

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl:76 • Ekim 2010-Ocak 2011 • Sayı:1 • Üç ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Sema PEKDAŞ

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Ahmet Haşim ÖZTÜRK

YAYIN KURULU

Av. Rasim BÜYÜK
Av. Metin CENGİZ
Av. H. Baha COŞKUN
Stj. Av. Başak ERASLAN
Av. Abbas ERDOĞAN
Av. Onur GÜVEN
Av. Özlem ÖNGÖRÜ
Av. M. Ertuğrul PERİM
Av. Nilgün TORTOP
Av. Zekiye Özen İnci USLU
Av. Alper UYAR

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI (İ.Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (GSÜ Hukuk Fak. Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İ.Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (Bahçeşehir Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Huk.)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU (DEÜ Huk. Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İ.Ü. Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (DEÜ Huk. Fak. Vergi Hukuku)
Prof. Dr. NEVZAT KOÇ (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku-Deniz Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Ankara Üniversitesi Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (DEÜ Huk. Fak., Avrupa Birliği Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (Kültür Ü. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (GSÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü)
Prof. Dr. Melda SUR (DEÜ Huk. Fak. Devletler Umumi-İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk)
Prof.Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Mustafa ALP (DEÜ İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK (AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. B.Bahadır ERDEM (İ.Ü. Hukuk Fak. Devletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Mustafa SAKAL (DEÜ İİBF Maliye Bölümü)
Doç. Dr. Şükran ERTÜRK (Deü Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Meltem Kutlu GÜRSEL (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (YÜ Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz SANCAKTAR (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İflas Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Beşir ACABEY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Hacı CAN (DEÜ Huk. Fak. Avrupa Birliği Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (Marmara Üniv. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Sevtap METİN (YÜ Hu. Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖGÜTÇÜ (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Tijen Dünder SEZER (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Gökçe Türkoğlu ÖZDEMİR (DEÜ Huk. Fak. Roma Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Ahmet TÜRK (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Av. Talih UYAR

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No:16 K:6 Barohan

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 463 00 14

Faks: 0232 463 66 74

e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr

yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

Basıma Hazırlık:

Egetan Bas. Yay. Ltd. Şti.

1469 Sok. No.: 32 D.:103 Alsancak/İZMİR

Tel: 0232 421 08 96

Basıldığı Yer:

Dilan Matbaası - Gökhan Baki

1456 Sok. No.: 23/A Alsancak/İZMİR

Tel: 0 232 421 86 33

Basım Tarihi: 20/03/2011

İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar, yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.

Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

İçindekiler

Başlarken	
Sema PEKDAŞ	7
Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 53. Maddesi Değişiklikleri ve Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı	
Serkan CENGİZ	11
Hapis Cezasının Ertelenmesi ve Koşullu SalıverilmeTürkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 53. Maddesi Değişiklikleri ve Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı	
Burcu KÖSE	27
HAKEMLİ MAKALELER	
"Çocuk Koruma Kanunu'nda ve Türk Medeni Kanununda Çocuğu Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler	
Demet ÖZDAMAR	52
Spor Tahkim Mahkemesi ve Arabulucuk	
Cem ÖZCAN	96
KARAR İNCELEMESİ	
Borçlu Tarafından Açılan Menfi Tespit ve/veya Çek İptali Davasının Zamanaşımına Etkisi	
M. Hakan ERİŞ	108
YARGI KARARLARI	
İdari Bölüm	122
Hukuk Bölümü	125
DİZİN	161
YİTİRDİKLERİMİZ	169

İzmir Barosu Dergisine Yazı Gönderecekler İçin Bilgi Notu

1. Dergimizin “hakemli” olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde “hakemli” ve “hakemsiz” yazılar birlikte yer alabilecektir.
2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında ve otuz sayfayı geçmemelidir. Dergimize gönderilecek yazıların 12 punto (dipnot, kaynakça, özet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve CD veya DVD formatında gönderilmesi gerekmektedir.
4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.
6. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının “hakemli makaleler” bölümünde basılmasına karar verilecektir.
7. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **“biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk”** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar ha-

kemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına asla engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

8. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raporlar görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekliğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.
9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.
10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.
11. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.
12. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe’dir.
13. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

Başlarken...

■ Sema PEKDAŞ*

23-24 Ekim 2010 tarihinde yapılan İzmir Barosu Olağan Genel Kurulunda Yönetim Kurulumuz seçilerek göreve gelmiştir.

Göreve başlamamızdan sonra, hukuk alanında önemli değişiklikler gündeme gelmiştir. TBMM’de yeni yasalar kabul edilmiş, Yargıtay ve Danıştay Kanunlarında yapılan değişikliklerle yüksek mahkemelerin yapıları da değiştirilmiş, bölge adliye -istinaf- mahkemelerinin faaliyete geçmesine yönelik atamalar yapılmış, hukukumuzda yeni kurumlar getirilmiş, yeni yasa tasarıları TBMM’ye gönderilmiştir.

Kabul edilen yasalardan kamuoyunda en çok tartışılanı 6110 sayılı Yasa olmuştur. Bu yasa ile Yargıtay ve Danıştay Kanunlarında değişiklik yapılarak yüksek mahkemelerin yapıları önemli ölçüde değiştirilmiştir.

Torba Yasa ve getirdikleri/götürdükleri...

Sözkonusu yasanın tasarısı, TBMM’de torba yasa adıyla tanımlanan ve 6111 sayılı Yasa olarak kabul edilen “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” görüşmeleri devam ederken Başbakanlık tarafından TBMM’ye gönderilmiştir.

TBMM’ye gönderilen yasa tasarısı, başta Barolar olmak üzere hiçbir hukuk kurumundan görüş istenmeden, yüksek yargı organları-

* Avukat, İzmir Barosu Başkanı

nın görüşleri dikkate alınmadan ve kamuoyundaki görüşler duymazdan gelinerek apar topar yasalaşmıştır.

Kabul edilen yasa ile Yargıtay ve Danıştay'ın üye ve daire sayıları arttırılmakta, dairelerin görevlerinin kanunla belirlenmesinden vazgeçilmekte, dairelerin görevlerinin her adli yıl başında birinci başkanlar kurulunca belirleneceği düzenlenmekte, birinci başkanlar kuruluna seçilmek için 4 yıl yüksek mahkeme üyesi olarak görev yapma şartı kaldırılmaktadır.

Kamuoyunda ve hukuk kurumlarında bir uzlaşma aranmadan ve sağlanmadan böylesine önemli değişiklikler içeren yasa değişikliği-ne karşı Baromuz ilgili kişi ve kurumlara görüş ve açıklamalarını göndermenin yanı sıra çeşitli etkinliklerle kamuoyu oluşması için çalışmıştır. 4 Şubat 2011 günü meslektaşlarımız acil ve tutuklu işler dışında duruşmalara girmeme, 11 Şubat 2011 günü de Cumhurbaşkanına yasayı onaylamaması için faks çekme eylemleri yapmışlardır.

Bu dönemde yıllardır gündemde olan üç temel yasa - Hukuk Muhakemesi Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu – da yasalaşmıştır. Türk Borçlar Kanununu ile Türk Ticaret Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde; Hukuk Muhakemesi Kanunu da, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Ayrıca Tebligat Kanununda da değişiklik yapılmış olup, MERNİS kayıtları tebligatlar açısından tamamen belirleyici hale gelmiştir. En önemlisi e-posta ile tebligat yapılabilmesi hukukumuza yeni bir düzenleme olarak girmiştir.

216 madde ve 18 geçici maddeden oluşan Torba Yasada sadece kamu alacaklarının yapılandırması yapılmamış, pek çok kanunda değişiklikler yapılmıştır. Birbiriyle ilgisi bulunmayan pek çok kanunun bir arada kanunlaşması, kanun yapma tekniği ile bağdaşmamaktadır ve hukuk tarihimize garip bir uygulama olarak geçecektir.

6111 sayılı yasa o kadar torba yasadır ki, 4 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan ve 1 Temmuz 2011 tarihinde yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanununun ilk değişikliği bile bu kanunla olmuştur.

Önemli bir yasa tasarısı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

Bu dönemde yasalaşması beklenen bir başka tasarı ise Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun düzenlenmesine ilişkindir. Bilindiği üzere, 12 Eylül 2010 referandumu ile Anayasa'da yapılan deği-

şikliklerle hukuk sistemimizde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu tesis edilmiştir.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Kanun Tasarısı”nın 45 ila 51. maddeleri bireysel başvuruyla ilgili olup, İzmir Barosu tasarının yasalaşması aşamalarında dikkate alınması amacıyla görüş ve uyarılarını oluşturmak üzere konunun uzmanı akademisyenler ve uygulamacıların katıldığı bir yuvarlak masa toplantısı düzenlemiştir. Bu toplantıda hazırlanan rapor ilgili kişi ve kurumlara gönderildiği gibi kamuoyuna da açıklamıştır.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru konusunda ciddi tereddütlerimiz bulunmaktadır. Bu kurumla yeni bir başvuru yolunun mu getirildiği; yoksa var olan AIHM’ye bireysel başvuru yolunun önüne, içinden kolaylıkla çıkamayacağımız bir labirent mi kurulduğu önemli bir tartışma noktasıdır. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin hangi kadro ile bu kadar önemli ve nitelikli bir yargılama faaliyetini yerine getireceği de ayrı bir tartışma konusudur.

Burada, Anayasa Mahkemesi’nin AIHM yerine ikame edileceğinin açık bir husus olduğuna değinmek isteriz. Bu noktada da, AIHM içtihatları ve oluşturduğu normlar çerçevesinde, yargı kültürünün sıfırlanamaması ve bu birikim reddedilmeden karar üretilmesinin sağlanması gerektiğinin önemine vurgu yapmak isteriz.

Çevre mevzuatına yönelik yasa tasarısı

Hepimizi, yaşadığımız çevreyi, doğayı, içtiğimiz suyu, soluduğumuz havayı ilgilendirilen bir başka yasa tasarısı daha TBMM gündemindedir. “Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu Tasarısı” Başbakanlık tarafından TBMM’ne sunulmuştur. Sadece bir ülkede yaşayan vatandaşları değil, canlı cansız tüm varlıklarla birlikte doğal, kültürel, tarihi tüm özel öneme sahip alanların yeniden tasarımını amaçlayan böyle bir yasa tasarısına Baromuz kayıtsız kalamazdı. Dolayısıyla bu kanunla ilgili olarak da, görüş ve önerilerimizi yasal sorumluluğu çerçevesinde açıklayarak ilgili kurum ve kişilere gönderdik.

Avrupa Birliği, Türkiye’nin Birliğe katılma süreci içinde Çevre Faslını açmış bulunmaktadır. Bu çerçevede Türkiye’nin AB’ye üye olarak katılabilmesi için tabiatın ve biyolojik çeşitliliğin korunması gibi yerine getirmesi gereken bazı taahhütleri bulunmaktadır. “Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu Tasarısı”nın iç mevzuatın AB mevzuatı ile uyumlaştırılması” çerçevesinde gündeme getiril-

diği iddia edilmektedir. Ancak bu tasarı, AB ilerleme raporunda “endişe verici bir gelişme” olarak ifade edilmiş bir kanun tasarısıdır. Bu tasarı ile “doğal sit alanları ile doğal varlıklar”ın Turizm ve Kültür Bakanlığından elinden alınarak Çevre ve Orman Bakanlığına verildiği anlaşılmaktadır. Ülkemizin tabiatı ve biyolojik zenginliklerinin korunmasının mümkün olamayacağı düşüncesiyle bu tasarının geri çekilmesi gerektiğini açıklamış bulunmaktayız.

Mesleğimizi ve hukuk yargılamasını etkileyecek bir başka yasa tasarısı da ‘Arabuluculuk Yasa Tasarısı’dır. Bu yasa tasarısı Hükümet tarafından TBMM’ye gönderilmiştir ve Adalet Komisyonu gündeminde beklemektedir. Adalet Komisyonu Başkanı söz konusu yasanın bu yasama dönemine yetişemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak mesleğimizi yakından ilgilendiren bu yasa tasarısı ile ilgili olarak konuyu etkin ve objektif bir biçimde her birimizin ve Baromuzun gündemine almamız gerekmektedir.

Son olarak belirtmek isteriz ki, Bölge Adliye Mahkemelerinin Başsavcılarının atamalarının yapılması sebebiyle Bölge Adliye -İstinaf- Mahkemelerinin adli yılın başında faaliyete geçeceği kesindir. 1 Ekim 2011 tarihinde yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununu da yürürlüğe girecektir. Dolayısıyla önümüzdeki yeni sistem ve yasalarla ilgili olarak mesleki yetkinliklerimizi arttırmak amacıyla seminer, sempozyum ve çeşitli eğitim çalışmaları yapılması gerekmektedir. Baromuz bu çalışmaları önüne koymuştur.

Bu nedenle Dergimizde de yeni yasaların ve yasa tasarılarının, hem ruhlarının hem de uygulama sorunlarının değerlendirileceği yazılara yer vermemiz bir zorunluluktur. Dolayısıyla İzmir Barosu Dergisinin daha dolu, daha kapsamlı olması için katkılarınızı beklemekteyiz.

Saygılarımla.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 53. Maddesi Değişiklikleri ve Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı

■ Serkan CENGİZ*

A. Giriş

Bu çalışmanın amacı Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasa'sının 53.maddesinin günümüze kadar geçirdiği değişiklikler ışığında mevcut durumun ortaya konulması ve 12 Eylül 2010 Anayasa değişikliği ile özellikle kamu görevlilerine “sağlanan” toplu iş sözleşmesi yapma hakkının etkinliğinin ve işlevselliğinin tartışılmasıdır.

B. 1982 Anayasası'nın 53. Maddesinin Geçirdiği Evrim ve İlgili Uluslararası Düzenlemeler

2709 sayılı Yasa

18.10.1982 tarihinde kabul edilen 2709 sayılı Yasayla (R.G: 09.11.1982, no.17863 Mükerrer) yürürlüğe giren 1982 Anayasa'sının ilk halinde toplu sözleşme hakkı sadece işçiler lehine bir hak olarak düzenlenmiştir. Maddenin ilk metni şöyledir:

“Madde 53 - İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.

Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir.

Aynı iş yerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz.”

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1- <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/>

4121 sayılı Yasa

1991 seçimleri sonrasında DYP ile SHP arasında kurulan koalisyon hükümeti çalışmalarının bir sonucu olarak Türkiye, ILO'nun (International Labour Organisation – Uluslararası Çalışma Örgütü) 87 nolu Sözleşmesini 12 Temmuz 1993 tarihinde onaylamıştır.

87 nolu Sözleşmenin 2.maddesi işçilerin ve çalışanların herhangi bir ön izne tabi olmaksızın kurumlar (sendikalar) tesis edebilmelerini ve kurulu sendikalardan dilediklerine üye olabilmelerini garanti altına almıştır:

“87 nolu ILO Sözleşmesi, madde.2:

Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve sadece bu kuruluşların kurallarına tabi olarak, bu kurumlara üye olma hakkına sahiptirler.”²

87 nolu ILO Sözleşme'sinin Türkiye tarafından onaylandığı günlerde Tüm Bel Sen (Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Emekçileri Sendikası) üyesi olan ve Gaziantep Belediyesinde görev yapan memurlar ile Belediye Meclisi arasında 27 Şubat 1993 tarihinde, 1 Ocak 1993 tarihinden itibaren iki yıl geçerli olacak bir toplu iş sözleşmesi akdedilmiştir. Söz konusu toplu iş sözleşmesi ile Belediye, bünyesinde memur olarak görev yapan kamu görevlilerinin sonraki iki yıl içindeki maaş, sağlık ve tahsisatlarına dair birtakım yükümlülükler üstlenmiştir.

Gaziantep Belediyesi'nin, toplu sözleşmeden kaynaklanan ve memurlarına taahhüt etmiş olduğu mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine Tüm Bel Sen Genel Başkanı Vicdan Baykara, Sendikayı temsilen Gaziantep Belediyesine karşı iş mahkemesinde dava açmıştır.Mahkeme 22 Haziran 1994 tarihli kararıyla Sendikayı haklı bulmuş ve Belediye'nin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan mali taahhütlerini yerine getirmediğini tespit etmiştir. Buna karşın Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 13 Aralık 1994 tarihli kararıyla kamu görevlilerinin sendika kurma ve sendikaya üye olma hakları açısından herhangi bir engel bulunmadığını, buna karşın konuyla ilgili Yasa'nın kamu görevlileri açısından bir toplu sözleşme yapma hakkı

2- Paragraf çevirisi: Serkan Cengiz

sağlamadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.³ Gerçekten de toplu iş sözleşmelerini de düzenleyen 2822 sayılı Yasa uyarınca (Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Kanunu⁴), sadece işçilerden müteşekkil olan sendikalar, üyeleri adına toplu iş sözleşmesi akdetme hakkına sahiptirler. Yargıtay 4. Hukuk Dairesine göre, kamu görevlileri ile idare arasında bir toplu iş sözleşmesinin akdedilebilmesi için bu amaca özgülenmiş ayrı bir yasal düzenlemenin hayata geçirilmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın bozma kararı karşısında yerel mahkeme ilk kararında direnmiştir. Mahkeme yargıcı 28 Mart 1995 tarihli kararıyla ve benzerine az rastlanır bir cesaretle, kamu görevlileri ile idare arasında toplu sözleşme yapılmasına ilişkin yasal düzenlemenin bulunmamasına karşın, bu alandaki yasal boşluğun konuyla ilgili, -özellikle de Türkiye tarafından onaylanmış-, uluslararası belgelerin amir hükümleriyle doldurabileceğini belirttikten sonra ilgili ILO Sözleşmelerine işaret etmiştir. Mahkemesi yargıcı, Medeni Kanununun 1. maddesi ve Anayasa'nın 36. maddesine atıfla adı geçen uluslararası düzenlemelerin görülmekte olan davada doğrudan uygulanabileceğini belirterek, ilk kararında direnmiştir.

Bu arada 23.07.1995 tarihinde kabul edilen 4121 sayılı yasa 26 Temmuz 1995 tarihli ve 22355 sayılı RG ile Anayasa'nın 53. maddesinin 2. ila 3. fıkraları arasına aşağıda alıntılanan fıkra eklenmiştir. Söz konusu bu değişiklik ile kamu görevlilerinden oluşan sendikalara idare ile "toplulu görüşme" yapma hakkı sağlanmıştır. Buna karşın toplu görüşmedeki sendikanın rolü ve etkinliği tamamıyla idarenin (Bakanlar Kurulunun) inisiyatifine bırakılmıştır.

"Anayasa Madde 53/3

128 inci maddesinin ilk fıkrası kapsamına giren kamu görevlilerinin kanunla kendi aralarında kurmalarına cevaz verilecek olan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 54 üncü madde hükümlerine tabi ol-

3- 2822 sayılı Yasa uyarınca toplu iş sözleşmesinin kapsayabileceği kişiler şunlardır:

- a. Sözleşmeye taraf olan işveren sendikasının üyesi olan işveren
- b. Sözleşmeye taraf olan işveren sendikasının üyesi olmayan işveren
- c. Sözleşmeye taraf olan işçi sendikasının üyesi olan işçiler
- d. Sözleşmeye taraf olan işçi sendikasının üye olmayan işçilerinde belli koşullar altında toplu iş sözleşmesi kapsamına girebilecektir.

4- Kabul Tarihi: 05.05.1983, 07 Mayıs 1983 tarihli ve 18040 sayı RG.

mayan sendikalar ve üst kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilir ve İdareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilirler. Toplu görüşme sonunda anlaşmaya varılırsa düzenlenecek mutabakat metni taraflarca imzalanır. Bu mutabakat metni, uygun idari veya kanuni düzenlemenin yapılabilmesi için Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Toplu görüşme sonunda mutabakat metni imzalanmamışsa anlaşma ve anlaşmazlık noktaları da taraflarca imzalanacak bir tutanakla Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usuller kanunla düzenlenir.”

Yukarıdaki anayasal değişikliğe rağmen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 6 Aralık 1995 tarihinde ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur. Hukuk Genel Kurulu oldukça cesaret kırıcı olan bu kararında Anayasa'daki bazı hak ve özgürlüklerin davacılar açısından doğrudan uygulanabilir olmasına karşın, bazı hak ve özgürlüklerin uygulanması açısından bir yasal düzenlemenin bulunmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Kararın devamında, böyle bir yasal düzenlemenin yokluğunda sendikaya katılma ve toplu olarak görüşme yapma hakları da dahil olmak üzere birtakım hak ve özgürlüklerin kullanılamayacağını hüküm altına almıştır. Genel Kurulu, her ne kadar 23 Temmuz 1995 tarihinde yapılan anayasal değişiklikte kamu görevlilerine sendika kurma ve diledikleri sendikaya üye olma hakkı tanınmış olsa da, olay tarihinde ilgili yasal mevzuatın olmayışı nedeniyle kamu görevlilerinin sendika kurma ve/veya sendikaya üye olma hakkı bulunmadığını, bu nedenle de Tüm Bel Sen'in hukuken tüzel kişiliğinin bulunmadığını, sonuç olarak sendikanın üyeleri adına dava açma ve üyelerini savunma hakkının da bulunmadığına hükmetmiştir. Tüm Bel Sen'in karar düzeltme başvurusu 10 Nisan 1996 tarihinde reddedilmiştir.

Davanın reddi üzerine Tüm Bel Sen, davanın dayanağını oluşturan toplu sözleşme hükümleri uyarınca Belediye tarafından yapılan ödentileri iade etmek durumunda kalmıştır.

Anayasa'nın 53. maddesine eklenen yukarıdaki fıkra ile kamu görevlileri ile idare arasındaki toplu görüşmelerin bir yasa ile düzenleneceği hüküm altına alınmış olsa da her nedense (!) idare uzun yıllar bu konuda bir mevzuat çalışması yürütmekten imtina etmiştir.

Uzun bir hazırlık döneminden sonra TBMM 25 Haziran 2001 tarihinde 4688 sayılı Yasayı (Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası, 12

Temmuz 2001 tarihli ve 24460 sayılı RG) kabul etmiştir. Yasa uyarınca yetkili olan kamu görevlileri sendikasına, kamu görevlileri adına toplu görüşme yapma yetkisi tanınmıştır. Yasanın 2.maddesi uyarınca kimlerin Yasanın kapsamı içinde olduğu açık bir şekilde tanımlanmıştır.⁵

Yasanın 32.maddesi uyarınca idare adına Kamu İşveren Kurulu ile yetkili sendika temsilcileri her yıl Ağustos ayının 15'inde toplanırlar.⁶ Yasanın 34. maddesi uyarınca görüşmelerin 15 gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. 15 günlük süre için mutabakata varılması durumunda mutabakat metni uygun idari ve icrai düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla imzalanarak Bakanlar Kuruluna gönderilir.⁷ Taraflar arasında bir uzlaşmanın mümkün olmaması durumunda, taraflardan her biri üç gün içinde akademisyenlerden oluşan Uzlaştırma Kurulu'nu toplantıya çağırabilir. Uzlaştırma Kurulu beş gün içinde salt çoğunlukla kararını açıklar. Tarafların kararı benimsemesi durumunda bu durum bir tutanakla Bakanlar Kuruluna bildirilir. Tarafların Kurul kararını benimsememesi durumunda üzerinde mutabakat sağlanan veya sağlanmayan hususlar bir tutanağa bağlanır ve durum Bakanlar Kuruluna bildirir.⁸ Yasanın lafzından da anlaşılacağı üzere 4688 sayılı Yasa ile tanınan toplu görüşme hakkı

5- Madde 2 - Bu Kanun, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerin yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin görüldüğü genel, katma ve özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı kuruluşlarda kamu iktisadi teşebbüslerinde, özel kanunlarla veya özel kanunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan banka ve teşekküller ile bunlara bağlı kuruluşlarda ve diğer kamu kurum veya kuruluşlarında işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlileri hakkında uygulanır."

6- Tarafların toplanması

Madde 32 - Hizmet kollarına göre belirlenen yetkili kamu görevlileri sendikaları ve bağlı oldukları konfederasyonlar ile Kamu İşveren Kurulu, çağrı yapılmasına gerek kalmaksızın her yılın Ağustos ayının on beşinci günü, Devlet Personel Başkanlığınca belirlenen ve taraflara bir hafta önceden bildirilen yerde toplanırlar.

Toplu görüşmenin sekreteryâ hizmetleri, Devlet Personel Başkanlığınca yürütülür.

7- Toplu görüşmenin sonuçlanması ve mutabakat metni

Madde 34 - Toplu görüşme en geç onbeş gün içinde sonuçlandırılır. Bu süre içinde anlaşmaya varılırsa, düzenlenen mutabakat metni taraflarca imzalanır.

Mutabakat metni, uygun idari, icrai ve yasal düzenlemelerin yapılabilmesi için Bakanlar Kuruluna sunulur. Bakanlar Kurulu üç ay içinde mutabakat metni ile ilgili uygun idari ve icrai düzenlemeleri gerçekleştirir ve kanun tasarılarını Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar.

8- Uyuşmazlığın tespiti, çözümü ve Uzlaştırma Kurulu

Madde 35 - Toplu görüşmenin tamamlanması için öngörülen süre içinde taraflar anlaşamazlarsa, taraflardan biri üç gün içinde Uzlaştırma Kurulunu toplantıya çağırabilir.

Uzlaştırma Kurulu, Yüksek Hakem Kurulu Başkanının başkanlığında; Üniversitelerarası Kurul tarafından, fakültelerin çalışma ekonomisi, iş hukuku, idare hukuku ve kamu mali-

sonuçları bakımından sembolik, kamu görevlilerinin (sendikanın) iradesinin öne çıkmasını engelleyen, idarenin kararının ağır basmasına olanak veren bir mekanizma ile donatılmıştır.

Bu arada 7 Mayıs 2004 tarihinde kabul edilen Yasa ile Anayasa'nın çeşitli maddeleri değiştirilmiştir. Değişiklikle Anayasa'nın 90. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Anayasa Madde 90/son:

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Bu düzenleme ile Devlet, onaylamış olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Sözleşmeleri de dahil olmak üzere insan hakları ve temel özgürlüklere dair uluslararası sözleşmelerin ilgili ulusal mevzuatla çatışması durumunda ilgili uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağını kabul etmiştir.

Toplu görüşme hakkına ilişkin, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasının yollamasıyla önem kazanan temel metinler öncelikle ILO'nun konuyla ilgili sözleşmeleri olmuştur:

ILO'nun 98 nolu Sözleşmesi

ILO'nun 98 sayılı Sözleşmesi (Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütteallik Sözleşme) Türkiye Cumhuriyeti tarafından 8 Ağustos 1951 yılında kabul edilen 5834 sayılı Yasa ile onaylamıştır.⁹

yeni bilim dallarından seçilecek birer üye olmak üzere dört öğretim üyesinden oluşur. Bu üyeler, siyasi partilerin merkez karar ve yürütme kurullarında görev alamazlar. Üyeler iki yıl için seçilirler. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir. Kurulun sekretarya işleri Devlet Personel Başkanlığınca yürütülür.

Uzlaştırma Kurulu, uyuşmazlık konularını inceler, gerektiğinde toplu görüşme taraflarının temsilcilerini dinler ve beş gün içinde kararını verir. Kararlar salt çoğunlukla alınır.

Her toplantı günü için Uzlaştırma Kurulu Başkanına 1100, üyelere 1000 gösterge rakamının 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 154 üncü maddesi uyarınca belirlenen aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda toplantı ücreti ödenir.

Uzlaştırma Kurulunun kararına tarafların katılması durumunda, bu karar mutabakat metni olarak Bakanlar Kuruluna sunulur. Tarafların Uzlaştırma Kurulu kararına katılmaması durumunda anlaşma ve anlaşmazlık konularının tümü taraflarca imzalanan bir tutanakla belirtilerek Bakanlar Kuruluna sunulur.

9- 14 Ağustos 1951 tarihli ve 7884 sayılı RG.

98 sayılı ILO Sözleşmesi'nin kamu görevlerinin toplu görüşmele-riyle ilgili hükümleri şöyledir:

“MADDE 4

Çalışma şartlarını kollektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işve- renler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette ge- liştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır.

MADDE 5

1. Bu sözleşmede derpiş olunan teminatın ne gibi hallerde silahlı kuvvetler ve zabıta kuvvetlerine hangi ölçüde uygulanacağı milli mev- zuatla tayin edilecektir.

2. Bu sözleşmenin bir üye tarafından onanması bu sözleşmede der- piş edilen teminatı silahlı kuvvetlere ve zabıta kuvvetleri mensuplarına veren mevcut bir kanuna karara teamüle veya antlaşmaya, Milletlera- rası Çalışma Teşkilatı Anayasasının 19 uncu maddesinin 8 inci parag- rafında yazılı prensipler gereğince, halel getirmez.

MADDE 6

Bu Sözleşme, devlet memurlarından Devletin idaresinde faaliyet gösterenlerinin durumları ile alakalı olmamakla birlikte, onların hak- larına veya statülerine halel getirecek şekilde anlamlandırılmayacak- tır.¹⁰

Sözleşme'nin yorumlanmasıyla görevli olan ILO'nun Uzmanlar Komitesi 98 nolu Sözleşmenin 6.maddesinin yorumunda, sadece Devletin idaresinde doğrudan çalışan devlet memurlarının madde- nin kapsamı dışında bırakıldığını belirtmiştir. Uzmanlar Komitesine göre devletin doğrudan idaresinde çalışanlar haricinde Hükümet, kamu iktisadi kuruluşları veya kamusal nitelikli özerk kurumlar ta- rafından istihdam edilen kişiler bu madde kapsamında değerlendiril- melidir.¹¹

10- 6. maddenin bu yazıda yer verilen çevirisi Serkan Cengiz tarafından yapılmıştır. Ya- sal çeviri ise şöyledir: “Bu Sözleşme, Devlet memurlarının durumları ile alakalı değildir ve hiç bir surette, onların haklarına veya statülerine halel getirmez.”

11- Demir ve Baykara / Türkiye, 12 Kasım 2008 (BD), Başvuru no:34503/03, paragraf.43

ILO'nun 151 nolu Sözleşmesi

Konuyla ilgili bir diğer ILO Sözleşmesi, ILO'nun 7 Haziran 1978 tarihinde kabul etmiş olduğu 151 nolu Sözleşmedir. “Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin Sözleşme” adıyla 25 Kasım 1992 gün ve 3848 sayılı Yasa ile kabul edilmiştir.¹² Sözleşme'nin 1.ve 7.maddeleri şöyledir:

“MADDE 1

1. Bu Sözleşme, diğer uluslararası çalışma sözleşmelerinde bu kesime uygulanabilecek daha elverişli hükümler bulunmadığı durumlarda kamu makamlarınca çalıştırılan herkese uygulanır.

2. Bu Sözleşmede öngörülen güvencelerin, görevleri izlenecek politikaları belirleme ve yönetim işleri kabul edilen üst düzey görevlilere veya çok gizli nitelikte görevler ifa edenlere hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla belirlenecektir.

3. Bu Sözleşme öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polise ne ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla belirlenecektir.

MADDE 7

Kamu görevlileri ve kamu makamları arasında çalışma şart ve koşullarının görüşülmesine olanak veren yöntemlerin ve kamu görevlileri temsilcilerinin anılan koşulların belirlenmesine katılmalarını sağlayan başka her türlü yöntemin en geniş biçimde geliştirilmesi ve kullanılmasını teşvik için gerektiğinde ulusal koşullara uygun önlemler alınacaktır.”

İşbu Sözleşme ile idare ile kamu görevlileri temsilcilerinin, sendika mensuplarının çalışma şartları ve koşullarına dair idare ile toplu görüşme yapabilmeleri ve bu yöntemin etkin olarak tesis edilebilmesi için Devlete atfen pozitif bir yükümlülük ihdas edilmiştir.

C. Konuya İlişkin Avrupa Yaklaşımı

Türkiye Cumhuriyeti'nin üyesi olduğu (örneğin Avrupa Konseyi) veya henüz olmadığı (örneğin Avrupa Birliği) bölgesel organizasyonların veya bu organizasyonlara ait düzenleyici belgelerin kamu

12- 11 Aralık 1992 tarihli ve 21432 Mükerrer Sayılı RG.

görevlilerinin kendi menfaatlerini korumak, çalışma şart ve koşullarını iyileştirmek amacıyla sahip olmaları gereken hak ve yetkiler hususundaki ortak yaklaşımının irdelenmesi, meselenin sağlıklı bir şekilde ortaya konulması açısından oldukça önemli bir yer tutmaktadır.

Yukarıda alıntılanan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşmeleri dışında insan hakları ve temel özgürlüklere dair pek çok metin genel olarak örgütlenme özgürlüğünü, özel olarak da kamu görevlilerinin örgütlenme ve toplu görüşme yapma hakkını doğrudan veya dolaylı olarak garanti altına almaktadır.

Bu belgelerden ilki Avrupa Sosyal Şartı'dır. Şartın kamu görevlilerinin örgütlenme ve toplu görüşme hakkına ilişkin hükümleri şöyledir:

“Madde 5 – Örgütlenme Özgürlüğü”¹³

Âkit Taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi; taahhüt ederler.

Bu maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri bakımından hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla ya da yönetmeliklerle belirlenir. Bu güvencelerin silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına ilişkin ilke ile bu kesime hangi düzeyde uygulanacağı, yine ulusal yasalar ya da yönetmeliklerle saptanır.

Madde 6 - Toplu pazarlık hakkı

Akit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1- Çalışanlar ve işverenler arasındaki ortak görüşmeleri teşvik etmeyi;

2- Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla üç-

13- Çeviri için bakınız: [http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/source/turkce/4.1.3/\(G%C3%96ZDEN%20GE%C3%87%C4%B0R%C4%B0LM%C4%B0%C5%9E\)%20AVRUPA%20SOSYAL%20C5%9EARTI.doc](http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/source/turkce/4.1.3/(G%C3%96ZDEN%20GE%C3%87%C4%B0R%C4%B0LM%C4%B0%C5%9E)%20AVRUPA%20SOSYAL%20C5%9EARTI.doc)

retlerin ve iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla işverenlerin ya da işveren örgütlerinin çalışanların örgütleriyle isteğe bağlı görüşmelerini sağlayacak yolları teşvik etmeyi;

3- İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakemlik sisteminin kurulmasını ve işletilmesini teşvik etmeyi; taahhüt eder ve

4- Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve işverenlerin, daha önce yapılan toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülüklerle bağlı olmak koşuluyla grev hakkı dahil, toplu eylem hakkını tanır.”

Şart'ın 5.maddesi silahlı kuvvetler mensupları ile güvenlik kuvvetlerinin bu haklardan hangi ölçüde yararlanacağı hususunu ülkenin ulusal mevzuatına bırakarak diğer kamu görevlileri açısından herhangi bir istisna kabul etmemiştir. Bir başka ifade ile devletin güvenliği alanında istidam edilenlerin haricindeki kamu görevlilerinin örgütlenme ve toplu sözleşme akdetme özgürlüğüne sahip olduğu hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Daha da önemlisi Şart'a Dair Bağımsız Uzmanlar Komitesi'nin, 6. maddenin 2.fıkrasına ilişkin yorumu uyarınca, 6.madde tam olarak kamu görevlilerine uygulanabilir ve kamu görevlilerinin temsilcileri temsil ettikleri kamu görevlilerinin çalışma şart ve koşullarına ilişkin düzenlemelerin hazırlanmasında söz sahibi olabilmelidirler.

Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa Konseyi'nin icra kurulu olan ve taraf devletlerin Dışişleri Bakanlarından teşekkül eden Bakanlar Komitesi'nin R (2000) 6 sayılı Tavsiyesi'nin 8 nolu Prensibi de Avrupa'daki kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğüne dair hükümler içermektedir.

Bakanlar Komitesi'nin R (2000) 6 sayılı Tavsiyesi, 8 nolu Prensip¹⁴

Kamu görevlileri prensip olarak tüm yurttaşların yararlanmakta olduğu haklardan yararlanmalıdırlar. Buna karşın bu hakların kullanımını yasayla veya icra ettikleri kamu görevleriyle uyumlu olabilmesi amacıyla, toplu anlaşma yoluyla düzenlenebilir. Kamu görevlilerinin hakları, özellikle de siyasal ve sendikal hakları, sadece yasayla ve

14-Çeviri, Serkan Cengiz

kamusal görevlerinin uygun şekilde icarsı açısından zaruri olması durumunda sınırlandırılabilir.

