İcra I).

- Kuru, B.: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., İstanbul 2006.
- Kuru, B.: İcra İnkâr Tazminatı, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, Ankara 1968, s. 725 vd.
- Muşul, T. : İcra ve İflâs Hukuku, 4. B., Ankara 2010.
- Olgaç, S.: İcra-İflas, C. I, Ankara 1978.
- Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Sungurtekin Özkan, M. / Özekes, M.: İcra ve İflâs Hukuku, 9. B., Ankara 2011.
- Postacıoğlu, İ. E.: İcra-İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 17 Haziran 1977, s. 36 vd.
- Postacıoğlu, İ.: İcra İnkâr Tazminatı, BATİDER 1978, Cilt IX, Sayı:4, s. 951 vd.
- Postacıoğlu, İ.: İcra Hukuku Esasları, 4. B., İstanbul 1982, (İcra).
- Sunar, G.: İcra Hukukunda İcra Tazminatı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1995.
- Umar, B.: Medeni Usul Hukukumuzda Reform Hazırlıkları Dolayısıyla İngiliz Medeni Usul Hukukunun Bazı Özellikleri, MHAD, 1968/2, s. 170 vd.
- Umar, B.: İcra Kovuşturmasında Yaşanan Temel Sorunlar, İcra-İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 17 Haziran 1977, s. 5 vd.
- Uyar, T.: İcra Hukukunda İtiraz, 2. B., Manisa 1990.
- Uyar, T.: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 3, 3. B., Ankara 2006
- Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. B., İstanbul 2004.
- Yıldırım, K. / Deren-Yıldırım, N.: İcra Hukuku, 4. B., İstanbul 2009
- Yılmaz, E. : İcra Tazminatı, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 675 vd. (İcra Tazminatı).
- Yılmaz, E.: İcra İnkâr Tazminatı Açısından “Likid Alacak” Kavramı, Bankacılar Dergisi, 2008/67, s. 87 vd.
- Yüksel, K.: İtirazın İptali ve Alacağın Tahsili Davalarının Açılış Şekli, Süresi ve Doğurduğu Sonuçlar Bakımından Uygulamada Çıkan Boşluk Hakkında Bir İnceleme, AD, 1988/3, s. 19 vd.

BİR GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK TBMM ÜYELİĞİNDEN YOKSUN BIRAKMA

Av.Dr.Hüseyin AYDIN*

OZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) getirdiği en önemli yenilik, fer'i ceza kavramına yer vermeyerek "hak yoksunlukları" konusunu bir güvenlik tedbiri olarak düzenlemiş bulunmasıdır. TCK 53'üncü maddeye göre kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin bir sonucu olarak kişi belli haklardan yoksun bırakılır. Söz konusu hak yoksunluklarının biri de kişinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden yoksun bırakılmasıdır. Anayasanın 83 ve 84'üncü maddesi hükümleri ile Meclis İçtüzüğü'nün 135 ve 136'ncı maddesi hükümleri nazara alındığında TCK 53'üncü maddesi uyarınca hükmedilen TBMM üyeliğinden yoksun bırakmaya ilişkin güvenlik tedbirinin infazı ikili bir ayrımı gerektirmektedir. Anayasanın 76'ncı maddesinin 2'nci fıkrası ile 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanununun 11'inci maddesinde açıkça ismi zikredilen suçlar ile bir yıldan fazla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, kişi infaz engeli olan dokunulmazlıktan yararlanamaz. Bu durumda hükmedilen güvenlik tedbiri, milletvekili sıfatının sona ermesi beklenmeksizin infaz edilir ve kişi TBMM üyeliğinden yoksun bırakılır. Diğer hallerde ise hükmedilen cezanın ve güvenlik tedbirinin infazı milletvekili sıfatının sona ermesine bırakılır.

Anahtar Kavramlar: Güvenlik Tedbiri, Hak Yoksunlukları, TBMM Üyeliğinden Yoksun Bırakma, Siyasi Haklar, Yasama Dokunulmazlığı.

* Ankara Barosuna Kayıtlı Serbest Avukat

SUMMARY AS A SECURITY MEASURE TO DEPRIVE MEMBERSHIP OF TBMM

The most important reform brought about by Turkish Penal Code (TPC) Law No.5237 is that it does not include “accessory penalty“ so that it regulated "rights deprivation” as a security measure. Based on TPC Law article 53, a person who is sentenced to imprisonment because he or she committed a crime intentionally deprives certain rights. One of these deprivation of rights is that to leave the person deprived of membership of the Grand National Assembly of Turkey (TBMM). Considering the articles 83 and 84 of the Constitution of Turkey and articles 135 and 136 of TBMM bylaws, enforcement of security measure based on TPC Law article 53 that deprives the person membership of TBMM requires a dual separation. 2 nd paragraph of article 76 of the Constitution of Turkey and article 11 of the PM Election Law No: 2839 indicate the type of crimes that is not covered by parliamentary immunity, and it is also indicated that those receiving imprisonment for more than a year is not protected by legislative immunity. In this case, the individual’s post as the Member of Parliament is terminated and the sentence is enforced immediately. In other cases, the execution of the sentence and security measures is postponed until the PM’s term is concluded.

Keywords : Security Measures, Rights Deprivations, Deprived Membership of TBMM, Political Rights, Legislative Immunity

GİRİŞ

Ceza siyaseti açısından bir suçtan mahkum olan kişinin ceza yanında veya cezadan bağımsız olarak bir kısım hak yoksunlukları ile yaptırma tabi tutulması yaygın bir uygulamadır.765 sayılı TCK’da bu hak yoksunlukları fer’i ceza olarak düzenlenmiş, bazen süresiz bazen de süreli olarak uygulanması öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK ile hak yoksunlukları, fer’i ceza olarak değil de güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Ancak yeni düzenlemede de hak yoksunlukları, failinin tehlikeliliği ile ilgili bir araştırma yapılmaksızın hapis cezasına mahkûmiyetin bir sonucu ve kural olarak hapis cezasının süresiyle orantılı bir şekilde uygulanmaktadır. Ayrıca söz konusu hak yoksunluklarının uygulanması için failin hapis cezasına mahkûmiyeti zorunlu olduğu için,

eğer bir suçtan dolayı faile kusur atfedilemeyecekse güvenlik tedbiri de uygulanamayacaktır. Tüm bu hususlar, 5237 sayılı TCK'da hak yoksunlukları ile ilgili yapılan nitelemenin, düzenlemenin özüne yansımadağı hususunda haklı eleştirilere yol açmıştır.

TBMM üyeliğinden yoksunluk, esasında seçilme hakkından dolayısıyla bir siyasi hakkın kullanılmasından yoksunluk olarak değerlendirilmektedir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 53/1-a maddesinde, bu hak yoksunluğu, bir kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluk kapsamında düzenlenmiştir. Bununla birlikte TCK 53/1-b maddesinde seçme, seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksunluk da güvenlik tedbiri olarak sayılmıştır. Çalışmamızda düzenlemede gereksiz bir tekrar olup olmadığı ve her iki düzenlemenin kapsamı ve anlamı üzerindeki tartışmalara değinilmiştir.

Yasama görevinin niteliği ve önemi, milletvekilinin hukuki statüsünün Anayasa'da özel olarak düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede yasama dokunulmazlığı ve sorumsuzluğu, milletvekilliğiyle bağdaşmayan işler, milletvekilliğin düşmesi gibi konular, Anayasa'da açıkça düzenlenmiştir. Konuya ilişkin TBMM İç Tüzüğünde de hükümler bulunmaktadır. Konunun bir bütün olarak anlaşılması için, Anayasa ve TBMM İç Tüzüğündeki düzenlemeler ve bu düzenlemelerin, 5237 sayılı TCK'nın 53'üncü maddesiyle olan ilişkisi önem arz etmektedir. Söz konusu hükümler arasında bir tutarlılık bulunmamaktadır. Bu çerçevede mevcut düzenlemeler arasındaki çelişkiler ve bu çelişiklerin ne şekilde giderilebileceği hususunda öneriler üzerinde durulmuştur.

Kararın kesinleştiği tarihte milletvekili olarak görev yapan kişi hakkında, TBMM üyeliğinden yoksun bırakmaya dair güvenlik tedbirinin infazı özellik arz etmektedir. Bu noktada yasama dokunulmazlığının kapsamından hareketle ve TBMM İç Tüzüğündeki düzenlemeler de esas alınmak suretiyle bir sonuca varılmaya çalışılmıştır.

I. CEZA HUKUKUNDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ

A. GENEL OLARAK GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Güvenlik tedbirleri, ceza hukukunda cezanın uygulanmadığı veya uygulansa bile suçları önlemede yetersiz kaldığı hallerde başvuru ve

geleneksel ceza sistemini tamamlayan hukuki koruma araçlarıdır¹. Bu tedbirlerin amacı, genel olarak cezada olduğu gibi toplumsal düzeni savunmaktır². Savunma halen mevcut, güncel, gerçekleşmesi yakın bir tehlikeye karşı değil, tersine gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir tehlikeye karşıdır. Yine buradaki savunma ilk işlenen suçun tehlikesine karşı da bir savunma değil, suçta tekerrür tehlikesine karşı bir savunmadır³. Cezanın amacı, kusurun kefareti iken, güvenlik tedbirlerinin temel hedefi, suçlunun ıslah edilmesi, toplumsal hayata uyumunun sağlanması ve nihayet yeniden suç işlemesine engel olmak suretiyle kamu düzenin korunmasıdır⁴.

Güvenlik tedbirlerine tıpkı cezada olduğu gibi, ancak mahkemeler tarafından hükmedilebilir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, güvenlik tedbirleri için de geçerli olduğundan, kanunda yazılı olmayan herhangi bir güvenlik tedbirine hükmedilemez. Sonraki kanunun lehe olması halinde makalede şamil olacağı ilkesi, güvenlik tedbirleri için de geçerlidir⁵.

Cezada olduğu gibi güvenlik tedbirlerinin özünde kendisine tedbir uygulanan kimseye bir eza-cefa vermek vardır. Gerçekten güvenlik tedbirleri, kişinin yaşamına son vermek hariç, niteliği ne olursa olsun hukuki anlamda bir zarar ve kötülük biçiminde gerçekleşmektedir⁶. Bununla birlikte güvenlik tedbirleri cezadan farklı olarak bir “bastırma” değil, “önleme” tedbiridir.⁷

Güvenlik tedbirleri suç teşkil eden bir fiilin işlenmesini gerektiren ve ondan sonra gelen tedbirlerdir. Bu nedenle bu tedbirler, her zaman gerçekleşmiş bir suç tarafından suçun mağduruna ve topluma verilen zarar ve tehlikelerden sonraki tedbirlerdir. Buradaki zarar veya zarar tehlikesi, geçmişe veya hale ait olup fiili ve gerçektir. Bunun yanında güvenlik

¹ Kunter, s.1328;Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 233 ;Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s. 434; Demirbaş, s.582; Toroslu, s. 387;Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 905;Artuk,,s.462.

² Kunter, s.1328; Dönmezer, s.283. ; Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.434;

³ Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 238-239; Artuk,,s.474.

⁴ Erem, s.352-353. ; Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.438.; Soyaslan,*Ceza Hukuku*, s.532; Toroslu, s. 387; Nuhoğlu, s.5;Centel/Zafer/Çakmut, s.721; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 905 , Özgenc,*Türk Ceza Hukuku*, s.688-699.

⁵ Erem, s. 352 ; Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.472.;Öztürk /Erdem ,s.322; Centel/Zafer/Çakmut, s.722; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 905. Artuk,s.466;Nuhoğlu,s.9.

⁶ Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 234. ; Toroslu, s. 387; Artuk,,s.473.

⁷ Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 235. ; Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.434; Artuk,,s.473.

tedbiri, suçun tekrür tehlikesinde önceki bir tedbir olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Bu durumda tehlike, gerçek ve fiili değil mümkün ve muhtemel bir tehlike olmaktadır⁸.

“Kusursuz ceza olmaz” ilkesi uyarınca, işlediği suçtan dolayı kendisine kusur atfedilemeyen kişiye ceza verilmez. Buna karşılık, güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için kişinin kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır⁹.

B. 5237 SAYILI TCK'DA GÜVENLİK TEDBİRLERİ

1. GENEL OLARAK

5237 sayılı TCK'da güvenlik tedbirleri, birinci kitabın yaptırımlar başlıklı üçüncü kısmının ikinci bölümünde düzenlenmiştir¹⁰. Buna göre belli haklardan yoksun bırakılma (m.53), eşya müsaderesi (m.54), kazanç müsaderesi (m.55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m.56), tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri (m.60), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m.57), suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlar (m.58) ve sınır dışı edilme (m.58), Kanunda düzenlenen güvenlik tedbirleridir.

2. BELLİ HAKLARI KULLANMAKTAN YOKSUN BIRAKILMA

Toplumsal hayatta, kişiler arasında ilişkiler, güven esasına dayanır. Suç işleyen kişi, toplumun kendisine duyduğu bu güveni zedelemektedir. Bu nedenle suç işleyen kişi, özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır¹¹.

5237 sayılı TCK'nın getirdiği en önemli yenilik, fer'i ceza kavramına yer vermeyerek hak yoksunluklarını konusunu bir güvenlik tedbiri olarak düzenlemiş bulunmasıdır.¹² Ancak düzenlemenin mahiyeti itibariyle esasında fer'i ceza niteliğinde olan hak yoksunluklarının güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir.

⁸ Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 236; Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.435.;Soyaslan, *Ceza Hukuku*,s.533; Centel/Zafer/Çakmut, s.726; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 905.

⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi*,s. 632; Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, s. 472 ; Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.435; Demirbaş, s. 582; Centel/Zafer/Çakmut, s.721.

¹⁰Güvenlik tedbirlerinin, yaptırımlar başlığı altında düzenlenmesinin eleştiri için bkz. Hafizoğulları, *Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri*” s.16; Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.471.

¹¹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 53.

¹² Parlar, Ali/ Hatipoğlu Muzaffer, s. 894.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, cezadan farklı olarak güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için failin kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak hak yoksunluklarına hükmedilebilmesi için, kişinin hapis cezasına mahkûm olması gerektiğinden işlediği suçtan dolayı kusuru bulunmayan bir kişiye hak yoksunluklarına ilişkin güvenlik tedbirinin uygulanması mümkün değildir. Ayrıca bütün güvenlik tedbirlerinin temelini ve meşruiyetini failin tehlikeliliği oluşturduğundan bir güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için öncelikle failinin tehlikeliliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Buna karşılık 5237 sayılı TCK'nın 3'üncü maddesinde fiilin ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmedileceği ifade edildiğinden failin tehlikeliliği ile ilgili bir araştırma ve tespitin yapılmasına gerek bulunmamaktadır¹³. Dolayısıyla Kanunun ifadesi ile bir şey, " suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanunî sonucu " ise; artık o şey, tehlikelilikle bağıntılı olarak ortaya çıkan bir güvenlik tedbiri değil, suça tepki olarak ortaya çıkan ceza yanında, cezaya mahkumiyetin kanunî neticesi olarak ortaya çıkan fer'i cezadır¹⁴. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nda (m.17, 18, 19, 20) ve Alman Ceza Kanunu'nda (& 45 StGB) ayrıntılarda bir kısım farklılıklar olmakla birlikte, hak yoksunlukları ceza mahkûmiyetinin kanunî neticesi bir güvenlik tedbiri olarak değil; tam tersine, ceza yanında, fer'i ceza olarak düzenlenmiştir¹⁵.

TCK 53'üncü maddeye göre kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin bir sonucu olarak kişi belli haklardan yoksun bırakılır. Söz konusu hak yoksunlukları;

"a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,

¹³ Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.471;Turhan, *Hak Yoksunluğu*, s.173.

¹⁴ Hafizoğulları, *Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri*, s. 16; Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.474.; Öztürk/Erdem, s. 323;Demirbaş, s.584; Centel/Zafer/Çakmut, s.728. Yargıtay da yanı görüştür. Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulun 14.02.2006 tarih E.2006/13, K. 2006/16 sayılı kararı, Bakıcı, s. 1223-1224.

¹⁵ Hafizoğulları, *Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri*, s. 16.

c) *Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,*

d) *Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,*

e) *Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten”* yoksun bırakmak şeklinde Kanun’da sıralanmıştır. Burada sıralanan hak yoksunlukları, sınırlı sayı prensibine göre ve sayma yöntemiyle belirlenmiş olup, maddede sayılanların dışında bir hak yoksunluğunun uygulanması mümkün değildir¹⁶. Bununla birlikte kanunilik ilkesine uyulmak şartıyla, özel yasalarda düzenlenen hak yoksunluklarına da hükmedilebilir¹⁷. Maddede belirtilen hak yoksunlukları, münferit olarak uygulanmaz. Hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ceza ile birlikte infaz edilir¹⁸.

Hak yoksunluğunun infazı için, mahkeme kararında bir açıklığın bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Bir başka deyişle mahkeme, bu hususta açıkça karar vermese de, yasal koşulların varlığı halinde hak yoksunlukları uygulanır¹⁹. Zira hak yoksunlukları, mahkûmiyetin doğal sonucu olup, bu hususa hükümde yer verilmemiş olması, sanık için kazanılmış hak teşkil etmez (istisna TCK m.53/5)²⁰.

TCK 53’üncü maddeye göre bir kişinin işlediği bir suçtan dolayı belli haklardan yoksun bırakılması için iki koşulunun aynı anda bulunması gerekir. Bunlardan birincisi, kişinin kasıtlı bir suç işlemesi, ikincisi ise hapis cezasına mahkûm olmasıdır²¹. Kastın doğrudan kast veya olası kast olmasının sonuca bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak bilinçli veya bilinçsiz taksirle işlenen bir suçtan mahkûmiyet halinde, kast koşulu gerçekleşmeyeceğinden kişi hakkında hak yoksunluğu uygulanmaz²².

¹⁶ Özgenç, *Gazi Şarhi*, s. 685; Bakıcı, s.1217.

¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulun 14.02.2006 tarih E.2006/13, K. 2006/16 sayılı kararı, Bakıcı, s. 1223-1224.

¹⁸ Zafer, s.423.

¹⁹ Özgenç, *Gazi Şarhi*, s. 685.

²⁰ Bakıcı, s. 1217; Malkoç, s.424. ; Öztürk/Erdem, s. 323; Demirbaş, s.585; Centel/Zafer/Çakmut, s.729.

²¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.729.

²² Parlar/ Hatipoğlu, s. 895.

Kural olarak hapis cezasının ertelenmesi, hak yoksunluklarının uygulanmasına mani değildir. Ancak hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından 53' üncü maddenin 1'inci fıkrasındaki hükümler uygulanmaz. Aynı şekilde kısa süreli hapis cezası²³ ertelenen kişiler ile 18 yaşından küçük kişiler hakkında da belli haklardan yoksun bırakılmaya dair güvenlik tedbirleri uygulanmaz.

Kişinin, kasıtlı suçtan mahkûmiyetin bir sonucu olarak belli haklardan yoksun bırakılması, bazen hükümlü hakkında düzenlemenin amacını da aşan bir kısım ağır sonuçlara yol açabilir. İşte bu gibi özel durumlara binaen, Kanun Koyucu, TCK 53/3 maddesiyle hâkime, 53/1-3 bendinde öngörülen *“bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten”* yoksun bırakıp bırakmama hususunda bir takdir yetkisi tanımıştır. Buna göre hâkim, söz konusu hak yoksunluğunun hükümlünün geçim zorluğuna düşmesi, böylece aile bireylerinin de bundan olumsuz bir şekilde etkilenmesi ihtimalini de gözeterek, sanığın kişisel ve sosyal durumunu, suçun işlenmesindeki özellikleri de dikkate alarak bu hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verebilir²⁴.

TCK 53'üncü maddede düzenlenen hak yoksunlukları kural olarak, hapis cezasının süresiyle orantılıdır. Bu nedenle bu hak yoksunlukları hapis cezasının infazının bitmesiyle sona erer²⁵. Ancak Kanun Koyucu, takip ettiği suç ve ceza politikasının bir gereği olarak bazı hallerde işlenen suçun ihlal ettiği hukuki değeri de gözeterek, hak yoksunluklarının, cezanın infazı tamamlandıktan sonra da uygulanması gerektiğini kabul etmiştir²⁶. Söz konusu istisnalar, TCK 53 'üncü maddesinin 5 ve 6 nci fıkralarında düzenlenmiştir. TCK 53/5 maddesine göre : *“Birinci fıkra sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın*

²³ 5237 sayılı TCK'nın 49 ncu maddesinin 2 nci fıkrasına *“Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır”*.

²⁴ Parlar/ Hatipoğlu, s. 897.

²⁵ Öztürk/Ertem, s. 324; Centel/Zafer/Çakmut, s.731.

²⁶ Parlar/ Hatipoğlu, s. 897; Öztürk/Ertem, s. 324.

infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar” . Hükümde belirtilen koşulların varlığı halinde hakimin ek yoksunluk sürelerine karar vermesi zorunlu olup bu konuda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte mahkeme, infazdan sonra devam edecek olan ek yoksunluk süresini belirleme hususunda takdir yetkisini haizdir²⁷. TCK 53/6 maddesine göre ise “Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar” Burada ek yasaklama kararı verip vermeme hususunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Hâkim takdir yetkisini, ek yasaklama kararı vermeme yönünde de kullanabilir. Mahkemenin takdirini, ek yasaklama kararı doğrultusunda kullanması halinde, ek yasaklılık süresi, taksirli suçtan dolayı verilen mahkumiyet kararının infazından sonra işlemeye başlar²⁸.

II. TBMM ÜYELİĞİNDEN YOKSUN BIRAKMA

TBMM üyeliğinden yoksun bırakma, TCK 53/1-a’da genel olarak kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakma kapsamında düzenlenmiş bir güvenlik tedbiridir. Bununla birlikte TBMM üyeliğinden yoksun bırakmanın seçme, seçilme ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakmayla da bağlantısı bulunmaktadır. Ayrıca bu hususla ilgili olarak Anayasa’da ve Milletvekili Seçimi Kanunu’nda da benzer mahiyette hükümler ve hak mahrumiyetleri mevcuttur. Bu nedenle

²⁷ Parlar/ Hatipoğlu, s. 898.

²⁸ Parlar/ Hatipoğlu, s. 899.

konuyla ilgili bütüncül bir yaklaşım ortaya koymak için, düzenlemelerin hepsine değinilmiştir.

A. GENEL OLARAK KAMU GÖREVİNİN ÜSTLENİLMESİNDEN YOKSUN BIRAKMA

TBMM üyeliğinden yoksun bırakılma dâhil diğer atama ve seçime tabi her türlü memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten mahrumiyet, TCK 53/1-a maddesinde genel olarak kamu görevi üstlenmekten mahrumiyet kapsamında düzenlenmiştir. Maddede sayılan tüm görevler, kamu görevi olarak nitelendirilmiş ve hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak kişinin sayılan kamu görevlerinin üstlenilmesinden yoksun bırakılacağı ifade edilmiştir.

Kamu görevinin anlam ve kapsamını, verilen örneklerle bakarak ve onlarla sınırlı bir şekilde anlamak gerekir. Dolayısıyla TBMM Üyeliği yapmak, Devlet, il, belediye ve köy ile bunların denetim ve gözetimi altında faaliyet yürütmek kamu görevi üstlenmek olarak kabul edilmelidir. Madde’de geçen Devletten kasıt, yasama organı, il belediye ve köy tüzel kişilikleri hariç tüm kurum ve kuruluşlar ile yürütmedir. “Denetim ve gözetim altında tutmak” ifadesi ile idari vesayete işaret edilmektedir²⁹.

Öncelikle şu hususu ifade etmek gerekir ki, maddenin dili ve tercih edilen kavramlar, 5237 sayılı TCK’da tercih edilen dil ve kavramlar açısından sorunludur. Mülga 765 sayılı TCK’nın 279 uncu maddesi, kamu personelinin, kamu görevi yapanlar ve kamu hizmeti yapanlar olarak ikiye ayırmakta, kamu görevini yapanları memur, kamu hizmetini yürütenleri ise memur saymamakta idi. Mülga Kanununun memur sayılma hususunda kabul ettiği ölçüt, kişinin katıldığı faaliyetin içinde ifa ettiği görevin mahiyetidir. Buna göre kişinin katıldığı faaliyet içinde ifa ettiği görevin mahiyeti kamu görevi ise memur sayılmakta, kamu hizmeti ise memur sayılmamakta idi³⁰. Buna karşılık 5237 sayılı TCK’nın 6/1-c maddesiyle memur kavramı terk edilerek kamu görevlisi tercih edilmiş ve kamusal faaliyetin yürütülmesine atmama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli ya da geçici olarak katılan herkes kamu görevlisi

²⁹ Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.475.

³⁰ Soyaslan, s.45.; Gökcan /Artuç, s. 25 : Tezcan,/Erdem/Önök, s. 517;Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.102.

sayılmıştır³¹. Bu çerçevede konuya yaklaşıldığında, 5237 sayılı TCK 53/1-a maddesinde, işbu Kanun'daki kavramların yerine mülga 765 sayılı TCK'daki kavramların tercih edildiği görülecektir ki bu tercihin hiçbir hukuki ve mantıklı bir dayanağı bulunmamaktadır. Kanunun bütünlüğü ve kavram tutarlılığı açısından yapılması gereken, maddedeki “kamu görevi” kavramı yerine “kamusal faaliyet” kavramının, “memuriyet” kavramı yerine, “kamu görevlisi” kavramının tercih edilmesidir. Esasında TCK 53/1-a maddesi, mülga 765 sayılı TCK'nın 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesi ile 5237 sayılı TCK'nın 6'ncı maddesindeki kamu görevlisi tanımının kötü bir sentezinden ibarettir. 765 sayılı TCK'nın 202'nci maddesinde sürekli kamu hizmetlerinden yasaklılık kapsamında “*Büyük Millet Meclisi azalığından ve intihaba tabi olan veya devlet ve vilayet ve Belediye ve köy tarafından veya bunların teftiş ve murakabesi altında bulunan müessesat canibinden tevcih kılınan bilcümle memuriyet ve hizmetlerden mahrumiyet*” de hak mahrumiyetleri arasında sayılmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 53/1-a maddesinde ise bu hüküm sadeleştirilerek alınmış, ek olarak 6'ncı maddedeki kamu görevlisi tanımında yer alan “*atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli ya da geçici*” ibareleri fıkranın başına ve sonuna eklenmiştir.

B. SEÇME VE SEÇİLME EHLİYETİ VE DİĞER SİYASİ HAKLARDAN YOKSUNLUK

5237 sayılı TCK 53/1-b maddesinde seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakma, kasten işlenmiş bir suçtan dolayı verilen hapis cezasından mahkûmiyetin kanuni sonucu bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir.

Seçme, seçilme hakkı ile diğer siyasi haklar, Anayasanın 67 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre “*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir* (Anayasa m.67). Yine Anayasa'nın 68'inci maddesine

³¹ Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.475. Hükmün gerekçesinde “ 765 sayılı TCK'daki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan kamu görevlisi tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak tek ölçüt , gördüğü için bir kamusal faaliyet olmasıdır.” denilmiştir.

göre “*Vatandaşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir*”. Bunların dışında Anayasa’nın 70’inci maddesinde her Türk’ün kamu hizmetine girme hakkı olduğu³², 74 üncü maddesinde vatandaşların ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla yabancıların kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında yetkili makamlara ve TBMM’ye başvurma; bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir³³.

5237 sayılı TCK 53/1-b maddesinde geçen diğer siyasi hakların ne olduğu hususunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak yukarıda ifade edilen Anayasal hükümler karşısında siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma, halkoylamasına katılma, siyasi parti kurma, usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma haklarının, diğer siyasi haklar kapsamında değerlendirilmesinde kuşku bulunmamalıdır. Bununla birlikte Anayasa’nın siyasi hak ve ödevler başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenen diğer hakların, TCK 53/1-b kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu tartışmak gerekmektedir. Bu haklardan kamu hizmetlerine girme hakkı ve bu haktan yoksunluk, esasında TCK 53/1-a maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Her ne kadar birinde “kamu görevi”, diğerinde ise “kamu hizmeti” kavramı kullanılmış ise de bu tercihinin, farklı bir anlam yüklemeyi gerektirecek şekilde bilinçli bir tercih olduğunu söylemek güçtür. Bunun ötesinde kamu hizmeti kavramı, kamu görevi kavramını da içine alan daha geniş bir kavramdır³⁴.

³² “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” (Anayasa m.70).

³³ “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir*” (Anayasa m.74/1). *Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir*” (Anayasa m.74/4).