Konuyla ilgili bir başka belge olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şart'ının 28.maddesi toplu görüşme yapma ve grev hakkını açık bir şekilde garanti altına almıştır:

Madde 28 – Toplu sözleşme görüşmeleri yapma ve grev hakkı¹⁵

İşçiler ve işverenler veya bunların ilgili kuruluşları, topluluk mevzuatı ve ulusal yasalar ve uygulamalara göre uygun düzeylerde toplu sözleşmeler müzakere etme ve imzalama ve menfaat ihtilafı olması halinde grev eylemi dahil olmak üzere kendi çıkarlarını korumak için ortak eylem yapma hakkına sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuyla ilgili *Demir ve Baykara / Türkiye*¹⁶ kararının 52.paragrafındaki tespiti ayrı bir önem arz etmektedir:

“52. Avrupa Devletlerinin uygulaması açısından, ülkelerin büyük bir çoğunluğu kamu görevlilerinin idare ile toplu görüşme yapma haklarını, bazı alanları (disiplin usulleri, emekli maaşları, sağlık sigortası, kıdemli memurların maaşları) veya Devletin birtakım özel yetkilerini elinde bulunduran bazı kamu görevlileri kategorilerini (silahlı kuvvetler ve güvenlik güçleri mensupları, hâkimler, diplomatlar, federal düzeydeki kariyer memurları) dışarıda tutmak amacıyla değişkenlik gösteren birtakım istisnalara tâbi tutarak, tanımışlardır. Yerel makamlar için hizmet veren ve buna karşın Devlet yetkisini elinde bulundurmayan kamu görevlilerinin maaşlarını ve çalışma koşullarını belirlemek üzere toplu görüşme yapma hakkı taraf Devletlerin büyük bir çoğunluğunda kabul edilmiştir...”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda atıfta bulunulan *Demir ve Baykara/Türkiye* kararında kamu görevlilerinin sendika kurma ve diledikleri sendikaya üye olma, her şeyden önemlisi memur sendikalarının idare ile toplu sözleşme görüşmesi yapabilme ve sözleşme akdedebilme hususlarında ortak bir Avrupa mutabakatı oldu-

15- Çeviri için bakınız: http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html

16- *Demir ve Baykara / Türkiye*, 12 Kasım 2008 (BD), Başvuru no:34503/03, paragraf.52, paragraf çeviri Serkan Cengiz

ğuna işaret ederek, yukarıda özetlenen Hukuk Genel Kurulu kararı bağlamında iptal edilen toplu sözleşme açısından AIHS 11.maddesi-nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Yukarıdaki bilgi ve belgeler ışığında kamu görevlilerinden oluşan sendikaların kamu görevlilerinin çalışma şart ve koşullarının belirlenmesi ve iyileştirilmesi açısından üyeleri adına toplu görüşme yapma ve toplu sözleşme akdetme hakkına sahip olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir. Bu noktada önem kazanan husus bu hakkın kullanımının işlevsel olup olmayacağı meselesidir.

C. 12 Eylül 2010 Tarihli Referandum Sonucunda Yürürlüğe Giren Anayasa'nın 53. Maddesi (7 Mayıs 2010 Tarih 5982 Sayılı Yasanın 6.Maddesi ile Değiştirilen Metin)

Türkiye Cumhuriyeti Devleti yukarıda atıfta bulunulan 12 Kasım 2008 tarihli Demir ve Baykara / Türkiye kararının “gereğine uygun olarak” (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46.maddesinin gereğine de uygun olarak) Anayasa'nın 53.maddesinde değişikliğe gitmiştir. Değişiklik sonrasındaki metin şöyledir:

“Anayasa madde 53:

“İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.

Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir.

(Ek fıkra: 23/7/1995-4121/4 md.; Mülga: 12/9/2010-5982/6 md.)

(Mülga: 12/9/2010-5982/6 md.)

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/6 md.) Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/6 md.) Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesin-dir ve toplu sözleşme hükmündedir.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/6 md.) Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma

usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.”

Anılan bu anayasa değişikliği ile her ne kadar memurlara ve kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkı tanınmış olsa da, toplu sözleşmeye ilişkin müzakereler sırasında uyuşmazlık çıkması durumunda tarafların Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'na başvurabileceği, kesin olan kurul kararlarının aynı zamanda toplu sözleşme hükmünde olacağı hükme bağlanmıştır. İlgili Anayasa değişikliği ile ortaya çıkabilecek belli başlı sorunlar şunlardır:

a- Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Anayasal değişiklikle ihdas edilen bu hakkın kullanımına dair çıkarılacak olan yasa, hakkın etkin ve işlevsel kullanımı açısından can alıcı bir önem taşımaktadır. Özellikle de Kamu Görevlileri Hakem Kurulu üyelerinin belirlenmesinde kamu görevlilerinin etkin bir şekilde söz sahibi edilmemeleri, Kurul'un gerek nesnel gerek öznel olarak bağımsız ve tarafsız bir görüntüyü, çalışma şeklini ve karar alma mekanizmasını ortaya koyamaması hallerinde ihdas edilen bu hak içi boş bir müessese olarak telakki edilecektir.

b- Kamu Görevlileri Hakem Kurulu Kararlarının Kesin Olması

Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararlarının kesin ve toplu sözleşme hükmünde olmasının demokratik hukuk devletinde izahı mümkün bulunmamaktadır. Gerçekten de Anayasa'da mevcut mahkemeye erişim hakkını engelleyen birtakım hükümleri (örneğin YAŞ'ye ilişkin referandum öncesi düzenleme) eleştirirken, aynı zamanda hakların kullanımı konusunda birtakım yeni yargı kısıtlamalarının getirilmesi, değişikliğin mimarı olan AKP Hükümeti'nin konuyla ilgili özgürlükçü savlarının pek de samimi olmadığını ortaya koymaktadır. KGHK'nın kararlarının kesin olması, mahkemeye erişim hakkının, bir başka ifadeyle Anayasa'nın 36., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi tarafından garanti altına alınan adil yargılanma (mahkemeye erişim) hakkının ihlali anlamına da gelebilecektir.

c- Grev Hakkının Olmaması ve Ayrımcılık

Yukarıda aktarılan bilgi ve belgeler ışığında kamu görevlileri sen-

dikalarının üyelerinin çalışma şart ve koşullarını belirlemek ve geliştirmek amacıyla faaliyetler yürütme hakkı olduğu, bu hakkın doğal bir sonucu ve gereği olarak devlet bünyesinde istihdam edilen birtakım kategoriler haricindeki tüm kamu görevlilerinin temsilcileri vasıtasıyla toplu sözleşme akdetme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Yukarıda atıfta bulunulan belgelerde ve ortak Avrupa uygulamasında toplu görüşme yapma ve toplu sözleşme akdetme hakkının kapsamı dışında tutulan kamu görevlileri şunlardır:

i- Silahlı kuvvetler mensupları,

ii- Polis teşkilatı mensupları,

iii- Devlete ait bir takım özel yetkiler kullanan kamu görevlileri (doğrudan Devlet idaresinde görev alan hâkimler, savcılar, diplomatlar, istihbarat teşkilatı üyeleri, üst düzey bürokratlar ve sair).

İlgili anayasal değişiklik ile kamu görevlileri sendikaları açısından her ne kadar toplu sözleşme akdetme hakkı tanınmış olsa da, uyuşmazlık halinde KGHK'nin tek söz sahibi yapılması, memur sendikalarının üyelerinin menfaatlerini koruma ve geliştirme hakkı açısından konuyla ilgili Avrupa mutabakatının oldukça gerisinde, hakkın kullanımını tamamıyla işlevsizleştirebilecek bir müessesenin kabulü anlamına gelmektedir. Bir diğer ifadeyle, memur sendikalarını hali hazırda dezavantajlı olduğu devlete karşı, taleplerinin kabulü açısından hiçbir imkânla donatmamak, tesis edildiği söylenen hakkın ne derece etkin kullanılabileceği hususunda önemli bir göstergedir.

İşçi sendikalarını toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin uyuşmazlıkla sonuçlanması halinde grev de dahil bir takım olanaklar ile donatmış iken kamu görevlilerini bu tür haklardan yoksun bırakmak, gerek Anayasa'nın 10. gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddeleri tarafından garanti altına alınan benzer durumda olanların eşit muamele görme, ayrımcılığa tabi tutulmama haklarının ihlaline neden olabilecektir.

SONUÇ

Yukarıda kısaca açıklanmaya çalışıldığı üzere 12 Eylül 2010 tarihli referandum ile değişen Anayasa'nın 53.maddesi ile her ne kadar kamu görevlileri lehine toplu sözleşme akdetme hakkı ihdas

edilmiş olsa da, anayasal metindeki lafız ve kurgu dikkate alındığında adı geçen hakkın pek işlevsel olmayacağı açıktır. Özellikle de uyuşmazlık halinde başvurulacak tek makam olarak tesis edilen, kararları kesin ve toplu sözleşme hükmünde olacak olan Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun oluşum ve işleyişini de belirleyecek olan konuyla ilgili çıkarılacak yasanın ve sonraki uygulamanın can alıcı bir önem taşıyacağı rahatlıkla söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi, 12 Kasım 2008 tarihli Demir ve Baykara / Türkiye kararında, kamu görevlileri bağlamında toplu sözleşme hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11.maddesi (Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü) tarafından garanti alınan (toplanma ve örgütlenme özgürlüğü) hakların kapsamı dahilinde olduğuna hükmetmiştir. Oldukça önemli olan bu karar ile memurların toplu sözleşme akdetme haklarının, AIHS'nin 11.maddesinin kapsamında olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesi ise, Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakların ulusal hukukta etkin bir şekilde sağlanmasını ve korunmasını emretmektedir. Bir başka ifadeyle Sözleşme tarafından garanti altına alınan bir hak ve özgürlüğe ilişkin tesis edilen iç hukuk yolunun salt teoride bulunması yeterli değildir. Bu hakkın kullanım açısından da hakkın ve özgürlüğün özüne yakışır bir etkinliğinin sağlanması şarttır.¹⁷

Hal böyle olmakla birlikte elimizdeki veriler ışığında 12 Eylül 2010 tarihli referandum ile kamu görevlileri lehine ihdas edilen top-

17- Aksoy / Türkiye, 18.12.1996 tarihli karar, Başvuru no. 31987/93, paragraf. 95, paragraf çeviri Serkan Cengiz

"95. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için, ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktadır. Her ne kadar bu madde, Sözleşmeciler Devletlere bu maddedeki yükümlülüklerine uygun davranış tarzı için belirli bir takdir yetkisi tanıyorsa da, yetkili ulusal makamların Sözleşme'deki haklar bakımından yapılan bir şikayetin esasını ele almalarını ve uygun bir çözüm getirmelerini sağlayacak bir hukuki yol için, iç hukukta bir düzenlemenin bulunmasını gerektirmektedir (bk. yukarıda geçen Chahal/Birleşik Krallık kararı, paragraf. 145). Sözleşme'nin 13. maddesindeki yükümlülük, başvurunun Sözleşme bakımından yaptığı şikayetin niteliğine göre değişebilir (bk. yukarıda geçen Chahal kararı, paragraf. 150-151). Bununla beraber, Sözleşme'nin 13. maddesinin bulunmasını gerektirdiği hukuki yol, hukuken olduğu kadar uygulamada da 'etkili' olan bir hukuki yoldur; hukuki yolun 'etkili' olması için, bu hukuki yolun kullanımının özellikle devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi gerekir."

lu sözleşme akdetme hakkının işlevsellik ve etkinlik açısından bir takım ciddi soru işaretleri ihtiva ettiği rahatlıkla söylenebilir. Kamu görevlilerinin toplu sözleşme akdetme hakkına dair mevcut olan bu soru işaretlerinin giderilmemesi durumunda adı geçen hak göstermelik olmaktan öteye gitmeyecektir. Bir başka ifadeyle mevcut durum ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin 1.fıkrasıyla, 11. ve 13.maddeleri bağlamında yeni birtakım meselelerin ortaya çıkmasına mani olunamayacaktır.

Hapis Cezasının Ertelenmesi ve Koşullu Salıverilme

■ **Burcu KÖSE***

GİRİŞ

Hapis cezalarının ceza hukukunun temel yaptırımı olarak kabul edilmesiyle birlikte, birçok sorun ortaya çıkmıştır. Bu konudaki en büyük şüphe ise özgürlüğü bağlayıcı cezaların kamu düzenini tam olarak sağlayıp sağlayamayacağı konusudur.

Fakat unutulmaması gereken bir husus vardır. Ceza hukuku kamu düzenini sağlamayı amaçlarken, suçluları toplumdan tecrit etmeyi değil, aksine onları yeniden topluma kazandırmayı ve kişilerin adalete olan güvenini atırmayı amaçlar.

Hapis cezalarının ise suçluları topluma kazandırma amacına tam olarak hizmet edemediği ve kısa süreli hapis cezalarını karşılamadığı düşüncesinden hareketle cezaların ertelenmesi kurumu kabul edilmiştir.

Erteleme kurumuna olumlu ya da olumsuz birçok eleştiri getirilmiştir. Bu kurum bir çok hukuk sisteminde kabul edilmesine rağmen eleştiriler hala güncelliğini korumaktadır.

Cezaların ertelenmesi kurumu, aralarında bazı farklar bulunmakla birlikte hem eski TCK'da hem de yeni TCK'da yer almıştır.

Koşullu salıverme ise cezanın infaz sırasında bireyselleşmesini sağlayan bir infaz kurumudur. Tutum ve davranışları ile topluma

* Stajyer Avukat, İzmir Barosu

uyum sağlayabileceği izlenimini veren, hükmolunan cezadan daha kısa sürede uslanan ve bunu iyi davranışları ile kanıtlayan hükümlünün ödüllendirilmesidir.

Koşullu salıverme, hükümlüleri iyi hale yönelteceği, cezaevinde disiplini sağlayacağı gerekçeleri ile yararlı görülen bir kurumdur. Ancak, uygulamanın rutinleşmesi bu kurumdan beklenen yararın zarara dönüşmesi sonucunu doğurur.

Bu staj tezi ile ulaşmak istediğim; erteleme ve koşullu salıverilme kurumlarının hukuki niteliğini belirlemek ve açıklamak, yapılan tüm eleştiriler karşısında erteleme ve koşullu salıverme kurumunu mevzuat ve doktrindeki düşünceler ışığında kendi görüşümü de ekleyerek ortaya koymaktır.

HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ

A. Kavram

İşlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmiş olan kimse-
nin bu cezasının yerine getirilmesinin belli bir süre geri bırakılma-
sına erteleme denir¹.

Ceza hukukunun niteliği gereği, verilmiş bir cezanın mahkûmi-
yetinin derhal infazı gerekir. Ancak kimi hallerde sanığın; mahkû-
miyetinin ağırlığı, geçmişteki durumu ve suç işleme eğiliminin dik-
kate alınması suretiyle ve belli bir süre iyi hal göstermesi koşuluyla
cezanın infazının ertelenmesine imkan tanımıştır².

Hapis cezasının ertelenmesi, TCK'nın "yaptırımlar" başlıklı
üçüncü kısmının "cezalar" başlıklı bölümünde, 51. maddede düzen-
lenmiştir.

TCK m.51

1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına
mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili iş-
lediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitir-
miş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının veri-
lebilmesi için kişinin:

1 ÖZBEK, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi*, 3. Baskı, Ankara 2006, s.561

2 ALDEMİR, Hüsnü, *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu*, Ankara 2005, s.22

a) Daha önce kısıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargımla sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.

2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşmeye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, Hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

4) Denetim süresi içinde:

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine mahkeme karar verebilir.

5) Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

6) Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.

7) Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen, uyma-

makta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verebilir.

8) Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılır.”

TCK'da erteleme sadece hapis cezası açısından kabul edilmiş, eski TCK'dan farklı olarak para cezalarının veya kısa süreli hapis cezasından çevrilen TCK m.50'deki seçenek yaptırımlarının ertelenmesi olanağına son verilmiştir.

Ayrıca TCK'deki düzenlemede önceden olduğu gibi erteleme, hükmedilen cezanın koşullu olarak yerine getirilmesinin geri bırakılması biçiminde değildir. Hapis cezasının cezaevinde infazının ertelenmesidir. Deneme süresi iyi halle geçirildiğinde özgürlüğü bağlayıcı ceza cezaevine girilmeden infaz edilmiş sayılmaktadır. (TCK m.51/8)³ Bu düzenleme ile erteleme; koşullu af olmaktan çıkarılıp, ceza infaz kurumu haline getirilmiştir.

B. Hukuksal Niteliği ve Amacı

Cezaevlerinin olumsuz koşulları ve ıslah yönünden elverişsiz olmaları, yani hürriyeti bağlayıcı cezalardan beklenen yararın sağlanamaması, belirli bir süreyi aşmayan cezaya mahkûm olanların hapsedilmeleri yerine, cezaların infazın belirli bir süre geri bırakılması düşüncesini doğurmuştur. Bu şekilde, hem hükümlü cezaevine girmemekle beraber yaşamına daha dikkat edecek, hem de devlet hükümlünün cezaevinde yeni suç teknikleri öğrenmesini engelleyecek ve bu arada tasarruf da etmiş olacaktır⁴.

TCK ile ertelemenin, bir tür koşullu af olmaktan çıkartılıp, özel infaz biçimine dönüştürüldüğünden bahsetmiştik. Buna göre; belli ağırlıkta hapis cezasına mahkûm edilen kişi, mahkemede “ileride suç işlemeyeceği kanısı uyandırdığında” hapis cezası infaz edilmeyecek ve deneme süresi olaysız geçirildiğinde de “ceza infaz edilmiş” sayılacaktır. Ertelenenin ancak hapis cezaları bakımından mümkün olması, ertelemenin deneme süresi içinde hükümlünün yerine getir-

3 ÇINAR, Ali Rıza, *Türk Ceza Hukukunda Cezalar*, Ankara 2005, s.60

4 DEMİRTAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2006, s.614

1) İşlenen Suçtan Dolayı Verilecek Cezanın Belli Ağırılıkta Olması

TCK'ya göre, iki yıl ve daha az süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza, yani hapis cezaları ertelenebilir (m.51/1). Bu sürenin üst sınırı, suçu işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır.

Kanun metninde sadece hapis cezalarının ertelenmesi düzenlendiğinden, bunun dışında yer alan “adli para cezası” ile “güvenlik tedbirleri” hakkında erteleme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Bir kararda hapis cezası ve adli para cezasına birlikte hükmedilmişse, sadece hapis cezası ile ilgili olarak erteleme kararı verilebilir. Hapis ve adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu ceza ertelenebilecektir, buna karşılık adli para cezasına mahkûmiyet halinde ise ceza ertelenemeyecektir⁷.

Ertelemeye konu özgürlüğü bağlayıcı cezanın kasıtlı bir suçtan ya da taksirli bir suçtan dolayı verilmiş olmasının önemi yoktur⁸.

Cezanın erteleme kapsamında olup olmadığı soyut cezaya göre değil, hâkimin yargılama sonunda belirlediği somut cezaya göre belirlenir. O halde varsa tüm ağırlatıcı ve hafifletici sebepler yani nitelikli haller uygulanır ve erteleme hakkında sonuç cezaya göre karar verilir⁹.

Tutuklu olarak çekilmiş ve artık infazı söz konusu olmayacak cezanın teorik olarak ertelenmesi mümkündür. Ancak, cezanın tutuklu olarak çekilmiş olması durumunda, ertelemenin amaçlarının hiçbirinden söz edilemeyeceği bir gerçektir¹⁰.

Birden fazla suçtan dolayı birden fazla hapis cezasına mahkûmiyet durumunda toplam cezaya değil, her bir cezanın ayrı ayrı erteleme sınırı içinde kalıp kalmadığına bakılır¹¹.

7 ÖZGENÇ, İzzet, *TCK Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s.653

8 ÇINAR, s.64

9 ÖZBEK, s.563

10 CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3.Bası, İstanbul 2005, s.679

11 ÖZTÜRK / ERDEM, s.285

2) Daha Önce Belli Ağırılıktan Fazla Cezaya Mahkûm Edilmiş Olmak

TCK, 51/1-a maddesinde, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olma koşulu getirilmiştir.

Bu düzenlemeye göre, erteleme yapılabilmesi için;

- Öncelikle sanığın daha önce hiç suç işlememesi;

- İşlemişse de bunun kasıtlı bir suç olmaması;

- Kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet halinde ise bunun üç aydan fazla hapis cezası olmaması,

koşullarını aramıştır.

Buna göre failin daha önce adli para cezasına ya da üç ay veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olması, ertelemeye engel oluşturmamaktadır¹².

Kişinin yabancı bir mahkeme tarafından mahkûm edilmiş olması da ertelemeye engeldir. Çünkü Uluslararası sözleşmeler, yabancı mahkeme kararlarının da göz önünde tutulmasını gerektirmektedir. Gerçekten de örneğin, Türkiye tarafından 01.03.1977 tarih ve 2081 sayılı kanunla onaylanan “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi”, sözleşmeye taraf devletlerin birbirlerinin mahkeme kararlarını kendi kararları gibi kabul etmelerini öngörmektedir¹³.

Daha önceki mahkûmiyetin ertelemeye engel olabilmesi için kesinleşmiş olması gerekir. Dolayısıyla önceki mahkûmiyetin temyiz edilmiş olması, ertelemeye objektif olarak engel değildir. Fakat hâkimin bundan haberdar olması halinde, bunu subjektif olarak elbette değerlendirecektir¹⁴.

Daha önceki mahkûmiyet, taksirli bir suçtan verilmiş ise, verilen ceza ne olursa olsun, daha sonra işlenen suçtan dolayı verilen hapis cezası, şartları varsa ertelenebilecektir.

Ertelenmenin mümkün olması için kasıtlı bir suçtan dolayı hapis

12 647 sayılı CİK 6 maddesine göre para cezasının dışında bir ceza ile mahkûm olmak ertelemeye engel oluşturmaktaydı.

13 DEMİRTAŞ, s.616

14 DEMİRTAŞ, s.616

cezasına mahkûm edilmemiş olmak arandığına göre, daha önce verilmiş adli para cezası veya güvenlik tedbiri de ertelemeye engel oluşturmaz. Daha önce hükmedilmiş olan kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmiş olması durumunda da çevrilen adli para cezası ya da tedbir sonradan hükmedilen hapis cezasının ertelenmesine engel değildir¹⁵.

Çünkü TCK m.50/5'e göre; *“uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbidir.”* Ancak 2008 yılı değişikliği ile m.50/6: *“Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet Savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir bu durumda 5. fıkra hükmü uygulanmaz”* diyerek bu duruma bir istisna getirmiştir.

Kişinin koşullu olarak saliverilmesi ertelemeye engeldir. Zira koşullu salivermede dışarıda geçirilen sürede suç işlenmezse ceza çekilmiş sayılır. [CGTİHK m.107(14)] Dolayısıyla mahkûmiyet hükmü mevcut olmaya devam eder. Bu itibarla da ertelemeye engeldir. Dışarıda geçirilen sürede suç işlenmesi halinde bu yeni suçun ertelemesinin mümkün olamayacağı açıktır¹⁶.

Dava zamanaşımı, ön ödeme (TCK m.75) ve uzlaşmanın [TCK m.73(8)] söz konusu olduğu hallerde, ortada bir mahkûmiyet bulunmadığından erteleme mümkündür. Ceza zamanaşımında ise kesinleşmiş bir mahkûmiyet bulunduğundan erteleme söz konusu olmaz.

Genel af, mahkûmiyeti tüm hukuki sonuçlarıyla ortadan kaldırdığı için ertelemeye engel oluşturmazken, özel af mahkûmiyetin hukuki sonuçlarını etkilemediği için ertelemeye engel oluşturur.

Adli Sicil Kanununun 9. maddesi gereğince adli sicil ve arşiv belgeleri silinirse, erteleme engeli de ortadan kalkar.

Adliye mahkemeleri dışındaki mahkemelerce verilen mahkûmiyet hükümleri de kural olarak ertelemeye engel oluşturur. Eski Yas'a da ertelemeye engel olacak mahkûmiyetler “adli mahkemelerin-

¹⁵ ÖZBEK, s.565

¹⁶ HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2.Bası, Ankara2006,s.258

ce” verilenler olarak gösterildiğinden (647 sayılı eski CİK m.6); adliye mahkemeleri dışındaki mahkemelerin mahkûmiyet hükümlerinin ertelemeyi engelleyemeyeceği ileri sürülmekteydi. Ancak bu sınırlamaya TCK m.51/1-a’da yer verilmemiştir¹⁷.

İsnat kabiliyeti olmayan küçükler, akıl hastaları, sağır ve dilsizler hakkında geçmişte uygulanmış bulunan tedbire mahkûmiyet de ertelemeye mani olamaz¹⁸.

Hükümlünün üç aydan fazla hapis cezasına ilişkin önceki mahkûmiyetinin kesinleşmesi halinde, artık yeni işlenen suçtan hükmolunan cezanın ertelenebilmesi mümkün değildir. Eğer, önceki mahkûmiyete ilişkin ceza, kesinleşmemiş ise, hükmolunacak olan yeni ceza ertelenebilir. TCK, önceki cezanın, yeni işlenen suç tarihinden önce kesinleşip kesinleşmemesini aramamıştır¹⁹.

3) Suç İşlemeyeceği Konusunda Mahkemede Bir Kanaatin Oluşması

Bu koşul, erteleme kararının değerlendirilmesini gerekli kılan subjektif koşulunu oluşturur. Bu husustaki değerlendirmeler yapılırken failin suçu işledikten sonra ve yargılama sürecindeki tutum ve davranışları dikkate alınacaktır. Bu tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak mahkemede kişinin, tekrar suç işlemeyeceği konusunda bir kanaatin oluşması gerekir²⁰. (TCK m.51/1-b)

Önceden erteleme kararı verilebilmesi için hükümlünün duruşmada hazır bulunmuş olması gibi zorunluluk aranmaktaydı. TCK’ya göre hükümlünün “yargılama sürecinde pişmanlık göstermiş olması” arandığından, duruşmada hazır bulunmayan hükümlü açısından böyle bir kanaatin elde edilmesi ve bu yüzden de erteleme kararı verilmesi zor görünmektedir²¹.

Erteleme karar vermek yargıcın takdirine bağlıdır. Erteleme

17 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.677

18 SOYSALAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 2005, s.555

19 ÖZTÜRK / ERDEM, s.286

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı Ankara 2005, s.279

20 ÖZGENÇ, s.659

21 ÖZTÜRK / ERDEM, s.287

kararının verilmesi, isteme bağı değildir. Ancak istem varsa, yargıç bu konuda olumlu ya da olumsuz karar vermek zorundadır²².

Erteleme kurumu genel önleme değil, özel önleme görevini yerine getirmektedir. Bu nedenle hâkim, sanığın işlediği suç nedeniyle verilecek cezanın ertelenmesi halinde cezanın “özel önleme” işlevini sağlamayacağı kanaatine sahip olursa, yeni suçtan dolayı vereceği cezayı ertelemeyebilir²³.

D. Erteleme Kararı

Erteleme kararının verilebilmesi için bu yönde bir talepte bulunulmasına gerek yoktur. Hâkim resen ertelemeye karar verebilir. Her ne şekilde verilirse verilsin erteleme sebebinin gerekçesi gösterilmelidir. Aynı husus erteleme kararı verilmemesi için de geçerlidir²⁴.

Karar verecek mahkeme ilk derece mahkemesidir. Erteleme kararı hükümle birlikte verilir.

Yargıtay temyiz incelemesinde erteleme kararı veremez, ancak ilk derece mahkemesi olarak yargılama yaptığı durumlarda, hükümle birlikte erteleme kararı verebilmesi de mümkündür²⁵.

E. Ertelemenin Koşula Bağlanması

TCK m. 51/2 uyarınca, sanık hakkında hükmolunan cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

Buna benzer düzenleme 765 sayılı TCK'nın 93. maddesinde, “cezaların tecili kararının infazı hukuku şahsiyetinin mahkûm tarafından rızasıyla ifasına veya teminine talik olunabilir” şeklinde yapılmıştır.

²² TOROSLU, s.280

²³ DENİZHAN, s.233

²⁴ ÖZBEK, s.566

²⁵ DENİZHAN, s.23

mıştır. Görüldüğü gibi TCK, öncekinden farklı olarak artık hükümlünün rızasını aramamaktadır. Ertelemenin koşula bağlanması tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Ertelemenin kişisel zararların tazmini koşuluna bağlanabilmesi için, suçtan zarar görenin davaya katılması zorunlu değildir. Çünkü, suçtan zarar gören kamu davasına katılmış olsa bile ceza mahkemesinde şahsi hak isteminde bulunamayacaktır²⁶.

F. Ertelemenin Gerekçesi

Erteleme kararı verilmesi durumunda bunun gerekçesinin de hükümde gösterilmesi gerekir. Mahkemelerin verdikleri kararlar, karşı oylar dahil gerekçeli olmak zorundadır. Bu durum Türk hukukunda anayasal ve yasal bir zorunluluktur. (AY m.141/3, CMK m.34)

Erteleme kararının gerekçesi faili incitecek, küçük düşürecek biçimde olmamalıdır. Cezanın neden ertelenmediği konusundaki gerekçe, yasaya, akla, hukuka ve dosya içerisindeki bilgi ve belgelere uygun olmalıdır. Yasal yeterli ve geçerli olmayan gerekçe ile erteleme kararı verilmesi uygulamada keyfilige yol açar. Erteleme isteminin reddedildiği hallerde, erteleme konusunda gösterilen gerekçede, sanıkların duruşmada izlenen kötü eğilimlerinin ne olduğunun açıkça belirtilmesi de yerinde değildir²⁷.

Erteleme talebi hakkında, yasal, yeterli ve geçerli bulunmayan bir gerekçeye dayandırmadan bir karar verilmesi, kanun koyucunun amacına uygun düşmez. Ayrıca gerekçenin yokluğu, cezanın kişiselleştirilmesi ilkesine aykırılık oluşturabileceği gibi, keyfilige de yol açabilir²⁸.

Yargıtay erteleme isteminin reddi halinde mahkemenin gerekçe göstermesini istemektedir²⁹.

G. Ertelemeye “Reformatio In Perius”

Ceza mahkemesi hukukunda, hüküm sadece sanık lehine temyiz edilip de Yargıtay’ca bozulacak olursa, verilecek yeni hüküm artık

26 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.682

27 Y. 7CD. 26, 12, 1995, E.9528, K.10280, YKD 1996, C:22, S:5, s.825

28 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.682

29 Y.İB.B.G.K.7.6.1976, E.3-4, K.3, YKD 1976, C:2, s.1997 vd.

eskinde belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz (1412 sayılı CMUK m.326/4, 341/2). Buna “Reformatio in Perius” kuralı (aleyhe değiştirme yasağı) denilmektedir. İşte böyle bir durumda, ilk hükümde ceza ertelenmişse Yargıtay’a göre, bozmadan sonra kurulan hükümde cezanın ertelenmesi gerekir. Aksi takdirde, sanığın kazanılmış hakkı ihlal edilmiş olur. Ertelenmiş cezanın ertelenmemiş cezaya oranla daha hafif sayılması gerektiğinden, bu uygulama yerindedir³⁰.

H. Erteleme İle İlgili Sorunlar

1) Cezaların İctimai Durumunda Erteleme

Fail tarafından işlenmiş olan birden çok suç nedeniyle verilen hürriyeti bağlayıcı cezaların ictimai durumunda, bu cezaların ertelenip ertelenemeyeceği tartışmalı bir konudur. Yani erteleme sanık hakkında hükmolunan toplam ceza üzerinden mi, yoksa her bir ceza için ayrı ayrı mı uygulanacaktır?

TCK, yargılama sırasında hükmolunan birden fazla cezanın toplanmasına olanak sağlayan 765 sayılı TCK’nın 71. maddesi hükmüne benzer bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Hükmolunan bütün cezaların toplamının erteleme sınırı altında bulunması halinde, cezaların ertelenmesinde sorun bulunmamaktadır. Asıl sorun, hükmolunan cezalardan birinin ya da tümünün erteleme sınırını aşmadığı, cezaların toplamının erteleme sınırını aştığı durumlarda ortaya çıkmaktadır.

Bir görüşe göre; failin birden fazla hapis cezasına mahkûm edildiği hallerde her bir ceza erteleme açısından bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Yeni Türk Ceza Yasası’nda cezaların toplanmasına ilişkin kurallara yer verilmemiştir. Cezaların ictimai durumunda, toplanan cezaların bağımsız niteliklerini korudukları savunulmuştur³¹.

Buna karşılık, genellikle benimsenen görüşe göre, birden çok suç nedeniyle mahkûm olunması durumunda da, kanun tarafından öngörülen ceza sınırının aşılması halinde erteleme kararı verilebilir³².

30 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.681

31 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.682

32 DEMİRBAŞ, s.619

Bu durumda çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilir. Bunlar;

1. İhtimal: İçtimaya dahil olan cezaların hepsi erteleme sınırının üstündedir. Bu durumda erteleme söz konusu olamaz.

2. İhtimal: İçtimaya dahil olan cezalardan biri erteleme sınırı içindeyken, diğeri sınırın dışındadır. Yargıtay böyle bir durumda erteleme kararı verilemeyeceği görüşündedir³³.

3. İhtimal: İçtimaya dahil cezaların toplamı erteleme sınırı içindedir, erteleme mümkündür. Yargıtay kararları bu yöndedir³⁴.

4. İhtimal: İçtima durumunda toplam miktar erteleme sınırının üzerindeyse erteleme mümkün değildir³⁵.

Aynı hükümle, birden fazla suç nedeniyle cezalandırılan sanığın “cezaların ertelenmesi” farklı cins ve nev’iden bulunsadahi toplam ceza süresinin engel oluşturmaması halinde olanaklıdır.

Adam öldürmekten verilen 20 yıl ağır hapis engel oluşturduğundan, yaralama suçundan verilen ceza ayrılarak 647 sayılı Yasanın 6. maddesine göre ertelenmesi yasaya aykırıdır”.

2) Ertelemenin Bölünmezliği

Ertelemenin bölünmezliği bakımından üç ihtimal vardır:

1. İhtimal: Bir ceza erteleme sınırının üstündeyse, hâkim erteleme sınırı içinde kalan miktarı erteleyip, diğer kısmın infazına karar veremez.

2. İhtimal: Mahkûm olunan ve fakat erteleme kapsamı dışında kalan hürriyeti bağlayıcı cezadan tutuklu kalınan sürenin mahsup edilmesi halinde artakalan ceza erteleme kapsamına girse bile ertelenemez.

3. İhtimal: Failin işlediği birden fazla suçtan birisinin cezasının ertelenip, diğerinin cezasının infazına karar verilemez³⁶.

33 Y.6.CD.11.3.1975, E.2171, K.2257, YKD.1975, C:I, S:10, s.100

34 Y.CGK. 23.6.1975, E.8-152, K. 175, YKD. 1975, C:II, S:11, s. 18 vd.

Aynı yönde: Y. 1. CD. 10.10.2001, E.2900, K.3628, YKD.2002, C:28, S:1, s.126:

35 DEMİRBAŞ, s.620

Aksi görüş: ŞAHBAZ, İbrahim, Cezanın Ertelenmesinde İçtima Sorunu, Yargıtay Dergisi, Yıl 2001, Sayı 1-2, s.134

36 Y.2.CD. 10.4.1990, E. 3293, K. 3818, YKD 1990, C:XVI, S:10, s.1550

I. Ertelemenin Denetime Tabi Tutulması: Denetimli Serbestlik

1) Denetim Süresi

Denetim süresi, erteleminin en önemli unsurlarından biridir. Çünkü, denetim süresinin, hükümlü hakkında öngörülen yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi halinde, ceza infaz edilmiş sayılacaktır.

TCK m.51/3'e göre; cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

Cezası ertelenen hükümlüler için, mahkemece, yasada öngörülen sürelerle bağlı kalınmak koşuluyla, denetim süresi belirlenmesi zorunludur³⁷.

2) Denetim Süresince Öngörülebilecek Yükümlülükler

Mahkeme hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden ve uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine karar verebileceği gibi [TCK m. 51(6)] denetim süresi içinde bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesine karar verebilir. [TCK m.51(4)]

Buna göre hükümlünün denetim süresi içinde:

- Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,
- Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek ve sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığı çalıştırılmasına,
- On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, karar verilebilir.

3) Uzman Kişinin Görevlendirilmesi ve Görevleri

Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirilebilir. [TCK m.51(5)]

37 ÇINAR, s.71

Kanun bu kişiye bazı görevler vermiştir. Buna göre uzman:

- Kötü alışkanlıklardan kurtulmasına ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur.

- Eğitim gördüğü kurum yetkilileri ve nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur.

- Hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

Bu düzenleme, Adalet Bakanlığı bünyesinde yeni bir teşkilatlanmayı (Denetimli Serbestlik Büroları) gerekli kılmaktadır³⁸.

J. Ertelemenin Düşmesi

TCK m.51 (7)'ye göre erteleme:

- Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi,
- Kendisine yüklenen yükümlülöklere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi,

hallerinde düşer ve ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

Aynı zamanda yeni suçun cezası da ayrıca infaz edilir³⁹.

Ertelemeyi düşüren suç, kasıtlı suçtur. Denetim süresi içerisinde olası kastla bir suç işlemesi halinde de erteleme düşer. Buna karşılık taksir ve taksirin bir çeşidi olan bilinçli taksirle işlenen suçlar ertelemeyi düşürmeyecektir⁴⁰.

Ertelemenin düşmesi için, yeni suçun deneme süresi içinde işlenmesi yeterli olup; mahkûmiyet kararının da bu süre içinde verilmesi gerekli değildir⁴¹. Ancak ertelemenin düşüp cezanın çektirilmesi için sonraki mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması gerekir⁴². Şöyle ki; ertelenmiş mahkûmiyet kararından önce işlenmiş suçtan

38 YILMAZ, Zekeriya, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s.29

39 ÖZBEK, s.570

40 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.685

41 DEMİRBAŞ, s.623

42 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.685

dolayı denetim süresi içinde mahkûmiyet kararı verilmesi, erteleme kararının düşmesi sonucunu doğurmaz.

Yükümlülükler uymamaktan dolayı ertelemenin düşmesi ve cezanın çektirilmesi için hâkimin yükümlülükler uyma konusunda hükümlüyü uyarmış olması gerekir⁴³.

Denetim süresi içinde işlenen suç, yurt dışında işlenmiş ve bu suçun Türkiye’de kovuşturulması mümkünse erteleme kararı düşecektir⁴⁴.

K. Ertelemenin Sonucu

Mahkeme tarafından erteleme kararının verilmesiyle birlikte, hükümlünün hapis cezasının infazına başlanmaz ve cezanın infazı deneme süresinin sonuna kadar geri bırakılır; bunun için hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek yoktur. Eğer hükümlü tutukluysa geri bırakılır⁴⁵.

Cezası ertelenen hükümlünün denetim süresini kasıtlı bir suç işlemekten veya yükümlülükleri ihlal etmeden iyi halli olarak geçirmesi durumunda, ceza infaz edilmiş sayılır. (TCK m.51/8)

765 sayılı TCK m.95 ‘e göre; denetim süresinin iyi halli olarak geçirildiği hallerde mahkûmiyet hükmü verilmemiş sayılmakta, dolayısıyla mahkûmiyet suçları tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmaktaydı. Ayrıca mahkûmiyet kararı adli sicilden de silinmekteydi. TCK’ya göre ise mahkûmiyet hükmü devam etmekte ve erteleme kararı adli sicile kaydedilmektedir. Bu yüzden cezası ertelenen hükümlü tekrar suç islerse, ertelenen hüküm tekerrüre esas teşkil eder ve erteleme konusuna mahkûmiyet, sonradan işlenen suçtan dolayı verilecek hapis cezasının ertelenmesine de engel oluşturur.

II. KOŞULLU SALIVERME

A. Kavram

Koşullu salıverme, hapis cezasının bir bölümünü çekmiş olan hükümlüye, cezasının geri kalan bölümünü özgür olarak geçirme

43 SOYASLAN, s.559

44 DEMİRBAŞ, s.623

45 ÖZTÜRK / ERDEM, s.288

fırsatını veren bir kurumdur. Burada devlet, koşullu olarak cezanın bir bölümünün infazından vazgeçmekte ve yine koşullu olarak, ceza evi dışında geçirilen süreyi de hesaba katarak, cezayı infaz edilmiş saymaktadır⁴⁶.

(GTİHK m.107) (647 sayılı İ.K.m.19)'de düzenlenmiştir.

Koşullu salıverme hükmünde düzenlenmiş olmasa da bir tür erteleme niteliği taşımaktadır⁴⁷.

Ertelemeden farklı olarak;

- Ertelemede infaza başlanmaz, ceza hiç çekilmez, buna karşılık koşullu salıvermede hükümlü belli bir süreyi cezaevinde geçirmelidir.

- Erteleme geleceğe, koşullu salıverme geçmişe yöneliktir.

- Erteleme kısa süreli hapis cezaları bakımından söz konusu iken; koşullu salıverme kural olarak her türlü hapis cezası bakımından mümkündür.

B. Amacı

Koşullu salıvermenin kabul edilmesinin nedenlerini ve yararlarını şu şekilde sıralamak mümkündür⁴⁸.

- Mahkûmun iyi halini teşvik eder.
- Cezaların bireyselleştirilmesinde yararı vardır.
- Cezaevlerinde disiplini ve düzeni sağlar.
- Devlet yönünden tasarruf sağlar.
- Hükümlünün cezaevinde uslanmasından sonra onu orada tutmanın gereksizliği yönünden önemli bir kurumdur.

C. Koşulları

1) Hükmedilmiş Cezanın Bir Süre Çekilmiş Olması

Koşullu salıvermeden yararlanabilmenin ilk koşulu hükmedilen cezanın belli bir miktarını infaz kurumunda geçirilmiş olmasıdır. Bu süre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olan-

⁴⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.675

⁴⁷ ÖZBEK, s.570

⁴⁸ DEMİRBAŞ, s.62

larda otuz yıl, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlarda yirmi dört yıl, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlarda ise cezalarının üçte ikisidir. [m.107(2)]

Koşullu salıvermeden yararlanabilmek için infaz kurumunda geçirilen süre;

- Birden fazla ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezasına veya ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezası ile ömür boyu hapis cezasına mahkûmiyet halinde 36;
- Birden fazla ömür boyu hapis cezasına mahkûmiyet halinde 30;
- Bir ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla 36;
- Bir ömür boyu hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla 30;
- Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla 28 yıldır. (CGTİHK m.107/3)

Suç işlemek için örgüt kurmak ve yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet halinde; ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar 36 yılını, ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar 30 yılını, sürekli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının 3/4'ünü infaz kurumunda çıktıkları takdirde koşullu salıvermeden yararlanabilirler.

Ancak bu süreler:

- Birden fazla ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezasına veya ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezası ile ömür boyu hapis cezasına mahkûmiyet halinde 40;
- Birden fazla ömür boyu hapis cezasına mahkûmiyet halinde 34;
- Bir ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla 40;
- Bir ömür boyu hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla 34;
- Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla 32 yıldır. (CGTİHK m.107/4)

Koşullu salıverme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün on beş yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır. (CGTİHK m.107/5)

2. İyi Hal

Koşullu salıvermeden yararlanabilmek için hükümlünün kurum-daki infaz süresini iyi halli olarak geçirmesi gerekir. (CGTİHK m.107/1)

İyi halin belirlenmesinde CGTİHK m.89 hükmü göz önünde bulundurulur. Buna göre hükümlünün, bu süreleri ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyarak, haklarını iyi niyetle kullanarak hükümlülüklerini eksiksiz yerine getirerek geçirmiş olduğu ve uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olduğu disiplin kurulunun görüşü alınarak idare kurulunca saptanmış bulunmalıdır⁴⁹.

D. Koşullu Salıvermeye Karar Verecek Mahkeme

İnfaz kurumu idare kurulunca verilen iyi hal kararı (CGTİHK m.89) ve infaz kurulu idaresince hazırlanan gerekçeli rapor verilerek mahkemeden karar alınmaktadır. Yetkili mahkeme, hükmü veren mahkeme, hükümlü başka yerde ise oradaki aynı dereceli mahkemedir. (CGTİHK m.107/11) Mahkeme, infaz kurumu idaresinin verdiği rapor ile bağlı değildir. Raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini göstererek koşullu salıverme kararı vermeyebilir⁵⁰.

E. Koşullu Salıverme Yasağı

Bazı hükümlüler koşullu salıvermeden yararlanamaz:

- TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılan müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde, koşullu salıverme hükümleri uygulanmaz. (CGTİHK m.107/16)

- 14.07.2004 tarihli ve 5218 sayılı kanunun 1.maddesiyle değişik 03.08.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla; ölüm cezaları, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları, koşullu salıverme

49 ÖZTÜRK / ERDEM, s.329

50 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s.697

hükümlerinden yararlanamaz.

Bunlar hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır cezası, hayatı boyunca devam eder. (CGTİHK geçici madde 2/1)

- İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda hükümlü koşullu salıverilmez. (CGTİHK m.108/3)
- Disiplin cezalarının tamamı infaz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverme işlemi yapılamaz. (CGTİHK m.48/3b)
- Ödenmeyen adli para cezası yerine çektirilen hapis cezası ile ilgili olarak hükümlü koşullu salıvermeden yararlanamaz. (TCK m.50)

F. Denetim Süresi-Denetimli Serbestlik

Koşullu salıverilen hükümlünün tabi tutulacağı denetim süresi, yukarıdaki fıkralara göre infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır. Ancak bu süre, süreli hapislerde hak ederek (bi-hakkın) tahliye tarihini geçemez. (CGTİHK m.107/6)

CGTİHK m.107/10'a göre koşullu salıverilen kişi;

- Denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulabilir.
- Belli yükümlülükleri yerine getirmeye tabi tutulabilir.
- Hem denetimli serbestliğe ve hem de belli yükümlülükleri yerine getirmeye tabi tutulabilir.
- Ne denetimli serbestliğe ve ne de belli yükümlülükleri yerine getirmeye tabi tutulmayabilir.
- Uygulanan denetimli serbestlik ya da getirilen yükümlülükler denetim süresi içinde kaldırılabilir.

Son iki halde artık bir denetim olanağı kalmayacağından cezaevindeki infazdan sonraki sürenin tüm halleri kapsayacak şekilde denetim süresi olarak ifade edilmesinin bir anlamı bulunmaz⁵¹.

1) Uzman Kişi Görevlendirme

Hâkim, denetim süresince hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur. Eğitim gör-

51 ÖZBEK, s.574

düğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek istişarelerde bulunur. Hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir. (CGTİHK m.107/9)

2) Denetim Süresince Öngörülebilecek Yükümlülükler

Hükümlü, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılabilir. (CGTİHK m.107/7) On sekiz yaşındaki küçük olan hükümlüler, denetim süresince eğitimlerine gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir kurumda devam ederler. (CGTİHK m.107/8)

G. Koşullu Salıvermenin Sonuçları

Koşullu salıverme ile ceza sona ermemekte, sadece cezanın başka bir şekilde infazına geçilmektedir. Yani devlet hükümlüyü cezalandırmaktan vazgeçmemekte, deneme süresi içerisinde kendisine yüklenen yükümlülüklerle uyması şartıyla salıvermektedir. Deneme süresinin sonuna kadar hükümlünün suç işlememesi halinde, ceza mahkûmiyeti infaz edilmiş sayılacaktır.

Bu sürenin sonuna, yani “bihakkın tahliye” tarihine kadar, hükümlünün asıl cezadan kaynaklanan yoksunluk ve ehliyetsizlikleri devam eder.⁵²

Koşullu salıverilen hükümlü, denetim süresini yükümlülüklerle uygun ve iyi halli olarak geçirdiği takdirde, cezası infaz edilmiş sayılır. (CGTİHK m.107/14)

H. Koşullu Salıvermenin Geri Alınması

1) Geri Almayı Gerektiren Haller

Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverilme kararı geri alınır. (CGTİHK m.107/12)

52 ÖZBEK, s.57

2) Geri Alınmanın Sonucu

Koşullu salıverme kararının geri alınması halinde hükümlünün

- a. Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının aynen,
- b. Yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, bu yükümlülük-
lere uymama tarihi ile hak edilerek salıverilme tarihi arasındaki sü-
reyi geçmemek koşuluyla takdir edilecek bir sürenin, ceza infaz ku-
rumunda çektirilmesine karar verilir. Koşullu salıverme kararının
geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşul-
lu salıverme kararı verilemez. (CGTİHK m.107/13)

3) Geri Almaya Karar Verecek Makam

Koşullu salıverme kararının geri alınmasına;

- a. Hükümlü geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dola-
yı hapis cezasına mahkûm edilirse, hükmü veren ilk derece mahke-
mesi veya bölge adliye mahkemesi tarafından,
- b. Hükümlünün bağlı tutulduğu yükümlülükleri yerine getirme-
mesi halinde koşullu salıverme kararına esas teşkil eden hükmü ve-
ren ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi veya koşul-
lu salıverme kararını vermiş olan mahkeme tarafından, dosya üze-
rinden karar verilir.

Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır. (CGTİHK m.107/15)

SONUÇ

Cezaların ertelenmesi, dayanağını önleme ve adalet düşüncesin-
de bulur. Faili yeniden topluma kazandırma düşüncesi ise esas
amaçtır. Fakat bu kurumun ceza hukuku ilkelerini zedelediği de or-
taya atılan bir diğer görüştür.

Nitekim bu görüşe katılan birçok kişi erteleme bir kurum ola-
rak kabul edilmemesi gerektiğini, çünkü bu kurumun kişiler üzerin-
de caydırıcılık etkisi gösteren genel önleme niteliğinin ortadan kalk-
masına sebep olduğunu düşünmektedirler.

Suç işleyen kişilerin cezalarının ertelenmesiyle, cezaların top-
lumdaki korkutucu özelliği kalmadığını düşünen yazarlar, ayrıca bu
kurumun kanun önünde eşitlik ilkesine de ters düştüğünü belirt-
mektedirler.

Benim de katıldığım bir diğer görüş ise, kısa süreli cezaların ıslah edici olmadığını ileri sürmektedir. Kısa süreli hapis cezaları ıslah edici olmaktan çok, suçlu üzerinde olumsuz etkiler meydana getirmektedir. Keza suçlular yeni suç tiplerini cezaevlerindeki profesyonel suçlular vasıtasıyla öğrenmekte, böylece bu kişilerin topluma kazandırılmalarının aksine, toplumdan daha da uzaklaştırılıp suç makineleri haline getirilmelerine sebep olunmaktadır.

Özgürlüğü bağlayıcı cezaların korkutucu olduğunu ve erteleme- nin bunu ortadan kaldırdığını düşünmek ise kanımca yerinde olmayan bir iddiadır. Nitekim suç işlemeye alışkın olan kişilerin, zaten cezaevine girme korkusu bulunmamaktadır.

Cezaevine giren kişilerin, cezaları infaz edildikten sonra toplumda kabul görmedikleri göz önünde bulundurulması gereken bir husustur.

Yukarıda belirttiğim tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, ertelemenin ceza hukukunun amaçlarıyla uyduğunu ve hukuk sistemlerinde yer alması gerektiğini tekrar belirtmek isterim.

Koşullu salıverme de erteleme gibi, suçluların ıslahını teşvik ederek suçları önlemeye hizmet eden bir kurumdur. Cezanın bir bölümünün çekilmesiyle, cezanın özel önleme amacının elde edilmiş sayılıp sayılamayacağı değerlendirilir ve cezanın genel önleme amacıyla failin somut olaydaki kusurunun ağırlığı göz önünde bulundurulmaz.

Koşullu salıvermenin bir şartı olan iyi halliliğin takdirinde her zaman bir risk göze alınmaktadır. Çünkü hükümlünün ıslah olduğu, tekrar suç işlemeyeceği sadece bir varsayımdır.

Koşullu salıvermenin rutinleşmemesi ve bu kurumdan beklenen yararın elde edilebilmesi için hükümlünün gerçekten iyi halli olup olmadığı amaca uygun biçimde araştırılmalıdır.

Yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda koşullu salıvermenin de kişilerin topluma kazandırılmasını sağlamada etkin bir kurum olduğunu; ancak uygulamanın rutinleşmesinin bu kurumdan beklenen yararın zarara dönüşmesine neden olabileceği hususunu göz önünde bulundurmak gerektiğini düşünmekteyim.

KAYNAKÇA

- ALDEMİR, Hüsni, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu, Ankara 2005
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3.Bası, İstanbul 2005
- ÇINAR, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara 2005
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, Ankara 2006
- DENİZHAN, Hüseyin Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme,
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2006, S:65, s.215 vd.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Temel Bilgileri, 2.Bası, Ankara 2006
- ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi 3.Baskı, Ankara 2006, s.561
- ÖZGENÇ, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8.bası, Ankara 2005
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2005
- ŞAHBAZ, İbrahim, Cezanın Ertelenmesinde İçtima Sorunu, Yargıtay Dergisi, Yıl 2001, Sayı 1-2, s.115 vd.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, Ankara 2005
- YILMAZ, Zekeriya, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004

KISALTMALAR

- AY : Anayasa
- C : Cilt
- CD : Ceza Dairesi
- CGK : Ceza Genel Kurulu
- CGTİHK : Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
- CİK : Cezaların İnfazı Hakkında Kanun
- CMK : Ceza Mahkemesi Kanunu
- CMUK : Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu
- ÇKK : Çocuk Koruma Kanunu
- E : Esas
- K : Karar
- m. : Madde
- s. : Sayfa
- S. : Sayı
- TCK : Türk Ceza Kanunu
- vd. : ve devamı
- Y : Yargıtay
- Y.İ.B.B.G.K. : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
- YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

HAKEMLİ MAKALE

Çocuk Koruma Kanununda ve Türk Medeni Kanununda Çocuğu Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler

■ **Demet ÖZDAMAR***

ANLATIM DÜZENİ

§ 1. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu Açısından Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler

I. Genel Olarak

II. Çocuk Koruma Kanunu ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Açısından Çocuk ve Diğer Kavramlar

A. Çocuk Koruma Kanunu Açısından Çocuk ve Diğer Kavramlar

B. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Açısından Çocuk Kavramı ve Çocuğun İnsan Hakları

III. Çocuk Koruma Kanunundaki Temel İlkeler

IV. Çocuk Koruma Kanunundaki Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler

A. Genel olarak Çocuk Koruma Kanununda Sayılan Tedbirler

B. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna Başvuru, Bakım ve Barınma Kararlarının Yerine Getirilmesi

C. Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararı Alınması

D. Acil Korunma Kararı Alınması

E. Tedbir Kararlarında Görev, Usul, Yetki ve Kanun Yolu

(*) Prof.Dr. Demet ÖZDAMAR, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, demet.ozdamar@deu.edu.tr.

1. Tedbir Kararlarında Görevli Mahkeme ve Uygulanacak Usûl
 - a. Genel Olarak
 - b. Tedbir Kararlarında Usûl
 - c. Kanun Yolu
 2. Cumhuriyet Savcılığı Çocuk Bürosu
 3. Kolluğun Çocuk Birimi
 4. Yetkili Mahkeme
- V. Diğer Tedbirler
- VI. Çocuk Koruma Kanununda Öngörülen Sosyal İnceleme ve Denetim Raporları

§ 2. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre, Çocuğu Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler

- I. Genel Olarak
- II. Kişiler Hukuku Bakımından
- III. Aile Hukuku Açısından Çocuğu Koruyucu Destekleyici Tedbirler
 - A. Genel Olarak
 - B. Soybağının Kurulması ve Hükümleri Bakımından
 - C. Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Korunması Bakımından
 1. Genel Olarak
 2. Çocukların Yerleştirilmesi
 3. Velâyetin Kaldırılması ve Durumun Değişmesi
 - D. Çocuk Malları, Nafaka Yükümlülüğü ve Ev Düzeni Bakımından
- IV. Vesayet Hukuku Bakımından
- V. Çocuğun Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması
- VI. Miras Hukuku Bakımından

Sonuç

§ 1. 5395 SAYILI ÇOCUK KORUMA KANUNU AÇISINDAN KORUYUCU VE DESTEKLEYİCİ TEDBİRLER

I. Genel Olarak

5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun¹ "Amaç" başlıklı 1. maddesi ile "Kapsam" başlıklı 2. maddelerinde, bu Kanun'un amacının; "korunma ihtiyacı olan" veya "suça sürüklenen" çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına iliş-

kin usûl ve esasları düzenlemek olduğu, kapsamına ise, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile, güvenlik tedbirlerinin usûl ve esaslarına, “çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine” ilişkin hükümlerin girdiği belirtilmektedir.

Çocuk Koruma Kanunu ile; 7.11.1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan bu Kanuna yapılan yollamalar, Çocuk Koruma Kanunu’nun ilgili hükümlerine yapılmış sayılır (ÇKK.m.48). Çocuk Koruma Kanunu’nda hüküm bulunmayan hâllerde; Ceza Muhakemesi Kanunu, Türk Medenî Kanunu, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 24.5.1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümleri uygulanır. Ayrıca; denetim konusunda bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu² hükümleri uygulanır (ÇKK.m.42).

Çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri bulunmayan yerlerde, bu mahkemeler kurulup göreve başlayıncaya kadar, çocuklar tarafından işlenen suçlara ait soruşturma ve kovuşturmalar Cumhuriyet başsavcılığı ve görevli mahkemelerce bu Kanun hükümlerine göre yapılır. Çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu mahkeme kurulup göreve başlayıncaya kadar, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararları, görevli “aile veya asliye hukuk mahkemeleri”nce alınır. Ayrıca, ilgili bakanlıklar ve bağlı kuruluşlar; çocukları koruyucu ve destekleyici tedbirleri yerine getirmek amacı ile, sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliğine gidebilirler (ÇKK. Geçici m.1).

1- 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu (RG. 15.7.2005, S. 25876). Bu Kanun’un “Yürürlük” başlıklı 49.maddesine göre;

“(1) Bu Kanunun;

a) Suça sürüklenen ve hakkında bakım tedbiri uygulanan çocuklar hakkında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından yerine getirilecek hizmetlere ilişkin hükümler ile 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra,

b) 37 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra,

c) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,
Yürürlüğe girer”.

2- 5402 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu (RG. 20.7.2005, S. 25881).

II. Çocuk Koruma Kanunu ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Açısından Çocuk ve Diğer Kavramlar

A. Çocuk Koruma Kanunu Açısından Çocuk ve Diğer Kavramlar

Çocuk Koruma Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile birinci ve ikinci alt bentlerine göre: Bu Kanunun uygulanmasında:

“a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda,

1. Korunma ihtiyacı olan çocuk: Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu,

2. Suça sürüklenen çocuk: Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade eder.”

Çocuk Koruma Kanununun uygulanabilmesi, çocuk mahkemesine başvurulup, çocuk hakkında koruma ve destekleyici tedbir kararının alınabilmesi için; çocuğun suça süreklenen ya da suç mağduru çocuk olması şart değildir; korunma ihtiyacı olan çocuk, yani; bedensel, zihinsel, ahlakî, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal edilen çocuk olması da yeterlidir.

Çocuk Koruma Kanunu’nun 3. maddesinin (b), (c), (d) ve (e) bentlerine göre de:

“b) Mahkeme: Çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemele-

c) Çocuk hâkimi: Hakkında kovuşturma başlatılmış olanlar hariç, suça sürüklenen çocuklarla korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında uygulanacak tedbir kararlarını veren çocuk mahkemesi hâkimini,

d) Kurum: Bu Kanun kapsamındaki çocuğun bakılıp gözetildiği, hakkında verilen tedbir kararlarının yerine getirildiği resmî veya özel kurumları,

e) Sosyal çalışma görevlisi: Psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan me-

*zun meslek mensuplarını
ifade eder.”*

B. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Açısından Çocuk Kavramı ve Çocuğun İnsan Hakları

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin³ 1.maddesinde “çocuk”, şöylece tanımlanmıştır: “Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”. Görüldüğü üzere; Çocuk Koruma Kanunu, “daha erken yaşta ergin olsa bile” ibaresi ile, çocuklar lehine, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden daha ileri bir koruma öngörmüştür. Bu durum karşısında, çocuk için en yararlı olan hükme öncelik verilecektir (BMÇHS. m.41)⁴.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, 2004 yılında, Anayasamızın 90. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen cümle ile, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklinde yapılan düzenleme sonucunda, insan haklarına, “çocukların insan haklarına” ilişkin uluslararası sözleşmeler, ulusal mevzuat karşısında öncelikle ve doğrudan doğruya uygulanma olanağına kavuşmuştur⁵.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde yer alan ve Çocuk Koruma Kanunu'nda da gözetilen başlıca hüküm ve ilkeleri şunlardır:

“Çocuğun yararı temel ilkesi”; Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; kamusal ya da özel sosyal yardım

3- Bakanlar Kurulunun Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Onaylanması Hakkında 23 Aralık 1994 tarihli ve 94/6423 sayılı kararı için bkz. RG. 27.1.1995, S. 22184.

4- Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 41. maddesine göre: “Bu Sözleşmede yeralan hiçbir husus, çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha çok yardımcı olan ve:

a) bir Taraf Devletin yasasında veya

b) bu Devlet bakımından yürürlükte olan uluslararası hukukta yer alan hükümleri etkilemeyecektir.”

5- Aynı şekilde; “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi”ne ilişkin olarak bkz: ÖZDAMAR, Demet/SUCU, C. Gamze: “Çocuğun Oyun ve Dinlenme Hakkı” Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Ocak-Şubat 2006, S.17-18, s.71-101; ÖZDAMAR, Demet/SUCU, C. Gamze: “Türk Medenî Kanunu'nun 313. Maddesinde, 15.07.2005 Tarihinde Yapılan Değişiklik ve Uluslararası Sözleşmeler Karşısında, Evlât Edinme Konusunun Farklı Bir Bakış Açısı İle Ele Alınması” (ERÜHFD. C.I, S.2, Kayseri 2006, s.177-207).

kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun (yüksek) yararı temel düşüncedir.

“Çocuğun görüşünün alınması ilkesi”; Sözleşme’nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca; Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, millî kanunun usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.

“Çocuğun, Devletten özel koruma ve yardım görme hakkı”; 20. maddede düzenlenmiştir. Geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır. Benzer şekilde; 25. maddeye göre; Taraf Devletler, yetkili makamlarca korunma ve bakım altına alma, bedensel ya da ruhsal tedavi amaçlarıyla hakkında bir yerleştirme tedbiri uygulanan çocuğun, gördüğü tedaviyi ve yerleştirilmesine bağlı diğer tüm şartları, belli aralıklarla gözden geçirme hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

“Çocukların, kötü muamele ve ağır cezalara karşı korunması ilkesi”; Sözleşmenin 37. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; Taraf Devletler, aşağıdaki hususları sağlarlar:

- a) Hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tâbi tutulmayacaktır. Onsekiz yaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle idam cezası verilemeyeceği gibi, salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilmeyecektir.
- b) Hiçbir çocuk, yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır.
- c) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacaktır.

Özgürlüğünden yoksun olan her çocuk, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır.

d) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kısa zamanda ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı gibi, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır.

“Çocuğun yeniden bedensel ve ruhsal sağlığına kavuşması (terapi) hakkı” da, Sözleşmenin 39. maddesinde yer almaktadır: Taraf Devletler, her türlü ihmal, sömürü ya da suistimal, işkence ya da her türlü zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulaması ya da silâhlı çatışma mağduru olan bir çocuğun, bedensel ve ruhsal bakımdan sağlığına yeniden kavuşması ve yeniden toplumla bütünleşebilmesi temin için uygun olan tüm önlemleri alırlar. Bu tür sağlığa kavuşturma ve toplumla bütünleştirme, çocuğun sağlığını, özgüvenini ve saygınlığını geliştirici bir ortamda gerçekleştirilir.

“Ceza Hukuku açısından çocuğun korunması” da, Sözleşme’nin 40.maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca; “1. Taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul edilen her çocuğun; çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususları göz önünde bulundurularak, taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler.

2. Bu amaçla ve uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, Taraf Devletler özellikle, şunları sağlarlar:

a) İşlendiği zaman ulusal ya da uluslararası hukukça yasaklanmış bir eylem ya da ihmal nedeniyle hiçbir çocuk hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddiası ya da ithamı öne sürülemeyeceği gibi, böyle bir ihlâlde bulunduğu da kabul edilmeyecektir.

b) Hakkında ceza kanunu ihlâl iddiası veya ithamı bulunan her çocuk, aşağıdaki asgari güvencelere sahiptir:

- i) Haklarındaki suçlama yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılmak;
- ii) Haklarındaki suçlamalardan kendilerinin hemen ve doğrudan doğruya; ya da uygun düşen durumlarda ana babaları ya da yasal vasileri kanalı ile haberli kılınmak ve savunmalarının hazırlanıp sunulmasında gerekli yasal ya da uygun olan başka yardımdan yararlanmak;
- iii) Yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde adli ya da başkaca uygun yardımdan yararlanarak ve özellikle çocuğun yaşı ve durumu göz önüne alınmak suretiyle kendisinin yüksek yararına aykırı olduğu saptanmadığı sürece, ana babası veya yasal vasisi de hazır bulundurularak, yasaya uygun biçimde adli bir duruşma ile, konunun gecikmeksizin karara bağlanması- nın sağlanması;
- iv) Tanıklık etmek ya da suç ikrarında bulunmak için zorlanma- mak; aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek veya sorguya çek- miş olmak ve lehine olan tanıkların hazır bulunmasının ve sor- gulanmasının eşit koşullarda sağlanması;
- v) Ceza yasasını ihlâl ettiği sonucuna varılması hâlinde, bu kara- rın ve bunun sonucu olarak alınan önlemlerin daha yüksek yet- kili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde yasa- ya uygun olarak incelenmesi;
- vi) Kullanılan dili anlamaması veya konuşamaması hâlinde çocu- ğun parasız çevirmen yardımından yararlanması;
- vii) Kovuşturmanın her aşamasında özel hayatının gizliliğine tam saygı gösterilmesine hakkı olmak;

3. Taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddiası ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edecek ve özel- likle şu konularda çaba göstereceklerdir:

- a) Ceza Yasasını ihlâl konusunda asgari bir yaş sınırı belirleyerek, bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığının kabulü;
- b) Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile, bu tür ço- cuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması.

4. Koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışman-

lık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında çocuklara, durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır”.

III. Çocuk Koruma Kanunu'ndaki Temel İlkeler

Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulanmasında, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki ilkelere benzer şekilde, çocuğun haklarının korunması amacıyla, şu temel ilkeler öngörülmüştür (m.4):

1. Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması,
2. Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi,
3. Çocuk ve ailesinin, herhangi bir nedenle ayrımcılığa tâbi tutulmaması,
4. Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle, karar sürecine katılımlarının sağlanması,
5. Çocuğun, ailesinin, ilgililerin, kamu kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının işbirliği içinde çalışmaları,
6. İnsan haklarına dayalı, âdil, etkili ve süratli bir usûl izlenmesi,
7. Soruşturma ve kovuşturma sürecinde, çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi,
8. Kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimi ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi,
9. Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması,
10. Tedbir kararı verilirken, kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması,
11. Çocukların bakılıp gözetildiği, tedbir kararlarının uygulandığı kurumlarda yetişkinlerden ayrı tutulmaları,

12. Çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik önlemler alınması.

IV. Çocuk Koruma Kanunu'ndaki Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler

A. Genel Olarak Çocuk Koruma Kanunu'nda Sayılan Tedbirler

Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerinde sayılıp açıklanan; Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik'in⁶ 5. maddesinde ise, sadece sayılmakla yetinilen, çocuğu "koruyucu ve destekleyici tedbirler" şunlardır:

"1. Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir⁷.

a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

6- Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik için bkz, RG. 24.12.2006, S. 26386.

7- Çocuk Koruma Kanununun "Kurumlar" başlıklı 45. maddesine göre;

"(1) Bu Kanunun 5 inci maddesinde yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirlerden;

a) (a) ve (e) bentlerinde yazılı danışmanlık ve barınma tedbirleri Milli Eğitim Bakanlığı, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve yerel yönetimler,

b) (b) bendinde yazılı eğitim tedbiri Milli Eğitim Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı,

c) (c) bendinde yazılı bakım tedbiri Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu,

d) (d) bendinde yazılı sağlık tedbiri Sağlık Bakanlığı,

Tarafından yerine getirilir...."

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya,

Yönelik tedbirdir.

Yönetmeliğin 5. maddesinde, söz konusu tedbirlerin, çocuğun, öncelikle kendi aile ortamında korunmasının sağlanması ile yaşına ve gelişimine uygun eğitim ve öğreniminin desteklenmesini, kişiliğinin ve toplumsal sorumluluğunun geliştirilmesini sağlamaya yönelik olduğu belirtilmektedir.

2. Hakkında, “barınma tedbiri” uygulanan (e bendindeki) kimse-lerin, talepleri hâlinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur.

3. Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması hâlinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bu fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında, birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir.

“Çocuk hakkında verilen koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının giderleri Devletçe ödenir. Ödenecek miktar, mahkemece verilecek bir karar ile tespit edilir.” (ÇKK.m.43/I). “Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre çocuğa bakmakla yükümlü olan kimsenin malî durumunun müsait olması hâlinde, Devletçe ödenen meblâğın tahsili için ilgililere rücu edilir.” (ÇKK.m.43/II).

Çocuk Koruma Kanunu’nda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, “suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar” bakımından, “çocuklara özgü güvenlik tedbiri” olarak anlaşılır (ÇKK.m.11). “Suça sürüklenen çocuğun aynı zamanda akıl hastası” olması hâlinde, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu-

nun 31 inci Maddesinin birinci ve ikinci fıkraları⁸ kapsamına giren çocuklar hakkında, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır (ÇKK.m.12).

B. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna Başvuru, Bakım ve Barınma Kararlarının Yerine Getirilmesi

“Adli ve idarî merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür.” (ÇKK.m.6/I). “Çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kişiler, çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurabilir. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kendisine bildirilen olaylarla ilgili olarak gerekli araştırmayı derhâl yapar.” (ÇKK.m.6/II). Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından, kendisine intikal eden olaylarda gerekli önlemler derhâl alınarak çocuk, resmî veya özel kuruluşlara yerleştirilir (ÇKK.m.10).

C. Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararı Alınması

Çocuk Koruma Kanunu’nun 7. maddesinde, koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınmasının usul ve esasları, yedi fıkra hâlinde, şöylece düzenlenmiştir:

8- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Yaş Küçüklüğü” başlıklı 31. maddesine göre:

“(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) (29.6.2005 tarihli ve 5377 SK. m.5 ile değiştirilen fıkra) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak, bu kişiler hakkında, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde, oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz”.

“(1) Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen çocuk hâkimi tarafından alınabilir.

(2) Tedbir kararı verilmeden önce, çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılabilir.

(3) Tedbirin türü kararda gösterilir. Bir veya birden fazla tedbire karar verilebilir.

(4) Hâkim, hakkında koruyucu ve destekleyici tedbire karar verdiği çocuğun denetim altına alınmasına da karar verebilir.

(5) Hâkim, çocuğun gelişimini göz önünde bulundurarak, koruyucu ve destekleyici tedbirin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verebilir. Bu karar acele hâllerde, çocuğun bulunduğu yer hâkimi tarafından da verilebilir. Ancak, bu durumda karar, önceki kararı alan hâkim veya mahkemeye bildirilir.

(6) Tedbirin uygulanması, onsekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer. Ancak hâkim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle, tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir.

(7) Mahkeme, korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında, koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yanında 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre velâyet, velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar vermeye yetkilidir.”

D. Acil Korunma Kararı Alınması

Çocuk Koruma Kanunu’nun 9. maddesinin birinci fıkrasına göre: “Derhâl koruma altına alınmasını gerektiren bir durumun varlığı hâlinde çocuk, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından bakım ve gözetim altına alındıktan sonra acil korunma kararının alınması için, Kurum tarafından çocuğun Kuruma geldiği tarihten itibaren en geç beş gün içinde çocuk hâkimine müracaat edilir. Hâkim tarafından, üç gün içinde talep hakkında karar verilir. Hâkim, çocuğun bulunduğu yerin gizli tutulmasına ve gerektiğinde ki-

şisel ilişkinin tesisine karar verebilir.

Acil korunma kararı en fazla otuz günlük süre ile sınırlı olmak üzere verilebilir. Bu süre içinde Kurumca çocuk hakkında sosyal inceleme yapılır. Kurum, yaptığı inceleme sonucunda, tedbir kararı alınmasının gerekmediği sonucuna varırsa bu yöndeki görüşünü ve sağlayacağı hizmetleri hâkime bildirir. Çocuğun, ailesine teslim edilip edilmeyeceğine veya uygun görülen başkaca bir tedbire hâkim tarafından karar verilir (ÇKK.m.9/II). Kurum, çocuk hakkında tedbir kararı alınması gerektiği sonucuna varırsa, hâkimden koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesini talep eder. (ÇKK.m.9/f.son).

E. Tedbir Kararlarında Görev, Usûl, Yetki ve Kanun Yolu

1. Tedbir Kararlarında Görevli Mahkeme ve Uygulanacak Usûl

a. Genel Olarak

Çocuk Mahkemesi, Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri, Cumhuriyet Savcılığı Çocuk Bürosu, Kolluğun Çocuk Birimi, sosyal inceleme yapacak olan Sosyal Çalışma Görevlileri, Denetim ve Denetim Görevlileri ile bunların görev ve yetkilerine ilişkin ayrıntılı hükümler, Çocuk Koruma Kanunu'nun 25. ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde “mahkeme”nin; “çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri”ni; (c) bendinde de “çocuk hâkimi”nin, hakkında kovuşturma başlatılmış olanlar hariç, suça sürüklenen çocuklarla korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında uygulanacak tedbir kararlarını veren çocuk mahkemesi hâkimi”ni ifade ettiği belirtilmektedir. Bu nedenle, söz konusu Kanun'un uygulanmasında, esas olarak görevli mahkeme, “çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri”dir.

“Çocuk mahkemesi”; asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara; “çocuk ağır ceza mahkemesi” ise, çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakarlar. Mahkemeler ve çocuk hâkimi, bu Kanunda ve diğer kanunlarda belirtilen tedbirleri almakla görevlidirler. Çocuklar hakkında açılan kamu davaları, Kanunun 17

nci maddesi hükümleri⁹ saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunla kurulan mahkemelerde görülür (ÇKK.m.26).