³⁴ Özellikle İdare Hukukunda kamu hizmeti terimi, en geniş anlamıyla “kamuya yararlı hizmet” kavramını kapsayacak şekilde kullanılmakta, bu nitelikte hizmetin özel hukuk hükümleri uyarınca idare eliyle örgütlenmesi veya bizzat özel kişilere gördürülmesi durumunda dahi, söz konusu hizmetler kamu hizmeti sayılmaktadır. (Gökcan/Artuç,s.35)

Ayrıca 1982 Anayasasında kamu görevlileri, esas itibarıyla “*kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler*” başlığı altında 128 ve 129 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. “Genel İlkeler” başlıklı 128 inci maddeye göre “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu*

Dolayısıyla kamu hizmetlerinden yasaklılığın, kamu görevini üstlenmekten yasaklılığı da içerdiğinin kabulü gerekir. Ancak buradan hareketle Kanun Koyucunun tekrar mahiyetinde bir düzenlemeye yer verdiğini söylemek de güçtür³⁵. Zira her iki hükümde kanaatimizce dikkate değer bir farklılık bulunmamaktadır. Siyasi hakları kullanmaktan ve bu kapsamda kamu hizmetine girme hakkını kullanmaktan yoksunluk, geleceğe yönelik sonuç doğuracak bir yoksunluktur. Bir başka deyişle kişi, karar kesinleştikten sonra belli bir süreyle kamu hizmetine girme hakkını kullanamayacaktır. Buna karşılık hükmün kesinleştiği tarihten önce, kamu hizmetine girme hakkını kullanarak kamu görevi üstlenen kişilerin, üstlendikleri bu görevden, bu hükme dayalı olarak yoksun bırakılması mümkün değildir. Bu durum, özellikle kamu görevlisi olmaya engel olmayan bir hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak hak yoksunluğuna ilişkin güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde önem arz etmektedir. İşte bu durumda kişi, TCK 53/1-a maddesi uyarınca üstlendiği veya istihdam edildiği kamu görevinden yoksun bırakılabilecektir.

Her ne kadar Anayasa’da dilekçe hakkı, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı, siyasi haklar başlığı altında düzenlenmiş ise de, bu hakları TCK 53/1-b kapsamında değerlendirip, hapis cezasında mahkumiyetin bir sonucu olarak kişiyi, bu hakları kullanmaktan yoksun bırakmak mümkün değildir. Zira Anayasa’da bu haklarla ilgili bir sınırlama öngörülmediği gibi, Kanun Koyucu’ya da bu doğrultuda bir yetki tanınmamıştır³⁶. Nitekim 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununda hapis cezasına mahkûm olanların bu hakları kullanmaktan yoksun bırakılacağına dair bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Dolayısıyla maddede geçen “*diğer siyasi haklar*” ibaresini, dilekçe hakkı, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkını dışarıda tutacak şekilde daraltıcı şekilde yorumlamak, Anayasa’ya uygun bir yorum olacaktır.

hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”.

³⁵ Aksi görüş için bkz., Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.476.

³⁶ Hafizoğulları, *Ceza ve Güvenlik Tedbiri*, s. 19; Hafizoğulları, *Ceza Hukuku*, s.476

C. ANAYASA'YA GÖRE ÜYELİĞİN DÜŞMESİ

Anayasa'nın 84'üncü maddesine göre TBMM üyeliğinin düşmesi, istifa, kesin hüküm giyme ve kısıtlanma, milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev ve hizmeti sürdürmekte ısrar ve meclis çalışmalarına devamsızlık halleriyle sınırlandırılmıştır. Maddede belirtilen nedenlerin dışında bir nedenle üyelik düşürülemez³⁷.

İstifa eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi, istifanın geçerli olduğu TBMM Başkanlık Divanınca tespit edildikten sonra, Genel Kurul'ca kararlaştırılır. Kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde milletvekilliğin düşmesi, bu husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurul'a bildirilmesiyle olur. Milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, yetkili komisyonun bu durumu tespit eden raporu üzerine Genel Kurul gizli oyla karar verir. Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, durumun Meclis Başkanlık Divanını'ca tespit edilmesi üzerine, Genel Kurul'ca üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla karar verilebilir (Anayasa,m.84).

Anayasanın 84'üncü maddenin son fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen ve partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olan milletvekilinin milletvekilliği, gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayınlanmasıyla sona ermekteydi. Ancak 12.09.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5982 sayılı Yasanın 9'uncu maddesiyle bu hüküm ilga edilmiştir. Dolayısıyla beyan ve eylemleriyle mensubu bulunduğu partinin kapatılmasına neden olduğu Anayasa Mahkemesi'nin kapatma kararıyla sabit olan milletvekilin, milletvekilliği artık düşürülemeyecektir. Anayasa Mahkemesi, 17 Mart 2011 tarihli E.2011/1 D.ış, K.2011/2 sayılı kararında siyasi parti kapatma davalarında, partinin kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olan milletvekilinin, üyeliğinin düşürülmesinin, ceza hukuku kurallarına göre verilmiş bir ceza hükmü olmadığına hükmetmiştir³⁸.

³⁷ Erdoğan, s. 260.

³⁸RG, 09.07.2011. Yüksek Mahkeme'ye göre "Siyasi parti kapatma davalarının hukukun diğer alanlarına göre ceza hukukuna daha yakın olduğu ileri sürülmekte ise de bu

Her ne kadar Anayasanın 84'üncü maddesinde kesin hükümün ve kısıtlılığın mahiyeti hususunda bir sınırlama söz konusu değil ise de öğretide kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde milletvekilliğin düşmesinin, milletvekili seçilmeye engel bir suçtan dolayı verilen kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halleriyle mümkün olacağı kabul edilmektedir³⁹. Dolayısıyla herhangi bir mahkûmiyet milletvekili seçilmeye engel olmuyorsa, milletvekilliğin düşmesine yol açmaz. Nitekim bu husus, TBMM İç Tüzüğü'nün 135 ve 136'ncı maddelerinde açıkça düzenlenmiş TBMM üyeliğinin ancak milletvekili seçilmeye engel bir suçtan dolayı verilen kesin hüküm veya kısıtlanma halleriyle düşürülebileceği ifade edilmiştir.⁴⁰ Buna göre TBMM üyeliğine seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan milletvekilinin üyeliği, kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurul'un bilgisine sunulmasıyla sona erer. Üyelik, mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği tarih itibariyle değil, bu hükmün TBMM Başkanlığı'nca Genel Kurul'a bildirildiği tarih itibariyle son bulmaktadır⁴¹. Kesin hüküm konusu olan suçun milletvekili seçilmeye engel bir suç olup olmadığı, dolayısıyla Genel Kurula bildirilip bildirilmeyeceği hususu TBMM

davalar, bütünüyle ceza hukuku kuralları içerisinde değerlendirilmesine olanak bulunmayan kendine özgü davalardır. Siyasi partilerin kapatılması yaptırımı, özgürlükçü, çoğulcu, çağdaş demokrasilerin kendilerini koruyabilmeleri için öngörülmesi olup her zaman ceza hukuku alanına giren bir kuralın ihlalinin sonucu değildir. Siyasi partilere yasaklanan eylemlerin niteliği, bunların kapatılma sonucunu doğurabilmesi için aranan koşullar ve uygulanan yaptırım türünün ceza hukukundaki suç ve cezalardan farklılık göstermesi de bu davaların kendine özgü niteliğini öne çıkarmaktadır. Bir siyasi parti kapatma davası sonucunda siyasi partinin kapatılmasının yanı sıra Anayasa'nın 84. maddesinin mülga beşinci fıkrasında öngörüldüğü üzere partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olan kişilerin milletvekilliğinin sona ermesi de bir ceza davasında mahkemece verilen ceza hükmü niteliğinde değildir”.

³⁹ Onar, s. 413;Atar, s.216;İba, s.124; Gözübüyük, s.198;Derdiman, s.406;Gören/İzgi, C.2,s.811;Gözler, s.260.

⁴⁰ Aynı şekilde Anayasanın 84 üncü maddesinin ilk halinde “Türkiye Büyük Millet Meclisine seçilmeye engel bir suçtan dolayı hüküm giyen” denilerek bu husus açıkça öngörülmekteydi. Onar, s. 413,

⁴¹ Gözler, s.260.1961 Anayasasına göre de kesin hüküm halinde üyeliğin düşmesi için Meclis kararına gerek bulunmamaktaydı. Ancak 1982 Anayasasından farklı olarak milletvekili sıfatı, hükmün kesinleştiği tarihte son bulmaktaydı. Nitekim bu husus 05.03.1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 112'nci maddesinde “ Bir milletvekili, Anayasanın 68 nci maddesinde yazılı suçlardan biri ile cezalandırılmış olursa, hükmün kesinleşmesi tarihinde milletvekilliği sıfatı sona erer” denilmek suretiyle açıkça düzenlenmişti.

Başkanlığı'nın tayin ve takdir edeceği bir husustur. Başkanlığın tayin ve takdirde hataya düşüp, esasında milletvekili seçilmeye engel olmayan bir suçtan dolayı kesin hükmün Genel Kurul'a bildirilmesi ve bu şekilde üyeliğin düşmesi halinde, milletvekilinin başvurabileceği bir yargı yolu bulunmamaktadır. Zira kesin hüküm nedeniyle üyeliğin düşmesi hali, Anayasanın 85'inci maddesi uyarınca yargı denetimi dışında bırakılmıştır⁴². Bu durum, öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir⁴³.

Anayasa'nın 76'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre *“kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler”*. Madde metninden de anlaşılacağı gibi, milletvekili seçilmeye engel olan kesin hüküm giyme halleri iki grupta toplanmıştır. Birinci grupta hükmolunan ceza ikinci grupta ise suçun türü dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda taksirli suçlar hariç olmak üzere, toplam bir yıllık hapis cezası⁴⁴ ile süresi ne olursa olsun ağır hapis cezası milletvekili seçilmeye engel olmaktadır. Aynı şekilde maddede sayılan suçlardan hüküm giymek, cezanın türü ve süresine bakılmaksızın, milletvekili seçilmeyi engellemektedir⁴⁵.

Milletvekili seçilmeye engel suçlar, 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanununun 11'inci maddesinde de kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar⁴⁶, affa

⁴² Gözler, s.262;Onar, s.461.

⁴³ Bu konuda bkz. Onar, s. 461-462.

⁴⁴ Anayasada toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezası denildiği için, cezanın bir defada verilmiş olması gerekmemektedir. Farklı zamanlarda ve farklı mahkemelerce verilen ve kesinleşen hapis cezaları toplamı bir yıl geçiyorsa, bu durum milletvekili seçilmeye engel olduğu gibi, eğer kişi milletvekili seçilmiş ise, milletvekilliği düşürülecektir. Onar, s. 415 ;Gören/İzgülü, C.1, s.768;Gözler, s.235.

⁴⁵ Onar, s. 414 ; Gören/İzgülü, C.1, s.768;Gözler, s.236.

⁴⁶ 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 6'ncı maddesine göre kanunlarda öngörülen ağır hapis cezaları hapis cezasına

uğramış olsalar bile; basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabı'nın, Birinci Babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkum olanlar⁴⁷, terör eylemlerinden mahkûm olanlar⁴⁸, Türk Ceza Kanunu'nun 536'ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537'nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkum olanlar, kısıtlılar ve kamu hizmetinden yasaklı olanlar milletvekili seçilemezler⁴⁹. Bu hükümde belirtilen suçların affa uğramış

dönüştürülmüştür. Dolayısıyla maddede geçen süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına mahkum olmak ibaresinin hukuken bir geçerliliği bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.02.2006 tarih ve 13-16 sayılı kararı ile eski ceza kanunda yer alan ağır hapis cezaları, ağır hapisten dönüşmüş hapis cezası olarak varlıklarını sürdüreceği için önceden hükmedilmiş bir yıldan fazla ağır hapis cezası, milletvekili seçilmeye engel olmaya devam edecektir.

⁴⁷ Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının, birinci babında yer alan suçlar, Anayasanın 76'nci maddesinin 2'nci fıkrasında sayılan suçlar arasında yer almamaktadır. Bu nedenle, maddenin bu yönüyle Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. Turhan, *Seçilmeye Engel Suç*, s. 26.

⁴⁸ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 3'ncü maddesine göre 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320'nci maddeleri ile 310'uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır. Yine aynı Kanunun 4'ncü maddesine göre Türk Ceza Kanununun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319'uncu maddeleri ile 310'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar, 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan suçlar, 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110'uncu maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları, 10/7/2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, Anayasanın 120'nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar ile 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68'inci maddesinde tanımlanan suçların, terör amacıyla ve suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde terör suçu sayılır.

⁴⁹ 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanununun 11'inci maddesinde atf yapılan ceza kanunu 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunudur. 765 sayılı TCK 01.06.2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 3'üncü maddesine göre "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin

olsalar dahi, süresiz olarak hak yoksunluğa neden olması, 5237 sayılı TCK'nın 53 üncü maddesindeki süreli hak yoksunlukları ile çelişki arz etmektedir⁵⁰.

D. TCK'YA GÖRE TBMM ÜYELİĞİNDEN YOKSUN BIRAKMA

Türk Ceza Kanununun 53/1-a maddesine göre kişi, kasıtlı bir suçtan mahkumiyetin kanuni sonucu olarak TBMM üyeliğinden yoksun bırakılır. Hakimin bu hususta takdir yetkisi bulunmamaktadır. TBMM üyeliğinden yoksunluk, yasal ve kendiliğinden bir sonuç olup, hakimin aksi yönde bir karar vermesi mümkün değildir.⁵¹

Türk Ceza Kanununun 53/1-b maddesinde ise seçme ve seçilme ehliyetinden diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksunluk da aynı kapsamda bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. İlk bakışta bu hükmün varlığı yanında 53/1-a' daki TBMM üyeliğinden yoksun bırakma, bir tekrar gibi gözükebilir. Zira TBMM üyeliğinden yoksunluk, seçilme ehliyetinden yoksunluk kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim öğretilerde bu doğrultuda görüşler bulunmaktadır⁵². Hatta öğretilerde 53/1-a'ya göre, TBMM üyeliğinden yoksun bırakmanın mümkün olmayacağı, bu hükmün ilerde seçme ve seçime ehliyetinden yoksunluk olarak anlamak gerektiği ileri sürülmüştür⁵³.

Kanaatimizce hükümde gereksiz bir tekrar olmadığı gibi, TBMM üyeliğinden yoksun bırakmayı, ilerde seçme ve seçilme ehliyetinden mahrumiyet olarak algılamak da mümkün değildir. TCK 53/1-a maddesindeki TBMM üyeliğinden yoksun bırakmaya dair güvenlik

karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır. Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır". 765 sayılı TCK'nın ikinci Kitabında yer alan suçlar, 5237 sayılı TCK'nın Dördüncü Kısımının üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı ve sekizinci bölümünde düzenlenen bir kısım suçlara tekabül etmektedir. 765 sayılı TCK'nın 536 ve 537'nci maddelerinde düzenlenen suçta tekabül eden bir suç, 5237 sayılı TCK'da bulunmamaktadır. Bu suçların kısmen de olsa karşılığı, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 42'nci maddesinde düzenlenen "afiş asma" kabahatidir.

⁵⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, s.695.

⁵¹ Albayrak, s.107.

⁵² Turhan, *Hak Yoksunlukları*, s.177; Hafizoğulları, *Ceza ve Güvenlik Tedbiri*, s. 19.

⁵³ Bkz. Donay, s. 87; Hafizoğulları, *Ceza ve Güvenlik Tedbiri*, s. 19.

tedbiri, kararın kesinleştiği tarihte milletvekili olarak görevini sürdüren kişilere ilişkindir. Bu kişilerin bu nedenle üyeliklerinin düşürülmesine, Anayasa'nın 84'üncü maddesinin 2'nci fıkrası karşısında anayasal bir engel de bulunmamaktadır. Zira kesin hüküm nedeniyle üyelik düşürülebilmektedir. Yasama dokunulmazlığın kapsamı düşünüldüğünde, TBMM üyesi olan bir kişinin, milletvekili seçilmeden önce kesin hüküm giymesi veya ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki durumlar kapsamında milletvekili seçildikten sonra da kesin hüküm giymesi veya dokunulmazlığı kaldırılmak suretiyle yargılanıp hüküm giymesi mümkündür. Aynı şekilde 53/1-b maddesindeki hak yoksunluğu, geleceğe yönelik seçme ve seçilme hakkından ve siyasi hakları kullanmaktan yoksunluğu içermektedir. Bu kapsamda kişi sadece milletvekili seçilmekten değil, belediye başkanlığı, belediye meclis üyeliği, il genel meclisi üyeliği gibi diğer seçilme haklarından da mahrum olmaktadır. Bununla birlikte geleceğe yönelik bu hak yoksunluklarının, halen görevde bulunanları kapsayıp kapsamayacağına dair bir hüküm 5237 sayılı TCK'da yer almamaktadır. Buna karşılık aynı mahiyette fer'i cezanın düzenlendiği (m.20) 765 sayılı TCK'nın 34'üncü maddesinde mahkûmiyetin seçilme ehliyetine hâlel getirmesi ve memuriyetten mahrumiyeti gerektirmesi halinde, halen seçimle veya atamayla bu görevi yürütenlerin hakkında nasıl bir işlem tesis edileceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre *“Bir cürüm ile katiyen mahkumiyet; kanunen siyasi bir hizmete intihap olunabilmek kabiliyetini selbettiği veya memuriyetten mahrumiyeti müstelzim olduğu takdirde azalık ve memuriyetin zevalinide mucip olur”*. Hükümden de anlaşılacağı gibi, kişinin mahkûmiyetin sonucu olarak seçilme hakkından mahrum bırakılması halinde, seçimle üstlendiği TBMM üyeliği, belediye meclis üyeliği, il genel meclis üyeliği gibi görevleri ile memuriyeti son bulur⁵⁴. Ancak aynı içerikte bir hükme, 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Yukarıda ifade edildiği gibi, kanaatimizce bu amaca matuf olan hüküm, TCK 53/1-a maddesindeki hükümdür. Dolayısıyla *seçimle*

⁵⁴ Alman Ceza Kanununun 45 nci maddesinde de aynı mahiyette bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre kamu görevini üstlenme veya seçilme hakkının kaybıyla birlikte hükümlü sahip olduğu ilgili hukuki vaziyet ve hakları kaybeder. Yenisey/Plagmen, s.33.

üstlenilen bir kamu görevinin halen yürütülüyor olması halinde bu görevin sona ermesi, ancak TCK 53/1-a uyarınca mümkün olabilecektir.

E. TBMM ÜYELİĞİNDEN YOKSUN BIRAKMAYA İLİŞKİN KARARIN İNFAZI

Milletvekili hakkında seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez (Anayasa m.83/3). Bu hüküm, öğretide, infaz engeli olan dokunulmazlık olarak nitelendirilmektedir. Bu dokunulmazlık uyarınca başlamış veya henüz infazına başlanmamış cezaların infazı, milletvekili sıfatının sona ermesine bırakılır. Bu itibarla milletvekili sıfatı sona erdikten sonra genel veya özel af çıkarılmadığı sürece, cezanın infazı muhakkaktır⁵⁵. İnfaz engeli olan bu dokunulmazlık, muhakeme engeli olan dokunulmazlıktan farklıdır. Muhakeme engeli olan dokunulmazlık meclis kararıyla kaldırılabilirken, infaz engeli olan dokunulmazlığın, kural olarak meclis kararıyla veya başka bir suretle kaldırılması mümkün değildir⁵⁶. Bunun tek istinası, milletvekilin, milletvekili seçilmeye engel bir suçtan mahkûm olmasıdır. Bu durumda cezanın infazı için, milletvekili sıfatının sona ermesi beklenmez. Ceza mahkûmiyetine ilişkin kesin hüküm, Anayasa'nın 84' üncü maddesinin 2'nci fıkrası ve Meclis İçtüzüğü'nün 136'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, Meclis Genel Kurulu'nda okunmak suretiyle üyelik sona erer. Üyelik sona erdikten sonra, hükmedilen ceza infaz edilir.

Anayasa'nın 83 ve 84'üncü maddesi hükümleri ile Meclis İçtüzüğü'nün 135 ve 136'ncı maddesi hükümleri nazara alındığında TCK'53 üncü maddesi uyarınca hükmedilen TBMM üyeliğinden yoksun bırakmaya ilişkin güvenlik tedbirinin infazına dair ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Anayasanın 76'ncı maddesinin 2'nci fıkrası ile 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanununun 11'inci maddesine göre, açıkça ismi zikredilen suç türleri hariç hapis cezasına mahkûmiyetin, milletvekili seçilmeye engel olabilmesi için, süresinin toplam bir yıl ve daha fazla olması gerekmektedir. Buna karşılık TCK 53'üncü maddesine göre ertelenmemesi koşuluyla bir yıldan az hapis cezasına mahkûmiyet halinde dahi, kişinin TBMM üyeliğinden yoksun bırakılması mümkündür. Bu

⁵⁵ Feyzioğlu, s. 23-24.

⁵⁶ Feyzioğlu, s. 24.

durumda yani bir yıldan az hapis cezasına mahkûmiyet, milletvekili seçilmeye engel olmadığı için, söz konusu cezanın ve cezanın kanuni sonucu olan TBMM üyeliğinden yoksun bırakmaya ilişkin güvenlik tedbirinin infazı, milletvekili sıfatının sona ermesine bırakılır. Milletvekili sıfatı sona erdikten sonra ise güvenlik tedbirinin fiilen infazı mümkün olmaz. Zira milletvekili sıfatı zaten sona ermiştir.

Hükmedilen hapis cezasının bir yıl ve daha fazla olması halinde, milletvekili seçilmeye engel bir ceza mahkumiyeti söz konusu olacağından söz konusu cezanın ve cezanın kanuni sonucu olan güvenlik tedbirinin infazı için üyelik sıfatının sona ermesine gerek bulunmamaktadır. Ancak bu durumda TCK 53'üncü maddedeki düzenleme olmasa bile, Meclis İçtüzüğü'nün 136'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, üyeliğin düşürülmesi hukuken mümkündür.

5237 sayılı TCK'nın 53'üncü maddesinde düzenlenen hak yoksunlukları bu kapsamda TBMM üyeliğinden yoksun bırakma, süreli bir hak yoksunluğudur. TCK açısından suçun milletvekili seçilmeye engel bir suç olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık, 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'nun 11'inci maddesi ve Meclis İçtüzüğü'nün 136'ncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca üyeliğin düşürülmesi halinde, hapis cezasıyla mütenasip bir hak yoksunluğu söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla meseleye bu açıdan bakıldığında, mevcut düzenlemeler arasında bir çelişki olduğu açıktır. Ancak bu çelişkinin yasal bir düzenlemeyle aşılması da mümkün gözükmemektedir. Zira 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanununun 11'inci maddesinin dayanağını, Anayasanın 76'ncü maddesi teşkil etmektedir. Anayasanın 76'ncü maddesinde, sayılan suçlar açısından süresiz hak yoksunluğu öngörülmektedir.

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nin 53'üncü maddesinde düzenlenen hak yoksunlukları kapsamında TBMM üyeliğinden yoksun bırakma, bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Mülga 765 sayılı TCK'da da aynı içerikteki bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak mülga Kanun'da bu husus, güvenlik tedbiri olarak değil, fer'i ceza olarak düzenlenmiştir. Esasında vasıftaki bu değişikliğin düzenlemenin özüne sirayet ettiğini

söylemek güçtür. Zira 5237 sayılı TCK'nın 3'üncü maddesine göre ceza ve güvenlik tedbirlerinin fiilin ağırlığı ile orantılı olarak hükmedileceği ifade edildiğinden failin tehlikeliliği ile ilgili bir araştırma ve tespitin yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ayrıca diğer güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi, bir kişinin TBMM üyeliğinden yoksun bırakılması için, hapis cezasına mahkûm olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir yaptırım, suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu ise ve fiilin ağırlığına göre hükmediliyorsa; artık o yaptırımı, güvenlik tedbiri olarak nitelendirmek mümkün değildir.

5237 sayılı TCK ile suç ve cezalarda önemli değişiklikler yapılmış, bazı kavramlar terk edilerek, yeni kavramlar tercih edilmiştir. Ancak bu değişiklikler, Kanunun tüm maddelerine yansıtılmamıştır. Bunun bir örneği de TCK 53/1-a maddesindeki düzenlemedir. 5237 sayılı TCK ile mülga 765 sayılı TCK'dan farklı olarak "kamu görevi" kavramı yerine "kamusal faaliyet" kavramı, "memuriyet" kavramı yerine, "kamu görevlisi" kavramı tercih edilmiş iken, TCK 53/1-a'daki düzenlemede mülga Kanun'daki kavramalara yer verilmiş olması anlaşılmaktan uzaktır. Esasında TCK 53/1-a maddesi dikkatlice irdelendiğinde, mülga 765 sayılı TCK'nın 20' inci maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesinin sadeleştirilerek 5237 sayılı TCK'nın 6'ncı maddesindeki kamu görevlisi tanımında yer alan "*atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli ya da geçici*" ibarelerinin fıkranın başına ve sonuna eklenmek suretiyle bir hüküm oluşturulduğu görülecektir ki, bu durumu kanun yapma tekniği açısından ciddi bir özensizlik olarak değerlendirmek mümkündür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53/1-b maddesinde ise, seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksunluk da aynı kapsamda bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. İlk bakışta bu hükmün varlığı yanında 53/1-a' daki TBMM üyeliğinden yoksun bırakma, bir tekrar gibi gözükabilir. Ancak hükümde gereksiz bir tekrar bulunmadığı düşünülmektedir. Zira TCK 53/1-b maddesindeki hak yoksunluğu, geleceğe yönelik seçme ve seçilme hakkından ve siyasi hakları kullanmaktan yoksunluğu içermektedir. Bununla karşılık 765 sayılı TCK'nın 34'üncü maddesindeki düzenlemenin muadili 5237 sayılı TCK'da yer almadığından geleceğe yönelik bu hak yoksunluklarının,

halen görevde bulunanları kapsadığını söylemek güçtür. Kanaatimizce bu amaca matuf olan hüküm, TCK 53/1-a maddesindeki hükümdür. Dolayısıyla *seçimle* üstlenilen bir kamu görevinin halen yürütülüyor olması halinde bu görevin sona ermesi, ancak TCK 53/1-a uyarınca mümkün olabilecektir.

TBMM üyeliğinden yoksun bırakma, TCK 53/1-a'da genel olarak kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakma kapsamında düzenlenmiştir. Bununla birlikte TBMM üyeliğinden yoksun bırakmanın seçme, seçilme ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakmayla bağlantısı bulunduğundan bu hususla ilgili olarak Anayasa'da ve Milletvekili Seçimi Kanunun'da benzer mahiyette hükümler ve hak mahrumiyetleri mevcuttur. Ancak hukuki düzenlemeler arasında bir bütünlük olmadığı gibi, tutarlılık da bulunmamaktadır. Örneğin 5237 sayılı TCK açısından, TBMM üyeliğinden yoksun bırakma, hapis cezasıyla orantılı ve süreli bir hak yoksunluğu iken, Anayasa ve Milletvekili Seçim Kanunu'na göre suçun vasfı esas alınmak suretiyle süresiz hak yoksunluğu söz konusu olabilmektedir. Yine 5237 sayılı TCK'nın 53'üncü maddesine göre suçun türüne bakılmaksızın kasıtlı bir suçtan hapis cezasına mahkum olmak önemli iken Milletvekili Seçim Kanunu ve TBMM İç Tüzüğü açısından mahkum olunan suçun milletvekili seçilmeye engel bir suç olup olmadığı önem arz etmektedir. Gerek Anayasa'da gerekse Milletvekili Seçim Kanunun'da, milletvekili seçilmeye engel suçlar ve dolayısıyla üyeliğin düşürülmesine neden olan suçlarla ilgili düzenlemeler, 765 sayılı TCK'daki düzenlemeleri referans alan düzenlemelerdir. Bu suçların bir kısmı, yeni Kanun'da aynıyla muhafaza edilmiş, bir kısmı değiştirilerek alınmış, bir kısmı ise suç olmaktan çıkarılmıştır. Suç olmaktan çıkarılmış ve kabahat olarak düzenlenmiş bir kısım suçların, Milletvekili Seçim Kanunun'da halen milletvekili seçilmeye engel suç olarak sayılması, önemli bir eksikliktir. Dolayısıyla yapılması gereken, tüm bu hususların bir bütünlük içinde ele alınıp düzenlenmesidir.

TCK'53 üncü maddesi uyarınca hükmedilen TBMM üyeliğinden yoksun bırakmaya ilişkin güvenlik tedbirinin infazı, yasama dokunulmazlığının kapsamı gözetilerek ele alınmalıdır. Bu kapsamda Anayasa'nın 83 ve 84'üncü maddesi hükümleri ile Meclis İçtüzüğü'nün

135 ve 136'ncı maddesi hükümleri nazara alındığında ikili bir ayırımın yapılması zorunludur. Anayasa'nın 76'ncı maddesinin 2'nci fıkrası ile 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanun'un 11'inci maddesinde açıkça ismi zikredilen suçlar ile toplam bir yıldan fazla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, kişi infaz engeli olan dokunulmazlıktan yararlanamaz. Bu durumda hükmedilen güvenlik tedbiri, milletvekili sıfatının sona ermesi beklenmeksizin infaz edilir ve kişi TBMM üyeliğinden yoksun bırakılır. Diğer hallerde ise hükmedilen cezanın ve güvenlik tedbirinin infazı, milletvekili sıfatının sona ermesine bırakılır.

KAYNAKÇA

Albayrak, Mustafa, (2007). Yeni Türk Ceza Kanununda Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma Güvenlik Tedbirinin Uygulanması ve Sorunları. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, S.:13, s.105-110.

Artuk, Mehmet Emin. (2008). Güvenlik Tedbirleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XII, S.:1-2, s.461-492.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner,(2009). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (10.bs.),Ankara: Turhan Kitabevi.

Atar, Yavuz. (2009). *Türk Anayasa Hukuku* (5.bs.). Konya: Mimoza Yayınları.

Bakıcı, Sedat,(2008). 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri (2.bs.).Ankara: Adalet Yayınevi.

Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem. (2006). *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (4.bs.).İstanbul: Beta Yayınları.

Demirbaş, Timur.(2009). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6.bs.).Ankara: Seçkin Yayınevi.

Derdiman, Cengiz. (2011). *Anayasa Hukuku*. (2.bs.) Bursa:Alfa Aktüel Yayınları.

Dönmezer, Sulhi. (2003). *Genel Ceza Hukuku Dersleri*.İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.

Donay, Suheyl.(2007). *Türk Ceza Kanunu Şerhi*,(1.bs) İstanbul: Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.

Erem, Faruk.(1944). Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:1, S.:3, s.351-378.

Erdoğan, Mustafa. (2005). *Anayasa Hukuku*.(3.bs.). Ankara : Orion Yayınları,

Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa.(2007).*Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Ankara : Seçkin Yayınevi.

Feyzioğlu, Metin (2010) Yasama Dokunulmazlığı.23.12.2010 tarihinde

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/300/2809.pdf>,adresinden erişildi.

Gören Zafer/İzgu,Ömer. (2002). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Yorumu*. Ankara:TBMM Basımevi.

Gözler, Kemal. (2007). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. (4.bs.),Bursa :Ekin Kitabevi.

Gözübüyük, Şeref. (2003). *Anayasa Hukuku*.(12.bs.), Ankara: Turhan Kitabevi.

Hafizoğulları, Zeki. (1996). *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni (Ceza Normu)*.(2.bs.). Ankara :US-A Yayıncılık

Hafizoğulları, Zeki.(2010). *5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri,(Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri)*. 10.12.2010 tarihinde <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/cezalargt.doc>. adresinden erişildi.

Hafizoğulları, Zeki. (2008).*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ceza Hukuku)*.Ankara:US-A Yayıncılık, Ankara.

İba,Şeref. (2006). *Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda)*. Ankara:Turhan Kitabevi.

Koca, Mahmut/Üzülmez İlhan.(2008). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri*. (1bs.).Ankara: Seçkin Yayınevi.

Kunter,Nurullah.(1947).Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri.ÜHFMC,XIII,S.:4, s.1327-1349.

Malkoç, İsmail (2008). *Yeni Türk Ceza Kanunu*.(3.bs.). Ankara: Malkoç Kitabevi.

Nuhoğlu,Ayşe.(1997). *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*. Ankara: Adil Yayınevi.

Onar, Erdal. (1997). 1982 Anayasasında Milletvekilliğin Düşmesi. Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 36, s.387-466.

Özgenç, İzzet. (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Gazi Şerhi)*. (2.bs.).Ankara:Seçkin Yayınevi.

Özgenç,İzzet, (2011).*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Türk Ceza Hukuku)*.(6.bs). Ankara:Seçkin Yayıncılık

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan.(2006).*Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. (9.bs.).Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Parlar, Ali/ Hatipoğlu Muzaffer.(2008).*Türk Ceza Kanunu Yorumu*. (2.bs.). C.1, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Soyaslan, Doğan. (2009). Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar. 09.09.2009 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2729.pdf> adresinden ulaşılmıştır.

Soyaslan,Doğan.(2005). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ceza Hukuku)*.(3.bs.).Ankara:Yetkin Yayınları.

Tezcan, Durmuş /Erdem, Mustafa Ruhan /Önök, R.Murat. (2006). *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara:Seçkin Yayınevi.

Turhan, Faruk.(2007).Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığın Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme (Hak Yoksunlukları). Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2 S.:4 , s.171-196.

Turhan,Faruk. (2007). Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, s. 55-85.

Toroslu, Nevzat. (2005). *Ceza Hukuku Genel Kısım*. (8.bs.). Ankara:Savaş Yayınevi.

Zafer, Hamide. (2010). *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*. İstanbul : Beta Yayınları.

Yenisey, Feridun, Plagmen Gottfried,(2009), Alman Ceza Kanunu (STRAFGESETZBUCH), İstanbul :Beta Yayınları.

ROMANLAR AZINLIĞI VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA SERBEST DOLAŞIM HAKLARI

Dr. Gerçek Şahin YÜCEL*

ÖZET

Demokratik öğelere ve insan haklarına saygı konularına gün geçtikçe daha fazla önem veren Avrupa Birliği (AB), azınlık haklarına saygı hususunda da bu hassasiyetini her fırsatta göstermektedir. 2010 yılında yaşananlar da bunun bir örneğidir. Avrupa Komisyonu, Fransız Hükümetinin azınlık olan Romanlar karşısında izlediği politikanın, kişilerin serbest dolaşım ilkesine uygun olup olmadığı konusunda ciddi kuşku duyarak ihlal prosedürü başlatmıştır. Bu konuyu birlik vatandaşlarının serbest dolaşımı ve sınırları, Romanların durumu ve Fransız yasaları, temel özgürlüklere hanel gelmesi riskleri başlıkları altında incelemek gerekmektedir. Aslında aynı zamanda önemli bir etnik köken olan Romanları daha yakından incelemek önemlidir. Bu azınlığın Birliğe sosyal ve ekonomik olarak uyum sağlaması için de ciddi bir ortak politika belirlemek gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Romanlar, Serbest Dolaşım Hakkı, Avrupa Birliği Vatandaşlığı

THE ROMA MINORITY AND THE FREEDOM OF MOVEMENT RIGHTS IN EUROPEAN UNION LAW

ABSTRACT

The European Union placing more emphasis increasingly with each passing day on democratic elements and factors of respect of human rights exhibits this sensibility in the matter of respect of minority rights, too. What have been experienced in the year 2010 constitute an example to this. The European Commission initiated a procedure of violation, by

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi AB Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

having serious doubts on the subject whether the policy the French Government was pursuing versus the Romas, who are a minority was conforming with the principle of free movement of people or not. It is required to scrutinize the free movement of Union citizens and restrictions to it under the titles of Romas' situation, French legislation, the risk of injury to fundamental liberties. In fact, it is necessary to examine more closely the Romas, which are also a significant ethnicity at the same time. And the determination of a serious policy is required, so to ensure the adjustment socially of this minority to the Union and economically.

Keywords: Romas, the freedom of movement right, European Union citizenship

GİRİŞ

2010 yazı başlarında AB Komisyonu, Fransızların Romanlar karşısında izlediği politikanın kişilerin serbest dolaşım ilkesine uygun olup olmadığı konusunda ciddi kuşklar duyuyordu. Aslına bakılırsa konu, dayanağını 5 Ağustos 2010 tarihli bir sirkülerden alan belli sayıda Romanın, geldikleri ülkeye geri gönderilişleriyle başlamıştı. Komisyonun başkan yardımcısı ile Fransa cumhurbaşkanı arasındaki polemik buradan çıkmıştı. Sonrasında Fransa, kendi mevzuatını AB hukuku ile uyumlu hale getirmeye söz verdi ve komisyonun da Fransa'ya karşı yasa ihlali işlemi başlatma kararından vazgeçmesi kararlaştırıldı.

Bu olaylar sırasında doktrin, Romanların durumlarına ve kişilerin serbest dolaşım sınırlandırmasına büyük ilgi göstermişti. Katılım sonrasında, çok sayıda Türk'ün kendi topraklarına gelmesinden korku duyan bir AB ile karşı karşıya olduğumuz düşünülürse, konuyu biraz daha derinlemesine incelemek faydalı olacaktır.

Aslında en önemli soru şuydu: Romen uyruklu Avrupa vatandaşlarının serbest dolaşımının sınırı neydi? Bu soruya yanıt verebilmek için, öncelikle Birlik yurttaşlarının serbest dolaşımının yasal çerçevesini çizmek, sonra da Romanların durumunu onların yaşadıkları olayların içerisine yerleştirmek ve konu hakkında ortaya çıkan olası hukuk problemleri analiz etmek gerekmektedir.

1- Birlik Yurttaşlarının Serbest Dolaşımı ve Sınırları

Kişilerin serbest dolaşımı, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda adı geçen haklardan olup 1957 yılından itibaren, iç pazarın yurttaşlar lehine olan temel özgürlüklerinden birini teşkil etmektedir. Avrupa projesinin en başından beri yalnızca çalışanlar serbest dolaşım hakkından¹ yararlanmaktaydılar. Daha sonra bu hak, AB vatandaşlarının tamamını kapsayacak şekilde genişletildi. Birlik vatandaşlığı, antlaşma ve onun tatbiki² için yapılan düzenlemeler ile öngörülen kısıtlamalar ve şartlar saklı kalmak üzere, AB'nin her bir vatandaşına Birlik alanı üzerinde temel ve bireysel nitelikte özgürce seyahat etmek ve kalmak hakkı tanımaktadır. Bu sınırlamalar ve şartlar, serbest dolaşım alanında var olan yasama yetkisi ve içtihadı sistemleştirmiş, bunların okunabilirlik ile şeffaflığını arttırmak üzere basitleştirmiş olan, 2004/38/AT³ yönergesinde yer almaktadır.

Demek ki bizi burada ilgilendiren, Avrupa Parlamentosu ile Konseyin, Birlik vatandaşlarını ve onların aile üyelerinin, üye devletlerin arazisi üzerinde serbestçe hareket ve içerisinde ikamet etmesine ilişkin haklarına dair 1612/68 numaralı yönetmeliği⁴ tadil ve 64/221/AET⁵, 68/360/AET⁶, 72/194/AET⁷, 73/148/AET⁸, 75/34/AET⁹, 75/35/AET¹⁰, 90/364/AET¹¹, 90/365/AET¹² ve 93/96/AET¹³ Yönergelerini ilga eden, 29 Nisan 2004 tarih ve 2004/38/AT numaralı Yönergesidir.

Bu yönerge serbest dolaşımdaki kişilerin kategorileri arasında birkaç farklılığın kalmasına izin vermiş olsa dahi, kişilerin giriş ve kalış hakkına ilişkin düzenlemeleri tek bir metinde bir araya getirmek üzere

¹ Eski madde 39 ABA

² Eski madde 18 ABA

³ Yönerge 2004/38/AT, 29 nisan 2004 : ABRG no L 158.

⁴ ATRG L 257, 19.10.1968, s. 2. Son olarak 2434/92 numaralı Yönetmelikle tadil edildiği haliyle Yönetmelik (ATRG L 245, 26.8.1992, s. 1).

⁵ ATRG L 56, 04.04.1964, s. 850.

⁶ ibidem

⁷ ATRG L 121, 26.05.1972, s. 32.

⁸ ATRG L 172, 28.6.1973, s. 14.

⁹ ATRG L 14, 20.01.1975, s. 10.

¹⁰ ATRG L 14, 20.01.1975, s. 14.

¹¹ ATRG L 180, 13.7.1990, s. 26

¹² ATRG L 180, 13.7.1990, s. 28.

¹³ ATRG L 317, 18.12.1993, s. 59.

daha önceden zikredilen tüm kategorik yönergelerin yerini almıştı. Eski yapıdan sadece 1612/68/AET¹⁴ yönetmeliğinin kimi hükümleri kaldı.

2004/38/AT yönergesi, kalış süresine göre üç farklı kategori öngörmektedir. İlk etapta üç aya kadar¹⁵ ve sonrasında üç ayın ötesinde kalış¹⁶, son olarak da kalıcı ikamet hakkı¹⁷. İkamet hakkı üç faraziye de, ev sahibi devletin kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığını koruma gereğiyle haklı gösterilen sınırlamalara konu olabilir.

Yönergenin yürürlüğe girişiyle, bu sınırlamalar 64/221/AET yönergesine konu oldu. Aslına bakılırsa, bu yönerge alanında daha eskiydi. 1980'li yıllarda, Adalet Divanı'nın çok koruyucu bir içtihadına konu olmuştu. 1990'lı yıllarda Komisyon Divanı, en azından kimi vakalarda, diğer üye devletler uyruklarının sınır dışı edilmesinin yasaklamasını talep etmişti ama Divan, bu çözümü kabul etmedi. Böylelikle, bir yönerge teklifiyle komisyon kuruldan, Birlik vatandaşları ve onların sürekli ikamet hakkı almış olan aile mensupları ile reşit olmayan küçüklerin sınır dışı edilmesine karşı kesin bir korumanın kabulünü istemişti. Yasa koyucu böylesi bir durumu, bu olguda sınır dışı etmeyi tamamiyle hariç bırakmadan, sadece daha zor kılmayı tercih etmiş olduğundan, bu öneri de geri çevrildi.

Avrupa yasa koyucusu yeni yönerge ile bir dizi esas ve usul garantisini yürürlüğe sokmuş oldu. Bu noktada da, serbest dolaşım ilkesini geniş bir şekilde ve onun istisnalarını titiz bir biçimde yorumlayan mahkeme içtihadının hesaba katılması hala kendisini hissettirmektedir. Bundan da öte, «Birliğin bir yurttaşı olarak, bir kişinin statüsüne istinaden işbu özgürlükten istisnanın özellikle kısıtlayıcı bir yorumunun gerektiği de ilave edilmelidir. Mahkeme'nin hüküm vermiş olduğu üzere, bu statünün üye devletlerin vatandaşlarının temel statüsü¹⁸ olması amaçlanmıştır»¹⁹. O andan itibaren sınır dışı etme, Komisyona göre

¹⁴ ibidem

¹⁵ Madde 6

¹⁶ Madde 7

¹⁷ Madde 16

¹⁸ ATAD 20 eylül 2001, C-184/99 *Grzelczyk* davası, Rec s I-6193 paragraf 31, ve ATAD 23 mart 2004, C-138/02 *Collins* davası Rec s I-0000, paragraf 61

¹⁹ ATAD 29 nisan 2004, C-482/01 ve C-493/01, Orfanopoulos ve Oliveri davası, Rec I-5295 paragraf 65.

göçmenin etkili bir savunmasının sağlanması gerekliliğini öngören aşırı, istisnai bir önlem gibi görünmüştür.

Yönerge, bir uzaklaştırma tedbirine konu olan Birlik yurttaşlarına maddi ve usule ilişkin garantiler temin etmektedir. Yönergenin 30 ve 31. maddeleri usule dair garantiler, 27 ve 28. maddeleri maddi garantiler konusundadır.

Yönergenin 27. maddesi, Adalet Divanı'nın başlıca öğretilerini yasalaştırmaktadır. Ekonomik amaçlar²⁰ ile kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı bahaneleri öne sürülemeyecektir. Bir sınır dışı etme önlemi münhasıran ilgili bireyin kişisel davranışı üzerine temellendirilmek zorundadır ve daha önceki cezai mahkumiyetlerin varlığı kendi başına böylesi bir önlem²¹ haklı göstermeyecektir.²² İlgilinin kişisel tutumu, toplumun temel bir çıkarına yönelik olarak, gerçek, güncel ve yeterince ağır bir tehdit arz etmelidir ve genel engelleme²³ nedenlerini ele alan mesnetler kabul görebilir²⁴.

30. madde, Adoui kararı ile emredildiği üzere 27. madde bağlamında alınan her türlü önlemin, ilgilinin içeriğini ve etkilerini²⁵ anlamasına olanak tanıyan koşullarda yazılı olarak tebliğ edilmesi gerektiğini öngörerek, usule ilişkin ve bilgisel garantiler içermektedir. Böylece devlet güvenliğini alakadar eden dayanaklar buna engel olmadıkları²⁶ sürece, bu kararın kesin ve tam dayanaklarının ilgilinin bilgisine sunulması zorunludur. 31. madde, genel anlamda 64/221/AET yönergesinin yanı sıra Adalet Divanı içtihadından alınma, usule dair başka garantiler içerir.

Yine de, hiçbir üye devletin yönergeyi tamamında etkili ve doğru biçimde aktarmamış olduğunu müşahede etmek hayal kırıcıdır.

²⁰ Paragraf 1

²¹ ATAD 18 Mayıs 1982, C-115/81 ve 116/81 Adoui ve Cornuaille, Rec I-1665 yargı kararı ile kabul edilen hukuki formül.

²² Paragraf 2

²³ Yasa koyucu 64/221 yönergesinin bir hükmünün yanı sıra bunun Bonsignore yargı kararında (ATAD, 26 Şubat 1975, C-67/74, Bonsignore, Rec I-297) Divan tarafından yorumlanışını da ele almıştır.

²⁴ Paragraf 2.

²⁵ Paragraf 1.

²⁶ Paragraf 2.

Komisyonun, 2004/38 yönergesinin tatbiki hakkında Avrupa Parlamentosu ve Kurula sunduğu raporun tespitlerinden bir tanesi de budur. Temel özgürlüklere saygıyla bağlı olduğu addedilen bir Birlik'te, Avrupa vatandaşlarının en önemli özgürlüğünü düzenleyen ana araç, ne yazık ki ulusal makamlar tarafından rafa kaldırılmıştır. Maddi ve usule dair garantiler hakkındaki maddeleri yalnızca devlet gerektiği şekilde aktarmıştır.

Bu temel özgürlükler ile sınırlamaların, AB hukuku dahilinde çok iyi çerçeve altına alınmış olduğunu görmüştük. Avrupa yasa koyucusu, kişilerin serbest dolaşımının etkinliğini, her ne pahasına olursa olsun, garanti altına almak istemişti.

Romanlar ile ne cereyan etti? Her zaman Avrupa mimarisinin iyi öğrencisi olan Fransa bu noktaya nasıl geldi? Acaba Fransa Romanları bir özgünlük arz ediyorlar mıydı? Tüm bu sorulara yanıt verebilmek için, AB ve Fransa'daki Romanların durumlarını ayrıntılı olarak incelemek gerekmektedir.

2- Romanların Durumu ve Fransız Yasaları

Romanlar, Bulgaristan ve Romanya'nın AB'ye girişi ile birlikte Birliğin en önemli etnik azınlığı haline geldi. Birlik dahilinde yaşamakta olan Romanların sayısı sekiz ila on milyon olarak tahmin edilmektedir. "Romanlar" terimi, Romanlar, Sinti, yol insanları, Aşkale, Kale gibi az ya da çok benzer kültürel özelliklerinin yanı sıra, Avrupa toplumları içerisinde sürekli bir ötekileştirme geçmişini paylaşan kişi gruplarını türdeş olarak tanımlamak üzere kullanılmaktadır. Avrupa Birliği kurumlar ve organlarınca ortak kullanılmakta olan tanım da budur.

Bu insanlar, Roma Antlaşması madde 20.1 nezdinde, tamamıyla Avrupa vatandaşlarıydılar. Bununla beraber, toplumsal ve siyasal durumları kırılğan kalmaya devam etti. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM)'ne göre Romanlar, "özel bir korumaya"²⁷ ihtiyaç duyan "dezavantajlı ve savunmasız bir azınlık" haline gelmişlerdi ve eğitim, sosyal koruma, barınma, siyasal yaşama katılım gibi çeşitli alanlarda her zaman bir ayrımcılığa kurban oluyorlardı. Bu ayrımcılık kadınlar,

²⁷ AIHM, 13 Kasım 2007, D.H ve a. c/ Çek Cumhuriyeti.

çocuklar, yaşlı kişiler aracılığıyla toplumun tüm aktörlerini etkilemekteydi.

Avrupa kurumları, bilhassa da Avrupa Parlamentosu²⁸, Komisyon²⁹ ve temel haklar kuruluşu³⁰ bu sorunlara ilgisiz kalmamaktadır ve ayrımcılıklara karşı pek çok kez harekete geçmişlerdir.

Üstelik Romanlar 2010'da, bir kere daha bir ayrımcılığın kurbanı oldular. Anlaşmazlık da buradan patlak verdi. Fransa içişleri bakanının özel baş sekreteri tarafından 5 Ağustos 2010 tarihinde imzalanan metin, "bugünden itibaren üç ay içerisinde, öncelik Romanlarda olmak üzere, 300 gayrimeşru konak yeri veya yerleşkenin tahliye edilmesi gerektiğini" şart koşmaktaydı. Bu durumda, gayrimeşru kampların, öncelikle de Romanlarınkilerin sökülmesinin sistematik bir girişimini (...) başlatmak her bir ilde valilere düşmekteydi". Belge, Romanları açık bir ifadeyle ve pek çok defalar hedef almaktaydı. Metin, aynı şekilde "Bunun haricinde, Romanların yeni gayrimeşru kamplarının kurulmasını engellemek de, doğal olarak elzemdir. Bir kurulumun başlatılması halinde, buna karşı koymak için her çareye başvuracaksınız (...)" diye açıkça belirtmekteydi. Fransız göçmenlik ve ulusal kimlik bakanı, hükümetin gönüllü geri dönüşlere yardım politikası olarak gösterdiği yaklaşımla Romanların özel olarak hedeflenmiş olduklarını yadsırken, Komisyon ve sivil toplum kuruluşları bu sirkülere hızla tepki verdi. Tepkilerden birkaç gün sonra İçişleri Bakanı; Romanların « olası bir damgalanması hakkında her türlü yanlış anlamının önüne geçmek» amacıyla; gayrimeşru konaklamaların

²⁸ Romanların AB içerisindeki durumları hakkında 28 Nisan 2005 tarihli, AB içerisindeki Roman kadınlarının durumu hakkında 1 Haziran 2006 tarihli, Romanlara yönelik olarak bir Avrupa stratejisi hakkında 31 Ocak 2008 tarihli, İtalya'daki Romanların etnik aidiyet temelinde sayımı hakkında 10 Temmuz 2008 tarihli, Romanların toplumsal durumu ve AB içerisinde çalışma piyasasına erişimlerinin iyileştirilmesi hakkında 11 Mart 2009 tarihli, Romanlara ilişkin ikinci zirve hakkında 25 Mart 2010 tarihli ve Romanların ve kişilerin AB içerisinde serbest dolaşımı hakkında 9 Eylül 2010 tarihli resmi kararlarına bakınız.

²⁹ Romanlar genişletilmiş bir AB içerisindeki durumları, İstihdam ve Toplumsal işler GM tarafından sipariş edilen ve yayınlanan araştırma, 2004; Kurul, Avrupa parlamentosu, Avrupa ekonomik ve toplumsal komitesi ve bölgeler komitesine 7 Nisan 2010 tarihli bildiri. Romanların Avrupa'da toplumsal ve ekonomik bütünleşmesi, COM (2010) 133 son.

³⁰ Karşılaştırmalı rapor, Romanlar ve gezginlerin AB içerisindeki barınma koşulları, Ekim 2009; EU-MIDIS- raporu azınlıklar ve ayrımcılık hakkında AB incelemesi.

tahliyesi konusunda valilere gönderilen yeni bir sirküleri bizzat imzalayarak Romanlar hakkındaki polemiği yatıştırmayı denedi. Bu belge özellikle «işgal edenler kim olursa olsun» gayrimeşru kampların tahliyesine «devam etmelerini» valilerden istiyordu. Ayrımcılık suçlamasına uğramamak amacıyla, “Romanlar” teriminin yerini “herhangi bir işgalci” kelimesi almıştı.

Aslına bakılırsa, Fransa’da Roman kökenli yurttaşların dolaşım özgürlüğüne riayet edilmemesi riski mevcuttu. Yabancıların giriş ve ikamet kanununun maddeleri³¹ ile sığınma hakkı, yasal olarak bir sınır dışı etmeye hüküm verilebilmesi için izlenmesi zorunlu olan idari usulü öngörmektedir. Bir tebliğ duyurusu hedef alınan kişiye, kendisine karşı bir sınır dışı etme işleminin başlatıldığını haber vermeli, bunun dayanaklarını açıkça belirtmeli ve bir asliye hukuk mahkemesi hakimi ve sulh yargıcının yanı sıra idari mahkemeden bir müşavir tarafından teşkil edilen bir komisyonun önünde ifade vermek üzere onu celp etmelidir. İlgili, bir hukuki yardımdan yararlanılmasını talep edebilecek olan bu komisyonun nezdinde, sınır dışı edilmesine karşı gösterilebilecek her türlü nedeni öne sürme olanağına sahip olur. Komisyonun dayanaklı görüşü sınır dışı etme tedbirini almak ve ilgiliye bildirmek üzere yetkili idari makama iletilir.

Bu usul düzenlemesi, 2004/38/CE yönergesinin 30. maddesinin gereklerini karşılamaktadır. Bununla beraber, bu usul ancak kesin aciliyet³² durumunda tatbik edilmektedir çünkü bu durumda dayanak gösterme zorunluluğundan muaf olunur. Oysaki yönergenin 30. maddesi zorunluluklarda olası ilgayı öngörmemektedir. Fransız yasaları, 2004/38/CE yönergesi ile bağdaşmayan bir istisnayı uygulamaya sokmuştur. Böylelikle Fransız yasalarına göre, kamu düzeni açısından ciddi tehdit³³ halinde bir sınır dışı etme vuku bulabilir. Dahası, Fransız mevzuatı yönergenin; “toplumun temel bir çıkarına gerçek, güncel ve yeterince ciddi bir tehdit³⁴ hukuksal formülünü içeren; madde 27.2’sini tanımazdan gelmektedir. Böylelikle, kamu düzenine karşı bir tehdidin

³¹ Yabancıların giriş ve ikameti ile sığınma hakkı kanununun L. 522-1 ve L. 522-2.

³² Yabancıların giriş ve ikameti ile sığınma hakkı kanununun L 522-1.

³³ L 522-1.

³⁴ ATAD 27 Ekim 1977, C-30/77, Bouchereau, Rec s. 01999

varlığı, her türlü genel engelleme mesnedini³⁵ hariç tutup yalnızca bireyin kişisel davranışına bağlı olarak değerlendirmeye tabi tutulması zorunludur.

Öyleyse, alakalı maddelerin yönerge ile tam bir uyumsuzluk içerisinde oldukları gözlenmektedir ki bu da Komisyonu, aksi takdirde bir kural ihlali işleminin başlatılması tehdidiyle 2004/38/CE yönergesini tamamında aktarmasını Fransa'dan talep etmeye sürüklemiştir.

Aslında Avrupa mevzuatına göre, saldırgan dilencilik, dilencilüğün sömürülmesi ya da dahası kamu alanının yasa dışı işgali, Romanlara karşı bir sınır dışı etme önlemini haklı göstermek için yeterli değildi. Fransız mevzuatı yalnızca yönerge maddelerini değil, ayrıca Romanların temel haklarını da görmezden gelmekteydi.

3- Temel Bir Özgürlüğün Sınırlanması: Temel Özgürlüklere Hanel Gelmesi Riskleri

Devletler bir temel özgürlüğe muafiyet getirdiklerinde, bu aykırılık temel haklara³⁶ riayet etmek zorundadır. Bir Avrupa vatandaşının sınır dışı edilmesi dolaşım özgürlüğünün ilgasını teşkil eder ki bu, temel haklara uygun düşmek zorundadır.

Etnik aidiyet üzerine kurulu ayrımcılığın yasaklanması, temel haklar arasında özel bir yer tutar. Bu, uluslararası belgeler³⁷ ve Avrupa mevzuatı³⁸ ile oluşturulmuştur. Roma Antlaşması'nın 19. maddesi etnik ayrımcılık ile mücadele etme amacıyla gereken önlemleri alma konusunda yasa koyucuyu yetkilendirir. Yine, Lizbon Antlaşması tarafından uygulamaya sokulan, Roma Antlaşması madde 10 ile Birlik ırk veya etnik köken üzerine dayalı her türlü ayrımcılık ile mücadele etmenin yollarını araştırmaktadır.

Sarih olarak Romanların hedef alınmış olması olgusu, bizim nazarımızda Fransız makamlarının ayrımcı bir tutumunu teşkil etmektedir. Her ne kadar ünlü sirkülerde « Romanlar » teriminin yerini

³⁵ 2008/38/CE yönergesi madde 27.2; s Bonsignore yargı kararında mahkemenin formülü.

³⁶ ATAD, 18 Haziran 1991, C-260/89, ERT, Rec I-02925

³⁷ Irksal ayrımcılığın her türlü şeklinin ortadan kaldırılması hakkında uluslararası sözleşme, madde 14 AIHB, 12 a numaralı protokol AIHB.

³⁸ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Madde 21.1.

daha sonradan « kim olursa olsun işgalciler » almış olsa da, peşinde koşulan amaç yeterince açıktır. Uzaklaştırma önlemleri bireysel olsa dahi, uygulamada AİHM tarafından yasaklanmış olan kolektif sınır dışı etmelere benzemektedir.

Komisyon Fransa'ya karşı, ayrımcı politika nedeniyle bir ihlal işlemini başlatma olasılığını gözden uzak tutmamıştır. Konunun siyasal hassasiyeti ve Fransız makamlarınca en üst düzeyde verilen güvenceler nedeniyle bundan vazgeçmiştir.