Çocuk mahkemesi ve çocuk ağır ceza mahkemelerinin; kuruluşu, yargı çevresi ve hâkimlerin atanmaları ile ilgili hükümler, Çocuk Koruma Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (ÇKK.m.25 vd.). Çocuk mahkemesi, tek hâkimden oluşur. Çocuk ağır ceza mahkemelerinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır (ÇKK.m.25). Mahkemelere, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, tercihan “çocuk hukuku” alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olan hâkimler ve Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır (ÇKK.m.28). Görüldüğü üzere, çocuk mahkemelerine hâkimlerin atanmasında, aile mahkemelerine atanan hâkimlerde aranan özelliklere benzere özellikler aranmaktadır¹⁰.

b. Tedbir Kararlarında Uygulanacak Usûl

Çocuk Koruma Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına göre: “Bu Kanunun 7 nci maddesinin yedinci fıkrasında¹¹ öngörülen durumlar hariç olmak üzere, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklarla, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında duruşma yapılmaksızın tedbir kararı verilir. Ancak, hâkim zaruret gördüğü hâllerde duruşma yapabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de: “Tedbir kararının verilmesinden önce, yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun görüşü alınır, ilgililer dinlenebilir, çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesi istenebilir.”

9- Çocuk Koruma Kanunu'nun “İştirak hâlinde işlenen suçlar” başlıklı 17. maddesine göre:

“(1) Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturma ayrı yürütülür.

(2) Bu hâlde de çocuklar hakkında gerekli tedbirler uygulanmakla beraber, mahkeme lüzum gördüğü takdirde, çocuk hakkındaki yargılamayı genel mahkemedeki davanın sonucuna kadar bekletebilir.

(3) Davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi hâlinde, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir. Bu takdirde, birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülür”.

10- 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun “Aile mahkemeleri hâkimlerinin nitelikleri ve atanmaları” başlıklı 3. maddesine göre: “Aile mahkemelerine, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, tercihan evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır”. Bu Kanun için bkz. RG. 18.1.2003, S.24997,

11- Bu fıkra için bkz. yuk. § 1, IV, C.

Göröldüğü üzere; aile hukuku (velâyet, kişisel ilişki kurulması, nafaka) ve vesayet hukuku (vesayet, kayyım) konularında, “duruşma” yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna karşılık; diğer konularda, duruşma yapılmaksızın da, tedbir kararı verilebilmektedir. Ancak, hâkim gerekli görürse, duruşma da yapabilmektedir.

Bunun dışında; özellikle, “mağdur çocukların tanıklığında”, bu çocukların tanık olarak dinlenmesi sırasında, bunların görüntü veya seslerinin kayda alınması zorunludur. Bu şekilde elde edilen ses ve görüntü kayıtları, sadece ceza muhakemesinde kullanılır (CMK. m.52)¹². Böylece; çocukların defalarca dinlenilmesine ve mağdur oldukları olayı tekrar tekrar yaşamasının da önüne geçilmiş olur¹³. Çocukların tanık olarak dinlenme sayısı da, sınırlandırılmıştır (CMK.m.236)¹⁴.

Ayrıca, çocukların çocukların ve akıl hastalarının tanıklıktan çekinmeleri konusunda kanuni temsilcileri karar verir. Bir çocuğun

12- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Tanıkların dinlenmesi” başlıklı 52. maddesine göre:

“(1) Her tanık, ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir.

(2) Tanıklar, kovuşturma evresine kadar ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hallerde birbirleri ile ve şüpheli ile yüzleştirilebilirler.

(3) Tanıkların dinlenmesi sırasında görüntü veya sesler kayda alınabilir. Ancak:

a) Mağdur çocukların,

b) Duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin, Tanıklığında bu kayıt zorunludur.

(4) Üçüncü fıkra hükmünün uygulanması suretiyle elde edilen ses ve görüntü kayıtları, sadece ceza muhakemesinde kullanılır”. Bu Kanun için bkz. RG. 17.12.2004, S. 25673.

13- Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te, çocuğun korunmasına yönelik tedbirleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Meselâ, “Soruşturma” başlıklı 5. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; “Suça sürüklenen çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir.” Aynı maddenin altıncı fıkrasında, işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş mağdur çocuğun, bu suça ilişkin soruşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceği, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hallerin saklı olduğu belirtilmiştir. Yine aynı maddenin yedinci fıkrasına göre de: “Mağdur çocuğun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur...” Bu Yönetmelik için bkz. RG. 24.12.2006, S. 26386.

14- Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Mağdur ile şikâyetçinin dinlenmesi”, başlıklı 236. maddesine göre:

“(1) Mağdurun tanık olarak dinlenmesi hâlinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır.

(2) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır.

(3) Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır”.

veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır¹⁵.

4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun¹⁶ 4. maddesi uyarınca, “aile mahkemesi”nde görülen; aile hukuku ile ilgili bazı davalar (velâyet, kişisel ilişki kurulması, nafaka davaları); korunmaya ihtiyacı olan veya mağdur ya da suça itilmiş bir çocuk söz konusu ise, istisnâ olarak, çocuk mahkemesinde veya çocuk ağır ceza mahkemesinde de görülebilmektedir (ÇKK.m.7/VII). Nitekim, vasi atanması gibi vesayet hukukuna ilişkin konularda, Türk Medenî Kanununun 397. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, vesayet makamı sıfatıyla sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı sıfatıyla da asliye hukuk mahkemesi” görevli olduğu hâlde, Çocuk Koruma Kanununun uygulanmasını gerektiren durumlarda, çocuk mahkemesi veya çocuk ağır ceza mahkemesi de, karar vermeye yetkili kılınmıştır. Çocuk Koruma Kanununun uygulanması sırasında, çocuğa kayyım atanması gerektiği takdirde, Türk Medenî Kanununun 431. maddesinin birinci fıkrasında yapılan yollama uyarınca da, belirtilen mahkemeler karar vermeye yetkilidirler.

c. Kanun Yolu

Bu Kanun hükümlerine göre, çocuk hâkimi tarafından alınan tedbir kararlarına karşı itiraz yolu açıktır. İtiraz, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun itiraza ilişkin hükümleri-

15- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” başlıklı 76. maddesinin dördüncü fıkrasına göre: “Tanıklıktan çekinme sebepleri ile, muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanuni temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller, davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz...”.

16- 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesine göre: “Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısmı hariç olmak üzere, İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler.

2. 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi,

3. Kanunlarla verilen diğer görevler”.

Hemen belirtelim ki, bu maddenin birinci bendinde, “Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısmı hariç olmak üzere” şeklindeki ibare ile aile mahkemelerinin görev alanının dışında bırakılan dava ve işler, vesayete ilişkin hükümlerde (m.396 – 494) düzenleme konusu yapılan dava ve işlerdir. Bu Kanun için bkz. RG. 18.1.2003, S. 24997.

ne göre “en yakın çocuk mahkemesi”ne yapılır (ÇKK.m.14). Buna karşılık, çocuk hâkiminin, yetkili kılındığı aile hukukuna ilişkin kararlarına karşı itiraz hakkı, açık olarak tanınmadığı için, itiraz hakkının olup olmadığı tartışılabilir. Ancak; çocuğun yüksek yararına yapılacak geniş bir yorum ile, bu tür kararlarda da itiraz yoluna başvurulabileceği söylenebilir. Ayrıca; vesayet işlerinde, sulh hukuk mahkemesi kararlarında olduğu gibi, çocuk hâkiminin kararlarına karşı da, denetim makamına da (asliye hukuk mahkemesine) başvurulabilir (TMK.m.422, m.435, m.461/II, m.488)¹⁷.

2. Cumhuriyet Savcılığı Çocuk Bürosu

Cumhuriyet başsavcılıklarında bir “çocuk bürosu” kurulur. Cumhuriyet başsavcısının, Çocuk Koruma Kanununun 28. maddenin birinci fıkrasında öngörülen nitelikleri¹⁸ haiz olanlar arasından yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı, bu büroda görevlendirilir (ÇKK.m.29).

Çocuk Koruma Kanununun 30. maddesine göre, çocuk bürosunun görevleri şunlardır:

- a) Suça sürüklenen çocuklar hakkındaki soruşturma işlemlerini yürütmek,
- b) Çocuklar hakkında tedbir alınması gereken durumlarda, gecikmeksizin tedbir alınmasını sağlamak,
- c) Korunma ihtiyacı olan, suç mağduru veya suça sürüklenen çocuklardan yardıma, eğitime, işe, barınmaya ihtiyacı olan veya uyum güçlüğü çekenlere ihtiyaç duydukları destek hizmetlerini sağlamak üzere, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği içinde çalışmak, bu gibi durumları çocukları korumakla görevli kurum ve kuruluşlara bildirmek,

17- Türk Medenî Kanunu'nun “Şikâyet ve itiraz” başlıklı 461. maddesine göre: “Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasiinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikâyetle bulunabilir.

Vesayet makamının kararlarına karşı tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir”.

18- Çocuk Koruma Kanunu'nun “Hâkimlerin atanmaları” başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasına göre: “Mahkemelere, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, tercihan çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olan hâkimler ve Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır...”.

d) Bu Kanunla ve diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirmektir.

(2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, bu görevler çocuk bürosunda görevli olmayan Cumhuriyet savcıları tarafından da yerine getirilebilir.”

3. Kolluğun Çocuk Birimi

Çocuk Koruma Kanununun 31. maddesine göre, Kolluğun çocuk biriminin görevleri şunlardır:

“(1) Çocuklarla ilgili kolluk görevi, öncelikle kolluğun çocuk birimleri tarafından yerine getirilir.

(2) Kolluğun çocuk birimi, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocuklar hakkında işleme başlandığında durumu, çocuğun veli veya vasisine veya çocuğun bakımını üstlenen kimseye, baroya ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna, çocuk resmi bir kurumda kalıyorsa ayrıca kurum temsilcisine bildirir. Ancak, çocuğu suça azmettirdiğinden veya istismar ettiğinden şüphelenilen yakınlarına bilgi verilmez.

(3) Çocuk, kollukta bulunduğu sırada yanında yakınlarından birinin bulunmasına imkân sağlanır.

(4) Kolluğun çocuk birimlerindeki personeline, kendi kurumları tarafından çocuk hukuku, çocuk suçluluğunun önlenmesi, çocuk gelişimi ve psikolojisi, sosyal hizmet gibi konularda eğitim verilir.

(5) Çocuğun korunma ihtiyacı içinde bulunduğunun bildirimi ya da tespiti veya hakkında acil korunma kararı almak için beklemenin, çocuğun yararına aykırı olacağını gösteren nedenlerin varlığı hâlinde kolluğun çocuk birimi, durumun gerektirdiği önlemleri almak suretiyle çocuğun güvenliğini sağlar ve mümkün olan en kısa sürede Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna teslim eder.”

4. Yetkili Mahkeme

Çocuk Koruma Kanunu’na göre: “Korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun menfaatleri bakımından kendisinin, ana, baba, vasisi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki “çocuk hâkimince” alınır (ÇKK.

m.8/I). Tedbir kararlarının uygulanması, kararı veren hâkim veya mahkemece en geç üçer aylık sürelerle incelettirilir (ÇKK.m.8/II). Hâkim veya mahkeme; denetim memurları, çocuğun velisi, vasisi, bakım ve gözetimini üstlenen kimselerin, tedbir kararını yerine getiren kişi ve kuruluşun temsilcisi ile Cumhuriyet savcısının talebi üzerine veya re'sen çocuğa uygulanan tedbirin sonuçlarını inceleyerek kaldırabilir, süresini uzatabilir veya değiştirebilir (ÇKK.m.8/f.son).”

V. Diğer Tedbirler

Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde özel olarak öngörülen çocuğu “koruyucu ve destekleyici tedbirler” dışında, diğer birçok maddesinde de, yargılamanın (soruşturma, gözaltında tutulma, nakil, tutuklama, duruşma gibi) çeşitli aşamalarına ve suçun türüne (iştirak hâlinde işlenen suç) ilişkin diğer bazı koruyucu ve destekleyici tedbirler de öngörülmüştür. Aynı Kanunun “Soruşturma ve kovuşturma” üst başlıklı İkinci Bölümündeki söz konusu tedbirler şunlardır (ÇKK.m.15 vd.; ÇKKUY.m.6 vd.)¹⁹:

1. Soruşturma tedbirleri,
2. Çocuğun gözaltında tutulması tedbirleri,
3. İştirak hâlinde işlenen suçlarla ilgili tedbirler
4. Çocuğun nakli tedbirleri
5. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi tedbirleri
6. Adli kontrole ilişkin tedbirler
7. Tutuklama yasağı tedbirleri
8. Kovuşturma tedbirleri
 - a. Duruşma tedbirleri
 - b. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması tedbirleri
 - c. Uzlaşma kurumuna ilişkin tedbirler.

Bu tedbirler, şöylece açıklanabilir:

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun²⁰ 2. maddesine göre; bu Kanunun uygulanmasında;

Soruşturma; kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

19- Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasının Usûl ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in (ÇKKUY.) m.6. ve devamındaki maddelerinde, çocuğun korunmasına yönelik tedbirleri ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Bu Yönetmelik için bkz.. 23.12.2006, S. 26386.

20- 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (RG. 17.12.2004, S. 25673).

Kovuşturma ise; iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi, ifade etmektedir.

Suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma, çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır. Çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir (ÇKK. m.15). Cumhuriyet savcısı soruşturma sırasında gerekli görüldüğünde çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasını çocuk hâkiminden isteyebilir. Gözaltına alınan çocuklar, kolluğun çocuk biriminde tutulur. Kolluğun çocuk biriminin bulunmadığı yerlerde çocuklar, gözaltına alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulur (ÇKK.m.16; m.4). Buna karşılık, çocuk mağdur durumunda ve suçüstü durumu söz konusu ise; yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlem şikâyeteye bağlı değildir (CMK. m.90)²¹.

Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturma ayrı yürütülür (ÇKK.m.17). Bu hâlde de, çocuklar hakkında gerekli tedbirler uygulanmakla beraber, mahkeme lüzum gördüğü takdirde çocuk hakkındaki yargılamayı, genel mahkemedeki davanın sonucuna kadar bekletebilir. Davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi hâlinde, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla, birleştirme kararı verilebilir. Bu takdirde, birleştirilen davalar, genel mahkemelerde görülür. Çocuklara zincir, kelepçe ve benzeri âletler takılamaz. Ancak, zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlem alınabilir (ÇKK.m.18). Çocuğa yüklenen suçtan dolayı, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı²² hâlinde, kamu davasının açıl-

21- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler", başlıklı 90. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; "Soruşturma ve kovuşturması şikâyeteye bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden âciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hâllerinde kişinin yakalanması şikâyeteye bağlı değildir..."

22- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Kamu davasını açmada takdir yetkisi" başlıklı 171.maddesinin 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"(1) Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı hâlinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir.

(2) 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir..."

masının ertelenmesi kararı verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından erteleme süresi üç yıldır (m.19).

Suçta sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuştur-
ma evrelerinde adli kontrol tedbiri olarak, Ceza Muhakemesi Kanu-
nunun 109 uncu Maddesinde sayılanlar²³ ile aşağıdaki tedbirlerden
bir ya da birkaçına karar verilebilir (ÇKK.m.20):

a) Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak.

b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gi-
debilmek.

c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak.

Ancak bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağı-
nın anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama
kararı verilebilir (ÇKK.m.20). Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar
hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiille-
rinden dolayı tutuklama kararı verilemez (ÇKK.m.21). Buna karşın,
“çocuk mağdur” ise ve yetişkin tarafından “çocukların cinsel istis-
marı” söz konusu ise, suçun işlendiği hususunda “kuvvetli şüphe se-
beplerinin varlığı hâlinde” tutuklama nedeni var sayılabilir (CMK.
m.100)²⁴. Ayrıca; “çocukların cinsel istismarı” durumunda, Telekom-
ünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir ve
kayda alınabilir (CMK.m.135)²⁵.

23- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Adli kontrol" başlıklı 109. maddesinin üçüncü fıkrasına göre;
"Adli kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tâbi tutulmasını
içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin
veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.

d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz
karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.

e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya ucuca maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla,
hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek..."

24- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tutuklama nedenleri" başlığını taşıyan 100. maddesinin üçüncü
fıkrası ve bu fıkranın altıncı bendi uyarınca, Türk Ceza Kanununun 103. maddesinde düzenlen-
nen "çocukların cinsel istismarı suçu"nun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı
kabul edilerek, tutuklama nedeni var sayılabilecektir.

25- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması" başlığını
taşıyan 135. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre: "Bir suç dolayısıyla yapılan
soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil
elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan
hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi
tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Aynı maddenin
altıncı fıkrası ve bu fıkranın (a) bendinin beşinci alt bendi uyarınca, bu madde kapsamında din-
leme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler, çocukların cinsel
istismarı (TCK.m.103) suçlarında da uygulanabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere; 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun²⁶ 2. maddesine göre; bu Kanunun uygulanmasında; "kovuşturma" ise; iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi, ifade etmektedir. "Kovuşturma" ile ilgili hükümler, ÇKK.nun 22 vd. maddelerinde ve ÇKK.Yön.m.13'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu aşamaya ilişkin olarak; "duruşma", "hükmün açıklanmasının geri bırakılması", "uzlaşma" kurumuna ilişkin olarak çocuğu koruyucu bazı tedbirler öngörülmüştür. Bu tedbirler, şöylece açıklanabilir:

Çocukların duruşmaları kapalı yapılır; hüküm de kapalı duruşmada açıklanır (ÇKK.Yön.m.13)²⁷. Çocuk, velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisi duruşmada hazır bulunabilir. Mahkeme veya hâkim, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurabilir. Duruşmalarda hazır bulunan çocuk, yararı gerektirdiği takdirde duruşma salonundan çıkarılabileceği gibi sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmebilir (ÇKK.m.22).

Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların²⁸ varlığı hâlinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır (ÇKK.m.23). Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklenen

26- 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (RG. 17.12.2004, S.25673).

27 - Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasının Usûl ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in "Kovuşturma" başlıklı 13. maddesine göre:

"(1) Çocukların duruşmaları kapalı yapılır; hüküm de kapalı duruşmada açıklanır. Çocuk, velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa, kurumun temsilcisi duruşmada hazır bulunabilir...

(5) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş mağdur çocuk, bu suça ilişkin kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hâller saklıdır.

(6) Mağdur çocuğun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır.

(7) Duruşmalarda hazır bulunan çocuk, yararı gerektirdiği takdirde duruşma salonundan çıkarılabileceği gibi sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmebilir...". Bu Yönetmelik için bkz. yuk. dn. 19.

28- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" başlıklı 231. maddesine, 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen beşinci fıkrasına göre: "Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, "iki yıl" veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir..."

çocuklar bakımından da uygulanır (ÇKK.m.24). Uzlaşma ile ilgili hükümler, CMK.nun 253-255. maddelerinde yer almaktadır²⁹. Çocuk Koruma Kanunu'nda öngörülen çocuğu koruyucu bu tedbirler dışında; Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da çocuğu koruyucu hükümler bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak; müdafî görevlendirilmesi (CMK.m.150)³⁰, duruşma düzenine (CMK.m.203)³¹ ve katılan haklarına (CMK.m.239)³² ilişkin hükümler gösterilebilir.

VI. Çocuk Koruma Kanunu'nda Öngörülen Sosyal İnceleme ve Denetim Raporları

Çocuk Koruma Kanunu kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca; gerektiğinde, çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren bir inceleme yaptırılarak, bir sosyal inceleme raporu düzenlenir. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur. Derhâl tedbir alınmasını gerektiren durumlarda, sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir. Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından, çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde, gerekçesi kararda gösterilir (ÇKK.m.35).

29- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Uzlaşma" başlıklı 253.maddesine göre:

"(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234)..."

30- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Müdafîin görevlendirilmesi" başlığını taşıyan 150. maddesine göre; "... (2) Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir..."

31- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Duruşmanın Düzen ve Disiplini" üst başlıklı Üçüncü Bölümündeki "Hâkim veya başkanın yetkisi" başlıklı 203. maddesine göre:

"(1) Duruşmanın düzeni, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından sağlanır.

(2) Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder.

(3) Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır ve hâkim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhâl dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak, çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz."

32- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Katılanın hakları" başlığını taşıyan 239. maddesine göre;

(1) Mağdur veya suçtan zarar gören, davaya katıldığı anda, mahkemeden istemesi hâlinde, baro tarafından bir avukat görevlendirilir.

(2) Mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması hâlinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz..."

Adalet Bakanlığınca mahkemelere, en az lisans öğrenimi görmüş olanlar arasından yeterli sayıda sosyal çalışma görevlisi atanır. Atamada; çocuk ve aile sorunları ile çocuk hukuku ve çocuk suçluluğunun önlenmesi alanlarında lisansüstü eğitim yapmış olanlar tercih edilir. Bu görevlilerin bulunmaması, görevin bunlar tarafından yapılmasında fiilî veya hukukî bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması gibi durumlarda, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar ile serbest meslek icra eden birinci fıkrada öngörülen nitelikleri hâiz kimseler de sosyal çalışma görevlisi olarak görevlendirilebilirler (ÇKK.m.33).

Hakkında sosyal inceleme yapılacak çocuğun, incelemeye tâbi tutulacak çevresi, mahkemenin yetki alanı dışında ise, davayı gören mahkemenin talimatına bağlı olarak çocuğun bulunduğu yerdeki mahkemece inceleme yaptırılır. Büyükşehir belediye sınırları içinde kalan yerlerde bu inceleme, davayı gören mahkemeye bağlı olarak çalışan sosyal çalışma görevlilerince yapılabilir (ÇKK.m.33).

Sosyal çalışma görevlilerinin başlıca görevleri şunlardır (ÇKK.m.34):

- a) Görevlendirildikleri çocuk hakkında derhâl sosyal inceleme yapmak, hazırladıkları raporları kendilerini görevlendiren mercie sunmak,
- b) Suça sürüklenen çocuğun ifadesinin alınması veya sorgusu sırasında yanında bulunmak³³,
- c) Bu Kanun kapsamında mahkemeler ve çocuk hâkimleri tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek.

İlgililer, sosyal çalışma görevlilerinin çalışmaları sırasında kendilerine yardımcı olmak ve çocuk hakkında istenen bilgileri vermek zorundadırlar. Sosyal çalışma görevlilerinin, görevleri sırasında yaptıkları ve hâkim tarafından takdir edilen masrafları, Cumhuriyet başsavcılığının suçüstü ödeneğinden ödenir.

Hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı onanan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir (ÇKK.m.36). Ayrıca, denetim konusunda bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, Denetimli Serbestlik ve Yar-

33- Ayrıca bkz. ÇKKUY.m.5. Bu Yönetmelik için bkz. yuk. dn. 19.

dım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu (RG. 20.7.2005, S. 25881) hükümleri uygulanır (ÇKK.m.42).

Denetim altına alınan çocukla ilgili olarak denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından bir denetim görevlisi görevlendirilir. Ancak, korunma ihtiyacı olan çocuklar veya suç tarihinde oniki yaşını bitirmemiş suça sürüklenen çocuklar ile çocuğun aileye teslimi yönünde karar verilmesi hâlinde, bu çocuklar hakkında denetim görevi, gözetim esaslarına göre, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından yerine getirilir. Görevlendirme sırasında çocuğun kişisel özellik ve ihtiyaçları dikkate alınır ve çocuğa kolay ulaşabilecek olanlar tercih edilir (ÇKK.m.37).

Denetim görevlisinin görevleri şunlardır (ÇKK.m.38):

- a) Kararla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesi için çocuğun eğitim, aile, kurum, iş ve sosyal çevreye uyumunu sağlamak üzere onu desteklemek, yardımcı olmak, gerektiğinde önerilerde bulunmak.
- b) Çocuğa eğitim, iş, destek alabileceği kurumlar, hakları ve haklarını kullanma konularında rehberlik etmek.
- c) İhtiyaç duyacağı hizmetlerden yararlanmasında çocuğa yardımcı olmak.
- d) Kaldığı yerleri ve ilişki kurduğu kişileri ziyaret ederek, çocuğun içinde yaşadığı şartları, ailesi ve çevresiyle ilişkilerini, eğitim ve iş durumunu, boş zamanlarını değerlendirme faaliyetlerini yerinde incelemek.
- e) Alınan kararın uygulanmasını, bu uygulamanın sonuçlarını ve çocuk üzerindeki etkilerini izlemek, tâbi tutulduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesini denetlemek.
- f) Çocuğun gelişimi hakkında, üçer aylık sürelerle Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye rapor vermek.

Denetim görevlisi, görevini yerine getirirken, gerektiğinde çocuğun ana ve babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse ve öğretmenleriyle işbirliği yapar. Çocuğun ana ve babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, çocuğun devam ettiği okul, işyeri veya çocukla ilgili bilgiye sahip kurumların yetkilileri, denetim görevlisine yardımcı olmak, görevi gereğince istediği bilgileri vermek zorundadırlar. Çocuğun yakınları, denetim görevlisinin yetkilerine müdahale edemezler.

Denetim plânı ve rapor ile ilgili hususlar da, Çocuk Koruma Kanunu'nun 39. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, çocuğa uygulanacak denetimin yöntemi, denetim görevlisi, sosyal incelemeyi yapan uzman veya mahkeme nezdindeki sosyal çalışma görevlisi ile birlikte, görevlendirmeyi takip eden on gün içinde hazırlanacak bir plânla belirlenir (ÇKK.m.39/1). Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de: "Denetim plânı hazırlanırken;

- a) Çocuk hakkında alınan tedbirin amacı, niteliği ve süresi,
 - b) Çocuğun ihtiyaçları,
 - c) Çocuğun içinde bulunduğu tehlike hâlinin ciddiyeti,
 - d) Çocuğun ana ve babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse tarafından çocuğa verilen desteğin derecesi,
 - e) Suça sürüklenmesi sebebiyle tedbir alınmış ise suç teşkil eden fiilin mahiyeti,
 - f) Çocuğun görüşü,
- dikkate alınır."

Denetim plânı, mahkeme veya çocuk hâkimince onaylandıktan sonra derhâl uygulanır. Denetim görevlisi, kararın uygulama biçimi, çocuk üzerindeki etkileri ile çocuğun ana ve babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimselerin veya kurumların çocuğa karşı sorumluluklarını gereğince yerine getirip getirmediği, kararın değiştirilmesini gerektirir bir durum olup olmadığı ve istenen diğer hususlarda her ay, ayrıca talep hâlinde mahkeme veya çocuk hâkimine rapor verir.

Denetim, kararda öngörülen sürenin dolmasıyla sona erer. Tedbirden beklenen yararın elde edilmesi hâlinde denetim, sürenin dolmasından önce de kaldırılabilir. Denetim, çocuğun başka bir suçtan dolayı tutuklanması veya cezasının yerine getirilmesine başlanmakla sona erer (ÇKK.m.40).

Sosyal inceleme raporu ile denetim plânı ve raporunun birer örneğini çocuğun avukatı veya yasal temsilcisi; Cumhuriyet savcısından, mahkemeden veya çocuk hâkiminden alabilir. Çocuğa, raporun içeriği hakkında bilgi verilir. Ancak, çocuk ve avukatı hariç olmak üzere, birinci fıkrada gösterilen kişilerin sosyal inceleme raporu ile denetim plânı ve raporu hakkında bilgi sahibi olmasının çocuğun yararına aykırı olduğuna kanaat getirilirse, bunların incelenmesi kısmen veya tamamen yasaklanabilir (ÇKK.m.41).

§ 2. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre, Çocuğu Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler

I. Genel Olarak

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin³⁴ 1. maddesinde “çocuk” şöylece tanımlanmıştır: “Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”. Çocuk Koruma Kanunu'nda; “çocuk; daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır (ÇKK.m.3).

Türk Medenî Kanunu'nda ise, “çocuk” tanımına yer verilmemiştir. Yalnızca; Kanun'un çeşitli hükümlerinde, “küçük” ve “ergin” ifadeleri kullanılmıştır. “Ergin” kavramı; 18 yaşını doldurmuş veya (asgari 16 yaşını veya 17 yaşını doldurup) erken yaşta evlenmiş ya da (15 yaşını doldurup) yargısal yoldan ergin kılınmış kişiyi ifade etmektedir (TMK.m.11 -12). “Küçük” de genel olarak, ergin olmayan kişiyi ifade etmektedir (TMK.m.305 vd.). Bu nedenle, Türk Medenî Kanunu anlamında “çocuk” ifadesiyle, daha ziyade, “küçük” veya “ergin olmayan” kişi kastedilmektedir. Ancak; Türk Medenî Kanunu'nda, özellikle aile hukuku alanında, bazı durumlarda, “çocuk” ile kastedilen kişi, (örneğin, eğitimi sonuna dek nafaka ödenmesi, yarım nafakası, soybağının reddi gibi konularda) yaşına bakılmaksızın, ana ve babasına soybağı ile bağlı olan kişiyi ifade etmektedir.

II. Kişiler Hukuku Bakımından

Türk Medenî Kanunu'nun Birinci Kitap'ını oluşturan “Kişiler Hukuku”nda; çocuğu koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, “kişiliğin başlangıcı”ndan itibaren düzenlendiği görülmektedir. Özellikle; herkes gibi, çocuğun kişiliğinin başlangıç ve sona erme ânının da, sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayacağı ve ölümle sona ereceği; “hak ehliyeti”ne ise, sağ doğması koşuluyla, ana rahmine düştüğü anda sahip olacağı kabul edilmiştir (TMK.m.28). Böylece, ço-

34- Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Onaylanması Hakkında Karar (Bakanlar Kurulu Karar Sayısı: 94/6423, Karar Tarihi: 23 Aralık 1994, R.G. Tarihi: 27 Ocak 1995, Resmi Gazete Sayısı: 22184).

çocuk daha doğmadan korunmaya başlamıştır. Örneğin; anne hâmile iken, çocuk daha doğmadan, babası öldüğünde, onun mirasçısı olabilecektir.

Çocuk; “fiil ehliyeti”ni kazanması yönünden de korunmuş; bazı durumlarda (örneğin, erken evlilik veya yargısal erginlik durumlarında), Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde de kabul edildiği üzere, onsekiz yaşını doldurmamış olsa bile, tam ehliyetli duruma gelebilmekte; kendi kararlarını kendisi verebilmektedir (TMK.m.11 vd.).

“Yerleşim yeri”; bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Türk Hukuku açısından; bir gerçek kişinin aynı zamanda, birden çok yerleşim yeri olamaz (TMK.m.19/II ve f.son). Türk Medenî Kanunu’nda; çocuğu korumak amacıyla, “yasal yerleşim yeri” ve “kurumlarda bulunma” ile ilgili hükümler de bulunmaktadır. Bunlardan; “yasal yerleşim yeri” uyarınca; velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın “yerleşim yeri”dir. Diğer hâllerde çocuğun “oturma yeri”, onun yerleşim yeri sayılır. Eğer çocuk vesayet altındaki ise; o zaman yerleşim yeri, bağlı olduğu vesayet makamının (sulh hukuk mahkemesinin) bulunduğu yerdir (TMK.m.21).

“Kurumlarda bulunma” ile ilgili hükme gelince; bir öğretim kurumuna devam etmek için bir yerde bulunma ya da eğitim, sağlık, bakım veya ceza kurumuna konulma, yeni yerleşim yeri edinme sonucunu doğurmaz (TMK.m.22). Böylece, çocuk, üniversiteye giderken, başka bir şehirde, bir yurttaki kalıyorsa, o zaman, bu yurt onun yerleşim yeri sayılmayacak; yine kural olarak, ailesinin yerleşim yeri, onun yerleşim yeri sayılmaya devam edecektir.

III. Aile Hukuku Bakımından

A. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu’nun İkinci Kitap’ını oluşturan Aile Hukukunda, çocuğu koruyucu ve destekleyici tedbirlerin; “nişanlanma” ile başladığını şu hüküm ile görmekteyiz: “nişanlanma, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça küçüğü veya kısıtlıyı bağlamaz” (TMK.m.118/II). Nişanlanma sözleşmesinin, şahsa sıkı sıkıya bağlı olması nedeniyle, sözleşmenin geçerliliği tartışmalı olmakla birlikte;

“malî sonuçlar açısından”³⁵, küçük veya kısıtlıyı bağlamadığı, genel olarak doktrinde kabul edilmektedir.

Çocuk, “evlenme ehliyeti ve engelleri” yönünden de korunmuştur. Şöyle ki: “Erkek veya kadın onyedı yaşını doldurmadıkça evlenemez.

Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça, karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir” (TMK.m.124).

Benzer şekilde; küçük veya kısıtlı, yasal temsilcisinin izni olmadan evlenirse, izni alınmayan yasal temsilci evlenmenin iptalini dava edebilir. Bu evlilik; “nisbi butlan” ile bătıldır. Ancak; bu şekilde evlenen kimse, sonradan onsekiz yaşını doldurmak suretiyle ergin olur, kısıtlı olmaktan çıkar veya karı gebe kalırsa, evlenmenin iptaline karar verilemez (TMK.m.153).

Boşanma davası sırasında ve sonunda da çocuğun, özellikle bakımı ve her türlü koruma altına alınması yönünden özel düzenlemeler yer almaktadır. Örnek vermek gerekirse; “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alır” (TMK.m.169). Görüldüğü üzere; burada da hâkim, Çocuk Koruma Kanunu’nda olduğu gibi, “herhangi bir talep olmasa da, çocuğun korunması için gereken tedbirlere, re’sen / kendiliğinden” karar verecektir. Ayrıca; çocuk ile ana baba arasındaki kişisel ilişkilerin düzenlenmesinde, velâyetin kullanılmasında, çocuğun bakım ve eği-

35- Bu konuda doktrinde, Türk Medenî Kanunu’nun 118. maddesinin ikinci fıkrasını, farklı şekilde yorumlayan iki görüş vardır: Birinci görüşe göre, nişanlanma akdinin herhalde geçerliliği için, yasal temsilcinin rızasına (onay, izin veya icazet şeklinde) gerek vardır. İkinci görüşe göre ise; nişanlanmanın geçerliliği için, bu rıza şart değildir; şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, küçükün (veya ayırt etme gücüne sahip kısıtlının) yaptığı nişanlanma geçerlidir; yasal temsilcinin rızası, yalnızca nişanlanmanın (örneğin nişanın bozulması hâlinde tazminat olayında olduğu gibi) maddî sonuçları açısından gereklidir. Aslında, her iki görüş de, belli bir noktada (en azından nişanın bozulması, hediyelerin iadesi ve/veya hiç olmazsa maddî tazminat durumunda) birleşmektedir. Bu durumda, her iki görüşe göre de, yasal temsilcinin rızasına gerek duyulacaktır. Bu konudaki çeşitli görüşler için bkz: DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, (Filiz), İstanbul 2005, s.22 vd.; KOÇ, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002, s.30 vd.; ÖZDAMAR, Demet: CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyarî Protokol’ün, İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2009.

tim giderlerinin (iştirak/bakım nafakasının) düzenlenmesinde, hâkim çocuğun yararını göz önünde tutarak karar verecektir. Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir (TMK.m.182). Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması (durumun değişmesi) hâlinde hâkim, yine re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır (TMK.m.183).

Türk Medenî Kanunu'nun "Evliliğin Genel Hükümleri" kısmında düzenlenen eşlerin hak ve yükümlülüklerinden birini de, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen gösterme yükümlülüğü (m.185/II) oluşturmaktadır. Ayrıca; mal rejimi sözleşmesi yapma ehliyeti yönünden, küçükler ile kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar (TMK.m.204/II).

B. Soybağının Kurulması ve Hükümleri Bakımından

Türk Medenî Kanunu'nda, çocuk ile ana ve babası arasında soybağının kurulması ve böylelikle çocuğun hukukî yönden güvence altına alınabilmesi için çeşitli olanaklar öngörülmüştür. Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur (TMK.m.282).

Evlât edinme kurumunda, özellikle küçüklerin evlât edinilmesinde, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde de kabul edildiği üzere, "çocuğun yararı"nı gözetme ilkesi esas tutulmuştur. Buna ilişkin örnek vermek gerekirse; yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler (TMK.m.317). Aynı şekilde; evlât edinme, esasa ilişkin diğer noksanlıklardan biriyle sakatsa,

Cumhuriyet savcısı veya her ilgili evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir. Ancak, noksanlıklar bu arada ortadan kalkmış veya sadece usule ilişkin olup ilişkinin kaldırılması evlâtlığın menfaatini ağır biçimde zedeleyecek olursa, bu yola gidilemez (TMK.m.318).

Soybağının hükümleri bakımından çocuğu koruyucu ve destekleyici tedbirlerden biri de, kural olarak çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin ana ve baba tarafından karşılanacağı; gerektiği takdirde, çocuk mallarına başvurulabileceğinin kabul edilmiş olmasıdır (TMK.m.327/I). Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitime yetecek belli bir miktar sarfedebilirler (TMK.m.327/II). Çocuğa bakma süresine gelince; ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu hâlde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (TMK.m.328).

C. Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Korunması Bakımından

1. Genel Olarak

Velâyet hakkı konusunda, Türk Medenî Kanunu'nun 335. ve devamındaki maddelerinde çocuğu koruyucu ve destekleyici tedbirler, oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir (TMK.m.335 vd). Bunlar; özellikle çocukların yerleştirilmesine (TMK.m.347) ve “velâyetin kaldırılması”na (TMK.m.348) yöneliktir. Bununla birlikte, hâkim, bu koruma tedbirleri veya Türk Medenî Kanununda kullanılan ifadeyle, “koruma önlemleri” dışında, uygun göreceği diğer önlemleri de re'sen alabilecektir. Özellikle çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, bu yetkisini kullanabilecektir (TMK.m.346).