15 Haziran 2011'da Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı tarafından yayımlanan « Temel Haklar: 2010'daki Meydan Okumalar ve Gerçekleştirilenler » raporu³⁹, doğrudan veya dolaylı olarak insan haklarının savunulması ile bir «Hukuk Birliği»nin kurulmasını hedefleyen Birlik hukuku kuralları tatbikinin bir bilançosunu çıkarttı. Bu raporun temaları Özgürlükler, Eşitlikler, Yurttaşlık, Adalet idi. Romanların sorunlarına gösterilen duyarlılığı sergilemek için, temel hakların uygulanmasında bir sorun olarak bakılan “Romanların Birlik içerisinde bütünleşmesi”ne özel bir kısım ayrıldı.

Rapor 2010 yılına damgasını vuran yadsınamaz ilerlemeleri sayıp dökerken o kadar da hoşgörülü değildir ve sığınma talep edenlerin yaşam koşulları, geri dönüş yönergesinin uygulama şartları, sayısal verilerin korunması ve muhafazası ile cinsiyet ya da cinsel tercih nedeniyle ayrımcılık yokluğu konusunda tekrarlanan güçlüklerin altını çizmektedir.

SONUÇ

Ne yazık ki Avrupa'da, AB'ye en son katılanlara karşı giderek daha ayrımcı tutumlar hissedilmektedir. Bu tutumlar, Avrupa toplumlarının gelecekteki siyasal eğilimleri ile daha da kötüleşecektir. Örneğin, gelecek seçimlerde Fransa'da aşırı sağ bir partinin zaferi beklenmektedir. Acaba bu yeni yönelim midir yoksa basit ifadeyle Avrupalılar ciddi anlamda yabancılardan rahatsızlık duymaya mı başlamıştır? AB, kendi var olma sorunlarıyla giderek daha fazla uğraşmaya başlamıştır. Belki de denetimsiz genişlemenin faturasını ödemektedir. Lizbon Anlaşması'nın bu sorunlara çözüm getirip getiremeyeceğini göreceğiz. Ya Türkiye bu

³⁹ Kurum web sitesinden erişilebilir, <http://fra.europa.eu>

konunun veya bu sorunların neresinde yer almaktadır? Türkiye'nin olası bir katılımı aynı sorunları yaratmayacak mıdır?

Son olarak AB hukuk sistemindeki bir tutarsızlığıda belirtmekte fayda görüyoruz. Sistem yabancılara özgürce dolaşma imkanı verirken, yeterli maddi gelirleri olmadığı için onları yerleşme serbestisinden muaf tutmaktadır. Bir başka deyişle gelirlerini artıracabilecekleri bir hakka gelirleri olmadığı için erişim vermemektedir. Hep krizlerle kendini yenileyen bir hukuk sistemi olduğu için, bu tutarsızlık bizleri şaşırtmamaktadır. Büyük bir olasılıkla ilerleyen dönemlerde bu sorunsalı da hukuki bir temele oturtan kararlarla karşı karşıya kalacağız. Lakin buradaki en büyük sıkıntı, adaylık sürecinde kendini hukukun en üst mertebesi olarak gören Avrupa Birliği'nin bu kadar hukuk dışı uygulamalarda bulunabilmesidir.

KAYNAKÇA

- Giddens Anthony, *Modernliğin Sonuçları*, İstanbul, 1998, 178 s.
- Konuralp, Haluk "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 1 (s. 25 - 40).
- Baker, Ulus, Spinoza Kitabı: Ethica'nın Sırrı, <http://korotonomedy.net/kor/index.php?id=21,182,0,0,1,0> (erişim tarihi 28.10.2010)
- Avrupa Tek Senedi, *Official Journal of the European Communities*, L 169. 29.06.1987
- Arnall, Anthony *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford: Oxford University Press, 2006).
- Baykal, Sanem 'Reform Antlaşması ve Getirdikleri: Kurumsal Yapı Cercevesinde Genel Bir Değerlendirme', *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C.7, S.1, 2007, s.19-44.
- Bermann, George, et al, *Cases and Materials on European Union Law*, (American Casebook Series, West Group, 2002).

- Bozkurt, Enver, Ozcan, Mehmet ve Koptas, Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2006).
- Closa, Carlos ‘Citizenship of the Union and Nationality of Member States’, *Common Market Law Review*, Cilt.32, 1995, s.487-518.
- Craig, Paul and De Burca, Grainne, *EU Law, Text, Cases and Materials*, (Oxford: Oxford University Press, 2003).
- Epiney, Astrid ‘The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship’, *European Law Journal*, Cilt.13, No.5, 2007, s.611-622.
- Hailbronner, Kay ‘Union Citizenship and Access to Social Benefits’, *Common Market Law Review*, Cilt.42, 2005, s.1245-1267.
- Jacobs, Francis ‘Citizenship of the European Union-A Legal Analysis’, *European Law Journal*, Cilt.13, No.4, 2007, s.591-610.
- Kokott, Juliane ‘EU Citizenship-Citoyens Sans Frontieres’, *Durham European Law Institute European Law Lecture*, 2005, s.1-12.
- Lenaerts, Koen *Constitutional Law of the European Union*, (Londra: Sweet and Maxwell, 2005).
- More, Gillian ‘The Principle of Equal Treatment’, icinde Paul Craig ve Grainne De Burca, (der.), *The Evolution of EU Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1999).
- O’Leary, Siofra, *The Evolving Concept of Community Citizenship*, (Londra: Kluwer Law International, 1996).
- Steiner, Josephine, Woods, Lorna and Twigg-Flesner, Christian, *EU Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- 2004/38 sayılı Yönerge,Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi,L 158. 29 nisan 2004

68/360 sayılı Direktif, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi , L257/13. 15 Ekim 1968

1251/70 sayılı Direktif, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi , L 142/24. 29 Haziran 1970

64/220 sayılı Direktif, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi , L56, 04.04.1964. 25 Subat 1964

73/148 sayılı Direktif, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi, L172, 28.06.1973. 21 Mayıs 1973

75/34 sayılı Direktif, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi , L, 20.01.1975. 7 Aralık 1974

72/194 Sayılı direktif, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi, L 121, 26.05.1972.

90/365 Sayılı direktif, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi, L 180, 13.7.1990.

93/96 Sayılı direktif, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi, L 317, 18.12.1993

Romanların AB içerisindeki durumları hakkında 28 Nisan 2005 tarihli resmi karar

AB içerisindeki Roman kadınlarının durumu hakkında 1 Haziran 2006 tarihli resmi karar

Romanlara yönelik olarak bir Avrupa stratejisi hakkında 31 Ocak 2008 tarihli resmi karar

İtalya'daki Romanların etnik aidiyet temelinde sayımı hakkında 10 Temmuz 2008 tarihli resmi karar

Romanların toplumsal durumu ve AB içerisinde çalışma piyasasına erişimlerinin iyileştirilmesi hakkında 11 Mart 2009 tarihli resmi karar

Romanlara ilişkin ikinci zirve hakkında 25 Mart 2010 tarihli resmi karar

Romanların ve kişilerin AB içerisinde serbest dolaşımı hakkında 9 Eylül 2010 tarihli resmi karar.

Romanlar genişletilmiş bir AB içerisindeki durumları, İstihdam ve Toplumsal işler GM tarafından sipariş edilen ve yayınlanan araştırma, 2004;

Kurul, Avrupa parlamentosu, Avrupa ekonomik ve toplumsal komitesi ve bölgeler komitesine 7 Nisan 2010 tarihli bildiri. Romanların Avrupa'da toplumsal ve ekonomik bütünleşmesi, COM (2010) 133 son.

Karşılaştırmalı rapor, Romanlar ve gezginlerin AB içerisindeki barınma koşulları, Ekim 2009; EU-MIDIS- raporu azınlıklar ve ayrımcılık hakkında AB incelemesi.

ATAD 27 Ekim 1977, dava 30/77, Bouchereau.

ATAD 26 Şubat 1975, dava 67/74 Bonsignore.

ATAD, 18 Haziran 1991, dava 260/89, ERT.

ATAD, 20 Eylül 2001 , 184/99 Grzelczyk.

ATAD, 1 Şubat 2005 ,dava 138/02 Collins

ATAD, 29 Nisan 2004, dava 482/01 ve dava 493/01, Orfanopoulos ve Oliveri

ATAD 18 Mayıs 1982, dava 115/81 ve 116/81 Adoui ve Cornuaille

AIHM, 13 Kasım 2007, D.H ve a. c/ Çek Cumhuriyeti.

KISALTMALAR

AB	AVRUPA BİRLİĞİ
AT	AVRUPA TOPLULUKLARI
ABA	AVRUPA BİRLİĞİ ANLAŞMASI
ABRG	AVRUPA BİRLİĞİ RESMİ GAZETESİ
AET	AVRUPA EKONOMİK TOPLULUĞU
ATRG	AVRUPA TOPLULUKLARI RESMİ GAZETESİ
AİHB	AVRUPA İNSAN HAKLARI BEYANNAMESİ
AİHM	AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
ATAD	AVRUPA TOPLULUGU ADALET DİVANI
ABAD	AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI

Von der Sünde zur Straftat
– Strafrechtstheorie in der türkischen Rezeptions-
und Kodifikationsgeschichte –

Zekai Dağasan*

*„Man importiert [...] weder fremdes Recht noch
fremde Gesetzbücher, sondern fremdes Kulturgut“^d.
Ernst E. Hirsch²*

A) Begriffliche Vorbemerkungen

I. Reception³ und Strafrechtstheorie

Möchte man sich der Entwicklung des Strafrechtstheorieverständnisses einer Strafrechtsordnung annähern, die traditionell eine stark rechtsvergleichende Ausrichtung aufweist, darf das untersuchende Auge nicht blind sein für Einflüsse, die ihren Ursprung außerhalb der zu untersuchenden Rechtsordnung haben. Insoweit kann die Annäherung von *Bisoukides* an den Begriff „Recht eines Volkes“ noch heute Geltung beanspruchen. Er unterscheidet zwischen dem Recht eines Volkes im

* Wissenschaftliche Hilfskraft - Fern Universität in Hagen - Institut für juristische Zeitgeschichte

¹ *Hirsch*, *Rezeption als sozialer Prozeß*, Berlin 1981, S. 12.

² *Ernst Eduard Hirsch* (1902–1985) war ein deutscher Jurist und Rechtssoziologe. Er hat seit 1933 an der Universität Istanbul gelehrt und war maßgeblich an der Vorbereitung verschiedener Gesetzesentwürfe beteiligt. Anfang der 1950er Jahre kehrte er nach Deutschland zurück und setzte seine akademische Laufbahn an der FU Berlin fort. Siehe: *Meissner*, *Ernst Eduard Hirsch (1902–1985). Die Vorlesung des deutschen Juristen war Stadtgespräch in Istanbul: Zum hundersten Geburtstag*, in: *Vormbaum* (Hrsg.), *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, Bd. 4 (2002/2003), S. 366–368.

³ *Bozkurt*, *Bati Hukukun Türkiye’de Benimsenmesi*, Ankara 1996. *Rumpf*, *Rezeption und Verfassungsordnung: Beispiel Türkei*, 2001 (abrufbar unter: www.tuerkei-recht.de/Rezeption.pdf). *Azrak*, *Tanzimat’tan sonra resepsiyon*, in: *Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi*, Istanbul 1985, Bd. 3, S. 602 ff. *Hakeri*, *Geschichte des türkischen Strafrechts und ausländische Einflüsse auf die türkische Strafrechtsdogmatik*, in: *Hilgendorf* (Hrsg.) *Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich*, Würzburg 2009, S. 73–102. *Tellenbach*, *Zum Straf- und Strafprozeßrecht in der Türkei, 70 Jahre nach der Gründung*, in: *Scholler / Tellenbach* (Hrsg.), *Westliche Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung*, Baden Baden 1996, S. 145–170.

engeren und weiteren Sinne, also einerseits dem Recht, das ein Volk „aus seinen Lebens-, Sitten- und Rechtsanschauungen heraus selbst gebildet“ hat und andererseits dem Recht,

„das innerhalb der staatlichen Grenzen einer Volksgemeinschaft gilt, einschließlich also auch derjenigen Rechtsgrundsätze und Normen, die nicht als eigenes Kulturgut des betreffenden Volkes betrachtet werden können, sondern vielmehr aus dem Rechtsschatz anderer Völker herübergenommen und dem Rechtsganzen jenes Volkes entweder in ursprünglicher oder in angepaßter Form einverleibt worden sind.“⁴

Diese Form der Übernahme kann man als Rezeption (*resepsiyon*) fremden Rechts bezeichnen. Rezeption beschreibt jedoch keinen Zustand, sondern vielmehr einen stetig voranschreitenden Vorgang. Mit der Übernahme eines fremden Gesetzes ist also nicht bereits rezipiert worden, sondern erst durch die Verinnerlichung (*benimsenme*) des zu rezipierenden Rechts. *Hirsch*, der wie eine Reihe anderer deutscher Akademiker während der NS-Herrschaft in die Türkei emigrierte und in seiner anschließenden akademischen Laufbahn ausgiebige Erfahrungen mit der Rezeption aus türkischer Sicht fremden Rechts gemacht hat – durch seine Beteiligung an verschiedenen Gesetzesentwürfen⁵ selbst neue Rezeptionsvorgänge initiierte –, versteht unter Rezeption „einen sozialen Prozeß“, durch den das rechtliche Gedankengut, das über die durch den gesetzgeberischen Akt hereingetragenen Normen eingeführt wird, in die Rechtswirklichkeit umgesetzt wird⁶. Für diesen Ansatz ist charakteristisch, dass unter Rezeption ein über den gesetzgeberischen Akt der Übernahme hinausgehender *Prozess* verstanden wird. *Hirsch* weist dem durch die

⁴ *Bisoukides*, Osmanisch-türkisches Recht, Mit geschichtlich-dogmatischer Uebersicht über das Scheriatrecht, Berlin 1928, S. 1.

⁵ Einige der zum Gesetz erhobenen Entwürfe, die von *Hirsch* (mit)ausgearbeitet wurden, sind das Handelsgesetzbuch, Urhebergesetz, Warenzeichengesetz und Patentgesetz. Darunter befindet sich auch das Gesetz über strafbare Handlungen gegen Atatürk, in dem das Andenken *Mustafa Kemal Atatürks* (1881–1938) – Gründer und erster Präsident der Türkischen Republik – vor öffentlichen Beschimpfungen und Beleidigungen geschützt werden soll, Gesetz Nr. 5816 vom 25. Juli 1951. Siehe umfassender: *Hirsch*, Als Rechtsgelehrter im Landes Atatürks, Berlin 2008, S. 224 ff.

⁶ *Hirsch*, a.a.O., S. 11 ff.

Rezeption integrierten neuen Gedankengut eine rechtsphilosophische, rechtstechnische und eine rechtswissenschaftliche Dimension zu⁷.

Die vorliegenden Betrachtungen möchten den Schwerpunkt auf die rechtsphilosophische und von dieser miterfassten strafrechtstheoretischen Dimension legen. Denn die Strafrechtstheorie (*ceza hukuku teorisi*) – die über dem geschriebenen Strafrecht stehende, offene Fragestellung nach dem Zweck (oder der Zweckfreiheit) der Strafe und die Frage nach dem legitimen Umfang staatlichen Strafens – mag auf das geschriebene Recht zwar Einfluss genommen und erkennbaren Niederschlag gefunden haben. Der die rechtsphilosophische Dimension in Rechtsprechung und Wissenschaft würdigende Rezipient wird aus diesem Fundus aber auch Aufträge für die *Anwendung* und gesetzgeberische *Fortentwicklung* des positivrechtlichen Bereiches ableiten. Hier also kann sich einerseits entscheiden, ob der Komplex des Rechtsschatzes in seiner Gesamtheit erfasst worden ist und andererseits auch in diesem Sinne angewandt und fortentwickelt wird⁸. Nun liegt in der Eigenart der türkischen Geschichte, in welcher man den Weg vom islamischen Staat zu einer laizistischen Republik ging, ein *Spannungsverhältnis* zwischen dem durch die Aufklärung entstandenen Zeitgeist, der auch Einfluss auf das Strafrecht und die Strafrechtstheorie nahm, und dem islamischen Strafrechtsverständnis, das diesem modernen Begriff von Strafrecht eine transzendental eingeschränkte Sicht entgegensetzte. Gerade dieser Ausschnitt der Rezeptionsgeschichte kann zeigen, ob und inwieweit durch

⁷ Hirsch, a.a.O., S. 13. Nach Azrak beinhaltet die Rezeption (*benimsenme*) fremden Rechts die Verinnerlichung dreier Ebenen. Hierbei handelt es sich um die (in systematischer und gegebenenfalls sprachlicher Hinsicht angepassten) Übernahme des positiven Rechts (1.), für die Auslegung des positiven Rechts um die Heranziehung der zu den übernommenen Normen vorhandenen Rechtsprechung (2.) und um die stetige Beobachtung und etwaigen Verwertung der im Ausland entwickelten Dogmatik (3.). Azrak, a.a.O., S. 602.

⁸ Auch wenn die Theorie in der Rezeption fremden Rechts so eine besondere Rolle spielen kann, beschreibt diese besondere Konstellation aber einen ganz allgemeinen Vorgang, der über die Grenzen einzelner Rechtsordnungen hinaus geht: *Dönmezer / Erman* schreiben in ihrem Lehrbuch „Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku“ (Theoretisches und angewandtes Strafrecht) unter Hinweis auf *Pradel* – (*1933) einem französischen Strafrechtler –, dass das positiv gesetzte Recht und die Theorie in einem wechselseitigen Verhältnis stehen, die Theorie einen aus Einzelheiten zusammengesetzten, allgemeinen Meinungskomplex bildet, der für Einzelfragen einen Lösungsansatz bieten kann. *Dönmezer / Erman*, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Bd. 1, 13. Aufl. Istanbul 1997, S. 49 f.; m. Hinweis auf: *Pradel*, *Droit Pénal Général*, 8. Aufl. Paris 1992.

die Abkehr vom islamischen Recht, der Säkularisierung des Rechts durch Übernahme europäischer Gesetzbücher seit Gründung der türkischen Republik im Jahre 1923 – wie *Hirsch* meint – „*fremdes Kulturgut*“ in die türkische Rechtsordnung und Gesellschaft gebracht wurde.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Bruch zur damaligen islamischen Rechtsordnung in der neu gegründeten türkischen Republik in einer beispielsweise nachdrücklichen Art und Weise erfolgte und die personell nicht bedeutend veränderte, neue (Straf-)Rechtswissenschaft vor schwierige Aufgaben stellte. *Scholler* hält *Hirsch* daher entgegen, dass er in den Ausführungen zum Akkulturationsprozess den Umstand, dass im Falle der türkischen Rezeptionsgeschichte ein abrupter, revolutionärer Bruch zur archaischen Vorläuferrechtsordnung vollzogen wurde, zu wenig beachtet habe⁹.

In der Tat ist durch den vom Staatsgründer *Kemal Atatürk* (1881–1938) nach französischem Vorbild justierten *Laizismus* eine gesellschaftspolitische Revolution (*inkılap*) in Gang gesetzt worden, die für die Rechtsordnung eine folgenreiche Wende herbeiführte und eine neue Epoche begründete. Ihr ging jedoch schon im Osmanischen Reich eine über 80 Jahre währende Rezeptionstradition europäischen Rechts voran, die schon im Ausbildungssektor zu bedeutenden Veränderungen geführt hatte und die spätere, entschiedene Abkehr vom islamischen Recht vielleicht erst ermöglichen konnte. Die Betrachtung dieser „Sattelzeit“¹⁰ zwischen der osmanische Reformphase Mitte des 19. Jahrhunderts – in der europäische Rechtsgedanken und Kodifikationen übernommen wurden – und der republikanisch-laizistischen Epoche seit 1923 bietet genügend Anschauungsmaterial, um den Grad und die Qualität der Veränderungen zu erfassen.

⁹ *Scholler*, Vorwort zu: ders. / Tellenbach (Hrsg.), *Westliche Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung*, Baden Baden 1996, S. 10.

¹⁰ *Vormbaum* schreibt, dass Epochen in aller Regel nicht durch Einschnitte scharf getrennt werden, sondern zwischen ihnen sog. Sattelzeiten liegen, in denen ein Umschlag von Quantität in eine neue Qualität stattfindet und spektakuläre Ereignisse diesen Umschlag besonders manifest zum Ausdruck bringen können. Siehe: *Einführung in moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., Berlin 2011, S. 8 f. m.w.N.

II. Kodifikation

Im Gegensatz zur Rezeption, wird unter dem Begriff der Kodifikation (*kodifikasyon*) kein Vorgang im Sinne eines andauernden Prozesses, sondern der gesetzgeberische Akt, einen *eigenen* oder *fremden* Rechtsbestand in umfassenden Gesetzen zusammenzuführen, verstanden¹¹. Der zu kodifizierende Rechtsbestand kann unterschiedliche Formen haben. Kodifizierbar ist neben einzelnen Gesetzen, älteren Gesetzesvorhaben in Form von Entwürfen auch die Rechtsprechung oder rechtliches Gedankengut aus dem Schrifttum. Das den Rechtsbestand bildende, rechtliche Gedankengut wird bei der Kodifikation im Idealfall systematisch geordnet und den jeweiligen Bedürfnissen angepasst. Was für die Kodifizierung von eigenen Rechtsbeständen gilt, gilt auch für die Kodifizierung von fremden Rechtsbeständen. Auch hier ist die Übernahme etwa von fremden Gesetzesbüchern dadurch gekennzeichnet, dass sie zunächst lediglich als „Material, Muster, Modell“ (*Hirsch*) dienen und ähnlich wie bei der Kodifikation eigener Rechtsbestände noch an eigene Bedürfnisse angepasst werden müssen und erst nach diesen etwa rechtliche oder kulturelle Eigenarten berücksichtigenden Modifikationen schließlich zum Gesetz erhoben werden können. Erst anschließend beginnt der oben skizzierte Rezeptionsprozess.

III. Verknüpfungen

1. Der Einfluss der europäischen Kodifikationsbewegung

In der europäischen Rechtsgeschichte machte sich spätestens seit Mitte des 19. Jahrhunderts eine deutliche Kodifikationsbewegung (*kanunlaştırma hareketleri*) bemerkbar, die nicht ohne Auswirkungen auf die damals osmanische Gesetzgebung blieb. Dort hatte man von dieser Entwicklung Notiz genommen und aus unterschiedlichen Beweggründen ebenfalls einen reformatorischen Prozess in Gang gesetzt, der zur Entstehung von neuen Kodifikationen führte. Ausgehend hiervon ist das osmanische und türkisch-republikanische Recht seit über 150 Jahren durch europäische Einflüsse geprägt worden. In der Gesetzgebungsgeschichte des sich im Niedergang befindlichen Osmanischen Reiches waren es die

¹¹ Vgl. *Hirsch*, a.a.O., S. 16.

Gesetzeswerke Preußens, Belgiens, Frankreichs und Italiens¹² und nach der Gründung der Republik im Jahre 1923 erneut Einflüsse aus Italien, die die Gesetzgebung entscheidend mitprägten. Zu der Liste der Vorbilder gesellten sich ferner Deutschland und die Schweiz¹³.

2. Strafrechtsgesetzgebung

In der strafrechtlichen Gesetzgebungsgeschichte war es zunächst Frankreich, das den osmanischen Gesetzgeber zur Übernahme europäischer Gesetzeswerke veranlasste. Später setzte sich allmählich der *italienische Einfluss* durch, der in der republikanischen Phase in der Übernahme des *Codice Zanardelli* mündete und in der darauf folgenden Rezeptionsgeschichte auch in Gestalt des *Codice Rocco* seinen Einfluss geltend machte¹⁴. Die italienische Strafgesetzgebung und -Wissenschaft hat die Lehre und Praxis in der Türkei somit fast ein Jahrhundert begleitet. Und auch die Strafrechtstheorie trägt bis heute deutliche Spuren italienischer Strafrechtsdenker. Dass dieser Einfluss aber nicht immer eindimensional italienisch, sondern vielmehr ein Bündel von Einflüssen auch aus anderen Quellen war, liegt auf der Hand. Denn auch das italienische Strafrecht war nicht blind für die gesetzgeberischen und wissenschaftlichen Errungenschaften seiner Nachbarn. Und so wurde man in der Türkei durch den stetigen Blick auf Italien gleichzeitig durch mehrere Einflüsse mitgeprägt. Neben diesem „Rezeptionsstrang“, kristallisierte sich seit den 1960er Jahren zunehmend ein Einfluss aus *Deutschland* heraus. Viele bedeutende Strafrechtler der Türkei haben

¹² Viele einzelne Gesetze dieser Zeit wurden durch das Ausland geprägt. Es seien auszugsweise auf folgende Beispiele hingewiesen: Die erste osmanische Verfassung von 1876 war von der preußischen Verfassung von 1851 und (möglicherweise) von der belgischen Verfassung von 1831 beeinflusst. Siehe: *Rumpf*, a.a.O., S. 8; *Azrak* erwähnt daneben die französische Verfassung von 1814, a.a.O., S. 606. Der französische *Code pénal* von 1810 bildete die Grundlage für das oStGB 1858 und spätere Novellierungen dieser Kodifikation wurden durch das italienische Strafrecht geprägt (für Näheres s.u.). Auch für das Handelsrecht war Frankreich maßgebend: Vorbild für das oHGB 1850 war das französische Handelsgesetz von 1807. Das Strafprozess- und das Zivilprozessrecht (oStPO 1879, oZPO 1879) standen ebenfalls unter bedeutendem Einfluss aus Frankreich. *Azrak*, a.a.O., S. 604 ff.; *Bisoukides*, a.a.O., S. 20 ff.; *Mumcu*, Siebzig Jahre westliches Recht in der Türkischen Republik, in: Scholler / Tellenbach (Hrsg.), *Westliche Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung*, Baden Baden 1996, S. 34 ff.

¹³ Das neue Strafprozessrecht wurde aus Deutschland „importiert“, das Zivilgesetzbuch aus der Schweiz. *Mumcu*, a.a.O., S. 40.

¹⁴ S.u. unter: C) II.

durch Forschungsaufenthalte in Deutschland Bekanntschaft mit der hiesigen Strafrechtswissenschaft machen können. Und so räumen viele der strafrechtlichen Lehrbücher und Standardwerke der deutschen Literatur und höchstrichterlichen Rechtsprechung einen bedeutenden Platz ein. Trotz des anhaltenden Stellenwerts der italienischen Strafrechtswissenschaft¹⁵, verstärkt sich diese mehrdimensionale Ausrichtung des türkischen Strafrechts zunehmend. Dies liegt daran, dass das tStGB 2004, das im Juni 2005 in Kraft trat, durch viele verschiedene Rechtsordnungen beeinflusst wurde und in seinem Allgemeinen Teil vor allem deutsche Spuren trägt¹⁶.

B) Osmanisches Reich

Der mit der türkischen Geschichte flüchtig bekannte Leser wird möglicherweise vermuten, dass das türkische Recht erst nach Gründung der Republik im Jahre 1923 und der bedingungslosen Geltung der mit dem Laizismusprinzip einhergehenden Trennung des Islams von den politischen Geschicken des Landes eine „europäische Kehrtwende“ erlebt hat. Wenn man lediglich auf die Abkehr vom islamischen Recht abstellt, der bis dahin die Grundlage der Rechtsordnung bildete, wäre diese Annahme zutreffend. Wie oben bereits angedeutet, würde man aber ausblenden, dass die osmanische Strafrechtsgesetzgebung seit den Reformen der *tanzimat* (zu Deutsch: neue Ordnungen¹⁷) im 19.

¹⁵ Auch in jüngeren Lehrbüchern, Kommentaren oder Aufsätzen bildet noch immer umfangreiches Schrifttum aus Italien einen Schwerpunkt der Quellenangaben. Das mag nicht verwundern, denn die Auslegung eines relativ neuen Strafgesetzbuches erfolgt nicht selten im Wege eines direkten Vergleiches mit der alten (italienisch geprägten) Rechtslage.

¹⁶ Zum AT eingehender: *Roxin / Isfen*, Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches, in: GA 2005, 228–243). Neben Deutschland haben auch das Strafrecht aus Österreich, Spanien, Polen, Russland und der Schweiz das tStGB 2004 mitgeprägt. Siehe: *Centel / Zafer / Çakmut*, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Aufl. Istanbul 2011, S. 40; *Centel*, Kritische Betrachtungen zum neuen türkischen Strafgesetzbuch, in: Tellenbach (Hrsg.), Das neue türkische Straf- und Strafprozessrecht, S. 43; *Sözüer*, Die Reform des türkischen Strafrechts, in: ZStW 2007, S. 717 f.; *Tellenbach*, Das türkische Strafgesetzbuch, Freiburg/i.Br. 2008, S. 2; Zum Einfluss des deutschen Strafrechts siehe zudem: *Keçelioğlu*, Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch, Hamburg 2009 (Diss.).

¹⁷ Der Begriff „*tanzimat*“ leitet sich von „*tanzim*“ (zu Deutsch etwa: Anordnung) ab. Eine andere Übersetzung findet sich bei: *Reinkowski*, Die Dinge der Ordnung: Eine vergleichende Untersuchung über die osmanische Reformpolitik im 19. Jahrhundert, München 2005.