Türk Medenî Kanununda öngörülen “uygun önlemler”; Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen, çocuğu “koruyucu ve destekleyici tedbirler”den, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirler olabilir. Bu maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen “bakım tedbiri”; “çocu-

ğün” bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılmasına veya bu kurumlara yerleştirilmesine yönelik olup, Türk Medenî Kanunu’nun 347. maddesinin birinci fıkrasındaki “çocuğun yerleştirilmesi” tedbiri ile paralellik göstermektedir. Ancak, Çocuk Koruma Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde öngörülen “barınma tedbiri”, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hâmile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya yönelik tedbirdir. Bu nedenle, Türk Medenî Kanunu’nda düzenlenen velâyetin kullanılması çerçevesinde, hâkim tarafından, barınma tedbirinin alınması mümkün gözükmemektedir. Danışmanlık, eğitim, bakım ve sağlık tedbirlerine ise, Türk Medenî Kanunu hükümleri çerçevesinde, aile mahkemesi hâkimi karar verebilecektir.

Aile mahkemesi hâkimi de, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un “Koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler” başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde, küçükler hakkında almaya yetkili kılındığı önlemlerden (a), (b) ve (d) alt bentlerinde belirtilenler, Çocuk Koruma Kanunu’nun 5. maddesinde öngörülen “koruyucu ve destekleyici tedbirler” ile benzer niteliktedir.

Aile mahkemesi, küçükler hakkında, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, görev alanına giren konularla sınırlı olmak üzere, aşağıdaki önlemlere karar verebilir:

a) Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almak.

b) Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan ya da manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmi ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirmek,

d) Genel ve katma bütçeli daireler, mahalli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bankalar tarafından kurulmuş teşekkül, müessese veya işletmelere veya benzeri işyerlerine yahut meslek sahibi birinin yanına yerleştirmek.

4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un “Koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler” başlıklı 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre: “Aile mahkemesince verilen bu kararların takip ve yerine getirilmesinde, 5 nci maddeye göre atanan uzmanlardan biri veya birkaçı görevlendirilebilir. Bu ka-

rarlara uyulmaması hâlinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesi³⁶ uygulanır.”

Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların “sulh yoluyla çözümü”nü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder (Aile Mah.K.m.7).

4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un “Koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler” başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen görevleri yapmak üzere, Adalet Bakanlığınca, aile mahkemeleri bünyesinde de, çocuk mahkemelerine benzer şekilde, aile sorunları alanında uzmanlar atanması öngörülmektedir. Fıkraya göre: “Her aile mahkemesine,

1. Davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek,
2. Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek,
3. Mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak,

üzere Adalet Bakanlığınca, tercihan evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından, birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanır. Bu görevlilerin bulunmaması, iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında hukuki veya fiili herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden yararlanılır. Bu uzmanlar, 18/06/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenen hâkimin reddi sebeplerine göre reddolunabilir.”

36- 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesine göre: “İhtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse, fiili daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Bu Kanun için bkz. RG. 2, 3 ve 4 Temmuz 1927, S. 622, 623 ve 624.

2. Çocukların Yerleştirilmesi

Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Burada hâkim, re'sen çocuğun yerleştirilmesine karar verebilir. Ayrıca, çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine de, hâkim aynı önlemleri alabilir. Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa, bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır. Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır (TMK.m.347).

Korunmaya muhtaç çocuklara götürülen koruyucu aile hizmetlerinin uygulama esaslarını, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü ile koruyucu ailenin yetki ve sorumluluklarını belirlemek, hizmetin etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, 1993 yılında Koruyucu Aile Yönetmeliği³⁷ çıkarılmıştır. Yönetmelik'in 3. maddesinin (e) bendine göre, "Koruyucu aile: Bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usullere göre; İl Sosyal Hizmetler Müdürlükleri denetiminde kısa veya uzun süreli, bedelli veya bedelsiz olarak çocuk bakımını üstlenen, çocuğun aile ortamında yaşamını sağlayan, öz anne-baba yerini tutabilecek aileler veya kişileri ifade eder.

Türk Medenî Kanunu'nun 347. maddesinde öngörülen "çocuğun yerleştirilmesi tedbiri", Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen "bakım tedbiri" ile paralellik göstermektedir. Çocuk Koruma Kanunu'ndaki bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesine yönelik olduğu hâlde; Türk Medenî Kanunu'ndaki hüküm, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunmasına veya manen terk edilmiş olmasına yöneliktir. Türk Medenî Kanunu'na göre de, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunması veya manen terk edilmiş olması, herhangi bir nedenle, ana ve babanın velâyet görevini yerine getirememesinin bir sonucu da olabilir. Ancak, böyle durumlarda, Çocuk Koruma Kanunu'nu da uygulanabilir. Gerçekten, Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin birinci bendine göre, "Korunma ihtiyacı olan çocuk: Bedensel, zihinsel, ah-

37- Koruyucu Aile Yönetmeliği (RG. 14.10.1993, S. 21728).

lâkî, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu ifade eder. Şu hâlde, bedensel, zihinsel, ahlâkî, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan çocuk için de, Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinin ikinci ve onikinci fıkraları uyarınca, mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından, Çocuk Koruma Kanun ile Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerinde öngörülen koruyucu ve destekleyici tedbirler alınabilir.

3. Velâyetin Kaldırılması ve Durumun Değişmesi

Ergin olmayan çocuk, evli olan ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz. Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar (TMK.m.335). Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK.m.336). Ana ve baba evli değilse, velâyet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir (TMK.m.337). Velâyet; çocuğun bakımını, eğitimi, dinî eğitimi, adının konulmasını, çocuğun temsil edilmesini, kısacası çocuğun malî ve kişisel yönden korunmasını içerir. Velâyet kullanılırken, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de öngörüldüğü şekilde, ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar, görüşünü alırlar (TMK.m.339).

Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz veya bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim velâyetin kaldırılmasına karar verir (TMK.m.348). Bu tedbir, en son başvurulacak olan, en ağır tedbirlerden birisidir. Velâyet, ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır. "Velâyetin kaldırılması hâlinde ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder" (TMK.m.350/I). "Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa, bu giderler Devletçe karşılanır" (TMK.m.350/II). "Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır" (TMK.m.350/f.son).

Türk Medenî Kanunu'nun 348. maddesine göre: “Velâyetin kaldırılmasını gerektiren hâller şunlardır:

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi. 1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

Durumun değişmesi hâlinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir. Velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hâkim, re'sen ya da ana veya babanın istemi üzerine velâyeti geri verir (TMK.m.351).

C. Çocuk Malları, Nafaka Yükümlülüğü ve Ev Düzeni Bakımından

Türk Medenî Kanunu'nun 352. maddesinde, çocuğun malları, yardım nafakası ve ev düzeni açısından da çocuk korunmuştur. Maddenin birinci fıkrasına göre: “Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece, çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler.” Maddenin ikinci fıkrasına göre de: “Ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmediikleri durumlarda hâkim müdahale eder.” Evlilik sona erince velâyet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır (TMK.m.353). “Ana ve baba, kusurları sebebiyle velâyetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler” (TMK.m.354); “çocuk mallarının gelirlerini de, öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için; hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarfedebilirler” (TMK.m.355); “çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir (TMK.m.356/II). Ayrıca, çocuğun serbest mallarını oluşturan kazandırmalar (TMK.m.357), saklı payı (TMK.m.358), meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazanç (TMK.m.359) açısından da çocuk korunmuştur.

Çocuk mallarının korunması için alınacak önlemler, Türk Medeni Kanunu'nun bir çok maddesinde olduğu gibi, burada da, "uygun önlemler" şeklinde belirtilmiştir. Bu "uygun önlemler" içinde, malların tevdi edilmesi veya güvence gösterilmesine karar verilmesi, yönetimin ana ve babadan alınması gibi önlemler de yer almaktadır. "Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun, yeterince özen göstermezlerse hâkim, malların korunması için uygun önlemleri alır" (TMK.m.360/I). "Hâkim, özellikle malların yönetimi konusunda talimat verebilir; belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse, malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine karar verebilir" (TMK.m.360/II). "Ana ve baba, çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar." (TMK.m.363/I). "Dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine, sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler" (TMK.m.363/II). "Kanuna uygun olarak çocuk veya aile için yaptıkları harcamalardan dolayı tazminatla yükümlü tutulmazlar" (TMK.m.363/f.son).

"Yardım nafakası" açısından da, çocuk, özellikle ergin çocuk, nafaka alacaklısı veya yükümlüsü olabilir. "Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür" (TMK.m.364/I). "Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri refah içinde bulunmalarına bağlıdır" (TMK.m.364/II). "Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır" (TMK.m.364/f.son).

"Ev düzeni" açısından konuya baktığımızda, çocuk, ev başkanının koruması altındadır. "Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örf'e göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur" (TMK.m.367/I). "Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur" (TMK.m.369/I). "Ev başkanı, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür" (TMK.m.369/II). Zorunluluk hâlinde gerekli önlemlerin alınmasını yetkili makamdan ister (TMK.m.369/f.son). "Ana ve baba veya büyük ana ve baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini ya da

gelirlerini aileye özgüleyen ergin altsoylar, buna karşılık uygun bir bedel isteyebilirler” (TMK.m.370/I). “Aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamaların yapılması için kişiler hukuku ve miras hukuku hükümleri uyarınca aile vakfı kurulabilir” (TMK.m.372/I).

IV. Vesâyet Hukuku Bakımından

Türk Medenî Kanunu’nun İkinci Kitabının Üçüncü Kısımında düzenlenen vesayet hükümlerinde de, çocuğu koruyucu ve destekleyici tedbirlere yer verilmektedir. Vesayeti gerektiren iki hâlden biri “küçüklük”, diğeri ise “kısıtlama”dır. “Velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır” (TMK.m.404/I). “Görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren böyle bir halin varlığını öğrenen nüfus memurları, idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar” (TMK.m.404/II). “Kısıtlama” ise, ergin kişilerin, kanunda yazılı çeşitli sebeplere dayanılarak koruma altına alınmasına yönelik bir kudurumdur (TMK.m.405 vd.). “Kamu vesayeti, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülür” (TMK.m.397/I). “Vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı, asliye hukuk mahkemesidir (TMK.m.397/II).

“Vesayet altındaki kişi küçük ise, vasi onun bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri almakla yükümlüdür” (TMK.m.445/I). “Vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, vasi bu konuda ana ve babanın yetkilerine sahiptir” (TMK.m.445/II). “Küçük üzerindeki vesayet, onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona erer” (TMK.m.470/I). “Erginliğe mahkemece karar verilmiş ise, mahkeme aynı zamanda küçüğün hangi tarihte ergin olacağını tespit ve ilân eder” (TMK.m.470/II). “Vasi, görevini ağır surette savsaklar, yetkilerini kötüye kullanır veya güveni sarsıcı davranışlarda bulunur ya da borç ödemede acze düşerse, vesayet makamı tarafından görevden alınır” (TMK.m.483/I). “Vasinin görevini yapmakta yetersizliği sebebiyle vesayet altındaki kişinin menfaatleri tehlikeye düşerse, vesayet makamı kusuru olmasa bile vasiyi görevden alabilir” (TMK.m.483/II). “Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür” (TMK.m.487). Türk Medenî Kanunu’nda ve Çocuk Koruma Kanunu’nda, çocuğu korumaya yönelik bütün önlemleri, hâkim re’sen almaya yetkilidir.

V. Çocuğun Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu ile yeni getirilen hukukî bir kurum da, “koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması”dır. Bu kurum; gerek ergin kişiler (TMK.m.432), gerekse küçükler (ergin olmamış çocuklar) için (TMK.m.446) öngörülmüştür. “Küçüklerin koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine vasinin başvurusu üzerine, vesayet makamı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bizzat vasi karar verir ve durumu derhâl vesayet makamına bildirir” (TMK.m.446/I). “Onaltı yaşını doldurmamış çocuk, bu konuda mahkemeye bizzat başvuramaz” (TMK.m.446/f.son).

“Ergin kişilerin” koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması koşulları, Türk Medenî Kanunu’nun 432. maddesinde sayılmıştır. Türk Medenî Kanunu’nun 432. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.” Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, “Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur.” Yine aynı maddenin son fıkrası uyarınca, “İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır.”

“Yerleştirme veya alıkoymaya karar verme yetkisi, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, bulunduğu yer vesayet makamına aittir (TMK.m.433/I).” Yerleştirme veya alıkoymaya karar veren vesayet makamı, kurumdan çıkarmaya da yetkilidir (TMK.m.433/II). Görüldüğü üzere, Çocuk Koruma Kanunu’ndaki tedbirleri, çocuk mahkemesi; aile hukukundaki (vesayet hariç) tedbirleri aile mahkemesi verebildiği hâlde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması durumunda, yerleştirme ve alıkoyma tedbirini, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi alabilir. Medenî Kanunumuzda, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında bildirim yükümlülüğü (m.434), itiraz (m.435), usul (m.436) ve yargılama usulü (m.437), özel olarak düzenlenmiştir.

Kanun’un 446. maddesinin ikinci fıkrasında, “Bunun dışında

usul ve yetkiyle ilgili konularda kısıtlı olsun veya olmasın erginlerin korunması amacıyla özgürlüklerinin kısıtlanmasına ilişkin hükümler uygulanır” denilmek suretiyle yapılan yollama uyarınca, söz konusu hükümler, küçükler (çocuklar) hakkında da uygulanacaktır.

VI. Miras Hukuku Bakımından

Türk Medenî Kanunu’nun Dördüncü Kitapını oluşturan “Miras Hukuku”nda çocuk, henüz cenin hâlinde iken, sağ ve tam doğmak şartı ile korunmuş ve kendisine mirasçı olma hakkı tanınmıştır (TMK.m.582). Ayrıca, aynı Kanun’un 498. maddesine göre, “Evlilik dışı doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olanlar, evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar.”

Sonuç

5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu; “korunma ihtiyacı olan” veya “suça sürüklenen” çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usûl ve esasları, alınacak tedbirler ile, güvenlik tedbirlerinin usûl ve esaslarına, “çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine” ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Bu Kanun uyarınca, “çocuk”; daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi”; “korunma ihtiyacı olan çocuk”; bedensel, zihinsel, ahlâkî, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu, “suça sürüklenen çocuk” ise; kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu, ifade etmektedir (ÇKK.m.3). Çocuk Koruma Kanunu’nun uygulanabilmesi, çocuk mahkemesine başvuru olarak, çocuk hakkında koruma ve destekleyici tedbir kararının alınabilmesi için; onun suça süreklenen ya da suç mağduru çocuk olması şart değildir; “korunma ihtiyacı olan çocuk” olması da yeterlidir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde “çocuk” şöylece tanımlanmıştır: “Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır” (m.1). Görüldüğü üzere, Çocuk Koruma Kanunu’nda, “daha erken yaşta ergin olsa bile” ifadesi kullanılarak, çocuklar lehine, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakla-

rı Sözleşmesi'nden daha ileri bir koruma öngörölmüştür. Bu durumda, sözü edilen Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca, çocuk için en yararlı olan hükme öncelik verilecektir.

Türk Medenî Kanunu'nda, "çocuk" tanımına yer verilmemiş, Kanun'un çeşitli hükümlerinde, "küçük" ve "ergin" terimleri kullanılmıştır. "Ergin" kavramı; onsekiz yaşını doldurmuş veya (asgari onaltı yaşını veya onyediy yaşını doldurup) erken yaşta evlenmiş ya da (onbeş yaşını doldurup) yargısal yoldan ergin kılınmış kişiyi ifade etmektedir (TMK.m.11- 12). "Küçük" terimi, ergin olmayan kişi anlamında kullanılmaktadır (TMK.m.305 vd.). Bu açıdan baktığımızda, Türk Medenî Kanunu anlamında "çocuk" ile daha ziyade, "küçük" veya "ergin olmayan" kişi kastedilmektedir. Ancak, Türk Medenî Kanunu'nda, özellikle aile hukuku alanında, örneğin, eğitimi sonuna dek nafaka ödenmesi, yardım nafakası, soybağının reddi gibi durumlarda kullanılan "çocuk" sözcüğü, yaşına bakılmaksızın, ana ve babasına soybağı ile bağı olan kişiyi ifade etmektedir.

Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulanmasında, BM Çocuk Haklarındaki ilkelere benzer şekilde, çocuğun haklarının korunması amacıyla; "çocuğun yararını gözetme ilkesi; çocuğun görüşünün alınması ilkesi; çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması; çocuğun bakılıp gözetildiğı, tedbir kararlarının uygulandığı kurumlarda yetişkinlerden ayrı tutulması ilkesi" gibi birçok ilke öngörölmüştür.

Çocuk Koruma Kanunu'nda, çocuğu koruyucu ve destekleyici tedbirler; çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bu tedbir kararlarının giderleri, Devletçe ödenir. Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre çocuğa bakmakla yükümlü olan kimsenin malî durumunun müsait olması hâlinde, ilgililere rücu edilir (ÇKK.m.43/II). Hâkim, çocuğun gelişimini göz önünde bulundurarak koruyucu ve destekleyici tedbirin kaldırılmasına veya değiştirilmesine, re'sen karar verebilir. Çocuk Koruma Kanunu'na göre alınmış tedbirlerin uygulanması, onsekiz yaşın dolurmasıyla kendiliğinden sona erer. Ancak hâkim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir (ÇKK.m.7/VI). Türk Medenî Kanunu'na göre de, ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğı hâlde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba, durum ve koşul-

lara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (TMK.m.328).

Türk Medenî Kanunu'nun Birinci Kitapını oluşturan "Kişiler Hukuku"nda, çocuğu koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, "kişiliğin", "hak ve fiil ehliyeti"nin kazanıldığı anlardan itibaren alınmaya başlandığı görülmektedir. Aile hukuku alanında çocuk, "nişanlanma", "evlenme ehliyeti ve engelleri, boşanma, evliliğin genel hükümleri, çocuk malları, ev düzeni vs. konularda da korunmaktadır. Ayrıca, çocuğu koruyucu ve destekleyici tedbirler, Türk Medenî Kanunu'nda, özellikle çocuk üzerindeki velâyetin kullanılması konusunda, oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (TMK.m.335 vd). Bu önlemler, özellikle "çocuğun yerleştirilmesi" ve "velâyetin kaldırılması"na yöneliktir. Hâkim, bu önlemler dışında, diğer uygun önlemleri de re'sen alabilecektir. Özellikle, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için "uygun önlemleri" alacaktır (TMK.m.346).

Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen diğer "uygun önlemler"; Çocuk Koruma Kanunu'nda (m.5) öngörülen, çocuğu "koruyucu ve destekleyici tedbirler"den, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık konularında alınacak tedbirlere benzer tedbirler olabilir. Türk Medenî Kanunu'nun, aile hukuku ile ilgili dava ve işlerde (vesayet kısmı hariç); aile mahkemeleri görevlidir. Aile mahkemesi hâkiminin de, Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmiş benzer tedbirlere karar verebileceği, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un, "koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler" başlıklı 6. maddesindeki düzenlemeden de anlaşılmaktadır. Vesayet ve miras hukuku bakımından da çocuğu koruyucu ve destekleyici tedbirler öngörülmüştür.

Çocuk Koruma Kanunu ile Türk Medenî Kanununda, çocuğu koruyucu tedbirleri almaya yetkili mahkemeler, bunları en kolay ve en hızlı şekilde alabilecek olan mahkemelerdir. Bu nedenle, söz konusu tedbirler, çocuğun kendisinin, ana babasının, vasisinin veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki mahkemelerce alınabilir. Çocuk Koruma Kanunu'nda, çocuk mahkemeleri ve çocuk ağır ceza mahkemeleri; vesayete ilişkin dava ve işler hariç olmak üzere, aile hukuku ile ilgili konularda da aile mahkemeleri, çocuğu koru-

yucu tedbirleri almakla görevlidirler. Vesayet hukuku ile ilgili konularda ise; vesayet makamı olarak, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı olarak, asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Bununla birlikte; korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında, koruyucu ve destekleyici tedbir kararları yanında, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre velâyet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye, “çocuk mahkemesi ve çocuk ağır ceza mahkemeleri” de yetkilidir (ÇKK.m.7). Ancak; aile hukuku (velâyet, kişisel ilişki kurulması, nafaka) ve vesayet hukukuna ilişkin dava ve işlerde, “duruşma” yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna karşılık, diğer konularda, duruşma yapılmaksızın da, tedbir kararı verilebilir (ÇKK.m.13). Çocuk mahkemesine, çocuk ağır ceza mahkemelerine ve aile mahkemelerine atanacak, hâkimlerin, sosyal çalışma görevlisi ile uzmanların atanmasında; çocuk hukuku ve/veya aile hukuku, psikoloji, pedagoji vs. lisansüstü eğitim almış olanlar ile (aile mahkemeleri için ayrıca), evli ve çocuk sahibi olanlar tercih edilmektedir.

Spor Tahkim Mahkemesi ve Arabuluculuk

■ Cem ÖZCAN*

GİRİŞ

Spor Hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek amacıyla 1984 yılında İsviçre'nin Lausanne kentinde kurulan Spor Tahkim Mahkemesi (TAS/CAS)¹, tahkim yargılaması yapmanın yanı sıra spor dünyası aktörlerine başka hizmetler de sunmaktadır. Tahkim yanında TAS tarafından kullanılan diğer çözüm yöntemleri uzlaştırma (conciliation) ve arabuluculuk (médiation) olarak karşımıza çıkmaktadır.

22 Kasım 1994'te kabul edilerek 2004 ve 2010 yıllarında yeniden düzenlenen TAS Kodu² Spor Tahkim Mahkemesi'nin yapısı, tahkim yargılaması ve TAS tarafından uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili hükümler içermektedir. TAS Kodu m.R42 uzlaştırma yöntemi ile ilgilidir. Buna göre Olağan Tahkim Usulünde³ dava dosyası henüz hakem heyetine teslim edilmeden önce birim

(*) Avukat, Dr., İzmir Barosu Üyesi.

1- Tribunal Arbitral du Sport/Court of Arbitration for Sport.

2- Code de l'Arbitrage en matière sportive/Code of Sports-related Arbitration.

3- TAS iki tahkim dairesinden oluşmaktadır. TAS Kodu m.S20'ye göre Olağan Tahkim Dairesi ve Temyiz Tahkim Dairesi olmak üzere iki daireden oluşan TAS, iki farklı tahkim usulü uygulamaktadır. Paris Konvansiyonu ile getirilen bu ayrıma göre Olağan Tahkim Dairesi, kendi önüne gelen uyuşmazlıkları ilk derece tahkim birimi olarak inceler. Burada daha ziyade ticari nitelikteki uyuşmazlıkların çözüme bağlandığı görülmektedir. Temyiz Tahkim Dairesi ise federasyonların verdiği disiplin cezası niteliğindeki kararların iptali için yapılan başvuruları değerlendirir.

başkanınca, dosya heyete teslim edildikten sonra da hakem heyeti tarafından her zaman uzlaştırma yoluyla çözülebilir. Arabuluculuk ise Spor Tahkim Mahkemesi uygulamasına mahkemenin bağımsızlığını temin etmek amacıyla 1994 yılında kurulan Uluslararası Spor Tahkim Konseyi (CIAS/ICAS)⁴ tarafından dâhil edilmiştir. 18 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe konan TAS Arabuluculuk Yönetmeliği⁵ ile arabuluculuk faaliyeti başlamıştır. TAS Arabuluculuk Yönetmeliği'nin yanında TAS Arabuluculuk Rehberi⁶ de arabuluculuk faaliyetinin içeriği ve bu faaliyetin avantajlarını düzenleyerek ayrı bir kaynak oluşturmaktadır.

I- ARABULUCULUK KAVRAMI VE ARABULUCULUĞUN AVANTAJLARI

Spor Tahkim Mahkemesi'nin yürüttüğü arabuluculuk faaliyeti'nin tanımı ve bu faaliyetin tahkim uygulamasından farkı TAS Arabuluculuk Yönetmeliği ve TAS Arabuluculuk Rehberinde düzenlenmiştir. Arabuluculuk yönteminin avantajları da genel olarak tahkim usulünün sunduğu faydalarla benzerlik göstermektedir.

A- Arabuluculuk Kavramı ve Arabuluculuğun Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Farkları

Spor alanında uygulanan Spor Tahkim Mahkemesi arabuluculuğunun tanımı TAS Arabuluculuk Yönetmeliği'nin 1.maddesinde yapılmaktadır. Buna göre; TAS Arabuluculuğu, “sporu ilgilendiren bir uyuşmazlığa⁷” çözüm bulmak amacıyla, söz konusu uyuşmazlığın taraflarının, bir arabuluculuk anlaşmasına bağlı olarak, bir arabulucunun yardımıyla ve iyiniyetle, uyuşmazlığın diğer tarafıyla müzakere etmeyi kabul ettikleri, zorlayıcı olmayan ve herhangi bir şekle bağlı kalmadan yürütülen bir usuldür. Arabuluculuk Yönetmeliği'nin yanı sıra benzer bir başka tanım da TAS Arabuluculuk Rehbe-

4- Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport/International Council

5- Règlement de médiation du TAS/CAS Medaiton Rules.

6- Guide de la médiation/Mediation Guidelines.

7- Sporu ilgilendiren uyuşmazlık kavramı TAS kararlarında çok geniş şekilde ele alınmaktadır. Buna göre profesyonel sporcu sözleşmeleri, sponsorluk sözleşmeleri, televizyon naklen yayın hakları, spor organizasyonları ile ilgili uyuşmazlıklar, sporcuların doping ve benzeri nedenlerle aldıkları disiplin cezaları gibi konular TAS tarafından tahkim yargılaması kapsamında ele alınmaktadır, SIMON, Gérald, L'arbitrage des conflits sportifs, Revue de l'arbitrage, 1995, s.185.

ri'nin 1. maddesinde yer almaktadır. Bu tanıma göre arabuluculuk, tarafların arabulucu olarak tayin edilen üçüncü bir kişinin yardımıyla aralarındaki uyuşmazlığa dostane bir çözüm bulmak için izledikleri usuldür.

TAS uygulamasında yerini bulan tahkim, uzlaştırma ve arabuluculuk kavramlarının hepsi esasen spor alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkları “spor ailesi içinde”⁸ çözmeyi hedefliyorsa da bu kavramlar aslında birbirinden farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ifade etmektedir. Arabuluculuk, TAS tarafından uygulanan asıl uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim yargılamasından, herhangi bir şekle tabi olmaması, tarafların arabuluculukta uygulanan usulü yönlendirmeye muktedir olmaları ve arabuluculuk sonunda imzalanan anlaşmaların icraî etkiden yoksun olmaları gibi nedenlerle ayrılır⁹. Uzlaştırma ve arabuluculuk kavramları ise genelde birbirlerinin yerine kullanılan kavramlar¹⁰ olsalar da teorik olarak bazı farklılıklar arz etmektedirler. Buna göre uzlaştırmada uyuşmazlığın tarafları daha çok kendi gayretleri ile bir çözüme ulaşmaya çalışmaktadırlar. Uzlaştırıcı, taraflarla görüşerek çeşitli çözüm önerilerinde bulunur ve gerekirse görüşmelere katılarak uyuşmazlığın taraflarını dinler. Arabuluculukta ise arabulucunun daha aktif bir rol oynadığı söylenebilir. Arabulucu uzlaştırıcıya göre daha bağımsız hareket ederek görüşmelere katılır, taraflara tavsiyelerde bulunur ve uyuşmazlığın çözümü için etkin bir biçimde çalışır. Bununla birlikte gerek uzlaştırıcı gerekse arabulucu tarafları çözüme ulaşma konusunda zorlayamaz¹¹.

8- BLACKSHAW, Ian, *The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively “Within the Family of Sport”*, *Entertainment Law*, Vol.2, no:2, summer 2003, s.61–83.

9- TAS Tahkim Rehberi m.1.

10- FOUCHER, Bernard, *Le contrôle de l'activité sportive: de l'arbitre au juge, Les métamorphoses du sport du XXème au XXIème siècle: héritage, éthique et performance: actes du colloque organisé à l'occasion du centenaire du Tour de France sous l'égide du Haut Comité des Célébrations Nationales*, Roubaix, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, s.62.

11- Uzlaştırma ve arabuluculuk kavramlarının benzer ve farklı yönlerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. ÖZBAY, İbrahim, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X., sayı 3-4, 2006, s.459-475. Türk Hukukunda da son yıllarda özellikle Avrupa Birliği Hukukunun etkisiyle Arabuluculuk yönteminin öneminin artmaya başladığını söyleyebiliriz. ŞİPKA, Şükran, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007/2, s.163-175.

TAS Arabuluculuk Yönetmeliği, arabuluculuk usulünün yalnızca Olağan Tahkim Usulünü ilgilendiren konularda kullanılabileceğini öngörmektedir. Buna göre disiplin işlerini ilgilendiren meseleler ve doping konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar TAS Arabuluculuğunun kapsamı dışındadır.¹²

B- Arabuluculuğun Sağladığı Avantajlar

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tüm dünyada özellikle milletlerarası özel hukuku ilgilendiren konularda giderek tercih edilir hale gelmelerinin belli başlı nedenlerini sporu ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümü için benimsenen yöntemlerde de görmekteyiz. Tahkim usulünün bilinen faydalarının yanında arabuluculuğun sağladığı diğer avantajlar da bu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin son dönemlerde elde ettiği başarıları açıklamaktadır.

Spor alanında arabuluculuğun sağlayabileceği avantajlar TAS Arabuluculuk Rehberi'nin 2.maddesinde sayılmaktadır. Öncelikle arabuluculuk yönteminin sporu ilgilendiren uyuşmazlıkların yapısına uygun bir çözüm yöntemi olduğunu kabul etmek gerekir. Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, sporun doğasında bulunan fair-play, rakibe saygı ve kardeşlik gibi değerlerin bir uzantısı olarak kabul edilebilir. Spor alanında uzman olan arabulucuların seçimi ise, sporun doğasına uygun, somut çözüm yöntemleri bulmayı kolaylaştırmaktadır. Diğer taraftan TAS Arabuluculuğu oldukça basit ve esnek usul kuralları içermektedir. Uygulanan usul kuralları taraflarca tamamen serbestçe belirlenmekte ve olayda görev yapacak olan arabulucu da tarafların anlaşmaları ile seçilmektedir. Tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri gibi TAS Arabuluculuğunun sağladığı en önemli faydalardan biri bu usulün devlet mahkemeleri önünde uygulanan klasik yargılama usullerine göre daha hızlı olmasıdır. Gerçekten de normal şartlarda, TAS Arabuluculuk usulü arabuluculuk başvurusunun yapılmasından itibaren 90 gün içinde sona ermek zorundadır. Bu sürenin kısa tutulmasının en önemli nedenlerinden biri arabuluculuk usulünü kabul eden taraflardan birinin kötüniyetle müzakereleri uzatarak zaman kazanmaya çalışmasının önlenmek istenmesidir. Arabuluculuk usu-

12- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.1/2. KANE Ousmane, *The CAS Mediation Rules*, *International Sports Law Journal*, 2003/1, s.33.

lû için öngörülen 90 günlük süre geçerli sebeplerin varlığı halinde Spor Tahkim Mahkemesi Başkanınca uzatılabilir.

Arabuluculuğun giderek tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olmasının başlıca nedenlerinden biri de bu yöntemin gizlilik esasına göre yürütülmesidir¹³. TAS Arabuluculuk yönetmeliğinin 10. maddesine göre arabulucu, taraflar, tarafların temsilcileri ve danışmanları ve bunlarla birlikte müzakerelere katılan tüm uzmanlar ve diğer kişiler uyuşmazlıkla ilgili olarak edindikleri bilgileri üçüncü kişilere bildirmemekle yükümlüdürler¹⁴. Aynı maddeye göre taraflar, arabulucunun, bir tahkim veya devlet mahkemesi önünde, arabuluculuk usulünde ele alınan bir dosya, rapor ya da başka bir belgeyi açıklamamasını sağlamakla yükümlüdürler¹⁵. Ayrıca arabulucunun bir taraftan edindiği bilgiyi diğer tarafa bildirmesi ancak bilgiyi veren tarafın rızası ile mümkündür¹⁶. Taraflar arasında gerçekleşen görüşmelerin kaydedilmesi yasaktır. Arabuluculuk usulünün sona ermesi ile birlikte taraflar diğer tarafça kendilerine verilen tüm belgeleri, hiçbir kopya saklamadan, iade etmekle yükümlüdürler¹⁷. Gizlilik ilkesinin bir sonucu olarak taraflar, arabuluculuk usulü esnasında diğer tarafça öne sürülen fikirleri, yapılan önerileri ve itirafları herhangi bir tahkim ya da devlet mahkemesin önünde gizli tutmayı kabul ederler¹⁸.

TAS Arabuluculuk usulünü cazip kılan faktörlerden biri de bu usulün maddi yönden taraflara ağır bir yük getirmemesidir. Başka bir deyişle Spor Tahkim Mahkemesi bünyesinde uygulanan arabuluculuk yöntemi ucuza mal olmaktadır. TAS Arabuluculuk Yönetmeliğinin 14. Maddesine göre taraflar, arabulucunun alacağı ücreti TAS'ın belirlemiş olduğu bareme göre tespit ederler. Uygulamada ayrıca taraflar TAS Arabuluculuğu kapsamındaki idari giderler için 500 İsviçre frangı ödeme yapmak zorundadır¹⁹.

13- BLACKSHAW, Ian, *Safeguarding Confidentiality in Mediation, The International Sports Law Journal*, 2008-3/4, s.94 vd.

14- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.10/1.

15- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.10/2.

16- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.10/3.

17- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.10/4.

18- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.10/5.

19- TAS Arabuluculuk Rehberi m.2.

II- ARABULUCULUK USULÜ VE ARABULUCUNUN ROLÜ

Spor Tahkim Mahkemesi tarafından uygulanan arabuluculuk yönteminde hangi usul kurallarına uyulacağı TAS Arabuluculuk Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Arabuluculuk faaliyetinin merkezinde bulunan arabulucunun bu usulde nasıl bir rol oynaması gerektiği de sözü edilen yönetmelikte açıklanmaktadır.

A- Arabuluculuk Usulü

Arabuluculuk uygulamasında, özellikle uyulması gereken usul kurallarının belirlenmesinde taraflara büyük bir esneklik sağlanmaktadır. Bununla birlikte TAS Arabuluculuk Yönetmeliği de usul ile ilgili ayrıntılı hükümler içermektedir. Kural olarak bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, taraflar TAS Arabuluculuk yöntemini kullanmayı kabul ettikleri takdirde yaptıkları bu anlaşma TAS Arabuluculuk Yönetmeliği'nin 3.maddesi uyarınca yönetmelikte yer alan tüm kuralların uygulanmasını da kapsar. Bununla birlikte taraflar isterlerse TAS Arabuluculuk Yönetmeliğince öngörülen usul kurallarından başka usul kuralları uygulamayı da kararlaştırabilirler²⁰.

Sporu ilgilendiren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu uyuşmazlığın taraflarından biri arabuluculuk yolunu kullanmak isterse Spor Tahkim Mahkemesi kalemine yazılı müracaatta bulunarak talepte bulunmalıdır. Arabuluculuk yoluna gitmek isteyen taraf aynı zamanda diğer tarafa da yaptığı yazılı başvurunun bir kopyasını iletir²¹. TAS kalemine verilen dilekçe, tarafların ve temsilcilerinin kimliklerini, arabuluculuk usulünün kullanılmasına ilişkin anlaşmanın bir örneğini ve uyuşmazlığın kısa bir özetini içerir²².

TAS Arabuluculuk Yönetmeliği tarafların arabuluculuk usulünde kendilerini temsil ettirebileceklerini de hükme bağlamıştır. Söz konusu yönetmeliğin 7.maddesine göre taraflar arabulucu ile yapılan toplantılarda kendilerini temsil ettirebilirler²³. Bununla birlikte temsilciden yararlanmak isteyen taraf bu durumu önceden karşı tarafa

20- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.3/2.

21- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.4/1.

22- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.4/2.

23- Bize göre Spor Tahkim Mahkemesi'nin uyguladığı arabuluculuk usulünde tarafların temsilcileri hukukçu olabilecekleri gibi temsilciler söz konusu niteliği haiz olmayan kişiler arasından da seçilebilirler. Esasen TAS'ın uyguladığı tahkim usulünde de taraflara kendilerini temsil ettirme imkânı tanınmıştır. TAS Kodu m. R30 ile getirilen bu düzenlemede temsilcilerin hukukçu olmaları şartı aranmamaktadır. Bu nedenle arabuluculukta da temsilcilerin hukukçu olmaları gerekmemektedir.

ve TAS'a bildirmekle yükümlüdür²⁴. Temsilciden yararlanmak isteyen taraf, temsilcisine kendisine danışmadan uyuşmazlığı çözüme bağlama yetkisi vermek zorundadır²⁵.

Kural olarak arabuluculuk usulü tarafların karar verdiği biçimde yürür. Taraflar arasında usule ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olursa arabulucu usul hakkında karar verebilir²⁶. TAS Arabuluculuk Yönetmeliği taraflara bu konuda arabulucu ile iyiniyetle işbirliği yapma ve arabulucunun uyuşmazlığı bir an önce çözüme bağlayabilmesi için görevini özgürce yerine getirmesini sağlama sorumluluğunu vermektedir²⁷.

Arabuluculuk usulünün ne şekilde sona ereceği TAS Arabuluculuk Yönetmeliğinin 11.maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu, usulü her zaman sona erdirebilir. Arabuluculuk usulü, taraflarca bir anlaşmanın imzalanması, arabulucunun usulün devamına gerek kalmadığını belirten yazılı beyanı ya da taraflardan birinin arabuluculuk usulünün sona erdiğine dair açıklaması ile sona erer. Arabuluculuk tarafların anlaşması ile sona erdiği takdirde anlaşma arabulucu tarafından yazılı hale getirilir ve hem arabulucu hem de taraflarca imzalanır. Taraflardan birinin imzalanan bu anlaşmaya daha sonradan uymaması halinde diğer taraf söz konusu anlaşmayı bir tahkim ya da devlet mahkemesi önüne taşıyabilir²⁸. Arabuluculuk sonunda taraflar anlaşmaya varamazsa başka bir deyişle arabuluculuk mekanizması başarısızlıkla sonuçlanırsa taraflar Spor Tahkim Mahkemesi'nde tahkim yoluna gidebilirler. Bu yola başvurabilmeleri için taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunması şarttır. Söz konusu tahkim anlaşması arabuluculuk ile ilgili olan anlaşmanın içine bir tahkim şartı olarak konabileceği gibi taraflar arasında ayrı bir sözleşme yapılarak da tahkim yoluna gidilebilir²⁹. Tahkim şartının arabuluculuk usulüne başvurul-

24- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.7/2.

25- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.7/3.

26- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.8/1.

27- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.8/3.

28- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.12. Taraflar tahkim yoluna TAS önünde gidebilecekleri gibi dilerlerse başka bir tahkim mahkemesini de tercih edebilirler. Ancak TAS bünyesinde tahkime gidilmesi ayrı bir formalite olmadan uyuşmazlığın Tahkim Mahkemesi önüne taşınması bakımından kolaylık sağlayacaktır, TAS Arabuluculuk Rehberi m.15.

29- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.13/1.

masını öngören anlaşmanın içine konması durumunda taraflar TAS Kodu m.R44.4'te öngörülen hızlandırılmış tahkim usulünün uygulanmasını sağlayabilirler³⁰.

B-Arabulucunun Belirlenmesi ve Usuldeki Rolü

TAS bünyesinde görev yapan arabulucular Uluslararası Spor Tahkim Konseyi (CIAS) tarafından hazırlanan arabulucular listesi ile ilan edilirler. Arabulucular, TAS hakemi olabilecekleri gibi Spor Tahkim Mahkemesi dışından seçilen kişiler de olabilirler. CIAS tarafından hazırlanan listede en az 50 arabulucu yer alır ve bunlar 4 yıl için seçilirler. Süresi dolan arabulucunun CIAS tarafından aynı göreve yeniden seçilmesi mümkündür³¹.

Kural olarak taraflar CIAS'ın hazırladığı arabulucu listesi içinden istedikleri bir kişiyi arabulucu olarak tayin edebilirler. Bu konuda taraflar bir anlaşmaya varamazlarsa TAS'ın başkanı arabulucuyu tarafların da görüşünü alarak kendi belirler³². Uyuşmazlığın çözümü için tayin edilen arabulucu, usulün süratli bir biçimde sonlandırılması için gereken zamanı ayırmayı kabul eder³³. Arabulucu uyuşmazlığı ele alırken tarafsız davranmak zorundadır. Tarafsızlığı hakkında şüpheye neden olabilecek her türlü durumu taraflara bildirmekle yükümlüdür³⁴. Arabulucunun bu yükümlülüğünü yerine getirmesinden sonra eğer taraflar yazılı olarak yine de aynı arabulucunun görevine devam etmesini isterlerse arabulucu görevine devam edebilir³⁵. Taraflardan birinin arabulucunun uyuşmazlığın çözümü konusunda izlenecek usulü gerektiği gibi yerine getiremeyeceğini belirtmesi halinde ise arabulucu görevden çekilir ve TAS başkanı, tarafların da görüşünü alarak yeni bir arabulucu tayin eder³⁶.

TAS Arabuluculuk Yönetmeliği'nin 9. Maddesi arabulucunun uyuşmazlığın çözümünde nasıl bir rol oynaması gerektiğini açıklamaktadır. Buna göre arabulucu uyuşmazlığa neden olan sorunları tespit eder, tarafların bu sorunlar üzerinde yapacakları müzakerele-

30- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.13/2.

31- BUY, Frédéric, MARMAYOU, Jean-Michel, PORACCHIA, Didier, RIZZO, Fabrice, *Droit du Sport*, LGDJ, 2006, s.64. TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.5.

32- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.6/1.

33- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.6/2.

34- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.6/3.

35- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.6/4.

36- TAS Arabuluculuk Yönetmeliği m.6/5.

ri kolaylaştırır ve taraflara çözüm önerileri sunar. Bununla birlikte arabulucu tarafları bir çözüm önerisini kabul etmeye zorlayamaz. TAS Arabuluculuk Rehberi'nin 10. maddesi de arabulucunun rolünü belirlemektedir. Arabulucu uyuşmazlığa dostane bir çözüm bulmak amacıyla tarafların farklı görüşlerini birbirine yaklaştırmaya çalışan bir kolaylaştırıcıdır. Tarafları çözüme zorlayamaz, taraflardan bağımsızdır, bir hukuk formasyonuna sahip olmak zorunda değildir, müzakere yeteneği olan birisi olmalıdır.

TAS Arabuluculuk Yönetmeliği'nin 13/3. maddesine göre eğer taraflar arasında bir anlaşmaya varılamaz ve arabuluculuk usulü başarısızlığa uğrarsa arabulucu aynı uyuşmazlığı çözmek için başvurulmuş bir tahkim usulünde hakem olarak görev yapamaz.

Spor Tahkim Mahkemesi tarafından yürütülen arabuluculuk faaliyetinin verdiği olumlu sonuçlar bu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin giderek daha çok tercih edilmesine neden olmaktadır. Bunun en son örneği Afrika Futbol Konfederasyonu (CAF)³⁷ ile Togo Futbol Federasyonu arasında meydana gelen uyuşmazlığın TAS Arabuluculuğu ile çözüme kavuşturulmasında görülmüştür. TAS Arabuluculuğuna konu olan olayda 2010 Afrika Futbol Şampiyonasına katılmak üzere 8 Ocak 2010 tarihinde Angola'ya karayolu ile giden Togo milli futbol takımının otobüsüne Angola'nın Cabinda eyaletinin bağımsızlığını isteyen Flec-Fac örgütünün militanlarınca açılan ateş sonucu Togo kafilesinden iki kişi hayatını kaybeder. Yaşanan bu dramatik olayın ardından Togo Futbol Federasyonu 2010 Afrika Futbol Şampiyonasından çekilme kararı alır. Togo Milli Takımını ilgilendiren bu çekilme kararının Konfederasyon yönetmeliklerine aykırı olduğunu belirten CAF Başkanı İssa Hayatou, Togo Futbol Federasyonu yetkililerinden aldıkları çekilme kararından vazgeçmelerini ister. Hayatou'nun talebini geri çeviren Togo Futbol Federasyonu milli takımı Angola'dan geri çağırır. Yaşanan bu gelişmeler üzerine 30 Ocak 2010 tarihinde Afrika Futbol Konfederasyonu, Togo Futbol Federasyonuna, ilgili yönetmeliği gereği 50.000 dolar para cezası ve 2012 ve 2014 yıllarında düzenlenecek olan Afrika Futbol Şampiyonalarına katılmama cezası verir. CAF'ın bu kararına karşı Togo Futbol Federasyonu merkezi İsviçre'nin Lausanne kentinde bulunan Spor Tahkim Mahkemesine başvurarak verilen cezanın tahkim yoluyla kaldırılmasını talep eder. Spor Tahkim Mahke-

37- *Confédération Africaine de Football*.

mesi'nin başvuru incelemeye almasından sonra FIFA Başkanı Joseph Sepp Blatter'in girişimleriyle uyuşmazlığın TAS nezdinde arabuluculuk yoluyla çözülmesi kararlaştırılır. Sepp Blatter'in arabulucu olarak tayin edilmesiyle birlikte yapılan görüşmeler sonucunda 7 Mayıs 2010 tarihinde Afrika Futbol Konfederasyonu ile Togo Futbol Federasyonu arasında anlaşmaya varılır. Taraflarca imzalanan arabuluculuk anlaşmasına göre Togo Futbol Federasyonu Afrika Futbol Konfederasyonunca verilen cezanın haklılığını kabul ederek TAS nezdinde yaptığı tahkim başvurusunu geri çeker. Buna karşılık Afrika Futbol Konfederasyonu da Togo Futbol Federasyonuna verdiği cezayı kaldırmayı taahhüt eder. Böylece Afrika ve dünya futbolunu yakından ilgilendiren bu uyuşmazlığın Güney Afrika Cumhuriyeti'nde düzenlenen Dünya Kupasından önce çözümlenebilmesi de TAS Arabuluculuğu sayesinde gerçekleşmiş olur.

SONUÇ

Sporu ilgilendiren uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesi Spor Tahkim Mahkemesi'nin kurulmasından sonra işlerlik kazanmıştır. TAS uygulamasında yerini bulan bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden en önemlisi kuşkusuz tahkim yöntemidir. Bununla birlikte tahkim uygulamasının yanında arabuluculuk yöntemi de giderek sık uygulama alanı bulan bir usul haline gelmektedir. Sporun ekonomik yönünün gün geçtikçe önem kazanmasına bağlı olarak çoğalan ve farklılaşan uyuşmazlıkların TAS bünyesinde çözülmesinin birçok faydası vardır. Spor hukuku alanında uzmanlaşmış hukukçulara sahip olan Spor Tahkim Mahkemesi hızlı, ucuz ve etkili bir şekilde, sporun doğasına uygun çözüm fırsatları sunmaktadır. TAS tarafından uygulanan gerek tahkim gerekse arabuluculuk ve uzlaştırma yöntemlerinin tamamı *lex sportiva*³⁸ olarak adlandırılan, spor hukukuna özgü bir kurallar bütünü'nün ortaya çıkmasına da katkıda bulunmaktadır.

Spor Tahkim Mahkemesi'nin faaliyetlerinin belirttiğimiz bu faydalarının yanı sıra pragmatik amaçlar içeren diğer özellikleri de göz ardı edilmemelidir. Özellikle Bosman Olayı³⁹ ve sonrasında yaşanan

38- LATTY, Franck, *La lex sportiva, Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007. NAFZIGER, James A.R., *Lex Sportiva, The International Sports Law Journal*, 2004/1-2, s.3 vd.

39- ÖZCAN, Cem, *Les Droits du Sportif Professionnel, étude de droit européen et français*, doktora tezi, Paris, 2009, s.33 vd. ÖZCAN, Cem, *Bosman Kararı ve Profesyonel Sporcuların Serbest Dolaşımı*, *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 2010, sayı:1, s.18-31.

gelişmeler göz önüne alındığında uluslararası alanda spora hükmeden federasyonların devlet mahkemelerinin ve Avrupa Birliği Hukukunun müdahalelerinden kaçmak için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini benimsedikleri görülmektedir.

KAYNAKLAR

- BLACKSHAW, Ian, The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively "Within the Family of Sport", Entertainment Law, Vol.2, no:2, summer 2003, s.61-68.
- BLACKSHAW, Ian, Safeguarding Confidentiality in Mediation, The International Sports Law Journal, 2008-3/4, s.94.
- BUY, Frédéric, MARMAYOU, Jean-Michel, PORACCHIA, Didier, RIZZO, Fabrice, Droit du Sport, LGDJ, 2006.
- FOUCHER, Bernard, Le contrôle de l'activité sportive: de l'arbitre au juge, Les métamorphoses du sport du XXème au XXIème siècle: héritage, éthique et performance: actes du colloque organisé à l'occasion du centenaire du Tour de France sous l'égide du Haut Comité des Célébrations Nationales, Roubaix, Presses Universitaires du Septentrion, 2005.
- KANE Ousmane, The CAS Mediation Rules, International Sports Law Journal, 2003/1, s.33.
- LATTY, Franck, La lex sportiva, Recherche sur le droit transnational, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- NAFZIGER, James A.R., Lex Sportiva, The International Sports Law Journal, 2004/1-2, s.3.
- ÖZBAY, İbrahim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X., sayı 3-4, 2006, s.459-475.
- ÖZCAN, Cem, Les Droits du Sportif Professionnel, étude de droit européen et français, Paris, 2009.
- ÖZCAN, Cem, Bosman Kararı ve Profesyonel Sporcuların Serbest Dolaşımı, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2010, sayı:1, s.18-31.
- SIMON, Gérald, L'arbitrage des conflits sportifs, Revue de l'arbitrage, 1995, s.185.
- ŞİPKA, Şükran, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007/2, s.163-175.

KARAR İNCELEMESİ

Borçlu Tarafından Açılan Menfi Tespit ve/veya Çek İptali Davasının Zamanaşımına Etkisi

■ **M. Hakan ERIŞ***

1. İNCELEME KONUSU KARAR

Yargıtay 12. HD. 09.02.1010, E. 2009/21237, K. 2010/2515¹

DAVA: Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Alacaklı tarafından borçlular hakkında çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan icra takibinin kesintileşmesinden sonra oluşan zamanaşımı nedeniyle borçlular vekili tarafından İİK'nın 71 ve 33-a maddeleri uyarınca İcra Mahkemesinden icranın geri bırakılmasına karar verilmesinin istendiği anlaşılmaktadır.

Takip dayanağı belge kambiyo senedi niteliğinde çek olduğunda olaya TTK'nın 726 ve 730. maddesi göndermesi ile 662 ve 663. maddelerinin uygulanması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 133. maddesine nazaran daha özel nitelikte bulunan ve TTK'nın 730/18. maddesi gereğince çekler hakkında da uygulanması gereken aynı Kanunun 662. maddesi zamanaşımının hangi sebeplerle kesileceğini sınırlı bir şekilde açıklamıştır. Bu sebeplerden biri de dava açılmasıdır. Anılan maddede mücerret dava açılmasında söz edilmekte olup, bu davanın

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1- www.kazanci.com

kimin tarafından açılacak bir dava olduğu hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak borçlu tarafından açılacak davada alacaklı durumundaki davalının itirazını defi yolu ile ileri sürdüğü cihetle borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılan menfi tespit davasında da bu nedenle zamanaşımını kesmesi gerekir. Nitekim Yargıtay HGK'nın 20.01.1996 tarih 1996/12-654 esas 1996/805 karar sayılı kararı ile de aynı ilke kabul edilmiştir.

Somut olayda alacaklı vekili tarafından temyiz dilekçesinde borçluların Şişli 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne 2008/399 esas sayılı menfi tespit davası ve Kadıköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne 2007/793 esas sayılı çek iptali davası açtıkları ileri sürüldüğüne göre mahkemece duruşma açılarak, anılan dava dosyaları getirtilip incelendikten sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, evrak üzerinde ve eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 09.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

2. OLAYIN ÖZETİ

İnceleme konusu Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarı ile, alacaklı tarafından borçlu aleyhinde, çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibi başlatılmıştır. Takip kesinleşmiştir. Ancak borçlu, takibin zamanaşımına uğradığı iddiası ile icra mahkemesine müracaat ederek, takibin geri bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Yine karar gerekçesinden, borçlu tarafca takip konusu çek ile ilgili olarak bir çek iptali davası ile menfi tespit davası açıldığı da anlaşılmaktadır. Ancak, bahsedilen davaların açılma sebebinin taraflar arasındaki hangi ilişkiden kaynaklandığı, diğer bir deyişle, borçlunun bahsedilen davalarda taraflar arasındaki asıl ilişkiye dayanıp dayanmadığı anlaşılamamaktadır.

3. MERCİ KARARLARI

I. YEREL MAHKEME KARARI

İncelenen kararda açıklanmamış olmakla birlikte karar metni,

alacaklı vekilinin temyiz talebinde bulunduğundan bahsedilmekte olması, borçlu talebinin kabul edildiği ve takibin geri bırakılmasına karar verildiği sonucunu doğurmaktadır.

II. YARGITAY KARARI

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, inceleme konu kararı ile, taraflar arasında kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan icra takibinin zamanaşımına uğradığı ve bu nedenle de takibin geri bırakılmasına ilişkin talebin değerlendirilmesinde, TTK m. 662. maddesinde zamanaşımının kesilme sebepleri olarak bahsedilen hususlardan birinde “dava açılması” olduğu; ancak, özel hüküm niteliğindeki bahsedilen maddenin, BK m. 133. maddesinden farklı bir düzenleme ile “sadece dava açılmasından” bahsettiği; bu nedenle borçlu tarafından açılacak “davaların da” madde kapsamında değerlendirilmesi ve zamanaşımını kesen sebepler arasında kabul edilmesi; taraflar arasında mevcut olduğu anlaşılan davalara ilişkin bir değerlendirme yapılması sureti ile sonuca varılması gerektiğine işaret ederek, İcra Mahkemesi kararını bozmuştur.

4. DEĞERLENDİRME.

I. HUKUKİ SORUN

Yukarıda belirtilen mahkeme ve Yargıtay kararlarının değerlendirilebilmesi açısından, öncelikle zamanaşımı, zamanaşımının kesilmesi ve kesilme konusunda BK ve TTK açısından düzenleme farklılığı olup olmadığı hususları üzerinde durulması gerekmektedir. Böylelikle, her iki kararla varılan neticelerin değerlendirmesi de yapılabilecektir.

II. ZAMANAŞIMI ve ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ

1. Zamanaşımı

a. Tanım

Zamanaşımı genel olarak “Yıllanma, müruruzaman, yasanın belirlediği koşullarda bir zamanın geçmesi ile bir hak kazanma veya bir yükten kurtulma yolu” şeklinde tanımlanmaktadır².

2- YILMAZ, Ejder : *Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2004, s. 1353.*

b. Zamanaşımının Hukuki Niteliği

Zamanaşımı öğretide genel olarak borcu sona erdiren sebeplerden birisi olarak kabul edilmektedir³. Ancak zamanaşımı, borç ilişkisini veya hakkı değil, sadece borç/alacak ilişkisini etkilemekte ve borcu eksik borç haline getirmektedir⁴. Böylelikle, yasalarda belirli sürelerin geçmesi ile hak ortadan kalkmamakta ve fakat borçlu edimini ifadan kaçınabilmek imkanına kavuşmaktadır. Bahsedilen yönü ile zamanaşımı, borçlunun istifade edebileceği bir defidir⁵.

c. Zamanaşımı Kurumunun Varlık Nedenleri

Zamanaşımı kurumunun varlık nedenleri: genel olarak alacaklının alacağını takip konusundaki ilgisini canlı ve sürekli tutmak yanında, uzun süren ihtilaflarla mahkemeleri meşgul etmemek, toplumsal huzurun sürekliliğini temin etmek, aradan geçecek belirli sürede, borçlunun edimini ifa ettiğini ispat imkanlarından mahrum kalabileceği için savunma imkanı yaratmak, vs. şeklinde ifade edilebilir⁶.

Diğer yandan, alacaklı muaccel alacağını uzun süre takip etmez, tahsili için yargı ve icra organlarına müracaat ederek hakkını aramaz ise, kanunlarda öngörülen sürelerin geçmesi ile artık hakkını arayamaz hale geleceğinin de bilincinde olmalıdır⁷. Bahsedilen yanları ile zamanaşımının, borçlu lehinde bir kurum olduğu kabul edilebilir.

d. Zamanaşımının İncelenebilme Koşulları

Herhangi bir hukuki uyuşmazlığın çözümünde, hâkimin zamanaşımı konusunu değerlendirebilmesi, diğer defilerde olduğu gibi⁸, bu konuda talepte bulunulmasına bağlıdır (BK m. 140).

3- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet/KAYNAR, Reşat: *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, İstanbul 1960, s. 214; KILIÇOĞLU, Ahmet M. : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2009, 658; EREN, Fikret : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2009, s. 1232.

4- VELİDEDEOĞLU, /KAYNAR, s. 215; KILIÇOĞLU, 659; EREN, 1233.

5- Def'iler aslında borçlu olan bir kişinin, edimini özel sebeplerle yerine getirmekten kaçınabilmesine imkan veren haklardır. KURU, Baki : *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 2001, C. 2, s. 1761.

6- TUTUMLU, Mehmet Akif : *Türk Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulamamsı*, İstanbul 1991, s. 7; KILIÇOĞLU, 659; EREN, 1233

7- KILIÇOĞLU, s. 659; EREN, s.1233.

8- KURU, s. 1763 vd; PEKCANİTEZ, Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet : *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara 2007, s. 335.

2. Zamanaşımının Kesilmesi ve Kesilme Sebepleri

Zamanaşımının kesilmesi, herhangi bir olayda işlemeye başlayan zamanaşımı süresinin, ortaya çıkan herhangi bir sebepten ötürü yeniden ve en baştan işlemeye başlamasıdır⁹. Bu sebepler borçludan veya alacaklıdan kaynaklanabilir.

Nitekim zamanaşımına ilişkin BK m. 133/b.1 hükümleri incelendiğinde; borçlunun borcunu ikrar etmesi, para borçlarında faiz ödemesinde bulunması, kısmi ödemede bulunması, kefil göstermesi, rehin vermesi hallerinin, borçlunun eylemlerinden doğan kesilme sebepleri olarak düzenlendiği görülmektedir.

Bunun yanında BK m. 133/b.2 ise, zamanaşımının alacaklının eylemlerinden doğan kesilme sebeplerini düzenlemektedir. Bunlar: Alacaklının dava açması veya hakeme başvurması, borçlu tarafından açılan bir davada alacağının varlığını ileri sürmesi (defi dava)¹⁰ borçlu aleyhinde icra takibinde bulunması ve iflas masasına başvurulması şeklinde düzenlenmiştir.

Bahsedilen düzenlemelerden hareketle, dava veya icra takibinin zamanaşımına tesir edebilmesi için, bunların alacaklı sıfatını haiz olan tarafça açılmış olması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

3. Zamanaşımının Kesilmesi Konusunda BK ve TTK Hükümlerinin Farklılığı

Zamanaşımı konusu, genel olarak BK'da düzenlenmiş olmakla birlikte¹¹, TTK md. 662 ve m. 663'de bu konuda özel hükümlere de yer verilmiştir. İnceleme konusu kararda bahsedilen hususlar, TTK m. 662'de yer almaktadır. Madde metni ise: “Müruruzaman; dâva açılması, takip talebinde bulunulması, dâvanın ihbar edilmesi veya

9- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet /KAYNAR, s. 223; KILIÇOĞLU, 670; EREN, 1243.

10- Ancak, madde metni çeşitli kaynaklarda çeşitli şekillerde kaleme alınmış olup, bir kısım metinlerde “defi dava” ibaresi yer almamakta (örneğin: <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/407.html> e.t. 20.12.2010), bazı kaynaklarda ise yer almaktadır; örneğin: VELİDEDEOĞLU, H. Veldet/ÖZDEMİR, Refet : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 295; UYGUR, Turgut : Açıklamalı – İçtihatla Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, C. 2, s. 669.

11- Her ne kadar TMK'da da (özellikle aynı haklar konusunda) zamanaşımına ilişkin çeşitli hükümler mevcut ise de (örneğin md. 712, 713, 989 vs. gibi) BK'nın zamanaşımına ilişkin hükümlerinin TMK m. 5 hükmü yollaması karşısında TMK alanında da kullanılacaktır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. KILIÇOĞLU, s. 659.

alacağın iflâs masasına bildirilmesi sebepleriyle kesilir.” şeklindedir¹².

Genel olarak madde metnindeki düzenleme yukarıda değinilen BK m. 133/b.2’dekine benzemekle birlikte, her iki düzenleme arasındaki temel fark, TTK m. 662’de davanın “alacaklı tarafından açılması” ile ilgili bir kaydın mevcut olmamasıdır. Böylece, özel hüküm niteliğindeki TTK m. 662’deki düzenlemenin, genel hüküm niteliğindeki BK m. 133/b.2’den farklı şekilde kaleme alındığı sonucuna varılmaktadır.

Bahsedilen farklılığın kambiyo senetlerinin özel niteliğinden kaynaklandığı; bu senetlerin ciro ve/veya teslim sureti ile el değiştiren niteliğinden ötürü, hamil ile keşidecinin birbirini tanımayan kişiler haline düşebileceği; TTK m. 592 ve 599. hükümlerinde yer alan özel haller hariç, borçlunun davada şahsi defilerini ileri süremez hale düşebileceği, bu nedenle de geriye yegane hak olarak senet metninden doğan ve mutlak defiler denilen defilere dayanarak açabileceği senet iptali (menfi tespit) davasının kalmakta olduğu, bu durumda da alacaklının gereksiz bir kısım masraf, vs. yapmamak adına davanın sonucunu beklemek zorunda kalabileceği; davanın reddi halinde ise (uygulamada davaların uzaması gerçeği karşısında) borçlunun bu kez de zamanaşımı defini ileri sürebilir hale geleceği, bunun ise kanun koyucunun tercih etmeyeceği bir durum olduğu; konuyla ilgili çeşitli tartışmalarda ileri sürülmüştür¹³.

4. Hüküm Farklılığının Yaratabileceği Sonuçlar

Hukukumuzda çek keşide edilmesi, temel ilişkiden bağımsız ve soyut bir taahhüt olarak değerlendirilmektedir¹⁴. Bu durumda, elinde çek mevcut olan herhangi bir alacaklının, borçludan temel ilişkiye dayalı olarak talepte bulunması; çek keşide eden borçlunun ise kendisine müracaat eden hamil ile aralarında mevcut temel ilişkiye

12- İBK m. 1070’den alınan hükmün, hem senet alacaklısının, hem de senet borçlusunun menfaatlerini koruduğuna ilişkin açıklama için bkz. DOĞANAY, İsmail : *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Ankara 1990, C.2, s. 1837 vd.

13- OKÇUOĞLU, Yavuz: *Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Dava Açmasıyla Zamanaşımı Kesilir mi?* Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara 1986, s. 1 vd.

14- POROY, Reha: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, İstanbul 1989, s. 110; KENDİGELEN, Abuzer, *Çek Hukuku*, İstanbul 2007, s. 35.

dayalı olarak savunmada bulunması hukuken mümkündür.

Bahsedilen soyutluk, taraflar arasındaki ihtilafın kaynak ve/veya dayanağına dayalı hak ve özellikle zamanaşımından kaynaklanan savunma imkanlarının da farklı kanun hükümlerine göre değerlendirilmesi zorunluluğunu doğuracaktır. Böylece, taraflar arasındaki ihtilafın “hangi sebebe dayandırıldığı” hususu, olaya uygulanması gereken kanun maddelerini de farklılaştırabilecek¹⁵; kambiyo taahhüdüne girilen olaylarda, taraflar arasındaki ihtilafların asıl ilişkiye veya kambiyo ilişkisine dayalı sebeplerden çıkması halinde uygulanması gereken zamanaşımları da farklılık gösterebilecektir. Bu nedenle, her somut olayın çözümünde, kambiyo senetlerinin niteliğinden kaynaklanan bu hal nazara alınarak bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnceleme konusu Yargıtay kararı, mevcut uyuşmazlıkla ilgili menfi tespit ve çek iptali davalarının hangi gerekçe ile açıldığından bahsetmemektedir. Diğer yandan, temyiz konusu ihtilafın, takip konusu çekin zamanaşımına uğradığı iddiası ile takibin geri bırakılması talebinden kaynaklandığı ise, karardan açıkça anlaşılmaktadır.

Yargıtay kararında varılan sonuç, HGK’nın yukarıda da değinilen¹⁶ ve temel olarak TTK m. 662’de yer alan düzenlemede “açıkça alacaklının açacağı davadan bahsedilmemesinden” hareket eden görüşe paraleldir¹⁷.

Bahsedilen görüşe göre, TTK m. 662, BK m. 133’den tamamen ayrı ve özel bir düzenleme getirmiştir. Bu nedenle, açılacak (herhangi bir) dava, kimin açtığına bakılmaksızın kambiyo senedinin zamanaşımını kesecektir. Zira, her ne kadar alacaklıya düşen alacağını takip ise de, borçlunun açtığı bir davanın reddi halinde alacağına zaten kavuşabileceğini düşünen alacaklı, iyi niyetle ayrıca masrafa gir-

15- YHGK E. 1981/11-716, K. 1984/141, T. 22.02.1984, YKD Ağustos 1984, s. 1155 vd. Bununla birlikte, tarafların anlaşması halinde, kambiyo senedinin “ifa yerine” kabulü halinde, asıl borç ilişkisinin de sona ereceği kabul edilmelidir. (BK m. 114) Bu konudaki açıklamalar için bkz. POROY, s. 112.

16- Bkz. dipn. 15.

17- Bu konuya ilişkin görüşler ve değerlendirmeleri için bkz. OKÇUOĞLU, s. 10-11.

mek yerine, alacağının varlığını savunmakla yetinmek istemeyebilir. Bu hal, usul ekonomisi açısından da tercih edilmelidir¹⁸.

İnceleme konusu kararda “Borçlu tarafından açılacak davada alacaklı durumundaki davalının itirazını defi yolu ile ileri sürdüğü cihetle borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılan menfi tespit davasında da bu nedenle zamanaşımını kesmesi gerekir.” şeklinde bir gerekçe de yer verilmiştir¹⁹.

Bu durumda, inceleme konusu kararda bahsedilen menfi tespit ve çek iptali davaları açısından bir değerlendirilme yapılması da gerekmektedir:

1. Kararın Menfi Tespit Davası Açısından Değerlendirilmesi

Bilindiği gibi, takip hukukunda borçlu tamamen veya kısmen borçlu olmadığı iddiası ile, takipten önce veya sonra menfi tespit davası açabilir (İİK m. 72). Ancak, borçlunun takipten önce açacağı menfi tespit davası, alacaklının takibe girişmesine engel teşkil etmemektedir²⁰.

Bu durumda, alacaklının, alacağına kavuşması için, aleyhinde menfi tespit davası açılmış olmasına karşın borçlu aleyhinde takibe girişmesi veya dava açması hukuken mümkün olduğu gibi²¹, alacaklının girişimine dayalı bu tip bir işlem, kambyo senedine ilişkin zamanaşımının kesilmesini de sağlayacaktır.

Ancak, elinde bir kambyo senedi bulunan alacaklının, borçlu tarafından kendisi aleyhinde açılan menfi tespit davasında, alacağının varlığını ispat ederek, davanın reddini sağlaması ve bu sayede alacağının varlığını ayrıca hüküm altına aldırması da hukuken mümkündür²².

18- OKÇUOĞLU, s. 17.

19- Bahsedilen gerekçe, BK m. 133/b.2’de yer alan “defi zımında” şeklindeki ifadenin “defi dava zımında” şeklinde anlaşılması gerektiği sonucunu da doğurmaktadır.

20- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral/ÖZEKES, Muhammet : İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2008, s. 202 vd.

21- Bahsedilen imkânın, takip hukuku açısından taraf dengesinin sağlanmasını temine yönelik olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder : İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1989, s. 208 vd.

22- KURU /ARSLAN /YILMAZ, s. 213; PEKCANITEZ/ATALAY /SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 208.

Bu noktada Yargıtay tarafından üzerinde durulan hususun: borçlu tarafından açılacak davada, davanın “davacısı aleyhinde sonuç doğurması için” davalının (alacaklının) belli bir kısım faaliyette bulunması (diğer bir deyişle, hakkını savunmak için gayret göstermesi) gerektiğine işaret etmek olduğu anlaşılmaktadır.

Nitekim cebri icra prosedürü, tamamen başvuru (başka bir deyişle talep) üzerine başlayan, sürdürülen ve sonuçlandırılan bir nitelik taşımaktadır²³. Bu çerçevede, maddi hukuktan kaynaklanan hak ve/veya alacağına kavuşmak isteyen alacaklı, bu konuda çaba göstermelidir. Şüphesiz bu çabanın, ait olduğu zamanaşımı süresi içinde gösterilmesi gereklidir.

İncelenen Yargıtay kararından, “borçlu tarafından açılacak davada alacaklı durumundaki davalının itirazını defi yolu ile ileri sürmesi” koşulunun, bahsedilen çaba kapsamında değerlendirilmekte olduğu anlaşılmaktadır²⁴.

2. Kararın Çek İptali Davası Açısından Değerlendirilmesi

İnceleme konusu kararda, borçlu tarafından açıldığı bildirilen davaların ikincisi “Çek İptali” olarak belirtilmektedir. Yine karardan çek iptali davasına ilişkin dosyanın incelenmemiş olduğu da anlaşılmaktadır. Ancak kararda, “Alacaklı tarafından borçlular hakkında çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan icra takibinin kesinleşmesinden sonra oluşan zamanaşımı”ndan bahsedilmektedir. Bu durumda, inceleme konusu karardaki davacı borçlunun, çek üzerinde hak sahibi olmaması da muhtemeldir. Zira, davacı/borçlu aleyhinde icra takibi yapıldığı ve kesinleştiğine göre, en azından çekin davacı/borçlu elinde olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu noktada, davacı/borçlunun çekin rızası dışında elinden çıktığı, vs. iddiasında bulunabileceği de düşünülmeyle birlikte, bilindiği

23- PEKCANITEZ/ATALAY /SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 45.

24- Nitekim bahsedilen hususlarla ilgili olarak yapılan değerlendirmelerde KURU, TTK m. 662 ile ilgili olarak salt borçlu tarafından dava açılmasının zamanaşımını kesmeyeceğine işaret etmekle birlikte; zamanaşımının kesilmesi ile ilgili olarak yapılacak değerlendirmede, alacağını defi dava yolu ile dahi ileri sürmeyen ve borçlunun açtığı davayı da takip etmeyen alacaklının mükafatlandırılmış olacağı görüşünü ileri sürmüştür. Bu konudaki açıklamalar için bkz. OKÇUOĞLU s. 35.

gibi kıymetli evrakın iptali ile ilgili olarak TTK'nın 563. maddesindeki düzenleme "hak sahipliği" esasına dayalıdır. Bu nedenle kıymetli evrakın iptalini talep (dava) edebilmek hakkı da, kıymetli evrakın zayı olduğu yahut ziyan²⁵ meydana çıktığı zamanda senet üzerinde hak sahibi olan şahsa aittir (TTK m. 563/2).

Her ne kadar karardan iptal davasının hangi gerekçe ile açıldığı açıkça anlaşılmamakta ise de, kararda "icra takibinin kesinleştiği" belirtildiğinden, somut olayda çekin ziyaından²⁶ bahsedilmemekte olduğu sonucuna varılmaktadır. Uygulamada esasen şahsi def'i niteliğindeki "bedelsizlik" iddialarının da hatalı bir şekilde "iptal davasına" konu ettirildiği görülmekte²⁷ ise de; borçlu tarafından açılan iptal davasının "hak sahibi olunmaması" gerekçesi ile reddedilmesi öncelikle akla gelen sonuçtur. Bu ise, hak sahibi olunmaması nedeni ile redde mahkûm olacak bir davanın, zamanaşımının kesilmesi yönünden de olumsuz sonuçlar doğurması borçlu Bu durum ise, prensip olarak borçlu lehine olan zamanaşımı kurumunun, borçlu aleyhindeki sonuçlarının, tarafından yapılacak hukuki girişimlerin etkileri açısından yapılacak değerlendirme de bu çerçevede yapılmalıdır; takip hukuku açısından çaba göstermesi gereken alacaklı yararına sonuçlar doğurmasının önüne geçilmelidir.

IV. SONUÇ

Kambiyo senetleri, ticari hayatın gereklerinin hızlı bir şekilde yerine getirilmesinde sıkça kullanılan araçlardır. TTK'da, bunlarla ilgili olarak, genel prensiplerden farklı bir kısım düzenlemeler de yer almaktadır. İnceleme konusu Yargıtay kararında bahsedilen TTK m. 662 de, zamanaşımının kesilmesi konusunu genel hükümlerden farklı şekilde değerlendiren niteliktedir.

Madde salt kaleme alınışı ile dikkate alındığında, zamanaşımını

25- Madde hükmünde yer alan "ziya" ifadesinin, kıymetli evrakın (çekin) rıza hilafına zilyetlikten çıkması sonucunu doğuran çalışma, kaybetme, vs. gibi halleri kapsayacağı; ancak ziya kavramının senette mündemiç hak ile ilgisinin bulunmadığına ilişkin açıklamalar için bkz. ESENKAR, *Burhanettin: Çekin Ziyayı Özellikle Çalınma Hali*, Ankara 1998, s. 71 vd.

26- ESENKAR, s. 71.