Jahrhundert bereits gen Westen strebte. Denn während dieser Reformzeit orientierte sich der osmanische (Straf-)Gesetzgeber an europäischen Vorbildern. Ferner wurden neue, durch die Aufklärung entstandene Denkmuster in das Strafrecht des Osmanischen Reiches integriert, was gerade im Strafrecht zu bedenklichen Folgeproblemen führte, da hier zwingendes islamische Recht entgegenstand und einen unbefriedigenden Dualismus hervorbrachte. Gleichwohl markiert die *tanzimat* für das Osmanische Reich einen Wendepunkt. So unterscheidet man – neben der Zeit vor und nach der Islamisierung – zwischen dem Strafrecht vor der *tanzimat* und dem Strafrecht, das durch die *tanzimat*-Periode entstand.

I. Osmanisches Strafrecht vor der *tanzimat*

„*Crimes are actions forbidden by religious law and discouraged by God Almighty through mandatory or discretionary punishment.*“¹⁸

*Al-Mawardī*¹⁹:

Eine *offene* Fragestellung, die nach dem Grund und dem Zweck der Strafe forscht, liegt dem islamischen Strafrecht nicht zugrunde. Die Strafe findet ihre Legitimation und ihren Grund vielmehr im religiösen Gesetz, das entweder von Gott gesetzt wurde (der Koran gilt als die Offenbarung von Gottes Wort) oder von diesem herrührt²⁰. Hierdurch wird ein der Diskussion und freier Meinungsbildung zugänglicher straftheoretischer Komplex auf eine *transzendente* Ebene verschoben und bleibt dadurch gewissermaßen „unergründbar“²¹. Das bedeutet freilich nicht, dass dem islamischen Strafrecht der Zweckgedanke beim Strafen unbekannt wäre.

¹⁸ *Al-Mawardī*, The Ordinances of Government, A Translation of Al-Ahkam al-Sultaniye w al-Wilayat al Diniyya, Übersetzung von Wahba, Berkshire 1996, S. 238.

¹⁹ *Abu al-Hasan Ali Ibn Muhammad Ibn Habib Al-Mawardī* (972–1058) war ein schafiiitischer Jurist, dessen Schriften u.a. zum schafiiitischen Recht und insbesondere zu verwaltungsrechtlichen und staatsrechtlichen Fragen noch heute von Bedeutung sind.

²⁰ Vgl. *Pacic*, Islamisches Strafrecht, 4. Neubearb. Aufl. 2010, S. 15 ff. (im Internet unter: www.didi-info.de) *İçel / Donay*, a.a.O., S. 47 f.; *Aydın* betont, dass *Al-Mawardī* unter dem zwingenden Recht (siehe: „mandatory“) sowohl das *hadd*- als auch die *qisas*-Recht und unter dem freien Recht (siehe: „discretionary“) das *ta'zir*-Recht versteht, a.a.O., S. 171 f.

²¹ *El-Baradie* erwähnt, dass schon die Auslegung von Rechtssätzen erst verhältnismäßig spät (im 2. Jahrhundert des Islam) durch die *Usul*-Lehre entwickelt wurde und nach der Etablierung im Hinblick auf Rechtsgüterverständnis und die Auslegung lediglich von systemimmanenter Bedeutung war. Aber auch nach der Entwicklung der Lehre der *rationes*, die Rechtssätze für die Auslegung zugänglich machte, gab es Gegner der Auslegung. Für *Ibn Hazm* (994–1064) – so *El-Baradie* – etwa galt: „Gottes Wille hat kein Warum.“, Gottes-Recht und Menschenrecht, Baden-Baden 1983, S. 167 ff.

Im Gegenteil hat die Auslegung der unterschiedlichen Rechtsquellen²² des Islams (etwa der *Koran* oder die *Sunna*²³) zu unterschiedlichen Strafzweckauffassungen geführt²⁴. Strafe wird danach als gesellschaftliche Notwendigkeit verstanden²⁵ und findet in der Buße, Generalprävention, Spezialprävention, Sühne und sozialen Verteidigung unterschiedliche Zwecke²⁶. Im Gegensatz zu einer wandelbaren Strafrechtsordnung, konnte dies jedoch keinen Einfluss auf denjenigen Bereich des islamischen Strafrechts nehmen, der in seinen wesentlichen Zügen in feste Formen gegossen war und in der Anwendung keinen Spielraum ließ für – etwa aus theoretischen Erwägungen abgeleitete – Veränderungen²⁷.

Die Rechtsgüterkonzeption des islamischen Strafrechts ist durch die Aufteilung in die Strafgruppen²⁸ vorgegeben. Aus den Strafgruppen ergibt sich eine zentrale Unterscheidung zwischen *menschlichen* (*hak adami*²⁹) und *göttlichen* (*hak Allah*) Rechtsgütern. Innerhalb dieser Kategorien ist ferner zwischen rein menschlichen, rein göttlichen und den gemischt

²² Das islamische Recht kennt mit dem Koran, der Sunna, der Idschma und der Kiyas (dem Analogieschluss) vier unterschiedliche Rechtsquellen. Der Koran bildet die Primärquelle.

²³ Unter Sunna wird die Gesamtheit der Aussprüche, Übungen und Billigungen im Zusammenhang mit der Auslegung des Korans durch den Propheten Mohammed verstanden. *El-Baradie*, a.a.O., S. 25 f.

²⁴ Umfassender: *Pacic*, a.a.O., S. 15 ff.; *Avci*, a.a.O., S. 196 ff.

²⁵ *Karaman*, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Bd. 1, Istanbul 1991, S. 152.

²⁶ *Udeh*, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beseri Hukuk*, Bd. 2, 1. Aufl. Ankara 1990, S. 22. Vgl. *Kahveci*, a.a.O., S. 24 ff.

²⁷ Vgl. *Kahveci*, *Hukuk Acisindan Ceza Vermenin Teleolojik Boyutu*, in: *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 2003, S. 24.

²⁸ Hierbei handelte es sich um die *hadd*-, *qisas*-, und *ta'zir*-Strafen. *El-Baradie*, *Gottes-Recht und Menschenrecht*, Baden-Baden 1983, S. 96 ff.; *hadd*-Strafen werden als Grenzstrafen, *qisas*-Strafen als Vergeltungsstrafen und *ta'zir*-Strafen als freie Strafen bezeichnet. Interessanterweise findet der Begriff *had* in der alltagl. türkischen Sprache noch immer eine breite Verwendung (z.B. bei: „seine Grenzen kennen“ u.ä.). S. auch: *Bisoukides*, a.a.O., S. 15 f.; *Içel / Donay*, *Ceza Hukuku*, Bd. 1, 3. Aufl. Istanbul 1993, S. 47 ff.; *Dönmezer / Erman*, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Bd. 1, 13. Aufl. Istanbul 1997, S. 116 ff.; *Centel / Zafer / Çakmut*, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Aufl. Istanbul 2011, S. 27 ff.; *Avci*, *Osmanlı Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, Konya 2010, S. 14 ff. *Artuk / Gökçen / Yenidünya*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Bd. 1, 4. Aufl. Ankara 2009, S. 63 ff.

²⁹ Der Begriff „*adam*“ (im Türkischen für: Mann) leitet sich von „Adem“ (zu Deutsch: Adam) ab. Im religiösen Kontext steht „*adam*“ also für den ersten Menschen und dient bei der Qualifizierung der Rechtsgüter so also auch als begriffliche Abgrenzung zu den göttlichen Rechtsgütern.

göttlich-menschlichen Rechtsgütern zu unterscheiden³⁰. Zu den rein menschlichen Rechtsgütern zählen die *körperliche Unversehrtheit* und das *Leben*. Sie findet in den *qisas*-Strafen Berücksichtigung, der privaten Strafe (Talion)³¹ für vorsätzliche, nicht tödliche Körperverletzungen und vorsätzliche Tötungen bzw. Körperverletzungen mit Todesfolge. Die rein göttlichen Rechtsgüter werden durch die *hadd*-Strafen bestimmt. Da sie im Koran aufgeführt und dadurch unveränderlich sind, werden in den *hadd*-Delikten (Diebstahl, Straßenraub, Alkoholgenuss, illegaler Geschlechtsverkehr und Verleumdung wegen illegalen Geschlechtsverkehrs, Apostasie und Rebellion) Handlungen *gegen Gott* gesehen³². In den Delikten zum Schutz der göttlichen Rechtsgüter ist ein Schutz der islamischen Gemeinschaft – *Universalrechtsgüter* – konzipiert³³. Weil Träger der in den *hadd*-Delikten geschützten Rechte aber Menschen sind, ergeben sich notwendigerweise Überschneidungen zwischen göttlichen und menschlichen Rechtsgütern. Bei dem Diebstahl etwa, wird das Abschlagen der Hand als *göttliches Recht* und die Herausgabe des Diebesgutes als *menschliches Recht* verstanden. In der Gruppe der *ta'zir*-Strafen, den von der Obrigkeit je nach Bedürfnis und Interesse aufgestellten Straftatbeständen³⁴, ermöglicht sowohl den Schutz göttlicher Rechtsgüter und menschlicher Rechtsgüter als auch gemischt göttlich-menschlicher Rechtsgüter. Wenn etwa das Gebetsversäumnis als

³⁰ Dönmezer / Erman, a.a.O., S. 116 ff.; *El-Baradie*, a.a.O., S. 167 ff.; *Akgündüz*, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986, S. 803 f.

³¹ Die Talion findet Ausdruck im Koran. Sure 5/45 (*Al-Maida*): „Und wir haben ihnen darin vorgeschrieben: Leben um Leben, Auge um Auge, Nase um Nase, Ohr um Ohr, Zahn um Zahn; und auch für die Verwundungen gilt die Wiedervergeltung. Wer aber dies als Almosen erlässt, dem ist es eine Sühne. Diejenigen, die nicht nach dem urteilen, was Gott herab gesandt hat, das sind die, die Unrecht tun.“; Vgl. *Schweer*, a.a.O., S. 105.

³² Ebd.

³³ *El-Baradie*, a.a.O., S. 176 f.

³⁴ Das islamische Strafrecht ist mit den *hadd*- und *qisas*-Strafen auf diese wenigen oben bezeichneten Straftatbestände beschränkt. Daher ist die Einführung weiterer Straftatbestände durch die Obrigkeit nach islamischem Recht zulässig, soweit diese im Rahmen der islamischen Prinzipien bleiben und diesen Prinzipien zu dienen in der Lage sind. Siehe: *El-Baradie*, a.a.O., S. 147; *İçel / Donay*, a.a.O., S. 50 f.; *Heyd*, Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat, übersetzt von Selâhaddin Eroğlu, in: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 1983, S. 633 f.; siehe auch: *Aydın*, Türk Hukuk Tarihi, 2. Aufl., Istanbul 1996, S. 173; *Taner*, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Istanbul 1940, S. 1.

ta'zir-Delikt erfasst ist, soll ein göttliches Rechtsgut Schutz finden. Anders verhält es sich etwa bei Beleidigungen³⁵.

II. Das *tanzimat*-Strafrecht

1. Vorbedingungen zur *tanzimat*

Verschiedene Missstände machten dem Osmanischen Reich die Notwendigkeit struktureller Reformen deutlich. Das dauerhafte Ausbleiben militärischer Erfolge als Bedingung für eine – insbesondere wirtschaftliche – Binnenstabilität lenkte die Aufmerksamkeit auf einen veralteten Militär- und Verwaltungsapparat. Daneben entstand durch zunehmende Verselbstständigung der Feudalherren (*derebey*) das Bedürfnis zu einer verbindlichen Gestaltung der Machtverhältnisse zwischen Sultan und den Regionalherrschern³⁶. Einen ersten Schritt zu den später mit großer Aufmerksamkeit und Nachdruck vorangetriebenen Reformen bildete der Bündnisvertrag von 1808 (*Sened-i İttifak*), der die Machtansprüche des Sultans gegenüber den Regionalherrschern sichern sollte³⁷. Der anhaltende – sich insbesondere außenpolitisch äuffernde – Machtverfall forderte jedoch weitergehende Maßnahmen. In dem am 3. November 1839 ergangenen Erlass, dem *Hatt-ı Scherif von Gülhane*³⁸ sollten so die bereits länger geforderten Strukturreformen – die *tanzimat* – initiiert werden. Der Erlass enthält einige konkrete Zielsetzungen³⁹ und offenbart in seiner Einleitung zwar die Einsicht zum Reformbedarf, aber

³⁵ Eingehender: *El-Baradie*, a.a.O., S. 146 ff.

³⁶ *Plagemann*, Von Allahs Gesetz zur Modernisierung per Gesetz, Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei, Bd. 5 des Deutsch-Türkischen Forums für Staatsrechtslehre, Depenheuer (Hrsg.), Berlin 2009, S. 83 ff.; *Mumcu / Üçok*, a.a.O., S. 258 ff.; *Rumpf*, a.a.O., S. 4 f.

³⁷ Ebd.

³⁸ Auszüge des Textes (in französischer Sprache) bei: *Miras*, Le Tanzimat et son système législatif, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Band 17, Istanbul 1967, S. 20 ff.; siehe auch (im lateinisch-türkischen Alphabet): *Gökçen*, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve bu kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, Istanbul 1989, S. 95 ff.

³⁹ 1. Gleichheit vor dem Gesetz durch den Schutz des Lebens, der Ehre und des Vermögens *aller* Untertanen, 2. Gerechte Verteilung der Steuerlast, 3. Beseitigung der Verpachtung der Staatseinkünfte (*iltizam*), 4. Herabsetzung des bis dahin lebenslänglichen Militärdienstes auf 4–5 Jahre. *Kraelitz-Greifenhorst*, Die Verfassungsgesetze des Osmanischen Reiches, Wien 1919, S. 2 f. Siehe auch: *Tanör*, Anayasal Gelişmeler Toplu Bir Bakış, in: Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, Istanbul 1985, Bd. 1, S. 10 ff., insbes. S. 14 f.

gleichzeitig auch das Verlangen, an der islamrechtlichen Grundlage für die Verwaltung des Staates festzuhalten. So heißt es dort:

„Wie allgemein bekannt, hatte die bedingungslose Umsetzung der koranischen Vorschriften und der Gesetze der Scharia seit der Staatsgründung zu dem Höhepunkt des Wohlstands und der Glückseligkeit all seiner Untertanen und der Macht unseres Landes geführt. Seit 150 Jahren jedoch, ist diese frühere Macht und Glückseligkeit durch aufeinander folgende Komplikationen und die aus unterschiedlichen Gründen entstandene Missachtung gegenüber der Scharia und den heiligen Gesetzen in Schwäche und Armut umgekehrt. [...] Wenn unter Beachtung der geografischen Lage der unserem Staat zugehörigen Länder, ihrer fruchtbaren Ländereien und der Fähigkeiten ihrer Völker das Notwendige unternommen wird, steht außer Frage, dass wir – mit Hilfe des erhabenen Allahs – in fünf bis zehn Jahren wieder aufsteigen werden.“⁴⁰

Neben dem innenpolitischen Druck zu den Reformen, gesellten sich spätestens seit Mitte des 19. Jahrhunderts auch die internationalen, insbesondere europäischen Forderungen nach der Gleichberechtigung nichtmuslimischer Minderheiten im Osmanischen Reich. Die innenpolitischen Reformen wurden so Gegenstand von Friedensverhandlungen. *Nord* betont mit Blick auf das spätere oStGB 1858, dass

„der Anschluß der Türkei an eins der europäischen Strafrechtssysteme nicht etwa die natürliche Folge eines Wandels der Rechtsanschauungen im türkischen Volke war. [...] man wollte dem Verlangen der Signatarmächte des Pariser Kongresses vom Jahre 1856 Rechnung tragen, die ihre Bereitwilligkeit, dem Wunsche der Türkei nach Beseitigung der schon damals als drückender Zwang empfundenen Kapitulationen näher zu treten,

⁴⁰ Eine hiervon abweichende deutsche Übersetzung findet sich bei: *Kraelitz-Greifenhorst*, a.a.O., S. 15 ff.

von der schleunigen Einführung gesetzgeberischer Reformen abhängig machten.“⁴¹

2. Strafgesetzgebung

Die *tanzimat* brachte in der Herrschaftszeit Sultan *Abdülmecids I.* (1839–1861) mit dem oStGB 1840, dem oStGB 1851 und dem oStGB 1858 insgesamt drei Strafgesetzbücher hervor⁴². So sehr die *tanzimat* auch Einfluss auf die osmanische Strafgesetzgebung genommen haben mag, so sehr muss betont werden, dass sie keine europäischen Rechtsstandards setzen konnte. Denn in keinem Zeitpunkt wurde eine *Säkularisierung* der Rechtsordnung angestrebt⁴³. In vielen Bereichen stand ein starres, islamrechtliches Regelwerk entgegen, weil man eine Reform nicht durch die Abkehr der althergebrachten, göttlichen Rechtsquellen zu erzielen dürfen glaubte. *Bisoukides* konstatiert:

„Es wäre zuviel gesagt, wenn man diese Zeit, wie man vorgeschlagen hat, als ‘türkische Aufklärung’ bezeichnen wollte. Nach der Liquidierung all jener aufständischen Ereignisse, die während des ersten Viertels des vorigen Jahrhunderts an den Grundfesten des Osmanischen Reichs rüttelten und den wirklichen Zustand der bis dahin gefürchteten großherrlichen Macht des Sultans bloßstellten, sah man am Goldenen Horn ein, daß Aufrechterhaltung des Reiches eine durchgreifende Umgestaltung des Staatswesens nach westeuropäischen Vorbildern bedinge“⁴⁴.

⁴¹ *Nord*, Das Türkische Strafgesetzbuch vom 28. Zilhidje 1274 (9. August 1858) mit Novelle vom 6. Djemazi-ül-achyr 1329 (4. April 1919 und den wichtigsten türkischen Strafnengesetzen (deutsche Übersetzung nebst Einleitung und Anmerkungen), Berlin 1912, S. X.

⁴² Im Gegensatz zu der Übersetzung des oStGB 1858 von *Nord* aus dem Jahre 1912, ist mir keine Übersetzung der oStGB 1840 und 1851 ins Deutsche bekannt. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass diese beiden Gesetze keine lange Geltungsdauer hatten und schon sehr früh durch das umfassendere oStGB 1858 ersetzt wurden. Doch enthalten beide Strafgesetzbücher inhaltliche Umsetzungen des *tanzimat*-Erlasses. Es wäre für historische Untersuchung aus deutscher Sicht eine erhebliche Erleichterung, wenn auch diese Regelwerke die Würdigung einer fachgerechten Übersetzung erführen.

⁴³ *Nord*, a.a.O., S. X; *Rumpf*, a.a.O., S. 13; vgl. *Tellenbach*, a.a.O., S. 146; vgl. auch: *Bisoukides*, a.a.O., S. 20 f.

⁴⁴ *Bisoukides*, a.a.O., S. 19.

Die Strafrechtsreformen der *tanzimat* konnten dabei lediglich dort reformatorischen Einfluss ausüben, wo das islamische Recht Veränderungen zuließ – und zwar im *ta'zir*-Strafrecht. Das *hadd*- und *qisas*-Recht – das islamische Kernstrafrecht – musste in seinen wesentlichen Zügen, solange und soweit keine Säkularisierung erfolgen durfte, unberührt bleiben und konnte das islamrechtliche Gerüst daher weitgehend aufrecht erhalten. Folgende Punkte verdienen gleichwohl besondere Erwähnung:

1) Die *tanzimat* brachte Strafgesetzbücher hervor, die durch eine Mischung aus islamrechtlichen und modernen Vorschriften eine „merkwürdige Paarung von westeuropäischen und veralteten Vorschriften des Scheriatrechts“⁴⁵ entstehen ließ. Insbesondere der Unwille des Gesetzgebers, bei der Strafe zwischen privater und öffentlicher Kompetenz zu unterscheiden, führte zu einer Zwitterstellung bei den *tanzimat*-rechtlichen Kodifikationen. Denn das Recht auf Privatrache als Ausdruck des privaten Strafanspruches blieb bis zur Gründung der türkischen Republik erhalten.

2) Dieser Dualismus brachte Nachteile für den Straftäter, der unter Umständen für eine Tat Strafurteile nach weltlichen Gerichten und zusätzlich nach den traditionellen Scheriatgerichten fürchten musste. Das *tanzimat*-Strafrecht brachte daher (sektoral) eine *quantitative Erweiterung* der Strafen⁴⁶.

3) Andererseits aber wurde ein Strafrechtsverständnis eingeführt, das eine Unterscheidung zwischen Tätern mit hoheitlicher Herkunft und Tätern aus dem einfachen Volk nicht länger kannte und vor dem Strafgesetz alle Täter gleich behandelte. Das Prinzip der *Egalität*, der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz, war tatsächlich eines der zentralsten Anliegen der *tanzimat*-Periode⁴⁷ – es findet sich bereits im *tanzimat*-Erlass – und musste seinen Niederschlag auch in den Strafgesetzen finden. Bis dahin maß das islamische Recht beispielsweise bei der Wahl der Strafen der

⁴⁵ Ebd., S. 20.

⁴⁶ Vgl. Nord, a.a.O., S. X f.; Rumpf, a.a.O., S. 13; Bisoukides, a.a.O., S. 20 f.

⁴⁷ Bisoukides, a.a.O., S. 19; Kraelitz-Greifendorst, a.a.O., S. 1 f., 15 ff.; Tellenbach, a.a.O., S. 146; vgl. Mumcu, a.a.O., S. 34 f.; İçel / Donay, a.a.O., S. 52.

Täterpersönlichkeit eine nicht unerhebliche Bedeutung bei⁴⁸. Für den Bereich der *Todesstrafe* hatte die Obrigkeit des Osmanischen Reiches ferner eine jahrhundertelange Tradition für die Ahndung von Handlungen gegen die Herrscherfamilie und Belange des Staates entwickelt (*siyaseten katl*⁴⁹), die mit den Grundsätzen des islamischen Strafrechts, insbesondere denjenigen zum *ta'zir*-Recht nicht immer im Einklang stand⁵⁰. Das Recht des Sultans, durch obrigkeitlichen Erlass (*ferman*) in Einzelfällen die Todesstrafe zu verhängen, wurde durch die Einführung der Egalität aufgehoben⁵¹. Denn die Gleichheit vor dem Gesetz ließ nicht länger Platz für eine Strafe, die ihre Grundlage in der politischen Macht fand und daher Ausdruck der Ungleichheit zwischen dem zu Tode verurteilten Untertanen und dem Herrscher war.

4) Durch die Verabschiedung insbesondere der mit dem oStGB 1858 einhergehenden umfangreichen strafrechtlichen Kodifizierung konnte die *kanunname*-Tradition der osmanischen Strafgesetzgebung fortgeführt werden und dem willkürlichen Vorgehen administrativer Einrichtungen bei der Bekämpfung devianten oder delinquenten Verhaltens einen gewissen Grad an *Rechtssicherheit* entgegensetzen. Im Gegensatz zu der *kanunname*-Gesetzgebung, lag die Besonderheit der *tanzimat*-Gesetzgebung aber darin, dass durch den *tanzimat*-Erlass die obrigkeitliche Befugnis des Sultans zur Setzung von *ta'zir*-Recht durch Dezentralisierung und Bildung von mit der Vorbereitung von Gesetzen betrauten Einrichtungen und Gesetzgebungsorganen eingeschränkt wurde

⁴⁸ So etwa bei der Unzucht. Siehe dazu: *Pacic*, a.a.O., S. 20 ff., 22.

⁴⁹ Der Begriff „*siyaseten katl*“ bezeichnet die von der Obrigkeit auf Grundlage der politischen Macht (Autorität) verhängte Todesstrafe. Im Osmanischen Reich wurde für eine Vielzahl von Handlungen die Todesstrafe vollstreckt. Diese Praxis überschritt in einigen Fällen die Zulässigkeit nach islamischem Recht. Siehe umfassend: *Mumcu*, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, 3. Aufl., Ankara 2007.

⁵⁰ Wann nach islamischen Strafrecht die Todesstrafe im Bereich des *ta'zir*-Rechts zulässig ist, ist umstritten. Nach hanefitischer Rechtsschule muss es eine Tathandlung vorliegen, die *hadd*- oder *qisas*-ähnlich ist. Nach schafäitischer Rechtsschule werden für bestimmte Fälle der *hadd*- oder *qisas*-Begriff ausgedehnt. *El-Baradie*, a.a.O., S. 150 f.

⁵¹ So durch die einleitende Bestimmung des oStGB 1840: „[...] kein Beamter des Osmanischen Staates oder sonst jemand darf versuchen, eine andere Person zu töten; zum Beispiel soll, wenn ein Wesir einen Schäfer getötet hat, gegen den Wesir die Talion [*qisas*] angewendet werden.“ *Mumcu*, *Siyaseten Katl*, S. 157 ff. Vgl. *Miller*, *Legislating Authority: Sin and Crime in Ottoman Empire and Turkey*, New York 2005, S. 28.

und nicht länger an die Kompetenz von ad hoc gebildeten Beratergruppen band⁵²

a) Das Strafgesetzbuch von 1840⁵³ und 1851⁵⁴

Das erste Strafgesetzbuch, das der *tanzimat* zugeordnet wird, war das am 3. Mai 1840 erlassene Strafgesetzbuch (*Ceza Kanunnamesi*), das aus einer Einleitung, 41 Vorschriften und einer Schlussbestimmung besteht. Es unterscheidet weder zwischen einem allgemeinen und besonderen Teil noch zwischen materiell-rechtlichen Regelungen und Verfahrensvorschriften. Es gliedert sich in zwölf Abschnitte und hat nicht etwa die Intention, einen möglichst umfassenden Katalog für Handlungen aufzustellen, die eine Strafe nach sich ziehen sollen. Das Gesetzbuch muss vielmehr im Zusammenhang mit der in der *tanzimat* einhergehenden Modernisierungsentwicklung gesehen werden, die auch für die Strafgesetzgebung einige Grundsatzfragen aufwarf und neue Regelungen verlangte. Dabei ging es im Wesentlichen um die Umsetzung der *Egalität* im Strafrecht, um die Regelung neuer täterfreundlicher Verfahrensvorschriften bei der Vollstreckung der *Todesstrafe*⁵⁵, um die Umsetzung der Verwaltungsreformen durch straf(verfahrens)rechtliche und kompetenzzuweisende Vorschriften, um die (schon im *tanzimat*-Erlass geforderte⁵⁶) Bekämpfung von Parteinahme und Begünstigung als Formen der Korruption und um den Schutz des privaten Eigentums vor

⁵² Das erste Gesetzgebungsorgan der *tanzimat* ist der Justizrat (*Meclis-i Vala-i Ahkâm-ı Adliyye*). Dieser erfuhr im Jahre 1868 eine Neustrukturierung und eine Aufteilung in den Vorläufer des späteren (republikanischen) Kassationshofes (*Divan-i Ahkâm-ı Adliyye* – später *Yargıtay*) und den Vorläufer des späteren Staatsrates (*Şurayı Devlet* – später *Danıştay*). Siehe: *Mumcu*, *Türk Hukuk Tarihi*, Istanbul 1993, S. 273. Siehe auch: *Bozkurt*, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Ankara 1996, S. 48 ff.

⁵³ Der Gesetzestext in arabischen Schriftzeichen findet sich in den Quellen der Gesellschaft für Türkische Geschichte Ankara (*Türk Tarihi Kurumu Kütüphanesi Yazmaları*): *Karakoç*: Külliyyat-i Kavanin, Akte (Dosya) No. 5, Dokument (Vesika) No. 992. Der Text in lateinisch-türkischen Alphabet bei: *Akgündüz*, a.a.O., S. 809 ff.

⁵⁴ Der Gesetzestext in arabischen Schriftzeichen findet sich in den Quellen der Gesellschaft für Türkische Geschichte Ankara (*Türk Tarihi Kurumu Kütüphanesi Yazmaları*): *Karakoç*: Külliyyat-i Kavanin, Akte (Dosya) No. 7, Vesika (Dokument) No. 997; in lateinischen Schriftzeichen bei: *Akgündüz*, a.a.O., S. 821 ff.

⁵⁵ Neben der Abschaffung der Ermächtigung des Sultans zur Verhängung der Todesstrafe band das oStGB 1840 die Vollstreckung der Todesstrafe an die Revision des Urteils in Istanbul und an die Ermächtigung des Sultans. *Bisoukides*, a.a.O., S. 19 f.

⁵⁶ *Kraeclitz-Greifendorst*, a.a.O., S. 16 f.