27- Bahsedilen husus ve eleştirisi için bkz. POROY, s. 86 vd.

kesecek haller arasında “açılacak davadan” bahsetmekle birlikte, BK’daki düzenlemeden farklı olarak (zamanaşımını kesecek nitelikteki) davanın “kimin tarafından açılacağı” hususunda bir düzenlemeyi içermemektedir.

Genel bir değerlendirme ile, zamanaşımı kurumunun borçlu lehine bir kısım sonuçları olduğu ve buradan hareketle de, asıl çabanın, zamanaşımından etkilenen ve/veya hak kaybına uğrayacak kişiye (alacaklıya) düşmesi; kambiyo senedine bağlanan bir hakkın peşinden koşan alacaklının hızlı ve sürekli çaba göstermesi gerektiği sonucuna varılabilir.

Bu durumda, borçlu tarafından açılacak bir davanın, kendi lehine işleyen zamanaşımı sürelerini yenilemesi, yani aleyhinde sonuçlar doğurması, ilk planda hukuka uygun gözükmemektedir.

Ancak uygulama göstermektedir ki, ülkemizde açılan davaların sonuçlandırılması, yıllara yayılan (çoğunlukla da masraflı) bir sürecin yaşanmasını gerektirmektedir. Benzeri sebeplerle bir kısım alacaklıların (örneğin: ödeme gücü olan borçlunun, henüz kendi aleyhinde icra takibine girilmediği devrede açtığı menfi tespit davalarında olduğu gibi) salt borçlu tarafından açılan davanın reddini sağlaması ve sonuçta (kesinleşmiş) bir ilamla alacağını tahsil etmeyi tercih etmesi de mümkündür. Bu durumda, kambiyo senetlerine ilişkin olarak düzenlenen zamanaşımı sürelerinin, genel zamanaşımı sürelerine nazaran oldukça kısa sayılabilecek süreler olması, menfi tespit davası reddedilen borçlunun, ilaveten/bir de zamanaşımı savunması yapabilmesi gibi (tercih edilmeyecek) bir imkan yaratabilecektir.

Bahsedilen çerçevede, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunabilmesi açısından, borçlu tarafından açılacak menfi tespit davasının, alacaklının hakkını savunduğu (varlığını iddia ederek, borçlunun davasının reddini talep ettiği) nitelikteki ihtilaflarda, borçlu tarafından açılan menfi tespit davasının, TTK m. 662 kapsamında değerlendirilmesi adil sonuçlar doğuracaktır.

Aynı esasın “kıymetli evrakın iptali” talepli bir dava açısından benimsenmesi, kanımızca taraflar arasındaki menfaat dengesine aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Zira, TTK m. 563/2’deki açık düzenleme gereğince “iptali talep edenin hak sahibi olması” gerektiği nazara alındığında, özellikle kambiyo senetlerine dayalı olarak

girişilen (ve somut olaydaki gibi kesinleşen) icra takiplerinde, alacaklının, alacağını takipsiz bırakması halinde ortaya çıkacak sonuçlara katlanması; çoğunlukla “hak sahibi olunmaması nedeni ile” esasa dahi girilmeksizin reddedilmesi gerekecek nitelikteki davaların, zaman aşımı süresini aşacak denli takipsiz bırakılan kambiyo senetlerine mahsus icra takibindeki zamanaşımı sürelerini kesecek sonuçlar doğurmaması uygun bir çözüm olacaktır.

Ancak, inceleme konusu Yargıtay kararı, bahsedilen hususlar açısından bir değerlendirme yapmadığı gibi; yapılması gereğine de işaret etmemektedir. Bu çerçevede inceleme konusu Yargıtay kararı “borçlu tarafından açılacak davada alacaklı durumundaki davalının itirazını defi yolu ile ileri sürmesi” koşulunu benimseyen yönü ile ve borçlunun açtığı belirtilen menfi tespit davasında bahsedilen hususların irdelenmesi gerektiği yönünden taraflar arasındaki menfaat dengesini koruyan nitelikte ise de; çek iptali davası yönünden aynı sonuçları doğurmayabilecektir.

YARGI KARARLARI İDARİ BÖLÜM

DANIŞTAY
Sekizinci Dairesi
Esas : 2010/3793
Karar : 2010/4752

- Tapuda yanlış iptale maddi tazminat
- Dava açma süresi ve yetkili mahkeme
- TMK m.1007

Temyiz İsteminde Bulunan: M.C.

Vekilleri: Av. B.E., Av. F.E.

Karşı Taraf: 1. Maliye Hazinesine izafeten İzmir Defterdarlığı

2. Orman Genel Müdürlüğün izafeten İl Çevre Müdürlüğü, İzmir

İstemin Özeti: Davacının tapu sicilindeki kayda güvenerek malik 3. kişiden satın aldığı İzmir İli, Narlıdere İlçesi, Yeniköy-Yonca mevkiinde bulunan 18.500 m² alanlı 137 ada 42 parsel sayılı taşınmazın, orman vasfında olması nedeniyle idarece aleyhine açılan dava neticesinde tapu kaydının iptali ve taşınmazın orman vasfı ile hazine adına tescili nedeniyle uğradığını öne sürdüğü 2.775.000.00TL maddi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açtığı davada; davacının zararı doğrudan bu işlemleri en geç tüm hukuksal sonuçlarıyla birlikte aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasında verilen kararın kesinleştiği 13.10.2004 tarihinde öğrendiği, taşınmazın tapuda hazine adına tescil edildiği 8.5.2006 günü advacının maddi zararının her bakımdan ortaya çıktığı, bugünü izleyen 60 gün içinde dava açılması ya da idareye başvurulması üzerine dava açılması gerekirken, bu süre geçirilerek ilk kez İzmir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde 21.8.2006 günü açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle süre aşımı yönünden davayı reddeden İzmir 1. İdare Mahkemesinin 3.2.2010 gün ve E: 2009/1719, K: 2010/92 sayılı kararının; davanın görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğu, görev konusunun idari eylem olması sebebiyle idari yargı yerinde açılan davanın süresinde olduğu öne sürülerek 2577

sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Hilal AKTEMUR DERMANCIOĞLU'nun Düşüncesi: Tapu sicilinin yanlış tutulmasından kaynaklanan tazminat davalarının görüm ve çözümünde görevli yargı kolu adli yargı olduğundan, idare mahkemesi kararının görev yönünden bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye TIRYAKI'nın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık, davacının tapu sicilindeki kayda güvenerek özel kişiden satın aldığı taşınmazın, orman vasfında olması nedeniyle aleyhine açılan dava sonucunda adına kayıtlı tapunun iptali ve Hazine adına tesciline karar verilmesi sebebiyle uğradığı maddi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini isteminden doğmuştur.

4271 sayılı Türk Medeni Kanununun sorumluluk kenar başlığı taşıyan 1007. maddesinde; Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet zararın doğmasında kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür hükmü yer almaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının “Dilekçeler üzerine ilk inceleme başlıklı 14. maddesinin 3. fıkrasında; dilekçelerin idare ve vergi mahkemelerinde mahkeme başkanı veya görevlendireceği

bir üye tarafından sırasıyla görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet ve 3 ve 5. maddelere uygun olup olmadıkları yönünden inceleneceği düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; dava konusu taşınmazın ilk kez 1946 yılında yapılan kadastro tespitinin ardından özel kişi adına tescilinin yapıldığı, sonraki yıllarda yapılan tespitlerde orman sınırları içinde olduğunun belirlendiği, ancak tapu siciline şerh düşülmediği; davacının 1996 yılında taşınmazı sicildeki kayda güvenerek satın aldığı; bilahare 11.11.2003 tarihinde davacının tapu kaydının iptali ve orman vasfı ile hazine adına tescili istemiyle açılan davada İzmir 11. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne karar verildiği ve bu kararın kesinleşmesinin akabinde taşınmazın 8.5.2006'da hazine adına tescil edildiği; bunun üzerine davacı tarafından tapu sicilinin yanlış tutulmasından dolayı, idarelerin kusurlu olduğu ve zararının giderimi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda davalı idarelerce, devlete ait taşınmazların kadastro tespit çalışmaları takip edilmemiş, askı süresi sonunda itirazda bulunulmayarak hatalı tescil kaydının oluşmasına ve bunun sonucunda sicile güvenerek taşınmazı satın alan davacının yanılgısına ve zarara uğramasına sebep olduğu açıktır. Ancak yukarıda yer verilen yasal düzenleme ile tapu sicilinin tutulması, kütüklerde düzeltme yapılması ile ilgili işlerin denetiminin adli yargının görev alanı içinde olduğu açıktır.

Bu durumda; adli yargının görev alanına giren dava hakkında idare mahkemesince süre aşımı gerekçesiyle davanın reddedilmesinde hukuki yerindelik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İzmir 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 27.09.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

Av. Bilal Eyüboğlu (İzmir)

YARGI KARARLARI

Hukuk Bölümü

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas : 2008/9353

Karar : 2009/4553

Tarih : 26.03.2009

- Haksız eylem nedeniyle tazminat
- Çalıntı araç satışında noterin sorumluluğu
- Bölüşük kusur

Davacı O.S. vekili Avukat G. K. tarafından, davalı M.E.V. aleyhine 25/03/2005 gününde verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 18/10/2007 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, istem reddedilmiş; karar davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, davalı noter huzurunda yapılan satış senedi ile ikinci el oto satın aldığını, daha sonra aracın çalıntı olduğu anlaşılarak geri alındığını, davalı noterin gerekli özeni göstermemesi nedeniyle sahte belge ile satış gerçekleştiğini, belirterek uğradığı zararın ödetilmesini istemiştir.

Davalı ise, yasal yetkisine göre hareket ettiğini, yapılan işlemde kendisine herhangi bir kusur yüklenemeyeceğini, savunarak istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı noterin sorumluluğunun aracın belgelerinin doğru olup olmadığını araştırmak düzeyinde olmadığı, aksine alıcının dikkatli davranması gerektiği ve davalı noterin eylemleri ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki belgelerden davacıya, aslında dava dışı Ş.M.'ye ait aracın M.E. adına düzenlenmiş sahte sürücü belgesiyle sahte trafik tescil belgesi düzenlenerek satıldığı anlaşılmaktadır. Çalıntı araçla ilgili polis ekspertiz raporlarında aracın trafik ve tescil belgelerinin sahte olmakla birlikte aldatma yeteneğinin bulunduğu belirlenmiştir. Davalı notere sunulan motorlu araca ait ilişik kesme belgesindeki model, tescil tarihi, ağırlık, şasi numarası ve istiap haddine ilişkin bilgiler sahte tescil ve trafik belgeleri ile uyuşmamaktadır. Her ne kadar model, ağırlık, şasi numarası ve istiap haddindeki eksiklik veya farklılıkların bir bölümünün yanlış kayıt, bir bölümünün unutulma nedeniyle farklı olduğu düşünülebilirse de aracın en son gördüğü işlem tarihine ilişkin tescil tarihi de trafik ve tescil belgesi ile uyuşmamaktadır. Trafik ve tescil belgesinde bu tarih 25/10/2002 olarak yazılıyken ilişik kesme belgesinde 18/05/2004 yazılıdır. Davalı noterin bu farklılığın sebebini araştırmadan ve diğer olguları da değerlendirmeden satış işlemini gerçekleştirmesinde gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü gösterdiğinden söz edilemez. Bu nedenle, davalı noterin sorumlu olmadığı yönündeki gerekçe ve varılan sonuç doğru değildir. Ne var ki davacı da satın aldığı araca ilişkin gerekli inceleme ve araştırmayı eksik yapmıştır. Belgelerde yazılı bilgilerin araçta yer alan bilgilere uygunluğunu denetlemediği gibi belgeler arasındaki farkları da incelememiş olduğundan davacının da bölüşük kusurlu olduğu kabul edilerek belirlenecek tazminattan uygun bir miktar da indirim yapılması gerekir. Mahkemece yukarıda belirlenen yönler gözetilmeyerek istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davacı yararına BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 26/03/2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY AÇIKLAMASI

Dava, gerçek malik veya tasarrufa ehil olmayanların sahte oldukları sonradan anlaşılan vekâletname ve nüfus hüviyet cüzdanı gibi

belgelerle gerçek maliklerin haberi olmadan noterlerden araç satışı veya gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmaları sonucu malı elinden çıkan iyi niyetli gerçek maliklerin veya gerçek maliklerden mal aldığını sanarak mal almış olan iyi niyetli kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı noterler aleyhine açmış oldukları tazminat davasıdır.

Dairemiz, uygulamalarında kusurlu sorumluluğu esas alarak noter işlemine esas alınan sahte belgelerin iğfal kabiliyetinin olup olmasına bakmakta, sahte belgelerin iğfal kabiliyetinin olması halinde noteri sorumlu tutmamakta, iğfal kabiliyetinin olmaması halinde ise, noterde işlem yaptıranların sahte işlemlerdeki katkı payı göz önüne alınarak B.K.'nın 43 ve 44. maddeleri gereğince indirim uygulamak suretiyle noteri sorumlu tutmaktadır.

Dairemizin açıklanan uygulaması göz önüne alındığında uyumsuzluk, noterlerin araç satışlarından veya gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinden doğan zararlarda kusursuz olarak mı, yoksa kusurlu olarak mı sorumlu olacaklarından kaynaklanmaktadır.

Doğru olan sonuca ulaşabilmek için konuya ilişkin yasal düzenlemelerin irdelenmesi gerekir.

Araç satışlarının Karayolları Trafik Kanununun 20. madesi ve 1512 Sayılı Noterlik Kanununun 60/2. maddesi gereğince, Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmelerinin ise B.K.'nın 213 ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60/3. maddesi gereğince noterlerce yapılması geçerlilik şartı olarak zorunludur.

1512 sayılı Noterlik Kanununun; (1). maddesi gereğince “Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için begelendirir.”

(72/3). maddesi gereğince “Noter, iş yaptıracak kişilerin kimlik, adres ve yeteneğini ve gerçek isteklerini tamamen öğrenmekle yükümlüdür.”

(82/1). maddesi gereğince “Noter Kanunu hükümlerine göre belgelendirilen işlemler resmi sayılır.”

(82/2). maddesi gereğince “Noterler tarafından düzenlenmiş olan hukuki işlemler sahteliği sabit olana kadar geçerlidir.”

(85). maddesi gereğince, “Noterlerin tanzim ettiği tutanak, noterin ilgisini tanıyıp tanımadığını, tanıımıyorsa ilgilinin kişiliği hak-

kında ne yolda kanı sahibi olduğunu gösterir.”

(162/1). maddesi gereğince “stajyer, kâtip adayları tarafından yapılmış olsa dahi noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yhut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludur.”

Günlük yaşamda genellikle bir kısım sahte kişiler çeşitli yollarla temin ettikleri sahte vekâletname veya sahte nüfus cüzdanı ile noterliklerde başkalarına ait araç veya gayrimenkulleri satmakta bunun sonucu olarak hiçbir şeyden habersiz malı elinden çıkan gerçek malik veya noterin gerçek malik veya geçerli vekil olarak kabul edip işlem yaptığı kişiden gerçek malikten alıyormuş gibi notere inanarak iyi niyetle satın alan ancak, daha sonra işlemin sahte olduğunun anlaşılması üzerine satın aldığı mal elinden çıkan alıcı zarar görmekte ve zararlarından dolayı işlemi yapan noterlere karşı tazminat davası açmaktadır.

Araç satışları ile gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinin geçerli ve intikali sağlayıcı olabilmesi için yukarıdaki yasal düzenlemeler karşısında noterlerce yapılması zorunlu olduğu ve noterinde işlem yaparken yine yukarıdaki yasal düzenlemelerde belirtildiği gibi işlem yaptıran kişilerin (alıcı ve satıcının) kimliklerini ve isteklerini tamamen ve doğru olarak öğrenmekle yükümlü olması, noterlik işleminin hatalı ve eksik yapılmasından dolayı noterlerin hukuki sorumluluklarının kabul edilmesi göz önüne alındığında Türk Medeni Kanununun 1007. maddesinde düzenlendiği gibi, tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan devlet nasıl ki kusursuz sorumlu tutuluyorsa, sadece noterler tarafından resmi şekilde yapılması zorunlu olan araç satışı ve Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesi yapılmasından kaynaklanan zararlardan dolayı da 1512 sayılı Noterlik Kanununun (162/1). maddesindeki noterlerin hukuki sorumluluğunun da kusursuz sorumluluk olması gerekir.

Zira, noterin sahte belgeler ile işlem yapması, gerçek maliki iyi tespit etmemesi, hatalı ve eksik işlemdir. Diğer bir deyişle noter sahte belgeler ile işlem yapmasa ne gerçek malik yönünden ve ne de notere güvenerek gerçek malikten satın alıyormuş gibi satın alan kişi yönünden bir zarar doğmayacaktır. Bu zararın meydana gelmesinde hiçbir şeyden haberi olmamasına rağmen malı elinden çıkan ne gerçek malikin ve ne de notere güvenerek malı satın alan iyi niyetli ki-

şinin bu zararın meydana gelmesinde hiç bir kusuru yoktur. Gerçek malik ve iyi niyetli alıcı yönünden meydana gelen zarardan dolayı tek sorumlu noterdir. Noterin işlemi yaparken sahtecilik nedeniyle aldatılmasının, belgelerin iğfal kabiliyetinin olup olmamasının, zarar gören gerçek malik veya iyi niyetli alıcı yönünden hiçbir etkisi yoktur. Bu hususlar noter tarafından sahtecilik yapanlara karşı açılacak rücu davasında veya sahtecilik işleminde katkılarının olması halinde gerçek malik ve kötü niyetli alıcı yönünden ileri sürülebilir ve davaya etkisi olabilir. Noterin hatalı işlemi sonucu malı elinden çıkan gerçek malikin veya iyi niyetli alıcının zararlarından dolayı noterin sorumluluğunu azaltmak veya gerçek malik ile iyi niyetli alıcıyı noter haricinde tanımadıkları kişilere muhatap etmek özellikle Noterlik Kanununa, hukukun genel prensiplerine ve hakkaniyete aykırıdır.

Sonuç olarak; araç satışı ile Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesinin düzenlemesinde satış ve intikalin geçerli olabilmesi için noterlerin yasa gereğince tek yetkili ve sorumlu olmaları, noterlerin işlemi yaparken ilgililerin kimlik ve gerçek isteklerini tamamen öğrenmekle yükümlü olmalarına rağmen hatalı olarak sahte belgelerin kullanılması nedeniyle (belgelerin iğfal kabiliyetinin olup olmaması önemli değil) gerçek malik yerine sahte satıcıların işlemi nedeniyle gerçek malikin haberi ve katkısı olmadan gerçek malikin malını noterlik işlemi ile satması halinde gerçek malikin ve notere güvenerek mali satın alan iyi niyetli kişinin doğmuş olan zararlarından dolayı noterin gerçek malik ve iyi niyetli alıcıya karşı Noterlik kanununun (162/1). maddesindeki sorumluluğu kusursuz sorumluluktur.

Noterin sahtecilik yapanlara karşı rücu davası açma hakkı saklı kalmak kaydı ile gerçek malik ile iyi niyetli alıcının uğradığı zararları noter ödemekle yükümlüdür.

Sayın çoğunluğun aksi yöndeki düşüncelerine katılmıyorum.
26/03/2009

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas : 2008/12685

Karar : 2009/7948

Tarih : 19.03.2008

• Faiz alacağı: 3095 Sayılı
Yasanın 3. maddesi ve Borçlar
Yasasının 104/son maddesi

• Faizin başlangıç tarihi

Davacı O.B. ve diğerleri vekili Avukat C.T. tarafından, davalı İçişleri Bakanlığı aleyhine 16/11/2007 gününde verilen dilekçe ile alacak istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 25/07/2008 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, faiz alacağı istemine ilişkindir. Davacılar, davalının haksız eylemi nedeni ile kaybettikleri destekleri için uğradıkları maddi ve manevi zararlarının ödetilmesine karar verildiğini, bu ilamda faiz istemleri hakkında bir karar verilmediğinden olay tarihi ile karar tarihi arasında işlemiş faiz alacaklarının ödenmediğini belirterek işlemiş faiz alacaklarının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsilini istemişlerdir. Yerel mahkemece istemin bir bölümünün dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödetilmesine karar verilmiş, karar, davalı tarafından temyiz olunmuştur.

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Yasa'nın 3. maddesi ve Borçlar Yasası'nın 104/son maddesine göre geçmiş günler faizinin tediyesinde temerrüt sebebiyle faiz yütülemeyeceği gözetilmeksizin faiz alacağına temerrüt tarihinden itibaren faize hükümlenmesi usul ve Yasa'ya aykırı ise de bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 438/son maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın hüküm fıkrasının 1 nolu bendinde yer alan “dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizleri ile” sözcük dizisinin tümünden silinerek kararın düzeltilmiş bu biçiminin ONANMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 5/10/2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas : 2008/14415

Karar : 2009/10702

Tarih : 25.07.2008

• Haksız eylem nedeniyle zarar

• Faiz istemi ve başlangıç tarihi

Davacı (...) İşletmesi Müdürlüğü vekili Avukat V.B. tarafından davalı Y.T.M ve diğerleri aleyhine 21/1/1997 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 19/03/2008 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili ile davalılar vekilleri tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

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

2- Davacının diğer temyiz itirazına gelince; dava, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı maddi tazminat istemi-ne ilişkindir.

Yerel mahkemece istem kabul edilmiş; karar, taraflarca temyiz olunmuştur.

Haksız eylemde zarar olay tarihinde doğmuş olduğundan ve ayrı bir ihtar gerekmeden haksız eylem sorumlusunun temerrüdü gerçekleştiğinden, haksız eylem gününden itibaren faiz istenebilir. Davacının, belirlenecek tazminata olay gününden itibaren faiz yürütülmesi istemi bulunmasına karşın, kabul edilen maddi tazminata davanın açıldığı günden itibaren faiz yürütülmesi ve davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin eksik hesaplanmış olması usul ve ya-

saya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekirse de belirlenen bu yanılmanın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 438/son maddesi gereğince kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenlerle hüküm fıkrasının maddi tazminat belirlenmesine ilişkin ilk paragrafında yer alan "...dava tarihinden itibaren..." biçimindeki sözcüklerin silinerek yerine "...olay günü olan 22.12.1995 gününden itibaren..." sözcük dizisinin yazılmasına; yargılama giderine ilişkin beşinci paragrafında yer alan "...768,70..." biçimindeki sayıların silinerek yerine "...1.704.00..." sayılarının yazılmasına; davalıların tüm, davacının öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddiyle kararın düzeltilmiş bu biçiminin ONANMASINA ve aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden davalılara yükletilmesine, peşin alınan harcın bundan mahsubuna ve davacıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 15/6/2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas : 2007/4632

Karar : 2008/1768

Tarih : 14 Şubat 2008

- 3533 sayılı Yasa
- Mahkemenin hakem sıfatıyla davaya bakması.
- Kazanılmış hak kuralının istisnası.

ÖZET: 3533 sayılı Yasada tahkime tabi kuruluşlar sayılmış ve “sermayesinin tamamı devlete veya belediyelere yahut özel idarelere ait olan daire ve müesseseler” ibaresi yer almışsa da, davalı idarenin bu süreçte özelleştirme aşamasını tamamladığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı özel hukuk hükümlerine tabi ve tacir olduğundan mecburi tahkime tabi bir kurum değildir.

Davacı Maliye Hazinesi vekili Avukat N.Ş. tarafından davalı (...) Genel Müdürlüğü aleyhine 27.10.2003 gününde verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 04.07.2006 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Mahkemece Hakem sıfatıyla bakılan dava reddedilmiş, kararı davacı temyiz etmiştir.

Davacı Hazine, davalı (...) Elektrik Dağıtım AŞ Genel Müdürlüğü tarafından (...) ilçesinde elektrik hatlarıyla ilgili çalışma yapıldığını, bu çalışma sırasında elektrik voltajı üzerindeki ani değişimler nedeniyle kamu kurumlarındaki bazı aletlerin hasar gördüğünü belirterek onarım bedelini tazminat olarak istemiştir.

Mahkeme olayda davalıya atfedilecek kusur bulunmadığından davayı reddetmiştir.

Dava, 3533 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre genel, katma ve özel bütçelerle yönetilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete ve belediyelere yahut özel bütçelerle yönetilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete ve belediyelere yahut özel idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan uyuşmazlıklardan adalet mahkemelerinin görevi içinde bulunanlar o zamanda yazılı "tahkim usulüne göre çözümlenir." hükmü gerği daha önce mecburi tahkim yoluyla çözülmek üzere bozulmuştur. Mahkemece daire bozmasına uyularak Hakem sıfatıyla dava görülmüştür. Ne var ki, anılan Yasada da belirtildiği üzere tahkime tabi kuruluşlar sayılmış ve "sermayesinin tamamı devlete veya belediyelere yahut özel idarelere ait olan daire ve müesseseler" ibaresi yer almışsa da davalı idarenin bu süreçte özelleştirme aşamasını tamamladığı anlaşılmaktadır. Şu durumda davalının özel hukuk hükümlerine tabi ve tacir olduğunun kabulü gerekir. Öyleyse davalının mecburi tahkime tabii bir kurum olmadığı açıktır. Daha önceki mahkeme kararı, hakem sıfatıyla davanın görülmesi gerektiğinden bozulmuş ise de, görev hususu re'sen ve davanın her aşamasında göz önüne alınacağından ve "kazanılmış hak" kuralının istisnasını oşlutturduğundan, kazanılmış haktan söz edilemez. Yukarıda anılan nedenlerle, davanın genel mahkeme sıfatıyla görülmesi gerekirken, Hakem sıfatıyla görülmesi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davacı yararına BOZULMASINA 14.2.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas : 2008/11556

Karar : 2009/6781

Tarih : 14 Mayıs 2009

• İhale bedelinin geç tahsili
nedeniyle faiz istemi

• Uygulanacak faiz oranı

• BY m.105

ÖZET: *Zararın doğuşu paranın değer yitirmesine dayandırıldığında BY'nin 105. maddesi uyarınca zararın somut olaylara dayanarak kanıtlanması gerekir. Gecikme faizi oranları, mevduat faizi oranlarındaki artışlar gözetilerek belirlendiğinden, yaşanan yoğun enflasyona dayanılarak tazminat istenilmesi yasakoyucunun iradesiyle bağdaşmaz.*

Davacı S.Ş. vekili Avukat E.Ö. tarafından davalı A.Z. Aleyhine 26.5.2004 gününde verilen dilekçe ile munzam zarar ödetilmesinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 18.04.2008 günlü kararın Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne ve miktar itibariyle duruşma isteminin reddine karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

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

2- Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, munzam zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, dava dışı üçüncü kişi T.T.'nin borcunu ödememesi üzerine icra takibi başlatarak aracı üzerine haciz uygulattırdığını, davalının da aynı borçludan alacaklı olduğu iddiası ile yine aynı araç üzerine haciz koydurduğunu, satışa çıkartılan hacizli aracın ihale sonucu davacı tarafından satın alınması üzerine düzenlenen sıra cetvelinde davalının ilk sırada alması nedeniyle satış bedelinin davalı alacaklıya ödenmesine karar verildiğini, İcra Tetkik Mercisinde sıra cetveline itiraz ettiğini, isteminin reddedildiğini, Antalya 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde muvazaalı icra takibi yapıldığı iddiasıyla sıra cetvelinin iptali davası açtığını, davalı alacağının muvazaalı olduğuna karar verilip icra takibinin iptaline ilişkin kararın kesinleştiğini, bu yüzden ihale bedelini 3.11.2003 günü faizsiz olarak aldığını, 6.5.1999 günü alması gereken ihale bedelini gecikmeli ve faizsiz olarak 3.11.2003 gününde alınması nedeniyle zararın meydana geldiğini iddia ederek yasal faizi ve munzam zararın davalıdan alınmasını istemiştir.

Davalı ise kendisine husumet düşmeyeceğini, nemalandırmanın icra dairesi tarafından yapılması gerektiğini ileri sürerek istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Yerel mahkemece, davalının kanıtlanan muvazaalı işlemi gerçekleştirmemiş olsa idi icra dosyasındaki tutarın, satışın kesinleşmesi üzerine ihalenin feshi davasının reddine ilişkin Alanya İcra Tetkik Mercisi kararının kesinleştiği 6.5.1999 günü davacıya ödenebileceği dikkate alındığında, munzam zararın başladığı 6.5.1999 günü ile paranın icra dosyasına yatırıldığı 30.10.2003 günü arasındaki süre yönünden yapılan değerlendirmeler sonucunda temerrüt faizinin 7.025,27 YTL TEFE, TÜFE artışları döviz kurları, altın fiyatları ortalamasına göre munzam zararın 10.442,00 YTL, yasal faizi aşan kısmında 3.416,72 YTL olduğu gözetilerek, davacının temerrüt faizi ile birlikte faizle karşılanamayan munzam zararını isteme hakkı bulunduğu gerekçesiyle istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararın dayanağının oluşturan bilirkişi raporunda, belirtilen dönem için Merkez Bankası gecikme faizi oranları dikkate alınarak hesaplama yapılmış, yerel mahkemece hem gecikme faizinin hem de munzam zarar tutarının kabulüne karar verilmiştir. Ancak, zararın doğuşu paranın değer yitirmesine dayandırıldığından BK'nın 105. maddesi uyarınca zararın somut olaylara dayanılarak kanıtlanması

gerekmektedir. Yasa koyucu tarafından, paranın değer yitirmesi, mevduat faiz oranlarındaki artışlar gözetilerek gecikme faizi oranları belirlendiğinden yaşanan yoğun enflasyona dayanılarak tazminat istenilmesi, yasa koyucunun iradesiyle bağdaşmamaktadır. Aynı nedenlere dayanarak ve onun üzerinde oluşan munzam zararın kabul edilmesi gecikme faizi ile ilgili 3095 sayılı Yasa'daki düzenlemelere aykırıdır. Yerel mahkemece anılan yön üzerinde durulmadan gecikme faizini aşan şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekirse de belirlenen bu yanılmanın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK'un 438/son maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenlerle hüküm fırcasının 1 nolu bendinde yer alan "...Temerrüt faizi ile 316,72 YTL munzam zarar alacağının munzam alacağı yönünden 30.102003 tarihinden değişen oranlardaki reeskont faizi ile birlikte..." sözcük dizisinin silinmesine; harç alınmasına ilişkin 2 nolu bendinde yer alan "...563,85..." ve "...293,00..." sayılarının silinerek yerine "...379,35" ve "...109,35..." sayılarının yazılmasına, vekâlet ücretine ilişkin 4 nolu bendinde yer alan "...1.253,00..." biçimindeki sayılarının silinerek yerine "...843..." sayılarının yazılmasına; davalının diğer temyiz itirazlarının (1) sayılı bentte gösterilen nedenle reddiyle kararın düzeltilmiş bu biçiminin ONANMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 14/05/2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas : 2009/4326

Karar : 2010/979

Tarih : 8 Şubat 2010

- Avukatlık Yasasının 165. maddesi
- Takip alacaklısı ve takip borçlusunun haricen anlaşması.
- HUMY m.438/son (düzelterek onama)

Davacı E.Y. Tarafından, davalı Ü.A. Aleyhine 17.3.2008 gününde verilen dilekçe ile itirazın iptali istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabul, kısmen reddine dair verilen 28/07/2008 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi advalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

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

2- Davalının diğer temyiz itirazına gelince; dava, avukatlık ücreti alacağının ödenmesi amacı ile başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş, karar, davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, dava dışı vekil edenin davalıdan olan alacağını almak amacıyla icra takibi başlattığını, vekil edeni ile davalı borçlusunun sulh olduklarını, kendisine ödenmesi gereken avukatlık ücreti alacağını almak amacıyla vekil edeni ile davalı hakkında başlattığı icra takibinin, davalının itirazı üzerine durduğunu belirterek, itirazın iptali ile alacağın %40'ı oranında icra inkâr tazminatı ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davacının avukatlık ücreti alacağı konusunda bilirkişi görüşüne başvurulmuş, bilirkişi tarafından belirlenen avukatlık ücreti alacağı benimsenerek, itirazın 7.607,76 TL'ye yönelik

bölümünün iptali ile birlikte asıl alacağın %40'ı oranında inkâr tazminatı ödetilmesine karar vermiştir.

İcra takibinin konusunu oluşturan avukatlık alacağının tutarı belirgin (likid=liquid) olmayıp alacak tutarının saptanması yargılamayı gerektirdiğinden olayda uygulama yeri bulunmayan İcra ve İflas Yasasının 67/2. maddesi gereğince, davalının icra inkâr tazminatı ile sorumlu tutulmasına yasal olarak bulunmamaktadır.

Yerel mahkemece açıklanan yön gözetilmeden davalının icra inkâr tazminatı ile de sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekirse de belirlenen bu yanlışlığının giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 438/son maddesi gereğince kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenlerle hüküm fıkrasının icra inkâr tazminatı ödetilmesine ilişkin 1-b nolu bendinin tümünden silinerek hüküm fıkrasından çıkartılmasına; davalının öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddiyle kararın düzeltilmiş bu biçiminin ONANMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 08/02/2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davacı (alacaklı) vekili olarak davada (icra takibinde) kendisinden hukuki yardım alınan davacı Avukat, açtığı davanın (yaptığı icra takibinin) davacı (alacaklı) ve davalı (borçlu) nın harici anlaşması sonucu takipsiz kaldığını, kendisinin sözleşme gereğince davacı (alacaklı) dan alması gereken vekâlet ücreti ile dava (icra takibi) nedeniyle Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince karşı taraf davalı (borçlu) dan alması gereken vekâlet ücretlerini alamadığını bildirerek Avukatlık Kanunu'nun 165 nci maddesi gereğince alamadığı vekâlet ücretlerinin müştereken ve müteselsilen davacı (alacaklı) ile davalı (borçlu) dan tahsiline karar verilmesi isteği ile bu davayı açmıştır.

Yargıtay (3) ve (13) ncü Hukuk Daireleri ile üyesi olduğum 4. Hukuk Dairesi, her ile vekâlet ücretinden dolayı da gerek davacı (alacaklı) ve gerekse davalı (borçlu) nın Avukatlık Kanununun 165 nci maddesi gereğince müştereken ve müteselsilen sorumluluğunu

kabul etmekle birlikte (3) ve (13) ncü Hukuk daireleri iş sahibi olan davacı (alacaklı) ile kendi avukatı arasında yapılan avukatlık ücret sözleşmesinin tarihi ve sözleşmenin yazılı olup olmamasına göre davalı (borçlu)nun sorumlu olacağı miktar yönünden değerlendirme yaparken, 4. Hukuk Dairemizin sayın çoğunluğu ise, iş sahibi olan davacı (alacaklı) ile avukatı arasındaki avukatlık ücret sözleşmesindeki miktarla bağlı kalmaksızın davalı (borçlu) yı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki miktar ile sorumlu tutmaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi olarak ben ise, davalı (borçlu) nın her iki vekâlet ücretinden de sorumlu olmadığı, kendisinde davalı olma sıfatı bulunmadığından dolayı dava açılmayacağı, dava açılması halinde pasif husumet yokluğu nedeniyle açılan davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Bu duruma göre, dava (icra takibi) nın taraf asillerinin harici anlaşmaları sonucu takipsiz kalması halinde her iki taraf vekâlet ücretinden de kendisini vekille temsil ettiren davacı tarafın Avukatlık Kanunu'nun 165 nci maddesi gereğince sorumlu olacağı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, bu şekilde açılan davalarda davalı (borçlu) nın vekâlet ücretinin birinden veya her ikisinden sorumlu olup olmadığı, Avukatlık Kanunu'nun 165 nci maddesinin davalı (borçlu) yı kapsayıp kapsamadığı, diğer bir deyişle davalı (borçlu)nın kendisini vekille temsil ettirmiş olan davacı tarafla birlikte her iki vekâlet ücretinden dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulup tutulamayacağı konularından kaynaklanmaktadır.

Davalı (borçlu) nın vekâlet ücreti ile sorumlu tutulabilmesi için, Avukatlık Kanunu'nun 164/ son ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 3 ncü maddesine göre, dava sonunda kararla icra takiplerinde yargı mercilerince avukata ait olmak üzere karşı taraf davalı (borçlu) nın Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince avukatlık ücretinden sorumlu olduğuna karar verilmiş olması gerekir.