Staat und Dritten. Das oStGB 1851, der *Kanun-i Cedid*⁵⁷, stellt eine Erneuerung des Strafgesetzbuches von 1840 dar.

b) Das Strafgesetzbuch von 1858⁵⁸

Die umfangreichste und bemerkenswerteste strafrechtliche Kodifikation der *tanzimat* bildet das Strafgesetzbuch vom 9. August 1858 (*Ceza Kanunname-i Hümayunu*), das trotz einiger Änderungen bis 1926, also bis in die Anfangsphase der Türkischen Republik hinein, in Kraft blieb. Das Gesetz stellt in der Geschichte der osmanischen Strafgesetzgebung die deutlichste Öffnung gegenüber einer europäischen Strafrechtsordnung dar. Denn die Grundlage des oStGB 1858 bildete der französische *Code pénal* von 1810⁵⁹, der übersetzt und für die Anwendung im Osmanischen Reich in großen Teilen weitgehend unverändert übernommen wurde. Gleichzeitig aber setzte sich der *Dualismus* zwischen islamischem Strafrecht und der mittlerweile ansatzweise europäischen Prägung des *ta'zir*-Strafrechts fort. Dies trat einerseits durch die Qualität der Kodifikation zu Tage, die nur eine Ergänzung des islamischen Strafrechtskomplexes durch Aufstellung vieler *ta'zir*-Delikte und Regelungen zu einigen *hadd*-Delikten bewirkte. Andererseits aber fand er Ausdruck in der Legalisierung der Privatrache, also der Fortführung des *qisas*-Rechts, so dass das oStGB 1858 zusätzliche Regelungen brachte, nicht aber an die Stelle des islamischen Strafrechts trat⁶⁰. Dies findet sich bereits in der einleitenden Vorschrift wieder. Art. 1 oStGB 1858 lautet:

⁵⁷ Zu Deutsch: „Große Novelle“.

⁵⁸ Das Original in arabischen Schriftzeichen im: *Başbakanlık Osmanlı Arşivi* (Osmanischen Archiv des „Ministerpräsidiums“), Dosya (Akte) 65 / No. 1–3, Men‘-i İrtikâb Kanunnamesi Meclis Mazbatası. Das Gesetz im türkisch-lateinischen Alphabet: *Akgündüz*, 1274 / 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men‘-i İrtikâb Kanunnamesi, in: *Belleten* 1987, S. 153 ff.

⁵⁹ *Nord*, a.a.O., S. IX; *Yenisey*, Die Entwicklungen im türkischen Strafrecht von 1960 bis 1983, in: *ZStW* 1984, S. 213.

⁶⁰ Das Recht auf die Privatrache, das den Geschädigten oder den Angehörigen des Geschädigten beispielsweise bei Tötungen zusteht, fand im oStGB 1858 folgende Würdigung: Zunächst definiert das Gesetz, was unter Tötungen zu verstehen ist und regelt einige Besonderheiten bei Tötungen unter Angehörigen (Artt. 168–170). Darauf folgt sogleich folgende Feststellung (Art. 171): „In Anbetracht dessen, daß Individualrechte durch gesetzliche Bestimmungen nicht beseitigt werden können, sind privatrechtliche Klagen etwaiger Erben des Ermordeten auf ihr Verlangen den Scheriatgerichten zu überweisen.“, *Nord*, a.a.O., S. 52.

„Wie es dem Staate gebührt, die unmittelbar gegen die Regierung gerichteten strafbaren Handlungen in Strafe zu nehmen, so gehört auch die Bestrafung der an dem Einzelnen begangenen strafbaren Handlungen unter dem Gesichtspunkte der Störung des Rechtsfriedens zu den Aufgaben des Staates. Aus diesem Grunde bestimmt das vorliegende Gesetzbuch auch die einzelnen Grade der Strafbarkeit, die festzusetzen und in Anwendung zu bringen nach dem Scheriat der Obrigkeit zukommt. Davon dürfen jedoch die im Scheriat anerkannten Individualrechte keinesfalls berührt werden.“⁶¹

3. Strafrecht zwischen weltlichen und göttlichen Gerichten

Was für das materielle Strafrecht galt, sollte sich in der Gerichtsbarkeit fortsetzen. Für die Anwendung der im oStGB 1840, 1851 und 1858 geregelten Strafvorschriften wurden nach einigen Vorläufern⁶² zwar im Jahre 1864 weltliche Gerichte (*nizamiye mahkeme*) gebildet. Sie traten aber *neben* die Scheriatgerichte, welche weiterhin bestanden und Strafrecht nach islamischem Recht anwandten. So konnten für eine Tat unterschiedliche Verfahren und unterschiedliche Strafandrohungen existieren. *Nord* bezieht sich mit dem Totschlag exemplarisch auf ein *qisas*-Delikt:

„Es verurteilt z.B. das weltliche Gericht bei einem mit scharfen Werkzeug begangenen Totschlage zur Strafe der Zwangsarbeit, während das Scheriaturteil auf Talion lautet, dessen Ausübung in diesem Falle die Hinrichtung des Täters zu Folge haben würde.“⁶³

In der osmanischen Strafprozessordnung von 1879 fand Unterscheidung zwischen Privatrache und staatlicher Strafe mit § 1 oStPO 1879 folgenden Niederschlag:

⁶¹ *Nord*, a.a.O., S. 1.

⁶² 1840 wurden mit den *Meclis-i Tahkik* Strafgerichte gebildet. Sie wurden im Jahre 1847 durch ein gemischtes Straf- und Zivilgericht ergänzt, das für durch Ausländer begangene Straftaten zuständig war. Im Jahre 1859 wurde durch das Ausbleiben einer umfassenden Gerichtsverfassung eine Strafkommision gegründet, die sich in *Divan-i Zabtiye* und *Meclis-i Tahkik* aufteilte und je nach Straftat eigene Verfahren aufstellte. Eingehender: *Bozkurt*, a.a.O., S. 114 ff.; siehe auch: *Rumpf*, Das türkische Verfassungssystem, Einführung mit vollständigem Verfassungstext, Wiesbaden 1996, S. 54 ff.

⁶³ *Nord*, a.a.O.,

„Die Verhängung gesetzlich festgesetzter Strafen einzuklagen ist im Allgemeinen ein Teil des öffentlichen Rechts. Darum sind einzig und allein die vom Gesetz bestimmten Beamten zuständig, eine solche Klage anzustrengen. Das Verlangen von Schadensersatz, welcher durch ein Verbrechen, Vergehen oder eine Übertretung verursacht ist, fällt in das Gebiet des Privatrechts. Daher ist es ein die Wahl derjenigen gestellt, welche geschädigt sind, Ersatz zu verlangen, und im Falle eines Mordes das jus talionis geltend zu machen oder nicht.“⁶⁴

Das *qisas*-Recht war danach aufgrund seiner Beschaffenheit als *Privatrache* nunmehr auch gesetzlich legal definiertes *Privatrecht*. Diese Unterscheidung brachte also eine klar umrissene Zuständigkeit und Trennung der weltlichen Gerichte und Scheriatgerichte.

4. Strafrechtstheorie

Zwar wurde während der *tanzimat* Wert darauf gelegt, durch die Einführung von die Strafe betreffenden Gesetzen Rechtssicherheiten zu schaffen und sich den Entwicklungen aus Europa zu öffnen. Die Starrheit des islamischen Kernstrafrechts konnte durch diese Öffnung jedoch nicht überwunden werden. Ähnliches gilt – gleichwohl mit gewissen Einschränkungen – auch für die Strafrechtstheorie: Das *tanzimat*-Strafrecht bildete spätestens mit dem oStGB 1858 den Versuch, eine Strafrechtsreform auf Grundlage der Kodifizierung von positivem Recht aus Europa herbeizuführen. Wenn *Rumpf* mit Blick auf den Militär- und Verwaltungsapparat schreibt, dass der osmanische Gesetzgeber glaubte, die in der *tanzimat* bezweckten Reformen durch Kodifizierung fremder Rechtsbestände erreichen zu können⁶⁵, dann gilt dies durchaus auch für das Strafrecht. Denn der osmanische Gesetzgeber hat bei der Übernahme des französischen Strafrechts nicht die hinter dem geschriebenen Recht stehenden theoretischen Fortschritte würdigen können, die die Strafrechtswissenschaft Europas zu der Zeit bereits erschlossen hatte. Dazu ließ das islamische Recht auch gar keinen Raum. Nicht von

⁶⁴ *Padel*, Die ottomanische Strafprozeßordnung veröffentlicht auf Jade vom 5. Redscheb 1296 (25. Juni 1879), in: Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in Deutscher Übersetzung, Bd. 21, Berlin 1905, S. 1.

⁶⁵ *Rumpf*, a.a.O., S. 4.

ungefähr schreibt *Nord*, dass die Rezeption des französischen Strafrechts nicht in dem Sinne erfolgt ist, dass „dabei zugleich eine Verschmelzung zwischen den altmohammedanischen-orientalischen und westeuropäischen Strafrechtstheorien stattgefunden hat“, da dies „bei der grundsätzlichen Verschiedenheit der beiderseitigen Rechtsauffassungen an und für sich so gut wie unmöglich“ war⁶⁶. Dies kann nach dem bisher Gesagten auch nicht verwundern, wo doch das islamische Recht für sein Kernstrafrecht eigene Zwecke, eigene Strafrahmen und eigene Strafgründe bietet und durch den unüberwindbaren Geltungsanspruch der Privatrache ein „ewiges Verbindungstor“ zum Privatrecht offen hält, mithin eine Konzeption kennt, auf das die Übernahme des *code pénal* von 1810 keine kongruentes Bild von Strafrecht setzen konnte.

Ferner ist die Annäherung an einen legitimen Umfang von staatlichen Strafen eine für das islamische Strafrecht untaugliche Fragestellung. Sie verkennt, dass Strafe – im *qisas*-Recht etwa – gar nicht als eine Kompetenz verstanden wird, die lediglich dem Staat zusteht. Die Frage kann aber auch im Bereich der *hadd*-Strafen also keine Grundlage beanspruchen. Dort werden nämlich göttliche Rechtsgüter geschützt und diese sind genau festgelegt. Der Umfang ist dadurch in eine feste und ewige (koranische) Form gegossen. Wenn überhaupt, kann die Frage nach dem legitimen Umfang von staatlicher Strafe im *ta'zir*-Recht eine Rolle spielen, welches von der Obrigkeit festgelegt werden soll. Da dieses Recht disponibel ist, ist es zumindest grundsätzlich möglich, dass die osmanische Jurisprudenz eine Diskussion über den Umfang dieses Bereichs anzustoßen versuchte. Obwohl hier in der gebotenen Kürze nicht der rechte Platz ist, um eine genauere Untersuchung über diesen Teilbereich des islamischen Strafrechts zu skizzieren, bleibt doch die Vermutung bestehen, dass das *ta'zir*-Strafrecht im Osmanischen Reich während der *tanzimat*-Epoche lediglich eine Entsprechung der Grundsatzziele des *tanzimat*-Erlasses bildete und dadurch noch keine gefestigten Kriterien für die Legitimation und den Umfang von Strafe entwickeln konnte. Der Schwerpunkt des *ta'zir*-Rechts, den Schutz des islamischen Kollektivs zu gewährleisten, wird daher wahrscheinlich nicht genügend Raum für neuere Gedanken gelassen haben, etwa dass Strafe

⁶⁶ *Nord*, a.a.O., S. X.

eine quantitative Begrenzung im Schutz von subjektiven Rechten finden soll⁶⁷.

C) Türkische Republik

I. Ausgangslage

Nach der Gründung der türkischen Republik am 29. Oktober 1923, der Säkularisierung der türkischen Rechtsordnung und dem vollständigen Abschied vom islamischen Strafrecht öffnete sich für die türkisch-republikanische Rechtswissenschaft das Tor für ein neues Verständnis von Strafrecht und Strafrechtstheorie. Gleichzeitig verlangte diese neue Ausgangslage – zumindest langfristig – neue Auseinandersetzungen mit der Frage um den legitimen Umfang von Strafrecht. Dass durch die Übernahme von einer fremden Kodifikation, einem zunächst fremden positivrechtlichen Rechtsbestand, nicht gleichzeitig auch das jeweilige strafrechtstheoretische Verständnis und Meinungsbild zum materiellen Verbrechensbegriff importiert werden kann, liegt auf der Hand. Denn dieser Bereich ist schließlich – wie oben bereits angedeutet wurde – Gegenstand der darauf folgenden rezeptionellen Entwicklung und damit einem andauernden Prozess unterworfen. Andererseits wäre vermutlich aber ebenso die Annahme verfehlt, die türkische Rechtswissenschaft hätte erst nach Inkrafttreten des tStGB 1926 begonnen, strafrechtstheoretische Fragestellungen zu verinnerlichen. Denn seit Mitte des 19. Jahrhunderts haben die osmanisch-türkischen Juristen bereits Berührungspunkte zum französischen und italienischen Schrifttum geschaffen. Die in der *tanzimat* angestoßenen Veränderungen der Rechtsordnung führten seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ferner zu einer – wenn auch relativ späten – Öffnung der juristischen Ausbildung gegenüber europäischem Recht⁶⁸. Der qualitative Unterschied lag nach der Gründung der Republik also vielmehr im Wegfall des Dualismus zwischen westlichem und islamischem Recht, der vorher eine strafrechtstheoretische Rezeption

⁶⁷ Vgl. Miller, a.a.O., S. 25 ff.

⁶⁸ Im Jahre 1854 eröffnete die *Muallimhane-i Nüvab*, eine Juristenschule, an der die im islamischen Recht ausgebildeten Juristen an das moderne Recht herangeführt werden sollten. Die Einrichtung wurde später in *Medresetül-kuzat* umbenannt und führte einen umfassenden Lehrplan ein. Siehe dazu: Mumcu, a.a.O., S. 22 f.; Ergün, II. Meşrutiyet Döneminde Medreselerin Durumu ve Islâh Çalışmaları, in: Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi 1982, S. 84 f.

weitgehend „entbehrlich“ machte. Während man vor der Säkularisierung der Rechtsordnung noch aus rechtsvergleichender Neugier strafrechtstheoretische Konzepte miteinander verglichen haben mag, war nun ein regelrechtes *Erfordernis* hierfür entstanden.

II. Strafgesetzgebung – Entwicklung und Einflüsse

1. Das tStGB 1926

Bereits vier Jahre nach Inkrafttreten des tStGB 1926 wurde der *Codice Zanardelli* im Jahre 1930 durch den *Codice Rocco* abgelöst. Dies führte zu diversen Angleichungen an das neue italienische Strafrecht. Mit dem Gesetz Nr. 3038 vom 11. Juni 1936 und dem Gesetz Nr. 3531 vom 29. Juni 1938 sind auf diese Weise autoritative Elemente des *Codice Rocco* in das türkische StGB eingefügt und insbesondere eine Angleichung im Staatsschutzstrafrecht gesucht worden⁶⁹. Als der Faschismus nach dem Zweiten Weltkrieg aber als Verlierer dastand, wollte der türkische Gesetzgeber nicht länger mit der gleichen Überzeugung an Italien festhalten⁷⁰. Es verlor für den Gesetzgeber allmählich an Bedeutung⁷¹. Der Einfluss der italienische Lehre, Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft blieb davon aber unberührt

2. Das tStGB 2004

Nach einer Reihe von Verschärfungen und Erweiterungen markieren die EU-Harmonisierungsgesetze⁷² einen gewissen Gegentrend. Die EU-

⁶⁹ Vgl. *Hakeri*, a.a.O., S. 78; *Tellenbach*, a.a.O., S. 149; *Miller*, From Fikh to Fascism: The Turkish Republican adoption of Mussolini's criminal code in the context of late Ottoman legal reform, Princeton 2003, S. 146 ff.

⁷⁰ Nach den beiden großen *Rocco*-Angleichungsgesetzen der Jahre 1936 und 1938 wurden weitere, an Italien angelehnte Reformversuche fallen gelassen. Dies begründete man unter anderem damit, dass man nicht länger das Recht des faschistischen Italien übernehmen wollte. *Tellenbach*, Einführung in das türkische Strafrecht, Freiburg i.Br. 2003, S. 4.

⁷¹ Die Zweispurigkeit zwischen Strafen und Maßregeln, die der *Codice Zanardelli* nicht kannte, aber mit dem *Codice Rocco* Einzug in das italienische Strafrecht nahm, blieb etwa auch im türkischen Strafrecht nicht ohne Folgen (siehe unten). Dort führte man in den 1950er Jahren neben der Strafe auch präventive Maßnahmen ein.

⁷² Diese Gesetze (Gesetz Nr. 4744 vom 6. Februar 2002, das Gesetz Nr. 4771 vom 3. August 2002 und das Gesetz Nr. 4963 vom 30. Juli 2003) werden so bezeichnet, weil die Türkische Republik nach einem Mitgliedschaftsantrag an die damalige EWG im Jahre 1959 mit einer Reihe von Gesetzespaketen die Kopenhagener Kriterien erfüllen wollte. Die Kopenhagener Kriterien bezeichnen als politische, wirtschaftliche sowie Aquis-

Annäherung wirkte sich auch auf das neue tStGB 2004 – dem Gesetz Nr. 5237 –, das am 26. September 2004 beschlossen wurde und am 1. Juli 2005 in Kraft trat, aus. Aber schon vor dem tStGB 2004 war sich die türkische Strafrechtswissenschaft schon seit über zwanzig Jahren darüber einig, das tStGB 1926 durch ein neues, moderneres Gesetz ersetzen zu wollen. In den Jahren 1940⁷³ und 1958 wurden zwar zwei Entwürfe ausgearbeitet, die das tStGB 1926 ersetzen sollten, die aber letztendlich nicht weiter verfolgt wurden. Erst in den 1980er Jahren flammte die Diskussion um die Reform des Strafrechts wieder auf und brachte unter Leitung von *Sulhi Dönmezer*⁷⁴ in den Jahren 1987, 1997, 2000 und 2003 insgesamt vier Entwürfe hervor⁷⁵. Das tStGB 2004 basierte zwar auf dem Entwurf von 2003⁷⁶, erfuhr im Unterausschuss der Justizkommission aber tiefgreifende Veränderungen.

III. Strafrechtstheorie

1. Allgemeines zur Rezeption nach Inkrafttreten des tStGB 1926

Als die türkische Rechtsordnung nach Gründung der türkischen Republik auch auf dem Gebiet des Strafrechts säkularisiert wurde, also das tStGB 1926 in Kraft trat, waren in der folgenden rezeptionellen Entwicklung die Schriften der italienischen Strafrechtler seit der Übernahme des *Codice Zanardelli* von besonderem Interesse. Denn die türkische Strafgesetzgebung entschied sich seinerzeit für die Übernahme des iStGB 1889, weil die Übersetzung aus dem Französischem bereits zur Verfügung stand und man diese Kodifikation für die damaligen Verhältnisse als

Kriterien (*aquis communitaire*) stellen das Mindestmaß an Standards dar, die erfüllt sein müssen, um mit einem Bewerberstaat die Beitrittsverhandlungen aufzunehmen.

⁷³ Der Entwurf basierte auf dem *Codice Rocco*; siehe hierzu: *İçel / Donay*, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, Bd. 1, 3. Aufl., 1999 Istanbul, S. 63.

⁷⁴ *Sulhi Dönmezer* (1918–2004) wurde bei seinen Entwürfen vorgeworfen, eine konservative Haltung ohne ernsthafte, neue Schritte verfolgt zu haben. Daher standen die Entwürfe unter zum Teil heftiger Kritik. So: *Roxin / Isfen*, a.a.O., S. 229.

⁷⁵ Zu den Entwürfen zusammenfassend: *Tellenbach*, Das türkische Strafgesetzbuch, Türk Ceza Kanunu, Gesetz Nr. 5237 vom 26.9.2004 nach dem Stand vom 15.11.2008, Freiburg i.Br. 2008, S. 1 ff.; *Centel / Zafer / Çakmut*, a.a.O., S. 37 ff.; *Isfen*, Das Schuldprinzip im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts, München 2007 (Diss.), S. 9 ff.; *Keçelioğlu*, Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch, Hamburg 2009 (Diss.), S. 25 ff.

⁷⁶ *Centel / Zafer / Çakmut*, a.a.O., S. 37 ff.; *Hakeri*, a.a.O., S. 88.

besonders liberal und modern hielt⁷⁷. Zwar kam die Entscheidung, von der französischen Prägung des ehemals osmanischen Strafrechts abzuweichen und sich dem italienischen Strafrecht zuzuwenden, nicht unerwartet – vielmehr war die Novelle des oStGB 1858 aus dem Jahre 1911 bereits durch das iStGB 1889 beeinflusst⁷⁸ –, doch fehlte es noch an Strafrechtlern, die mit der italienischen Sprache vertraut waren. *Hakeri* betont, dass sich erst ab den 1950er Jahren eine breite, das italienische Schrifttum berücksichtigende Literatur etablieren konnte und bis dahin die vom Justizministerium in Auftrag gegebene (teilweise falsche) Übersetzung des Strafrechtskommentars von *Luigi Majno*⁷⁹ die Grundlage für die dogmatische Rezeption des italienischen Rechts bildete⁸⁰.

Dieses Beispiel mag verdeutlichen, dass die Rezeption vielschichtige Wege nehmen konnte, etwa weil die sprachlichen Kompetenzen – man kann sie als *technische Voraussetzungen* der Rezeption bezeichnen – natürlicherweise einen entscheidenden Einfluss auf die Verinnerlichung des importierten Rechts genommen haben. So konnten die (auch sprachlichen) Interessen einzelner Strafrechtler darüber entscheiden, welches Schrifttum besondere Würdigung fand. Im Gegensatz zu *Faruk Erem*, der fast ausschließlich italienische Literatur zitierte, richteten *Tahir Taner* oder beispielsweise *Sulhi Dönmezer*, die beide das türkische Strafrecht relativ früh mitprägten, in ihren Schriften den Blick schwerpunktmäßig auf das französische Schrifttum. Wenn man dies, aus gutem Grund, aber noch als späten Ausdruck des französischen Einflusses auf die osmanischen Jurisprudenz betrachten möchte, ist der jüdischstämmige Deutsche *Richard Martin Honig* – der bedeutende Einführungen in rechtsphilosophische und rechtsgeschichtliche Themenbereiche verfasst hat und hierdurch eine Vertiefung des modernen Rechts zu erleichtern versuchte – eine historische Figur eigener Art. Eine deutsch-türkische Kooperation auf dem Gebiete des Strafrechts war dabei

⁷⁷ *Önder*, a.a.O., S. 427; *Tellenbach*, Einführung in das türkische Strafrecht, Freiburg i.Br. 2003, S. 3.

⁷⁸ *Tellenbach*, a.a.O., S. 147; *Hakeri*, a.a.O., S. 74.

⁷⁹ *Luigi Majno* (1852–1915) war italienischer Jurist und Politiker.

⁸⁰ *Hakeri* weist ferner darauf hin, dass die Übersetzer des Majno-Kommentars keine Juristen waren, der Kommentar in türkischer Ausführung daher an schwerwiegenden Fehlern litt und diese Fehler ihren Niederschlag auch in der Rechtsprechung fanden, a.a.O., S. 76 f.

jedoch keine Neuheit. Schon im Osmanischen Reich wurden Juristen wie *Rudolf Heinze*⁸¹ zu Justizberatern ernannt und waren eine konsequente Fortsetzung der traditionell guten Beziehungen zwischen dem Deutschen Kaiserreich und der Hohen Pforte⁸². Dieser Einfluss aus Deutschland verstärkte sich seit den 1960er Jahren dadurch, dass viele der bedeutenden Strafrechtler ihre Promotionen in Deutschland absolvierten oder durch Forschungsaufenthalte einen Zugang zur deutschen Strafrechtswissenschaft erlangten und ihrerseits das deutsche Schrifttum zu würdigen begannen. Zu diesen Beispielen gehören u.a. *Ayhan Önder*, *Kayıhan İcel*, *Bahri Öztürk*, *Feridun Yenisey*, *Nur Centel*, *Hakan Hakeri* und *Mehmet Emin Artuk*⁸³. Die persönlichen Eigenarten oder Interessen der Strafrechtler empfehlen für eine genauere Darstellung eine Einzelbetrachtung der Strafrechtler. Die Vielschichtigkeit der Einflüsse reduziert diese Betrachtungen aber zugleich auf eine *Spurensuche*.

2. Strafrechtstheoretische Rezeption

Neben der positivrechtlichen und dogmatischen Rezeption, stand die Strafrechtswissenschaft auch ab 1926 vor der Aufgabe, eine *strafrechtstheoretische* Rezeption anzustreben. Auf diesem Gebiet hatten die europäischen Strafrechtler schon seit dem Zeitalter der Aufklärung bedeutende Fortschritte erzielt. Die Rezeption dieses inhaltlichen Rahmes hieß in dieser Ausgangslage aus türkischer Sicht also vor allem, die *Rekonstruktion* der strafrechtstheoretischen Entwicklungen bis in das 20. Jahrhundert zu vergegenwärtigen. Da der Zweck oder die Zweckfreiheit der Strafe in der Strafrechtstheorie keine Fragestellung nur für die Rechtsordnung einer Nation darstellte, war der Rezeption dieser Inhalte keineswegs eindimensional. Die Rekonstruktion des strafrechtstheoretischen Konzepts führte die türkischen Strafrechtler durch das Schrifttum der Franzosen, der Deutschen, der Italiener oder etwa der Engländer. Allein der Umstand, dass die Lehrbuchautoren aufgrund der oben skizzierten technischen Voraussetzungen durch die Brille einer

⁸¹ *Rudolf Heinze* (1865–1928) war ein deutscher Jurist und Politiker und von 1916 bis 1918 Unterstaatssekretär im osmanischen Justizministerium.

⁸² Zu den deutschen Einflüssen im Osmanischen Reich siehe eingehend: *Widmann*, Exil und Bildungshilfe. Die deutschsprachige akademische Emigration in die Türkei nach 1933, Frankfurt a.M. 1973, S. 35 ff.

⁸³ Siehe: *Keçelioglu*, a.a.O., S. 52 ff.

bestimmten Rechtsordnung rezipierten, ließ Schwerpunkte in der Darstellung entstehen, die sich anfänglich überwiegend als italienisch herauskristallisierten. Diesem Beispiel folgten etwa *Tahir Taner*, später *Sulhi Dönmezer / Sahir Erman*, in jüngerer Zeit auch *Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut* und nicht zuletzt *Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökcen / Ahmet Caner Yenidünya*. Abgesehen von dem frühen Schaffen *Richard Martin Honigs*, finden sich insbesondere in den jüngeren Lehrbüchern auch sehr stark an das deutsche Schrifttum angelehnte Darstellungen. Hierzu sind vor allem *Kayihan İçel / Süheyl Donay* und wohl auch *İzzet Özgenç* zu zählen. Es ergibt sich eine tendenziell italienische und eine tendenziell deutsche Ausrichtung mit einer (notwendigerweise) nicht unerheblichen Schnittmenge.

a) Richard Martin Honig (1890–1981)

Aufbauhilfe bekam der junge republikanische Bildungssektor früh aus Deutschland. Dort hatten viele jüdischstämmige Akademiker schon zu Beginn der NS-Herrschaft nach Möglichkeiten gesucht, ihren Beruf im Ausland auszuüben⁸⁴. Zur gleichen Zeit benötigten die türkischen Universitäten europäische Rechtsgelehrte, die eine neue Generation von Juristen auszubilden in der Lage waren. Dabei wurde früh auf die Vermittlung rechtsphilosophischer Inhalte Wert gelegt. *Richard Martin Honig*, der 1925 in Göttingen zum außerordentlichen und 1931 zum ordentlichen Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht ernannt wurde, verlor 1933 seine Stellung wegen seiner jüdischen Herkunft und emigrierte nach Istanbul, wo noch im selben Jahr an die Istanbul Universität zum Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte berufen wurde⁸⁵. Honig verfasste noch heute wichtige Schriften zur

⁸⁴ Die „Notgemeinschaft deutscher Wissenschaftler im Ausland“ half bei der Vermittlung der deutschen Emigrantenprofessoren. Dazu: *Weidmann*, a.a.O., S. 53 ff. Vgl. auch: *Hirsch*, Als Rechtsgelehrter im Landes Atatürks, S. 13 f.

⁸⁵ *Jeschek*, Richard Honig zum Gedächtnis, ZStW 1981, 827 ff. *Honig* gilt als Wegbereiter der später durch Roxin etablierten Lehre von der objektiven Zurechnung. Siehe: *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: FS für Richard M. Honig, Göttingen 1970, S. 133. Roxin bezieht sich dabei auf den 1930 erschienenen Beitrag *Honigs* mit dem Titel „Kausalität und objektive Zurechnung“, in: FS für Reinhard von Frank, Tübingen 1930, S. 174–201.

Rechtsphilosophie⁸⁶ und Rechtsgeschichte⁸⁷ und führte die Studenten durch seine Lehrtätigkeit in strafrechtstheoretische Grundlagen ein.

In der Übersetzung seines Aufsatzes zu den Zwecken der Strafe „Ceza Gayeleri Nazaryesinin Tarihine Dair“⁸⁸ stellt er den Übergang von der „klassischen Schule“ (*klâsik mektep*) zur „modernen Schule“ (*modern mektep*) dar. Der klassischen Schule weist Honig den Gedanken zu, nach dem in der Strafe ein eigener Zweck zu sehen ist und im Vordergrund die Wiedervergeltung (*kefaret*) steht⁸⁹. Den Übergang zur „modernen Schule“ verortet Honig bei Liszts „Marburger Programm“⁹⁰, nach dem Strafe den Täter bessern soll, soweit dieser besserungsfähig und besserungsbedürftig ist (*islah etmek*), diesen ferner abschrecken soll, weitere Straftaten zu begehen (*çekindirmek*) und ihn unschädlich machen soll, soweit es sich um einen nicht besserungsfähigen Täter handelt (*zararsız hale getirmek*)⁹¹. Honig relativiert in seinen Ausführungen diejenige deterministische Strömung, nach der die anthropologischen Faktoren den Täter zu delinquenten Verhalten determinieren und daher die Schuld i.S. der Vorwerfbarkeit und der persönlichen Verantwortung (*mes'uliyet*) ausschließen. Er setzt der anthropologischen Sichtweise einen Begriff des sozialen Determinismus entgegen, der die Verantwortung des Täters nicht gänzlich aufhebe⁹².

Folgender historischer Zusammenhang drängt sich auf: Die *scuola positiva* oder die „anthropologische Schule“ aus Italien, die gekennzeichnet war durch ihre Hauptvertreter *Cesare Lombroso*, *Raffaele Garofalo*⁹³ und *Enrico Ferri*⁹⁴, lehnte wegen des Determinismus ein auf

⁸⁶ Honig, *Hukuk Felsefesi*, Übersetzung von Yavuz, Istanbul 1935.

⁸⁷ Honig, *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*, Übersetzung von Yavuz, Istanbul 1934.

⁸⁸ In: Istanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1936, S. 413–426.

⁸⁹ Ebd., S. 413 f.

⁹⁰ Siehe dazu auch: *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, a.a.O., S. 125 ff.

⁹¹ Honig, *Ceza Gayeleri Nazaryesinin Tarihine Dair*, a.a.O., S. 413 f.

⁹² Ebd., S. 414. Vgl. auch: *Honig*, *Hukuk Felsefesi*, Istanbul 1935, S. 77 ff.

⁹³ *Garofalo*, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione* (Kriminologie. Eine Untersuchung über das Verbrechen und die Theorie seiner Bekämpfung), 1. Aufl. Turin 1885. Eine Textauswahl der 2. Aufl. von 1891 (Turin) in deutscher Übersetzung von *Vormbaum* bei: *Dezza / Seminara / Vormbaum* (Hrsg.), *Moderne italienische Strafrechtsdenker*, Berlin 2012, S. 135–151. *Vormbaum* weist darauf hin, dass wir das Wort „Kriminologie“ wohl Garofalo zu verdanken haben. Ebd., S. V.

die Schuld basierendes Strafrecht ab und rückte die Gefährlichkeit des Täters in den Vordergrund. Auch wenn der auf der Tätergefährlichkeit basierende *Entwurf Ferri* von 1921 zu einem Allgemeinen Teil des StGB nicht zum Gesetz erhoben worden war, erleichterten die Ziele des „extremen Positivismus“⁹⁵ doch den Weg zu einem zweispurigen System mit Strafen *und* Sicherungsmaßnahmen, wie er sich beispielsweise in Italien im *Codice Rocco* von 1930 durchsetzen konnte⁹⁶ – und machten auch darüber hinaus ihren Einfluss geltend⁹⁷. Das tStGB 1926 basierte zwar auf dem früheren und daher von dieser Entwicklung verschont gebliebenen *Codice Zanardelli*⁹⁸. Der *Codice Rocco* bildete aber die gesetzgeberische Vorlage für Änderungen am tStGB 1926 und konnte somit im Hinblick auf die Zweispurigkeit noch Pate stehen⁹⁹.

b) Tahir Taner (1883–1956)

Tahir Taner, der seine juristische Ausbildung in der 1900 gegründeten Istanbul Universität (*Mektep-i Hukuk*) absolvierte und im Jahre 1927 seine Professur an der juristischen Fakultät in Istanbul antrat, zeichnet in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts „Ceza Hukuku Umumî Kısım“¹⁰⁰ die strafrechtstheoretischen Entwicklungen seit der Aufklärung

⁹⁴ *Ferri*, I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale (Die neuen Horizonte des Straf- und Strafprozessrechts), 1. Aufl. Bologna 1880. Eine Textauswahl der 2. Aufl. von 1894 (Bologna) in deutscher Übersetzung von *Vormbaum* bei: *Dezza / Seminara / Vormbaum* (Hrsg.), *Moderne italienische Strafrechtsdenker*, Berlin 2012, S. 116–134.

⁹⁵ Diese Formulierung bei: v. *Hippel*, a.a.O., S. 406.

⁹⁶ Siehe dazu: *Maiwald*, Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, Frankfurt a.M. 2009, S. 28.

⁹⁷ Auf die Mehrdimensionalität, also auf die möglichen Quereinflüsse etwa auf das deutsche Recht, insbesondere auf Franz v. Liszts „Marburger Programm“ sowie auf den Radbruchschen Entwurf zum StGB von 1922 sei hier – wie bereits einleitend erwähnt – nur am Rande hingewiesen. Siehe hierzu: *Vormbaum*, Italienische Einflüsse auf die deutsche Strafrechtsreform – Eine erste Skizze (erscheint in Kürze).

⁹⁸ Sowohl der *Codice Zanardelli* von 1889 als auch das tStGB 1926 kennen nur die Strafe, die bei verminderter Zurechnungsfähigkeit gemildert wird (Artt. 46–48 tStGB 1926 und iStGB 1889).

⁹⁹ Nachdem der die Zweispurigkeit verfolgende *Codice Rocco* in Kraft getreten war, wurde in der Tat auch im türkischen Strafrecht mit Gesetz Nr. 6123 vom 9. Juli 1953 für Schuldunfähige die „Obhut und Behandlung“ eingeführt. *Şensoy / Tolun* betonen, dass dies – auch wenn nicht ausdrücklich von Sicherungsmaßnahmen die Rede ist – ihrer Natur nach solchen Maßregeln gleichkomme: Das türkische Strafgesetzbuch vom 1. März 1926, Berlin 1955, S. XIV. Vgl. *Artuk*, Sicherungsmaßnahmen, in: *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2010, 186 (Fn. 2).

¹⁰⁰ Erstauflage Istanbul 1935. Dem Bearbeiter liegt die zweite Auflage von 1949 vor.

mit der Darstellung der klassischen Schule (*klâsik mektep*), der positivistischen Schule (*pozitivist mektep*), der zwischen beiden vermittelnden „terza scuola“, also der dritten italienischen Schule (*üçüncü mektep*) u.a. mit den Vertretern *Emanuele Carnevale*, *Bernadino Alimena*, *Michele Angelo Vaccaro* und der neo-klassischen Schule (*neo-klâsik mektep*) nach¹⁰¹.

Taner sieht die rechtliche Grundlage der staatlichen Strafe im gesellschaftlichen Vorteil (*içtimaî fayda*), die durch die Gerechtigkeit (*adalet*) begrenzt sein soll. Hierbei stützt *Taner* sich auf *Cesare Beccaria* und *Jeremy Bentham*¹⁰². Die Strafe soll sowohl generalpräventive (*umumî önleme*) als auch spezialpräventive (*hususî önleme*) Ziele verfolgen dürfen¹⁰³. Da aber allein der Schutz der Gesellschaft die Gefahr berge, die Strafe über das notwendige Maß hinaus anzuwenden, solle sie durch Gerechtigkeitserwägungen begrenzt sein. *Taner* lehnt ferner einen Determinismus unter Ausschluss des Schuldstrafrechts ab. Für ihn sei Strafe nur dann zulässig, wenn der Täter verantwortlich, also schuldhaft gehandelt hat. Gleichwohl akzeptiert er neben der Strafe unter engen Voraussetzungen Maßregeln zur Sicherung und Besserung (*emniyet tedbirleri*)¹⁰⁴.

c) **Sulhi Dönmezer (1918–2004) / Sahir Erman (1918–1996)**

Sulhi Dönmezer, der 1949 seine Lehrtätigkeit aufnahm, begann ab 1959 zusammen mit *Erman Sahir* das dreibändige Werk „*Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*“ (Theoretisches und angewandtes Strafrecht) herauszugeben, das seitdem Generationen von Studenten begleitet hat¹⁰⁵. In der Erstauflage schreibt *Dönmezer* bereits im Vorwort, dass ein strafrechtliches Lehrbuch ohne inhaltliche Auseinandersetzungen mit Strafrechtsdenkern wie *Enrico Ferri*, *René Garraud*, *Vincenzo Manzini*

¹⁰¹ *Taner*, *Ceza Hukuku Umumî Kısım*, Istanbul 1949, S. 23 ff.

¹⁰² Ebd., S. 28 ff. m.N. bei: *Beccaria*, *Dei delitti e dele pene* (Von den Verbrechen und von den Strafen), 1764. Eine Textauswahl in deutscher Übersetzung bei: *Dezza / Seminara / Vormbaum* (Hrsg.), *Moderne italienische Strafrechtsdenker*, Berlin 2012, S. 3–27. *Bentham*, *The Rationale of Punishment* (Die Begründung der Strafe), 1830. Eine Textauswahl in deutscher Übersetzung bei: *Vormbaum* (Hrsg.), *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, Bd. 2, Baden-Baden 1993, S. 90–97.

¹⁰³ Ebd. 76 f.

¹⁰⁴ Ebd., S. 77 f.

¹⁰⁵ Vgl. *Tellenbach*, Einführung in das türkische Strafrecht, S. 21 f.

und *Franz von Liszt* nicht denkbar sei. Dieser mehrdimensionale Ansatz zieht sich durch das gesamte Werk von Dönmezer / Erman. Das Lehrbuch weist in vielen Bereichen aber deutlichere Bezüge zur italienischen Strafrechtswissenschaft auf und lehnt sich auch in der strafrechtstheoretischen Diskussion an der italienischen Entwicklung an.

Dönmezer / Erman nehmen in der historischen Entwicklung die Darstellungen zu der klassischen und positivistischen Schule auf und zeichnen den Weg hin bis zur „rechtstechnizistischen Schule“ (*hukuk tekniği mektepi*) nach¹⁰⁶, der sie – wenn auch mit Modifikationen – inhaltlich zustimmen. Dem Rechtstechnizismus, den *Arturo Rocco*¹⁰⁷ begründete, weisen Dönmezer / Erman (unter anderem unter Hinweis auf *Manzini*¹⁰⁸) insbesondere die Forderung zu, die Frage nach dem staatlichen Recht zu strafen von philosophischen Fragestellungen zu trennen¹⁰⁹. Das Recht der staatlichen Strafe ergibt sich danach aus dem subjektiven Recht des Staates auf Setzung neuen Rechts. Ein diesem positiven Recht vorgelagertes (Natur-)Recht sei daher abzulehnen. Für *Dönmezer / Erman* ist – insoweit sehr nahe an Rechtstechnizismus – Strafe Ausdruck derjenigen Notwendigkeit, die sich aus dem gesellschaftlichen oder staatlichen Zusammenleben ergibt. Daher sei auch die Frage, ob sich das staatliche Recht zu strafen philosophisch begründen lässt oder nicht, *nutzlos*¹¹⁰. Hieran anknüpfend schreiben sie weiter:

„Selbst wenn alle Philosophen bewiesen, dass das Recht zu strafen nicht existiert, würden der Staat und kleine soziale Gemeinschaften gegen schädliches Verhalten weiter Strafen verhängen – und es gibt auch keine andere Möglichkeit, damit umzugehen. Zulässig sind aber – wie bei allem Notwendigen, so

¹⁰⁶ *Dönmezer / Erman*, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Istanbul 1959, S. 97 ff.

¹⁰⁷ *Rocco*, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (Problem und Methode der Strafrechtswissenschaft), in: *Opere giuridiche*, Bd. III, Rom 1933, S. 263 ff. Textauswahl in deutscher Übersetzung von *Vormbaum* bei: *Dezza / Seminara / Vormbaum* (Hrsg.), *Moderne italienische Strafrechtsdenker*, Berlin 2012, S. 176–198.

¹⁰⁸ *Manzini*, *Trattato di Diritto Penale Italiano* (Handbuch des italienischen Strafrechts), 1. Aufl. Turin 1908, S. 1 ff. Textauswahl in deutscher Übersetzung von *Vormbaum* bei: *Dezza / Seminara / Vormbaum* (Hrsg.), *Moderne italienische Strafrechtsdenker*, Berlin 2012, S. 152–161. *Dönmezer / Erman* zitieren eine spätere Auflage von 1950.

¹⁰⁹ *Dönmezer / Erman*, a.a.O., S. 99. *Dezza / Seminara / Vormbaum* (Hrsg.), a.a.O., S. 152 ff.

¹¹⁰ *Dönmezer / Erman*, a.a.O., S. 111.

auch beim Strafen – nur die erforderliche Menge und das erforderliche Maß. Die Grenze der notwendigen Strafe liegt im sozialen Nutzen.“¹¹¹

Innerhalb des „sozialen Nutzens“ sollen Zweckerwägungen zwar zulässig sein, denn *Dönmezer / Erman* möchten den Begriff weit fassen. Von sozialem Nutzen soll aber nicht die Rede sein können, wenn er zu schweren und harten Strafen, d.h. maßlosen Strafen führe. Dieser Ansatz und die Auffassung, dass die rechtstechnizistische Richtung bis heute einen entscheidenden Einfluss ausübt, wurde von *Dönmezer / Erman* auch in den folgenden Auflagen ihres Lehrbuches nicht relativiert¹¹².

d) Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen (*1960) / Ahmet Caner Yenidünya (*1973)

Das mehrbändige Werk zum Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts von *Artuk / Gökçen / Yenidünya* bildet wie eine Reihe von anderen strafrechtlichen Werken eine Fortsetzung der italienisch orientierten Lehrbücher – und zwar obwohl *Artuk* seine Dissertation¹¹³ in Deutschland verfasst hat und auch *Gökçen* in seinen Arbeiten eine „deutschaffine“ Haltung aufweist. Insofern kann dem Werk eine gewisse Konsequenz zugebilligt werden, zumal eine Reihe von vorangehenden Lehrbüchern in strafrechtstheoretischen Grundlegendarstellungen bereits italienische Schwerpunkte gesetzt haben. *Artuk / Gökçen / Yenidünya* gehen bei den Ausführungen zur Strafrechtstheorie über die Entwicklung bis zur rechtstechnizistische Schule hinaus noch gesondert auf die „difesa sociale“ ein, der Theorie der Sozialverteidigung mit ihren Hauptvertretern *Filippo Gramatica* (und den Franzosen *Marc Ancel*), die den Determinismus und die in den Vordergrund rückende Gefährlichkeit auf eine theoretische Grundlage stellt und unter Ablehnung der Schuld einen Gegenbegriff der „Antisozialität“ aufstellt¹¹⁴. Obwohl die Autoren die strafrechtstheoretischen Grundlagen deskriptiv darstellen, lassen sie eigene Meinungen einfließen. Die Theorie der Sozialverteidigung nach

¹¹¹ Ebd., S. 111 f.

¹¹² *Dönmezer / Erman*, a.a.O., 13. Aufl. Istanbul 1997, S. 112 f.

¹¹³ *Artuk*, Sinn und Zweck der Strafe und die Massnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht, Köln 1979.

¹¹⁴ *Artuk / Gökçen / Yenidünya*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Aufl. Istanbul 2009, S. 56 ff.

Gramatica etwa lehnen sie unter dem Hinweis der Willkürgefahr und der Unbestimmtheit des Antisozialitätsbegriffes ab¹¹⁵.

e) Kayıhan İçel (*1939) / Süheyl Donay (*1938)

Mit dem mehrbändigem Werk von *İçel / Donay*, dessen Erstaufgabe im Jahre 1987 erschien, kommen wir sogleich in einen strafrechtlichen Rezeptionsstrang, der sich wie kein anderer in der türkischen Rechtsgeschichte an der deutschen Strafrechtswissenschaft orientierte. In den strafrechtstheoretischen Darstellungen stellen *İçel / Donay* die Entwicklung von den „Vergeltungstheorien“ (*adaletci teoriler*) zu den „Zwecktheorien“ (*yararçı teoriler*) und den „Vereinigungstheorien“ (*uzlaştırıcı teoriler*) dar¹¹⁶. Bei den Vergeltungstheorien setzten sich die Autoren insbesondere mit Wiedervergeltung nach *Immanuel Kant* und *Friedrich Hegel* auseinander¹¹⁷. Im Zusammenhang mit den relativen Straftheorien finden sich bei der Generalprävention Ausführungen zu *Paul Johann Anselm Feuerbach* und bei der Spezialprävention Ausführungen zu *Franz von Liszt*. Auf die Entwicklungen außerhalb Deutschlands, gehen *İçel / Donay* nur nachrangig ein. Italien findet bei ihnen nur im Zusammenhang mit der „scuola positiva“ und der für die Positivisten bedeutsamen Gefährlichkeit Erwähnung. Die Vereinigungstheorien werden bei *İçel / Donay* als strafrechtstheoretischer Ansatz qualifiziert, der auf dem Schuldstrafrecht basiert, aber innerhalb der durch die Schuld gesetzten Grenzen spezialpräventive und generalpräventive Erwägungen zulässt¹¹⁸. Sie verorten in dem Ansatz der Vereinigungstheorien ferner den derzeitigen Stand der strafrechtstheoretischen Entwicklung, leiten daraus einige Grundsätze für die Rechtsfolgen der strafbaren Handlung ab und vertreten die Forderung nach einem fragmentarischen Charakter des Strafrechts¹¹⁹.

¹¹⁵ Ebd., S. 60.

¹¹⁶ *İçel / Donay*, a.a.O., S. 5 ff. Ergänzend: *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. Berlin 2011, S. 53 ff., 119 ff., S. 137 ff.

¹¹⁷ *Kant*, Metaphysik der Sitten. Rechtslehre, Königsberg 1797. Textauszüge in: *Vormbaum* (Hrsg.), Moderne deutsche Strafrechtsdenker, Berlin 2011, S. 36–46. *İçel / Donay* zitieren hingegen nicht direkt: *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, in: *Vormbaum* (Hrsg.), a.a.O., S. 137–147.

¹¹⁸ *İçel / Donay*, a.a.O., S. 9 f.

¹¹⁹ Ebd., S. 10 ff.

f) İzzet Özgenç (*1960)

Als Schüler von *Kayıhan İçel* sind die strafrechtstheoretischen Darstellungen im Lehrbuch von *İzzet Özgenç* – Professor für Strafrecht an der Gazi Universität Ankara – ebenfalls stark durch das deutsche Schrifttum geprägt. Insofern setzt sich hier der in den 1960er Jahren vermehrt aufkommende deutsche Einfluss in Gestalt einer zweiten Generation von Strafrechtlern fort. *Özgenç* hat zusammen mit *Adem Sözüer* – der ebenfalls zu der zweiten Generation der deutschaffinen Strafrechtler gezählt werden kann¹²⁰ – großen Einfluss auf die heutige Gestalt des tStGB 2004 genommen¹²¹. In seinem Lehrbuch unterscheidet *Özgenç* – insoweit geringfügig von seinem Lehrer *İçel* abweichend – zwischen den klassischen Straftheorien (*klasik suç teorisi*), neoklassischen Straftheorien (*neo klasik suç teorisi*), den zweckorientierten Straftheorien (*amaççı suç teorisi*) und den Vereinigungstheorien (*sentezci yaklaşım*)¹²².

3. Rechtsgüterschutz

Nach der Säkularisierung des Strafrechts musste auch die islamische Rechtsgüterdogmatik mit der Unterscheidung zwischen göttlichen und menschlichen Rechtsgütern aufgegeben werden. Bei der modernen Lehre von den Rechtsgütern wurde die türkische Rechtswissenschaft vor allem durch Italien beeinflusst. Ein viel zitiertes Werk ist „L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale“ von *Arturo Rocco* aus dem Jahre 1913. Eine nähere Auseinandersetzung findet sich bei *Nevzat Toroslu*¹²³, der die Entwicklung in Italien sowie Gemeinsamkeiten mit der deutschen Lehre darstellt. *Toroslu* versteht unter dem Rechtsgut (*suçun hukukî konusu*) diejenige rechtliche Existenz oder denjenigen rechtlichen Vorteil, der durch die Straftat gestört wird¹²⁴ und spricht der Rechtsgüterlehre die Funktion der Klassifizierung der Straftaten (*tasnif* oder *siniflandırma*) und die Funktion der Auslegungshilfe (*tefsir*) zu¹²⁵. Im Gegensatz zu jüngeren

¹²⁰ *Keçelioğlu*, a.a.O., S. 53.

¹²¹ Vgl. *Mahmutoğlu*, Das neue türkische Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, in: *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul* 2006, S. 35–48.

¹²² *Özgenç*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Aufl. Ankara 2009, S. 17 ff.

¹²³ *Toroslu*, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Ankara 1970, insbesondere S. 87 ff.

¹²⁴ *Toroslu*, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005, S. 92; *ders.*, *Suçun Hukukî Konusu*, S. 87 ff.; vgl. *Centel / Zafer / Çakmut*, a.a.O., S. 222 f.

¹²⁵ *Toroslu*, *Suçun Hukukî Konusu*, S. 87 ff.

Entwicklungen¹²⁶, geht *Toroslu* nicht auf eine Funktion der Begrenzung von Strafrecht als Richtwert für den Gesetzgeber ein¹²⁷, was wohl auch auf den Einfluss des italienischen Positivismus zurückzuführen sein dürfte¹²⁸, der in dem Gesetzgeber die letzte Legitimationsinstanz für die Schaffung von Strafrecht sieht¹²⁹. Doch ähnlich zu der in Italien zwar umstrittenen aber anerkannten Lehre von der „offensività“, die eine Beleidigung, also eine Verletzung des geschützten Rechtsgutes verlangt¹³⁰, hat sich auch im türkischen Schrifttum eine Strömung entwickelt, die bei strafwürdigen Handlungen einen Schaden (*Beccaria*) und daher eine Verletzung von Rechtsgütern verlangt und daraus ein Problembewusstsein für Gefährdungsdelikte schöpft – und bei einigen Autoren zur Ablehnung zumindest von abstrakten Gefährdungsdelikte geführt hat¹³¹. Wenn aber sich im türkischen Schrifttum – wie etwa bei *Dönmezer / Erman* – noch lange die Meinung hielt, das subjektive Recht des Staates auf Setzung von Recht sei hinreichende Legitimation und Grundlage für die Schaffung neuer Straftatbestände¹³² oder der Gesetzgeber habe sich im Äußersten an den in der Verfassungsordnung ausdrücklich oder konkludent enthaltenen Rechtsgütern zu orientieren¹³³, scheint sich in jüngerer Zeit durch den Einfluss der deutschen Strafrechtswissenschaft auch der Gedanke zu etablieren, dass sich aus der Rechtsgüterlehre die Funktion nach einer Selbstbeschränkung des Gesetzgebers ergebe. Bei *Ünver* tritt eine entsprechende Forderung am

¹²⁶ Insbesondere: *Ünver*, *Ceza Hukukuya Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003. Siehe auch: *Alacakaptan*, *Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar*, in: *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu*, Istanbul 2008, S. 17 ff. m.w.N.

¹²⁷ Zusammenfassend: *Centel / Zafer / Çakmut*, a.a.O., S. 223; *Erem*, *Suçun Konusu Ve Hümanist Doktrin*, in: *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1969, S. 23 ff.; *Erem / Toroslu*, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 1983, S. 36 ff.; *Toroslu*, *Suçun Hukukî Konusu*, S. 87 ff.

¹²⁸ Vgl. *Ünver*, a.a.O., S. 98 f.

¹²⁹ Vgl. *Vormbaum*, *Einführung in moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., Berlin 2011, S. 61.

¹³⁰ *Maiwald*, a.a.O., S. 42 ff. *Donini*, *Verbrechenslehre. Eine Betrachtung aus der Sicht des italienischen Strafrechts*, Berlin 2005, Bd. 15 der Reihe *Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik*, hrsg. v. Schild / Vormbaum / Zwihehoff, S. 106 ff.

¹³¹ *Ünver*, a.a.O., S. 1065 f., 1067; *Alacakaptan*, a.a.O., S. 19.

¹³² *Dönmezer / Erman*, a.a.O., S. 111 f.

¹³³ Vgl. *Hafizoğulları / Güngör*, *Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*, in: *Türk Barolar Birliği Dergisi* 2007, S. 25 f.

deutlichsten hervor. Er verwirft den Ansatz von *Dönmezer / Erman*, die Recht ablehnen, das dem positiven Recht vorgelagert ist, und verlangt im Gegenteil eine über die verfassungsrechtliche Rechtsgüterordnung hinausgehende Auseinandersetzung beim „Auffinden“ von legitimen Rechtsgütern¹³⁴. Denn die Verfassung biete je nach Interpretation stets die Möglichkeit aus ihr ein Rechtsgut herauszulesen und somit neue Straftatbestände zu legitimieren. Die Grundlage des Rechtsgutes sei die Freiheit des Individuums in der Gemeinschaft (*bireyin toplum içinde yaşayacağı bir özgürlük*). Gleichzeitig aber betont Ünver, dass es *keinen festen* Katalog von Rechtsgütern gibt, vielmehr dass etwa durch gesellschaftlichen Wandel neue Rechtsgüter entstehen können. Für den Autor existieren neben Individualrechtsgütern auch Gemeinschaftsrechtsgüter. Das Vorliegen eines Rechtsgutes ist jedoch nicht notwendigerweise ausreichend, um einen Straftatbestand zu schaffen. Vielmehr soll der Gesetzgeber danach Ausschau halten, ob es für die Strafe eine Zulänglichkeit (*liyakat*) und ein Bedürfnis (*muhtaçlık*) gibt, wobei stets der Grundsatz *in dubio pro libertate* zu gelten habe¹³⁵.

D) Schlussbemerkungen

Ich möchte noch einmal die begriffliche Unterscheidung zwischen Kodifikation und Rezeption aufgreifen, die zu Beginn zu skizzieren versucht wurde. Wenn man in der Kodifikation die Zusammenführung eines Rechtsbestandes sehen mag und in der Rezeption die Verinnerlichung eines fremden Rechtsbestandes als stetigen und sozialen Prozess, dann ergibt sich für die türkische Kodifikations- und Rezeptionsgeschichte das folgende Bild:

I) Vor der Säkularisierung der Rechtsordnung konnte allenfalls eine *Annäherung* an das westliche Recht erfolgen. Denn das islamische Recht hat eigene Maßstäbe bei der Begründung der Strafe und diese sind nicht disponibel.

¹³⁴ Bei Ünver findet sich für den Begriff Rechtsgut: *suçun hukuksal değeri* oder *suçun hukuksal konusu*.

¹³⁵ Zu alledem: Ünver, a.a.O., S. 668 ff., 761 ff.; zusammenfassend und mit zahlreichen Thesen und Forderungen: S. 1056 ff.

2) Das oStGB 1858, welches auf dem *Code Pénal* von 1810 basiert, ist eine Kodifizierung teilweise eigener Rechtstraditionen und überwiegend fremder Rechtsbestände.

3) Die fremden Rechtsbestände konnten im Hinblick auf das *straftheoretische* Konzept jedoch nicht rezipiert werden, weil ein dem französischen entsprechender Begriff von Strafrecht im islamischen Recht nicht existiert. Eine inhaltlich uneingeschränkte Rezeption des französischen Strafrechts war daher und durch das Fortgelten des islamischen Rechts, insbesondere der Privatrache nicht möglich. Im Osmanischen Reich wurde fremdes Recht (mit)kodifiziert, nicht aber ganzheitlich rezipiert.

4) Ein inhaltlich *vollständiger Rezeptionszyklus*, der die strafrechtstheoretische Rezeption einschließt, wurde hingegen durch die Säkularisierung des Strafrechts, also durch Inkrafttreten des tStGB 1926 in Gang gesetzt. Italien rückte in den Vordergrund. Wurde die europäische Strafrechtstheorie im Osmanischen Reich noch interessenthalber untersucht, war nach Inkrafttreten des tStGB 1926, die Verinnerlichung strafrechtstheoretischer Grundlagen Voraussetzung für einen Verstehensprozess des fremden Rechts.

5) Strafrechtstheoretische Rezeption hieß, die auf diesem Gebiet bis dahin entstandenen Entwicklungen zu rekonstruieren. Da diese Entwicklungen übernationale Gestalt hatten, waren neben Frankreich und Italien etwa auch Deutschland und England von Bedeutung.

6) Dieser mehrdimensionale Rezeptionszyklus hält bis heute an.

7) Der Einfluss aus Deutschland, der in tStGB 2004 gesetzgeberische Gestalt annahm, äußert sich im Schrifttum mittlerweile auch vermehrt in den strafrechtstheoretischen Auseinandersetzungen.

**SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNE VE İŞİN ÖZELLİĞİNE
YABANCI OLAN GENEL İŞLEM KOŞULLARI
(6098 sayılı TBK m. 21/2)**

Esra KAŞAK*

ÖZET

Genel işlem koşulları genellikle karşı tarafın global kabul beyanı ile sözleşmede bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak genel işlem koşulları içerisinde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hükümler varsa açıkça ikaz edilmiş olmadıkça genel işlem koşullarını bu şekilde kabul eden karşı tarafın iradesi, bu koşulları da kapsadığı şeklinde yorumlanamaz. Bu hâlde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır ve sözleşmenin bunun dışındaki hükümleri ise geçerliliğini korur. Genel işlem koşullarını kullanan taraf, bu durumda yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Anahtar Kelimeler: Genel İşlem Koşulları, Bağlayıcılık Denetimi, Global Kabul, Yabancı Koşullar, Şaşırtıcı Koşullar, Alışılmamış Koşullar.

**GENERAL TERMS AND CONDITIONS WHICH ARE
STRANGE TO THE CONTRACT'S CHARACTER AND THE
FEATURES OF THE BUSINESS**

(the law no. 6098 of Turkish Code of Obligations, Article 21/2)

ABSTRACT

General terms and conditions are generally became valid in a contract with global acceptance of the other party. But if there are some strange terms against the contract's character and the features of the business, unless expressly cautioned, other party's volition, who globally accepted general terms and conditions, cannot be interpreted as global

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi,
esrclskn@gmail.com

acceptance also includes these strange terms. In this case, general terms and conditions, which are against the contract's character and the features of the business, are respected as unwritten and other terms of the contract stay valid. Party, using general terms and conditions, cannot claim that he did not conclude the contract unless the terms respected as unwritten exist.

Keywords: General Terms and Conditions, Validity Control, Global Acceptance, Strange Terms, Confusing Terms, Unusual Terms.

GİRİŞ

Günümüzde sözleşmelerin genel işlem koşulları kullanılarak yapılması, taraflar arasındaki sözleşme eşitliğinin genel işlem koşulları kullanan lehine bozulmasına, karşı tarafın sözleşmeyi kurmak için ancak genel işlem koşullarını değiştirmeden kabul etmek zorunda bırakılmasına sebep olmaktadır. Bağlayıcılık, yorum ve içerik denetimi ile hâkime genel işlem koşulları kullanılarak yapılan bir sözleşmeye müdahale yetkisi tanınarak sözleşmede bozulan dengenin kurulması amaçlanmaktadır. Bağlayıcılık denetimi vasıtasıyla genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil sayılması için gerekli şartların yerine getirilip getirilmediği tespit edilir. Bu çalışmada bağlayıcılık denetimi başlığı altında incelenen sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları konusu işlenmiştir.

I. Genel İşlem Koşullarının Global Kabul İle Sözleşme İçeriği Hâline Getirilmesi

Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken genel işlem koşulları kullanan tarafın, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK m. 20/1). Genel işlem koşullarının kullanıldığı bir sözleşmede genellikle karşı taraf, kendisine genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilmesi imkânı sunulmasına rağmen genel işlem koşullarını okumadan ve içeriğini anlamadan sözleşme yapmayı kabul eder ve bu durum doktrinde “*global kabul*” olarak ifade edilir¹. Bu hâlde karşı taraf

¹ Yeşim, M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Basım, 2 nci Bası. İstanbul 2001, s. 102, (Denetleme); Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 111-112; Necip

genel işlem koşulları içinde yer alan hükümlerin sözleşme içeriğine dâhil olmasını kabul etmiş sayılır ve güven kuramı uyarınca karşı tarafın beyanı bu şekilde değerlendirilir². Buna karşılık, karşı tarafın genel işlem koşullarının tamamını okuyup anladıktan sonra kabul etmesi hali ise “*tam kabul*” olarak nitelendirilmektedir³.

Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları, TBK m. 21/1 hükmüne göre, genel işlem koşulları kullanan tarafın, karşı tarafı genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgilendirmesi, karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi ile kural olarak tarafları bağlar. Aksi hâlde genel işlem koşulları sözleşmeye yazılmamış sayılır (TBK m. 21/1).

Doktrinde *Kuntalp*, hüküm karşısında karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları ile bunlar dışındaki genel işlem koşulları arasında ayırım yapmaktadır. Müellif, hükmün gerekçesinin, genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi verip bunları öğrenme imkânının sağlanmasının karşı tarafın kabulüne bağlı olarak sözleşme kapsamına girme açısından yeterli görürken; özellikle karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının varlıklarına ilişkin bilgilendirme yapılmasını, bu nitelikteki koşulların tek tek gösterilmesini aradığını ifade etmektedir. Müellife göre, bu durumda bankaların, müşterilerine imzalatacakları sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi vermekle yetinmeyip, ayrıca onların menfaatlerine aykırı genel işlem koşulları hakkında tek tek bilgilendirme yapmaları gerekecektir⁴.

Atamer, madde metninde “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları*” denilmek suretiyle bağlayıcılık denetimi ile geçerlilik denetiminin birbirine karıştırıldığını ifade etmektedir⁵. Yazara göre “*yürürlük denetimi aşamasında hakim, GİK’in karşı tarafın menfaatine*

Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4 üncü Bası, İstanbul 2008, § 23 N 19.

² Atamer, Denetleme, s. 102; Havutçu, s. 112.

³ Atamer, Denetleme, s. 102; Havutçu, s. 111.

⁴ Erden Kuntalp, “*Bankalar ve Genel İşlem Koşulları*”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 94-95.

⁵ Yeşim M. Atamer, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*”, Hukukî Perspektifler Dergisi, 2005, s. 111, (Tasarı).

olup olmadığı üzerinde durmaz. Bu aşamada son derece nötr bir inceleme yapmaktadır ve hiçbir şekilde taraflar arasındaki dengenin bozulup bozulmadığı dikkate alınmaz...Eğer GİK kullandığını karşı tarafa bildirmez, metni vermez ise karşı tarafın lehine olan (!) GİK'in bile sözleşme içeriği olması mümkün değildir. Önemli olan Türk Hukukunda da genel kabul gördüğü üzere, güven kuramı çerçevesinde sözleşme içeriğini tespit etmektir. Bunun için de aranacak olanlar şunlardır:

-Karşı tarafı GİK kullandığı konusunda açıkça uyararak ve

-GİK metninden haberdar olma imkânını karşı tarafa vermek.”

Yazar, bundan başka sözleşmenin kurulması aşamasında genel işlem koşulu kullananın genel işlem koşulunun içeriği hakkında bir bilgi verme yükümlülüğünün olmadığını; nitekim madde metninde sadece genel işlem koşulu kullanıldığı konusunda karşı tarafı açıkça uyarması gerektiğinden bahsedildiğini belirtmektedir⁶.

Kanaatimizce TBK m. 21/1 hükmü ile global kabul dışlanmamış⁷; genel işlem koşullarının bağlayıcılık kazanması bakımından, bu koşulların “varlığı” hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi ve içeriğinin öğrenilmesi “*imkânının sağlanması*” yeterli görülmüş; “*içeriğinin öğrenilmesi*” ise şart kılınmamıştır. Madde metninde yer alan “*bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi*” ifadesi “*genel işlem koşullarının içeriği hakkında açıkça bilgi verilmesi*” şeklinde anlaşılmalıdır⁸. Eğer bu amaçlanmış olsaydı madde metninde tekrar

⁶ Yeşim M. Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, (Karşılaştırmalı), s. 28.

⁷ Dizdar, “...global kabul ile müşteri genel işlem şartlarının içeriğini bilmeyeceğinden genel işlem şartları ile sözleşmenin ilişkilendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca Tasarının 21/1 fıkrası hem global kabulü reddetmekte 21/2 maddesi ise sanki global kabul geçerliymiş gibi genel işlem şartlarının alınmaması, şaşırtıcı şartlar içermesi durumunda global kabulle ilişkilendirme anlaşması geçerli olarak kurulmuş olmasına karşın, sözleşmedeki alınmamış, şaşırtıcı şartların karşı taraf için bağlayıcı olmayacağını ifade etmektedir.” görüşünü savunmaktadır, bkz. Ali Murat Dizdar, “Genel İşlem Şartları”, Bankacılık Dergisi, Mart 2010, s. 93. Oysa TBK m. 21/1 yalnızca genel işlem koşullarının bağlayıcılık kazanması bakımından, bunları öğrenme imkanının sağlanmasını yeterli görmüş, öğrenilmesini şart kılınmamıştır, bu düşünceyi hükmün lafzı ve bizatihi m. 21/2 hükmünün varlığı haklı göstermektedir.

⁸ Kılıçoğlu, “yasa herhangi bir bilgilendirmeyi değil açıkça bilgilendirmeyi şart koşmaktadır. O hâlde sözleşmeyi tek taraflı olarak hazırlayan tarafın diğerine sözleşme

“içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlanması”ndan bahsedilmezdi. Kanunun 21/1 inci maddesinde geçen şartların anlamlı bir bütün oluşturabilmesi için “bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi” ifadesi, genel işlem koşulları kullanan tarafın, sözleşmeyi bireysel bir sözleşme ile değil genel işlem koşulları kullanılarak yapacağı hususunda karşı tarafı açıkça bilgilendirmesi/uyarması şeklinde anlaşılmalıdır. Bunun yanında genel işlem koşulları kullanan taraf, karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilmesi imkânını da sağlamalıdır. Ancak genel işlem koşulları kullanan tarafın bunun ötesinde genel işlem koşulları içinde yer alan hükümlerin her biri hakkında ayrı ayrı karşı tarafı bilgilendirmesi şart değildir. Burada genel işlem koşullarının içeriğinin mutlak anlamda öğrenilmesi şart koşulmak istenseydi madde “bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi ve içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlanması” şeklinde değil “bu koşulların içeriği hakkında açıkça bilgi verilmesi” şeklinde formüle edilirdi. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümlerin” yazılmamış sayılacağına ilişkin hüküm de bu yorumu haklı göstermektedir. Zira genel işlem koşullarının içeriği hakkında karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi durumunda artık genel işlem koşulları içerisinde yer alan düzenlemelerin karşı taraf bakımından şaşırtıcı, alışılmamış olma niteliği ortadan kalkacak ve hükmün ikinci fıkrasının uygulama alanı kalmayacaktır.

Genel işlem koşulları, hukuki ilişkilerin genelinde karşı tarafın global kabul beyanı ile sözleşmede bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak TBK m. 21/1’de öngörülen şartların yerine getirilmesi ile genel işlem koşulları sözleşme içeriği olsa da karşı tarafın global kabul beyanı, güven kuramına göre değerlendirildiğinde, genel işlem koşulları içinde yer alan bazı hükümlerin bağlayıcılık kazanmadığı sonucuna varılır. TBK m. 21/2’de düzenlenen, genel işlem koşulları içerisinde yer alan sözleşmenin

ve genel işlem koşulları hakkında genel açıklamalar yapması yeterli değildir. Bilgilendirme samimi, açık, tereddüde yer vermeyecek şekilde gerçekleşmelidir. Maddede bilgilendirmenin “diğer tarafın genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlama” şeklinde gerçekleşmesi aranmaktadır. O hâlde sözleşmeyi tek taraflı olarak hazırlayan, diğer tarafı “bunun içeriğini öğrenme imkânı sağlayacak” şekilde ve kapsamda bilgilendirmiş olmalıdır.” Görüşünü savunmaktadır, Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), 14. Bası, Ankara 2011, s. 115.

niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hükümler bakımından böyle bir durum söz konusudur. Genel işlem koşulları içerisinde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler varsa, güven kuramı gereği, global bir kabul ile genel işlem koşullarını kabul eden karşı tarafın iradesi, açıkça ikaz edilmiş olmadıkça bu koşulları da kapsadığı şeklinde yorumlanamaz⁹. Bu hâlde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları dışındaki hükümler geçerliliğini korur ve genel işlem koşulu kullanan taraf, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m. 22).

II. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olma Kavramı

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağına ilişkin 6098 sayılı TBK m. 21/2 hükmünün mehzazı Alman Medenî Kanunu § 305c'dir. Ancak Alman Medenî Kanununun ilgili hükmü "*hâlin icaplarına ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısında yer alan sözleşme tarafının hesaba katamayacağı derecede alışılmamış nitelikte olan genel işlem şartları sözleşme kapsamına dâhil olmuş sayılmaz*"¹⁰ biçimindedir. Görüldüğü üzere "*sözleşmenin niteliğine ve işin özelliklerine yabancı olma*" kavramı, Alman Medenî Kanununda "*hâlin icaplarına ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katamayacağı derecede alışılmamış nitelikte olma*" şeklinde ifade edilmiştir¹¹. Hükmün gerekçesinde bu fıkra ile Alman Medenî Kanununda yer alan şaşırtıcı koşulların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesinin benimsendiği vurgulandığı için sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma

⁹ Atamer, Denetleme, s. 109; Havutçu, s. 133-134; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 20; Lale Sirmen, "*Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları*", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, s. 115; Ernst A. Kramer, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009, § 2, N 237; Alois G. Schuler, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern 1978, 118-119.

¹⁰ Çeviri için bkz. Atamer, Denetleme, s. 300.

¹¹ İsviçre Hukukunda ise "*alışılmamış olma*" işleme yabancı olma olarak ifade edilmektedir, bkz. Havutçu, s. 135 ve orada atıf yapılan yazarlar.

kavramını mehzazda olduğu gibi alı şılmamış, şaşırtıcı şartlar şeklinde anlamak gerekir¹².

Somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında, genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hükmün güven kuramı gereği, genel işlem koşullarını global olarak kabul eden karşı taraf bakımından alı şılmamış, şaşırtıcı olması hâlinde, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir¹³. “Sözleşmenin niteliği”nden anlaşılması gereken sözleşmenin türüdür. Eğer akdedilen sözleşme tipik bir sözleşme ise kanundaki düzenleniş biçimi, atipik bir sözleşme ise sözleşmenin uygulamada karşılaşılan içeriği dikkate alınır¹⁴. Sözleşmenin karakterini değiştiren veya kanunî düzenlemelerden yahut uygulamadaki içeriğinden önemli ölçüde ayrılan hükümler sözleşmenin niteliğine yabancı olarak kabul edilir¹⁵. “İşin özellikleri” ile anlatılmak istenen somut olayın özellikleridir. Genel işlem koşullarının kullanıldığı bir sözleşmede, sözleşmenin türü bakımından yabancı nitelikte olmasa bile, sözleşme görüşmeleri sırasındaki hâl ve şartlar dikkate alındığında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir

¹² TBK m. 21/2 hükmü ile Alman Medenî Kanunu § 305c’de yer alan şaşırtıcı koşullar olarak nitelendirilen genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğinden sayılmayacağı kabul edildiği yönünde bkz. Havutçu, s. 135; Yeşim M. Atamer, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 325, (Yeni Açılımlar); Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 259. Kanun koyucu, madde gerekçesinde “Böylece, Alman Medenî Kanununun (BGB) 305c maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir” demek suretiyle § 305c hükmünü Türk Hukukuna taşımak istediğini açıkça belirtmiştir.

¹³ Atamer, Denetleme, s. 111; Havutçu, s. 136; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess 2006, N 419; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/ Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9 Auflage 2008, § 9 N 1141; Veli Karagöz, “Tip Sözleşmelerde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 602.

¹⁴ Atamer, Denetleme, s. 111; Havutçu, s. 136.

¹⁵ Atamer, Denetleme, s. 111; Huguenin, N 424; Otto Palandt, Beck’sche Kurz Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, München 2010, § 305c N 3; Ingeborg Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006; § 45 N 45.07.

hüküm, karşı taraf bakımından beklenilmez nitelikte olabilir¹⁶. Burada sözleşme görüşmeleri sırasında genel işlem koşulu kullanan tarafın söz ve davranışları, verdiği reklamlar, kullandığı afiş veya kataloglar dikkate alınır¹⁷.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümlerin sözleşmenin içeriğine dâhil sayılmamasının sebebi karşı tarafın global kabul beyanının güven kuramı gereğince bu hükümleri de kapsayacak şekilde yorumlanamaması, bu hükümler üzerinde taraflar arasında bir irade uyuşması olmamasıdır¹⁸. Bu sebeple genel işlem koşulları içerisinde yer alan sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir hükme özel olarak dikkat çekilmiş ve bu hüküm kabul edilmiş ise bu hâllerde TBK m. 21/2 uygulama alanı bulmaz; çünkü sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hüküm, artık karşı taraf bakımından beklenilmez, şaşırtıcı bir hüküm olmaktan çıkmıştır¹⁹. Burada ispat yükü genel işlem

¹⁶ Atamer, s. 111; Havutçu, s. 136-137; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 20; Huguenin, N 424; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger, § 9 N 1141b; Palandt, § 305c N 3.

¹⁷ Atamer, s. 111; Havutçu, s. 137; Palandt, § 305c N 3; Jürgen Basedow (Redakteur: Wolfgang Krüger; Herausgeber: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcger/Roland Rixecker), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2003, § 305c N 6. Doktrinde maddenin uygulanması bakımından hükmün yalnızca sözleşmenin niteliğine ve işin özelliklerine yabancı olmasının yeterli olmayacağı; aynı zamanda karşı tarafı tuzığa düşürücü veya kandırıcı bir etkiye (Überrumpelungs-oder Übertölpelungseffekt) de sahip olması gerektiği belirtilmektedir (Bkz. Horst Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 1990, s. 51).

¹⁸ Havutçu, s. 139-140; Atamer, Tasarı, s. 111; Alfred Koller/ (Theo Guhl/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey), Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Zürich 2000, § 13 N 50; Eugen Bucher/(Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing&Lichtenhahn Basel Genf München 2003, 3. Auflage, Art. 1 N 60; Schwenzer, § 45 N 45.07. Atamer, düzenlemenin karşı tarafın durumunu dikkate almadığını, şaşırtıcı hükümlerin karşı tarafın onların kullanılmasını hesaba katamayacağı hâllerde sözleşme içeriği olamayacağını, sözleşmenin niteliğine “genel olarak” yabancı olan her hükmün otomatik olarak sözleşmeden dışlanamayacağını haklı olarak belirtmektedir (Tasarı, s. 111-112; aynı yönde Sirmen, s. 116).

¹⁹ Atamer, Denetleme, s. 112; Havutçu, s. 139; Basedow, § 305c N 8; Huguenin, N 423; Bucher, § 23 N 42; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern 2009, § 23 N 44.

koşullarını kullanan tarafa aittir²⁰. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulunun koyu ve büyük puntolarla yazılması suretiyle bu koşula karşı tarafın dikkati çekilebilir²¹.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler, genellikle karşı tarafın aslî edim yükümünü önemli ölçüde genişleten²² ve kısıtlayan hükümler²³ ile genel işlem koşulları kullanan tarafın kanunî yükümlülüklerini alışılmış olanın dışında kaldıran²⁴ hükümler şeklinde olabilir.

Mahkeme kararlarında yetkili mahkemeyi değiştiren hükümler²⁵, bir bankanın imza taklidi neticesinde yetkili olmayan kişilere ödeme yapması durumunda hesap sahibine karşı sorumlu olmayacağına ilişkin hüküm²⁶, iş sahibini kendisine danışmadan her türlü masrafla yükümlü tuttuğu için mimarın işi denetlemesi ve iş sahibinin nihaî masraf teklifini onaylamasına ilişkin hüküm beklenemez nitelikte kabul edilmiştir²⁷. Bunun yanı sıra müşterinin kiraladığı arabanın kasko sigortası şartlarında yer alan ve kiralayanın hafif ihmali ile meydana gelecek zararın dahi sigorta kapsamı dışında kalacağına ilişkin hüküm²⁸, ipoteğe ilişkin metnin içerisine yer alan ve karşı tarafı aynı zamanda müteselsil kefil yapan hüküm²⁹ şartıtcı nitelikte kabul edilmiştir.

Genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hüküm, bu hükmün metin içerisinde ilgisiz bir yere konulması sebebiyle bulunduğu yer bakımından da beklenemez nitelikte olabilir³⁰. Örneğin, genel işlem koşulları içerisinde yer alan cezaî şart hükmünün, tarafların uymakla

²⁰ Bucher, § 23 N 43.

²¹ Atamer, Denetleme, s. 112; Basedow, § 305c N 8.

²² Atamer, Denetleme, s. 111.

²³ Havutçu, s. 137; Koller, (Guhl/ Schnyder/ Druey), § 14 N 52.

²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 20.

²⁵ BGE 49 I 50; 52 I 267; 91 I 11, 93 I 323, Bu kararlar hakkında bkz. Atamer, Denetleme, s. 112-113; Koller, § 23 N 50, 51.

²⁶ BGE 109 II 116, kararın özeti için bkz. Atamer, Denetleme, s. 114.

²⁷ BGE 109 II 452, kararın özeti için bkz. Atamer, Denetleme, s. 114; Schwenzer, § 45 N 45.07; Huguenin, N 422.

²⁸ BGE 119 II 443, kararın özeti için bkz. Atamer, Denetleme, s. 114; Schwenzer, § 45 N 45.07; Huguenin, N 422.

²⁹ BGE 49 II 185, kararın özeti için bkz. Koller, § 23 N 41.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 20; Karagöz, s. 602; Huguenin, N 424; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger, § 9 N 1141b; Wolfgang Fikentsher, Schuldrecht, 8. Auflage, Walter De Gruyter, Berlin 1992, § 26 N 142.

yükümlü olduğu davranışların veya sözleşmeye aykırı davranışların yaptırımını düzenleyen hükümlerin arasında yer alması gerekir³¹. Ayrıca bir kira sözleşmesinde, taraflar arasında sözleşmenin her yıl yenilenmesi şeklinde bir uygulama gelişmiş ise, sözleşmenin feshedilmemesi hâlinde zımnen uzayacağına ilişkin genel işlem koşulları içerisinde konulan hüküm, karşı taraf bakımından şaşırtıcı nitelikte kabul edilir³².

III. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Koşulların Yazılmamış Sayılması

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır (TBK m. 21/2). Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Yazılmamış sayılma yaptırımı, doktrinde Alman Medenî Kanunu § 305c’de olduğu gibi “sözleşmenin kapsamına dâhil olmama” şeklinde anlaşılmaktadır³³. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olmadığı hâllerde hâkim, objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olduğuna kanaat getirirse, sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak değerlendirme yapacaktır³⁴.

Genel işlem koşulları kullanan tarafın, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği de TBK m. 22’de hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde “(b)u düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB) 306 ncı

³¹ Karagöz, s. 602.

³² Fikentsher, § 26 N 142.

³³ Dizdar, s. 89; Sirmen, s. 115. Atamer, düzenleme ile yazılmış olanın yazılmamış sayılması gibi bir mantık hatasına düşüldüğünü, ayrıca genel işlem koşullarının yazılı olma şartının 21 inci maddede aranmadığını, ister yazılı olsun ister olmasın, yazılmamış sayılma ile sözleşme içeriği olmamanın anlaşılması gerektiğini belirtmektedir (Tasarı, s. 112). Konu ile ilgili olarak Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2.6.1998 tarih ve 4263/6098 sayılı kararında “Gerek Ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretilerde, genel işlem şartlarının (veya iltihakî sözleşmenin) uyumsuzluk hâlinde hâkim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alanın aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı) münferid sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.” demek suretiyle alışılmamış ve şaşırtıcı şartlar arasında ayırım yapmıştır (Kararın eleştirisi için bkz. Atamer, Denetleme, s. 115; Kocayusufoğlu, § 23 N 20).

³⁴ Atamer, Karşılaştırmalı, s. 32; Sirmen, s. 116.

maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyen Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur.” denmektedir³⁵.

IV. Hükümün Yabancı Olması ile Haksız Olması Arasındaki İlişki

Genel işlem koşulları içinde yer alan bir hükümün “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı” olması ile “haksız” olması birbirinden farklıdır³⁶. Somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hükümün karşı taraf bakımından beklenilmez olması hâlinde, ilgili hükümün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir³⁷. Haksız genel işlem koşulu ise karşı tarafın menfaatlerini hakkaniyete aykırı biçimde ihlâl eden hükümlerdir³⁸. Bir hüküm aynı anda hem sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hem de haksız olabileceği gibi, sadece sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı veya sadece haksız olabilir³⁹. Bir başka anlatımla genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hüküm içerik denetimine ilişkin m. 25’i ihlâl etmediği hâlde m. 21/2’yi ihlâl edici nitelikte olabileceği gibi; TBK m. 21/2’yi ihlâl etmediği için bağlayıcılık kazanan bir hüküm, m. 25’i ihlâl ettiği için batıl sayılabilir⁴⁰. Bu sebeple sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte bir hüküm, karşı tarafın özel olarak bu hükme dikkati çekilip ve karşı tarafça kabul edilerek sözleşmede bağlayıcılık

³⁵ Atamer, Kanunun bu düzenlemesini eleştirmekte, 22 nci maddede bağlayıcılık denetimi ile geçerlilik denetiminin birbirine karıştırıldığına, m. 21’de ele alınan sorunun bir butlan sorunu değil, sözleşmenin içeriğini tespit etme sorunu olduğuna, genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriği olmadığı hâllerde taraflara sözleşmenin kalanını ayakta tutma veya tutmama konusunda bir seçenek tanınmadığına, m. 27/2’yi dışlama ihtiyacının sözleşmenin kurulması aşamasında değil, sözleşmenin içeriğinin denetlenmesi sonucunda kısmî butlanın ortaya çıkması hâllerinde önem taşıyacağına dikkat çekmektedir (Tasarı, s. 113).

³⁶ Atamer, s. 110; Havutçu, s. 140; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 21; Bucher, § 23 N 40.

³⁷ Bkz. yukarıda başlık II, A.

³⁸ Havutçu, s. 140.

³⁹ Atamer, s. 110; Havutçu, s. 140; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 21; Palandt, § 305c N 4.

⁴⁰ Palandt, § 305c N 4.

kazanmış olsa bile içerik denetimine tâbi tutularak m. 25'e göre geçersiz kılınabilir⁴¹.

SONUÇ

1. 6098 sayılı TBK m. 21/1 ile karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları kullanan tarafın, karşı tarafı genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgilendirmesi, genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi ile kural olarak tarafları bağlayacağı hükmü getirilmiştir. Aksi hâlde genel işlem koşulları sözleşmeye yazılmamış sayılır. Bu hüküm ile genel işlem koşullarının “*global kabul*” beyanı ile sözleşme içeriği olabileceği dışlanmamıştır.

2. TBK m. 21/1'de global kabul yeterli görüldüğü için maddenin ikinci fıkrasında sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hükmün karşı taraf bakımından beklenilmez olması halinde, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir ve bu hüküm yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler genellikle karşıtarafa karşı tarafın aslı edim yükümünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümler ile genel işlem koşulları kullanan tarafın kanunî yükümlülüklerini alışılmış olanın dışında kaldıran hükümler şeklinde çıkmaktadır.

3. “*Yazılmamış sayılma*”, sözleşmenin içeriğine dâhil olmama şeklinde anlaşılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığı hâllerde hâkim, objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olduğuna kanaat getirirse, sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak uyumsuzluğu çözecektir. Bu hâlde genel işlem koşullarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

4. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma ile haksız olma farklı kavramlardır. Bir hüküm aynı anda hem sözleşmenin

⁴¹ Atamer, s. 110; Havutçu, s. 141; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 21.

niteliğine ve işin özelliğine yabancı hem de haksız olabileceği gibi, sadece sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı veya sadece haksız olabilir. Bu sebeple sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte bir hüküm, karşı tarafın özel olarak bu hükme dikkati çekilip ve karşı tarafça kabul edilerek sözleşmede bağlayıcılık kazanmış olsa bile içerik denetimine tâbi tutularak m. 25'e göre geçersiz kılınabilir.

KISALTMALAR CETVELİ

s.	: sayfa
N	: Numara
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
m.	: madde
C.	: Cilt
S.	: Sayı

KAYNAKÇA

Altop, Atilla, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260.

Atamer, Yeşim M., “*Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, (Yeni Açılımlar), s. 291-331

Atamer, Yeşim M., “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*”, Hukukî Perspektifler Dergisi, 2005, (Tasarı), s. 109-115.

Atamer, Yeşim M., “*Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak*”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 9-73. (Karşılaştırmalı).

Atamer, Yeşim, M., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Basım, 2 nci Bası, İstanbul 2001, (Denetleme).

Basedow, Jürgen (Redakteur: Wolfgang Krüger; Herausgeber: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcger/Roland Rixecker), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gezezbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2003.

Bucher, Eugen/(Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing&Lichtenhahn Basel Genf München 2003, 3. Auflage.

Dizdar, Ali Murat, “*Genel İşlem Şartları*”, Bankacılık Dergisi, Mart 2010, s. 85-93.

Fikentsher, Wolfgang, Schuldrecht, 8. Auflage, Walter De Gruyter, Berlin 1992.

Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Emmeneger, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9 Auflage 2008.

Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınevi, İzmir 2003.

Huguenin, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess 2006.

Karagöz, Veli, “*Tip Sözleşmelerde Öngörülen Cezaî Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 594-606.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), 14. Bası, Ankara 2011.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4 üncü Bası, İstanbul 2008.

Koller, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern 2009.

Koller, Alfred/(Guhl, Theo/Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas), Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Zürich 2000.

Kramer, Ernst A., Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009.

Kuntalp, Erden, “*Bankalar ve Genel İşlem Koşulları*”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 81-102.

Locher, Horst, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 2. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 1990.

Palandt, Otto, *Beck’sche Kurz Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch*, Verlag C.H. Beck, München 2010.

Schuler, Alois G., *Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern 1978.

Schwenzer, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006.

Sirmen, Lale, “*Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları*”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 109-134.