Asil olan tarafların harici anlaşmaları üzerine dava (icra takibi) takipsiz kaldığına göre, avukata ait olmak üzere karşı tarafa davalı (borçlu) ya yüklenecek vekâlet ücreti konusunda yargı mercilerince verilmiş bir karar olmadığından davalı (borçlu) nın vekâlet ücreti ile sorumlu tutulması mümkün değildir. Yargı mercilerince vekâlet ücreti konusunda karar verilmediği hallerde davalı (borçlu) nın vekâ-

let ücreti ile sorumlu tutulmaması Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Ücret Tarifesi hükümlerinin mantığına da uygundur. Zira, davalı (borçlu) ancak, kısmen veya dava ve icra takibi sonucu tamamen haksız çıkması halinde vekâlet ücreti ile sorumlu tutulabileceğinden, dava veya icra takibinin ne şekilde sonuçlanacağı ancak yargı merciinin kararı ile anlaşılabilir olduğundan bu kararın sonucuna göre de tarafların sorumlu olacakları vekâlet ücretleri karara bağlanabileceğinden (örnek; davanın veya icra takibinin tamamen reddi halinde davalı (borçlu) nın vekâlet ücreti ile sorumlu tutulması mümkün olmadığı gibi, vekili varsa davalının lehine vekâlet ücretinin takdirine karar verilmesi gerektiği, Avukatlık Ücret Tarifesi gereğidir) davalı (borçlu) sorumlu değildir. Yargı merci kararından Avukatlık Ücret Tarifesine göre dahi sorumlu tutulamayan davalı (borçlu) nın tarafı olmadığı, iş sahibi olan davacı (alacaklı) nın hukuki yardımından istifade etmek için tutulduğu avukatı ile yapmış olduğu sözleşmeden kaynaklanan vekâlet ücretinden sorumlu tutulmasının hiçbir yasal dayanağı olmadığı gibi, sorumlu tutulması Avukatlık Kanunu'nun 164/son 165, 174/3 ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 1 nci maddelerine aykırılık oluşturur.

Tarafların harici anlaşması nedeniyle fiilen devre dışı kalan avukatın konumu, iş sahibi olan davacı (alacaklı) nın avukatını azletmiş hali gibidir. Bu durumda da Avukatlık Kanunu'nun 174/2. maddesi gereğince avukatlık ücret sözleşmesi gereğince iş sahibi ile avukatı arasında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamından iş sahibi olan davacı (alacaklı) sorumludur. Bunun yanında, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan vekâlet ücreti sorumluluğunun avukatla sözleşme yapan iş sahibine ait olacağının Avukatlık Kanunu'nun 165, 174/3 ve avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 1 nci maddeleri de desteklenmektedir.

Her iki vekâlet ücretinden de davalının iş sahibi ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağına dair, Yargıtay (3) ve (13). Hukuk Daireleri ile 4. Hukuk Dairemizin sayın çoğunluğu karar vermekte ve bu kararlarını Avukatlık Kanunu'nun 165 nci maddesine dayandırmakta iseler de, kanaatimce bu uygulama söz konusu maddenin yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Zira, Avukatlık Kanunu'nun 165 nci maddesi dikkatlice incelendiğinde her iki vekâlet ücretinden de müştereken ve müteselsilen sorumlu olan, aleyhine dava açılan veya takip yapılan davalı (borçlu) değil, avu-

katla avukatlık sözleşmesi yapan, yani iş sahibi olan davacı (alacaklı) birden fazla kişi ise, avukata vekâletname veren bunların her birinin harici anlaşma sonucu dava veya icra takibinin sonuçsuz kalması halinde her iki vekâlet ücretinden de kendi avukatlarına karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklarına dairdir. Maddede yer alan “her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda” ki ifade davacı ve davalıyı yani tarafları kast etmeyip, taraflardan alınacak vekâlet ücretini kast etmekte olup, anlaşma nedeniyle işin takipsiz kalması sonucu davacı tarafın (iş sahibinin) avukatının gerek kendi müvekkilerinden aralarındaki sözleşme gereğince alacağı vekâlet ücretinden ve gerekse adva ve takip sonucu yargı merciince karar altına alınmayan karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinden birden çok olan davacıların (alacaklıların) her birinin müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklarına dairdir.

Sonuç olarak; tarafların anlaşması nedeniyle dava ve icra takibinin takipsiz kalması halinde, Avukatlık Kanunu’nun 165 nci maddesindeki iş sahibi ile avukatı arasındaki sözleşmeden kaynaklanan vekâlet ücreti ile ilgili müteselsil sorumluluk davalıya ait olmayıp, avukatla sözleşme yapan birden çok iş sahibinin her birine ait olduğundan, takipsiz kalan işle ilgili vekâlet ücreti konusunda yargı mercilerince vekâlet ücreti konusunda davalı (borçlu) yı sorumlu tutan her hangi bir kararda verilmemiş olduğundan, işin takipsiz bırakılması nedeniyle davacı (alacaklı) avukatı tarafından vekâlet ücreti ile ilgili açılacak davalarda davalı (borçlu) ya husumet düşmeyeceğinden onun yönünden pasif husumet ehliyetinin bulunmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi düşüncesinde olduğundan sayın çoğunluğun aksi yöndeki düşünce ve kararlarına katılmıyorum. 08.02.2010

YARGITAY
4. Hukuk Dairesi
Esas : 2009/5603
Karar : 2010/3335
Tarih : 24 Mart 2010

- Avukatlık Yasasının 165. maddesi
- Takip alacaklısı ve takip borçlusunun haricen anlaşması.
- Feragat nedeniyle icra takibinin sona ermesi halinde alacaklı vekilinin ücreti.

ÖZET: *Feragat nedeniyle sona eren icra takibinde alacaklı vekili olarak yer alan davacının, yasa gereği hak ettiği vekâlet ücreti alacağına hak kazandığının saptanması durumunda, bu alacağını icra takibinin iki tarafından da dayanışmalı olarak isteyebilecektir.*

Davacı N.B.S. vekili Avukat S.S.Y. tarafından davalı H.Y. aleyhine 11/02/2008 gününde verilen dilekçe ile alacak istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 09/04/2008 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, Avukatlık Yasası’nın 165. maddesinden kaynaklanan vekâlet ücreti alacağı istemine ilişkindir.

Davacı, dava dışı takip alacaklısı N.O. vekili olarak icra takibi başlattığını, satış aşamasına getirdiği icra takibinin, dava dışı takip alacaklısı N.O. ile takip borçlusu davalı H.Y.’nin sulh olması üzerine feragat nedeniyle sona erdirildiğini belirterek, bundan doğan vekâlet ücreti alacağının Avukatlık Yasası’nın 165. maddesi uyarınca icra takip borçlusu olan davalıdan alınmasını istemiştir.

Yerel mahkemece, davacı ile dava dışı takip alacaklısı N.O. arasında vekâlet ilişkisinin bulunduğu; icra takibinin, takip alacaklısı N.O.’nun feragati nedeniyle sona erdiği, feragatin tek taraflı istek

açıklaması (irade beyanı) olup takip borçlusunun kabulüne bağlı olmadığı, takip alacaklısı ile takip borçlusunun sulh olduklarına ilişkin kanıtın dosyaya sunulamadığı gerekçesiyle istem reddedilmiş, karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Avukatlık Yasası'nın 165. maddesi gereğince; iş sahibinin birden çok olması durumunda bunlardan her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukatlık ücretinin ödenmesi yönünden avukata karşı dayanışmalı olarak (müteselsilen) sorumludurlar.

Şu durumda, tarafların kanıtları toplanıp bu çerçevede takip alacaklısı ile takip borçlusunun sulh olup olmadığı tartışılmalı, feragat nedeniyle sona eren icra takibinden alacaklı vekili olarak yer alan davacının yasa gereği hak ettiği vekâlet ücreti alacağına hak kazandığının saptanması durumunda, bu alacağını icra takibinin iki tarafından da dayanışmalı olarak isteyebileceği gözetilerek oluşacak sonuca göre karar verilmelidir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeyerek, eksik inceleme ve yerinde olmayan gerekçeyle istemin ilk oturumda reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 24/03/2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davacı (alacaklı vekili olarak davada (icra takibinde) kendisinden hukuki yardım alınan davacı Avukat, açtığı davanın (yaptığı icra takibinin) davacı (alacaklı) ve davalı (borçlu)nun harici anlaşması sonucu takipsiz kaldığını, kendisinin sözleşme gereğince davacı (alacaklı)dan alması gereken vekâlet ücreti ile dava (icra takibi) nedeniyle Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince karşı taraf davalı (borçlu)dan alması gereken vekâlet ücretlerini alamadığını bildirerek Avukatlık Kanunu'nun 165 nci maddesi gereğince alamadığı vekâlet ücretlerinin

müştereken ve müteselsilen davacı (alacaklı) ile davalı (borçlu)dan tahsiline karar verilmesi isteği ile bu davayı dava açmıştır.

Yargıtay (3) ve (13) ncü Hukuk daireleri ile üyesi olduğum 4. Hukuk Dairesi, her iki vekâlet ücretinden dolayı da gerek davacı (alacaklı) ve gerekse davalı (borçlu)nın Avukatlık Kanununun 165. maddesi gereğince müştereken ve müteselsilen sorumluluğunu kabul etmekle birlikte (3) ve (13)ncü Hukuk Daireleri iş sahibi olan davacı (alacaklı) ile kendi avukatı arasında yapılan Avukatlık ücret sözleşmesinin tarihi ve sözleşmenin yazılı olup olmamasına göre davalı (borçlu)nun sorumlu olacağı miktar yönünden değerlendirme yaparken, 4. Hukuk Dairemizin sayın çoğunluğu ise, iş sahibi olan davacı (alacaklı) ile avukatı arasındaki Avukatlık ücret sözleşmesindeki miktarla bağlı kalmasızın davalı (borçlu)yı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki miktar ile sorumlu tutmaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi üyesi olarak ben ise, davalı (borçlu)nın her iki vekâlet ücretinden de sorumlu olmadığı, kendisinde davalı olma sıfatı bulunmadığından dolayı dava açılmayacağı, dava açılması halinde pasif husumet yokluğu nedeniyle açılan davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Bu duruma göre, dava (icra takibi) nın taraf asillerin harici anlaşmaları sonucu takipsiz kalması halinde her iki taraf vekâlet ücretinden de kendisini vekille temsil ettiren davacı tarafın Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesi gereğince sorumlu olacağı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, bu şekilde açılan davalarda davalı (borçlu) nın vekâlet ücretinin birinden veya her ikisinden sorumlu olup olmadığı, Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesinin davalı (borçlu) yı kapsayıp kapsamadığı, diğer bir deyişle davalı (borçlu) nın kendisini vekille temsil ettirmiş olan davacı tarafla birlikte her iki vekâlet ücretinden dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulup tutulamayacağı konularından kaynaklanmaktadır.

Davalı (borçlu) nın vekâlet ücreti ile sorumlu tutulabilmesi için, Avukatlık Kanunu'nun 164/son ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 3 ncü maddesine göre, dava sonunda kararla icra takiplerinde yargı mercilerince avukata ait olmak üzere tarışı taraf davalı (borçlu) nın Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince avukatlık ücretinden sorumlu olduğuna karar verilmiş olması gerekir.

Asil olan tarafların harici anlaşmaları üzerine dava (icra takibi)

takipsiz kaldığına göre, avukata ait olmak üzere karşı tarafa davalı (borçlu) ya yüklenecek vekâlet ücreti konusunda yargı mercilerince verilmiş bir karar olmadığından davalı (borçlu) nın vekâlet ücreti ile sorumlu tutulması mümkün değildir. Yargı mercilerince vekâlet ücreti konusunda karar verilmediği hallerde davalı (borçlu) nın vekâlet ücreti ile sorumlu tutulmaması Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerinin mantığına da uygundur. Zira, davalı (borçlu) ancak, kısmen veya dava ve icra takibi sonucu tamamen haksız çıkması halinde vekâlet ücreti ile sorumlu tutulabileceğinden, dava veya icra takibinin ne şekilde sonuçlanacağı ancak yargı merciinin kararı ile anlaşılabileceğinden bu kararın sonucuna göre de tarafların sorumlu olacakları vekâlet ücretleri karara bağlanabileceğinden (örnek; davanın veya icra takibinin tamamen reddi halinde davalı (borçlu)nın vekâlet ücreti ile sorumlu tutulması mümkün olmadığı gibi, vekili varsa davalının lehine vekâlet ücretinin takdirine karar verilmesi gerektiği, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğidir) davalı (borçlu) sorumlu değildir.

Yargı mercii kararı olmadan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre dahi sorumlu tutulamayan davalı (borçlu) nın tarafı olmadığı, iş sahibi olan davacı (alacaklı) nın hukuki yardımından istifade etmek için tuttuğu avukatı ile yapmış olduğu sözleşmeden kaynaklanan vekâlet ücretinden sorumlu tutulmasının hiçbir yasal dayanağı olmadığı gibi, sorumlu tutulması Avukatlık Kanunu'nun 164/son 165, 174/3 Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 1. maddelerine aykırılık oluşturur.

Tarafların harici anlaşması nedeniyle fiilen devre dışı kalan avukatın konumu, iş sahibi olan davacı (alacaklı)nın avukatını azletmiş hali gibidir. Bu durumda da Avukatlık Kanunu'nun 174/2. maddesi gereğince avukatlık ücret sözleşmesi gereğince iş sahibi ile avukatı arasında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamından iş sahibi olan davacı (Alacaklı) sorumludur. Bunun yanında, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan vekâlet ücreti sorumluluğunun avukatla sözleşme yapan iş sahibine ait olacağını Avukatlık Kanunu'nun 165, 174/3 ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 1. maddeleri de desteklemektedir.

Her iki vekâlet ücretinden de davalının iş sahibi ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağına dair, Yargıtay (3) ve (13).

Hukuk daireleri ile 4. Hukuk Dairemizin sayın çoğunluğu karar vermekte ve bu kararlarını Avukatlık Kanunu'nun 165 nci maddesine dayandırmakta iseler de, kanaatimce bu uygulama söz konusu maddenin yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Zira, Avukatlık Kanunu'nun 165 nci maddesi dikkatlice incelendiğinde her iki vekâlet ücretinden de müştereken ve müteselsilen sorumlu olan, aleyhine dava açılan veya takip yapılan davalı (borçlu) değil, avukatla avukatlık sözleşmesi yapan, yani iş sahibi olan davacı (alacaklı) birden fazla kişi ise, avukata vekâletname veren bunların her birinin harici anlaşma sonucu dava veya icra takibinin sonuçsuz kalması halinde her iki vekâlet ücretinden de kendi avukatlarına karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklarına dairdir.

Sonuç olarak; tarafların anlaşması nedeniyle dava ve icra takibinin takipsiz kalması halinde, Avukatlık Kanunu'nun 165 nci maddesindeki iş sahibi ile avukatı arasındaki sözleşmeden kaynaklanan vekâlet ücreti ile ilgili müteselsil sorumluluk davalıya ait olmayıp, avukatla sözleşme yapan birden çok iş sahibinin her birine ait olduğundan, takipsiz kalan işle ilgili vekâlet ücreti konusunda yargı mercilerince vekâlet ücreti konusunda davalı (borçlu) yı sorumlu tutan herhangi bir karar da verilmemiş olduğundan, işin takipsiz bırakılması nedeniyle davacı (alacaklı) avukatı tarafından vekâlet ücreti ile ilgili açılacak davalarda davalı (borçlu) ya husumet düşmeyeceğinden onun yönünden pasif husumet ehliyetinin bulunmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi düşüncesinde olduğundan sayın çoğunluğun aksi yöndeki düşünce ve kararlarına katılmıyorum.

24/03/2010

YARGITAY

17. Hukuk Dairesi

Esas : 2009/5315

Karar : 2009/7465

Tarih : 12 Kasım 2009

- Trafik kazası nedeniyle sigorta şirketinin tazminat sorumluluğu.
- Tazminata işletilecek faizin başlangıç tarihi.
- HUMY m.438/son (düzelterek onama).

ÖZET: *Davalı sigorta şirketinin dava tarihinden önce temerrüde düştüğü tespit edilemediğinden, dava tarihinden itibaren faizle sorumlu tutulması gerekir.*

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde taraflar vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı tarafa ait aracın müvekkiline ait araca çarpması sonucu müvekkilinin yaralandığını olayda davalı sürücünün tam kusurlu olduğunu, müvekkilinin 3 ay yatak tedavisi gördüğünü ve işini kaybettiğini, sürekli işgöremez hale geldiğini, tedavisinin devam ettiğini, manevi olarak büyük elem ve ızdırıp içinde olduğunu belirterek 20.000.- YTL maddi 5.000 YTL manevi tazminatın olay tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalı sigorta şirketi poliçe limitiyle sınırlı olmak üzere davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davalı E.G. vekili ceza davasının derdest olduğunu, ceza dosyasında Bursa Adli Tıp Kurumundan alınan rapora davacının itiraz etmediğini, dava dilekçesinden belirtilen rahatsızlıklarının bu olayla ilgili olmadığını, kusuru ve zararı kabul etmediğini, tazminat mikta-

rının fahiş olduğunu, manevi tazminatın şartlarının oluşmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı (...) A.Ş. vekili, davalı aracının müvekkili şirkete trafik sigortalı bulunduğunu arazi poliçe limitinin 7.000.-YTL olduğunu, manevi tazminattan sorumlu olmadıklarını, davadan önce temerrüde düşürülmediklerini bu nedenle olay tarihinden faiz istenemeyeceğini belirtmiştir.

Mahalince, davanın kısmen kabulü ile davacının iş ve güçten kalmasından kaynaklanan 1137 YTL ile tedavi giderine ilişkin 336.83 YTL olmak üzere toplam 1.473.83 YTL maddi tazminatın olay tarihinden itibaren davalılardan tahsiline, davalı sigorta şirketi hakkındaki manevi tazminat talebinin reddine, 2000 YTL manevi tazminatın olay tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalı E.G.'den tahsiline karar verilmiş; hüküm tüm taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı E.G. vekili ile davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davalı (...) A.Ş. vekilinin temyiz itirazına gelince; dava trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalı sigorta şirketinin dava tarihinden önce temerrüde düştüğü tesbit edilemediğinden dava tarihinden itibaren faizle sorumlu tutulması gerekirken yazılı olduğu üzere olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizle sorumluluğuna karar verilmesi doğru değil, bozma sebebi ise de bu yöndeki yanlışlığın giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden HUMK.nun 438/7. maddesi gereğince hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı Y.B. vekili ile davalı E.G. vekilinin temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı (...) A.Ş. vekilinin temyiz talebinin kabulü ile hüküm fıkrasının 1. bendinde yazılı “1.473.83 YTL maddi tazminat alacağının” ifadesinden sonra gelen “olay tarihi olan 12.9.2000 tarihinden itibaren” tümcesinin hükmünden çıkartılarak yerine” da-

valı E.G.'den olay tarihi olan 12.9.2000 tarihinden itibaren" tümcesinin hükümden çıkartılarak yerine "12.9.2000 tarihinden davalı (...) A.Ş.'den 6.9.2002 dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile" tümcelerinin yazılarak hükmün düzeltilmiş bu şekli ile ONAN-MASINA ve aşağıda dökümü yazılı 15.60.-TL peşin harcın onama harcına mahsubuna, aşağıda dökümü yazılı 140.10.-TL kalan onama harcının temyiz eden davalı E.G.'den alınmasına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı (...) A.Ş.'ye geri verilmesine 12.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

17. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/1488

Karar : 2010/4651

Tarih : 24 Mayıs 2010

• 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası.

• Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının kapsamı ve Destek Zararı kavramı.

• Borçlar Yasasının 44/1 ve 47. maddeleri

ÖZET: Destek zararı, ölenin değil, üçüncü kişilerin üzerinde doğan dolaylı ve yansıma yolu ile meydana gelen zarardır. İşletenin yakınlarının uğradıkları destek zararlarının trafik sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığı açıkça 2918 sayılı Yasada düzenlenmediği gibi, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında da bu yolda bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Sürücünün ölümü nedeni ile onun desteğinden mahrum kalanların, işletenden ve onun sigortacısından destek tazminatı talebinde bulunabilecekleri ilke olarak benimsenmelidir.

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün, süresi içinde davacılar vekili ile davalı (...) vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili, müvekkillerinin murisi M.T.'nin kullandığı, davalı (...) A.Ş.'nin zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olduğu araç ile, diğer davalıların sürücü, işleten ve zorunlu mali sorumluluk sigortacısı oldukları aracın çarpışması sonucu müvekkili A.T.'nin yaralandığını, müvekkillerinin murisleri M. ve G.T. ile S.Ç.'nin öldü-

günü, bu suretle müvekkillerinin destekten yoksun kaldıklarını, maddi ve manevi zarar gördüklerini ileri sürerek, ikinci ıslahla birlikte toplam 26.963.24 TL maddi ve 25.000.00 TL manevi tazminatın yasal faizleriyle davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı sigorta şirketleri vekilleri, ayrı ayrı limitle ve kusura göre sorumlu olduklarını savunmuştur.

Diğer davalılar davaya cevap vermemişlerdir.

Mahkemece, toplanan deliller ve dosya kapsamına göre, davacı A.Ç.'nin yaralanmasına ilişkin maddi tazminat talepleri ile davalı A.D. hakkındaki tüm talepler hakkında atıye terk nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına, diğer istemlere ilişkin olarak davanın kısmen kabulüne, davacı R.Ç. için 7.827.61 TL davacı A.Ç. için 15.425.89 TL ve davacı M.T. için 2.709.74 TL destekten yoksun kalma tazminatının kusur oranlarına göre üç davalıdan yasal faiziyle ve toplam 8.100.00 TL manevi tazminatın davalı S.Ç.'den yasal faiziyle tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili ile davalı (...) A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı (...) A.Ş. vekilinin aşağıdaki 2 ve 3 numaralı bend kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/1. maddesinde, "işletenlerin, bu kanunun 85/1 maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur", aynı yasanın 85/1 maddesinde, "bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölmüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, araç işletenin bu zarardan sorumlu olacağı" aynı yasanın 85/son maddesinde ise, "işleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur." hükümlerine yer verilmiş, Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A-1. Maddesinde de, "sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında bir

kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermesinden dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder" şeklinde ifade edilmiştir.

Yukarıda açıklanan madde hükümlerinden; Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası; motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğrayan 3. kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan bir zarar sigortası türü olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer yandan; aynı kanunun 92. maddesinde, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının kapsamı dışında kalan hususlar sıralanmış olup, 92/a maddesinde, "işletenin; eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler" 92/b maddesinde ise; "işletenin, eşinin usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürülebilecekleri taleplerin" Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının Genel Şartlarının A-3 maddesinde de ZMSS kapsamı dışında kalan hususları düzenlenmiştir.

Bu yasal düzenlemelere göre destek zararı; ölenin değil üçüncü kişilerin üzerinde doğan dolaylı ve yansıma yolu ile meydana gelen zarardır. İşletenin yakınlarının uğradıkları destek zararlarının trafik sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığı açıkça Karayolları Trafik Kanunun da düzenlenmediği gibi, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında da, bu yolda bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Hal böyle olunca; sürücünün ölümü nedeni ile onun desteğinden mahrum kalanların, işletenden ve onun sigortacısının destek tazminatı talebinde bulunabilecekleri ilke olarak benimsenmelidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, zarar verici bir olay sonucu ölen sürücünün ekonomik desteğinden yoksun kalanların uğradıkları zarar, ölen sürücünün değil, destekten yoksun kalanların, bir başka ifade ile, işletene göre üçüncü kişi durumunda olanların üzerinde doğan dolaylı ve yansıma yolu ile meydana gelen zarar olup, destekten yoksun kalanlar bu zararlarının tazmini için zarar sorumlusundan istemde bulunabilirler. Ancak, yansıma yolu ile zarar gör-

müş olan destek tazminatı isteyenlerin, kendisine destek sağlayan kişinin sahip olduğu haktan fazlasına sahip olabilmeleri hukukin mümkün bulunmayıp, sürücünün ve dolayısıyla destek tazminatında bulunanların, kendi kusurlarından yararlanamazlar.

Bu durumda, işletenin destek sağlayan kişiye karşı ileri sürebileceği defileri, destekten yoksun kalanlara karşı ileri sürebilecek olmasına göre işleten, zararın oluşumunda sürücünün de birlikte kusurlu olduğunu ileri sürerek BK.nun 44/1 maddesi gereğince, tazminatın sürücünün kusuru oranında indirilmesini isteyebilir. Zira trafik kazası sonucu ölenin desteğinden yoksun kalanların Zorunlu Mali Sorumluluk sigortacısına yöneltebilecekleri yansıma yolu ile oluşan zararlar ilgili tazminat istemlerinin tutarı, işletene karşı ileri sürebilecekleri tutar kadar olmalıdır. Dairenin son uygulamaları da bu yöndedir.

Dava konusu olayda, davacı M.T.'nin babası M.T. bakımından talep ettiği destek tazminatına ilişkin olarak, ölen desteğin sürücü olarak aracı kullanırken öldüğü ve davalı (...) A.Ş. bakımından müteselsilen değil yalnızca kendi sigortalısının kusuru oranında talepte bulunulmuş olmasına göre, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında; yalnızca davalı M.T.'nin, ölen desteği babası M.T'den olan destek kaybı için belirlenen tazminat bakımından istemin reddi gerekirken, kabulü doğru olmamıştır.

3- Ayrıca, davalı (...) A.Ş. Aleyhine manevi tazminata hükmedilmediği halde, davalı sigortanın da manevi tazminat miktarı ayrılmaksızın toplam tazminat üzerinden hesaplanan vekâlet ücreti ve harç toplamından sorumlu tutulması da doğru olmamıştır.

4- Davacılar vekilinin temyizine gelince; hükmedilen manevi tazminat dosya kapsamına uygun değildir. Zira, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre, hâkimin özel durumları göz önüne alarak hükmedeceği manevi tazminat miktarı, adalete uygun olmalıdır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginlenmemesi, zarar sorumlusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. 22.06.1976 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de takdir edilecek manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona

etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Somut olayda, davacıların anne ve babaları ile bir çocukları ölmüştür. Kaza tarihi ve buna göre uygulanacak faiz de dikkate alındığında, olayın özellikleri, sorumluluğun niteliği ve olay tarihindeki paranın alım gücüne göre manevi tazminat miktarı azdır. Mahkemece tarafların ekonomik ve sosyal durumu ve uygulanacak temerrüt faizi de nazara alınarak adalete daha uygun bir manevi tazminat takdir edilmek üzere kararın davacılar yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda, 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı sigorta vekilinin 1 ve 2 numaralı, 2 ve 3 numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün anılan taraflar yararına BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılar ve davalı (...) A.Ş.'ye geri verilmesine 24.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

19. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/6977

Karar : 2010/14361

Tarih : 15 Aralık 2010

- İflasın ertelenmesi
- Şirketin borcunu temin amacıyla şirket ortağının verdiği ipotek

ÖZET: *İflasın ertelenmesinin talep edilmesi halinde, şirketin öncelikle borca batık durumda olup olmadığı rayiç değerlere göre tespit edilmeli, borca batık durumda ise bu kez ıslahının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.*

Şirket ortağının şirket borcunu temin amacıyla verdiği ipotek, üçüncü kişinin vermiş olduğu ipotek olduğundan, tedbir yoluyla ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip sırasında satışın durdurulmasına karar verilemez.

KARAR

İflasın ertelenmesi talebinde bulunan vekili, uzun yıllar Ü. Holding'in Ankara distribütörlüğünü yaptığını, 2006 yılında anılan şirketin Ankara'daki zincir marketlere doğrudan satış yapması nedeniyle müvekkili şirketin ilk kez zarar vermeye başladığı ve ardından distribütörlük anlaşmasının sonlandırıldığı, başka faaliyet alanında leasing yoluyla yatırım yaparak ticari hayatını sürdürdüğü, ancak bu süreçte borca batık hale geldiği belirtilerek müvekkili şirketin iflasının bir yıl süreyle ertelenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, dilekçi şirketin borca batık olduğu, bilirkişi kurulunun raporlarına göre projenin ciddi ve inandırıcı olup, iyileştirme projesinde öngörülen tedbirlerin uygulanmasıyla mali durumunun iyileşebileceği belirtilerek iflasının bir yıl süreyle ertelenmesine karar verilmiş, hüküm müdahiller (...) Bank, (...) Bankası ve (...) Bank vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

1- İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketinin mali durumunun ıslahının mümkün olması halinde o şirketin iflasının önlenmesini sağlayan bir kurumdur. Böyle bir talep üzerine mahkemece, bu şirketin öncelikle borca batık durumda olup olmadığı, rayiç değerlere göre tespit edilmeli, borca batık durumda ise bu kez ıslahının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bunun için borçlu şirket tarafından mahkemeye ibraz edilen bilanço ile mali durumun iyileştirilebilmesi amacıyla şirket tarafından bildirilen proje üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, rayiç değerler ve yapılan araştırma ve inceleme sonucu elde edilen gerçekçi verilere göre bilirkişilerce yeniden oluşturulacak şirket bilançosu (borca batıklık bilançosu) da dikkate alınıp bir sonuca gidilmelidir. Zira önerilen iyileştirme tedbirlerinin şirketin mali durumunu düzeltmeye elverişli olup olmadığının belirlenmesi özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden, bu konuda bilirkişinin görüşüne başvurulması icap etmektedir.

Hükme esas alınan bilirkişi kök ve ek raporlarında, şirketin borca batık olduğu, iyileştirme projesinde sermaye artırımını öngörülmesine rağmen bu konuda somut bir gelişme olmadığı, arsa üzerine fabrika kurularak gelir sağlanmasının varsayıma dayalı bir tedbir olduğu, geçmiş üç yıl dikkate alındığında 3.226.970.- TL kâr elde etme potansiyelinin bulunduğu, fakat satış maliyetlerinin ve faaliyet giderlerinin yüksek olması, kısa vadeli borçlanma gideri ile olağan dışı giderin fazla olması nedeniyle zarar ettiği, 2009 yılı ilk altı ayının zararının 68.757.-TL'ye ulaştığı, bu nedenle yüksek satış oranının kara dönüşmediği, bu giderlerin kısılması, halinde kâra geçebileceği belirtilmiş, mahkemece bu rapor hükme esas alınarak dilekçi şirketin iflasının ertelenmesine karar verilmiştir.

İyileştirme projesinde öngörülen somut tedbirlerden sermaye artışı konusunda bir gelişme olmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Öte yandan yüksek satış oranının kâra dönüşmesinin engelleyen satış maliyetlerinin ve faaliyet giderlerinin yüksekliği, kısa vadeli borçlanma gideri ile olağan dışı giderin fazlalığı gibi yapısal sorunların nasıl giderileceği yönünden bilirkişi raporunda yeterli ve denetime elverişli bir açıklama yer almamakta olup, bu nedenle söz konusu rapor genel ve soyut niteliktedir.

O halde mahkemece yapılacak iş, yukarıda yapılan açıklamalar ve

bilirkişi raporuna yönelik itirazlar çerçevesinde konusunda uzman yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınarak tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermekten ibaret olup, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

2- Şirket ortağının şirketin borcunu temin amacıyla verdiği ipotek, üçüncü kişinin vermiş olduğu ipotek niteliğinde olduğundan, tedbir yoluyla ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sırasında satışın durdurulmasına karar verilemez. Bu husus gözetilmeden 7.5.2010 tarihli tedbir kararı ile şirket ortağının maliki olduğu taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sırasında satışının durdurulmasına hükmedilmesi doğru değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle müdahiller vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 15.12.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DİZİN

MAKALELER	Sayı	Sayfa
Yazı İşleri Müdürün Notları Murat Fatih Ülkü	2010/1	6
Bulanık Yıllar Ve Mahrem Gözyaşları Onur Güven	2010/1	8
Başkan Nevzat'ın Anısına M. Ertuğrul Perim .	2010/1	11
İcraya Verilen Kira Kontratlarından Kaynaklanan Damga Vergisi Mustafa Alpaslan - Harun Reşit Tokcan	2010/1	16
Bosman Kararı ve Profesyonel Sporcuların Serbest Dolaşımı Cem Özcan	2010/1	18
Adil Yargılanma Hakkına Bakışın İki Danıştay Kararı Üzerinden Değerlendirilmesi Mine Uzun	2010/1	32
Takip Hukukunda “Taahhüdü İhlal” Suçu (İik. Mad. 340) Talih Uyar	2010/1	46
Kamu İcra Hukukunda Mal Bildirimine İlişkin Yükümlülükler ve Bu Yükümlülüklerle Uymamanın Cezai Sonuçları Z. Özen İnci	2010/1	65
Sosyal Güvenlik Kurumuna Açılan Davaların Azaltılmasına Yönelik öneriler Meltem Öztürk	2010/1	117
Söyleşi 1978-1980 Avukat Hasan Basri Güder Dönemi	2010/1	139
Yazı İşleri Müdürünün Notları Murat Fatih Ülkü	2010/2	6
Spor Hukuku A. Şakir Uzun	2010/2	9

DİZİN

9 Nisan 2010 Tarihinde Yapılan “Anayasa Değişikliği ve Yargı Reformu” Paneli		
Emine Ülker Tarhan	2010/2	18
Fevzi Demir	2010/2	25
Murat Fatih Ülkü	2010/2	37
Mehrigül Keleş	2010/2	50
Son Kullanma Tarihi Bilgisinin Verilmesi Yükümlülüğünün İhlâlinde Tüketicinin Korunması		
İlknur Serdar	2010/2	95
Yazı İşleri Müdürünün Notları		
Murat Fatih Ülkü	2010/3	6
Karşılıksız Çek Suçlarından Dolayı Yapılan Soruşturma veya Kovuşturmalarda Yakalama Emri Kararı Verilebilip Verilemeyeceği Sorunu		
Refik Ay	2010/3	9
Geçmişten Geleceğe Avukatlık		
Mehmet Harun Elçi	2010/3	18
Birden Fazla Parsel Üzerine Yayılmış Toplu Yapılarda Yönetim		
Hande Atmaca Ülkü	2010/3	60
Hizmet Tespiti Davalarında Kesintili Çalışma Olgusu ve Hak Düşürücü Süre		
Meltem Nizamoğlu Öztürk	2010/3	79
Tüketici Kredilerinde Kefaletin Türü Ve Kefile Başvurmanın Şartları		
İlknur Serdar	2010/3	87

YARGI KARARLARI	Sayı	Sayfa
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas No: 2008/21-470, Karar No: 2008/468 İşgöremezliğe Dayalı Manevi Tazminat Davalarında Zamanaşımı Süresi	2010/1	174
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas No: 2010/693, Karar No: 2010/1998 Tapuda Kayıtlı Olan Taşınmazların Resmi Şekilde Yapılmayan Temliklerine Değer Verilemez	2010/1	179
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/11865, Karar No: 2009/16910 Vasiyetnamenin Tenfizi Ve Tescil	2010/1	182
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/14398, Karar No: 2009/20160 Aile Konutunun Devri İşlemi ve Geçerliliği	2010/1	185
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/9583, Karar No: 2008/12208 “İzsu’nun Su Bedeli İle İlgili Alacaklarından Abonenin ve Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”	2010/1	187
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi ESAS NO : 2009/19350, Karar No: 2010/820 İntifadan Men (Yararlanmadan Engellenme) Aranmadan Paydaşların Birbirlerinden Ecrimisil İsteyebileceği Durumlar	2010/1	191
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas No: 2007/14067, Karar No: 2008/515 Kendisi Adına Oluşturulan Trafik Sicil Kaydının İptali İle Başkası Adına Sicil Oluşturulmasını İsteyen Davacının Bu İsteminin Adli Yargı Yerine İdari Yargıda Çözümlemesi Gerekir. Vergi Yükümlülüğü Kaydının İptaline İlişkin Davanın da Vergi Mahkemelerinde Görülmesi Gerekir.	2010/1	194
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/2288, Karar No: 2008/3812 Ziynet Eşyalarının İadesi ve Manevi Tazminat Davalarında Yaşamın Olağan Akışı ve Kusur	2010/1	197

DİZİN

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas No: 2009/23870, Karar No: 2010/582 Borçluya Ait Traktör ve Römorkun, İİK Madde 82/4 Gereğince Haczedilmezlik Kapsamında Kalabileceği	2010/1	200
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas No: 2009/3196, Karar No: 2009/6326 Ödenmeyen Banka Kredilerinden Sorumlulukta, Kişisel Yarar Sağlamama ve Bölüşük Kusur Kavramlarının Etkisi	2010/1	204
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/6353, Karar No: 2009/11027 “Temsilde Hata Halinde, Dava Husumetten Hemen Reddedilmez.”	2010/1	207
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2009/26736, Karar No: 2010 / 8276 Bankaların Kredi Teminatları İçin Yapılan Takipler; Alacaklı- Borçlu Ayrımı Yapılmaksızın Tahsil Harcından (Harçlardan) Muafıtır	2010/1	210
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/3406, Karar No: 2008/9587 Sulh İle Sonuçlanan Şufa Davasında Avukatlık Ücreti	2010/1	213
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/11693, Karar No: 2008/12703 “Kat Mülkiyetine ya da Kat İrtifakına Tabi Olan Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi İstenemez.	2010/1	216
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/3161, Karar No: 2008/10318 Trafik Siciline Tescilli Araçlarda Devir ve Satışın Bağlı Olduğu Biçim Koşulu	2010/1	220
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/11865, KARAR NO : 2009/16910 Vasiyet Alacaklısının Vasiyeti Reddetmesi Halinde, Bu Redden Vasiyet Yükümlüsü de Yararlanır	2010/2	141

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas No: 2009/5603, Karar No: 2010/3335 Sulh Durumunda, Avukatlık Ücretinden Sorumluluk.	2010/2	144
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Esas No: 9903, Karar No: 12484 Yargılama Gideri ve Vekâlet Ücreti Yönünden Kısmi İtirazın Kaldırılması Taleplerinde, İcra Mahkemesi Takibin İptaline ve %40 Tazminata Karar Veremez	2010/2	150
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Esas No: 562, Karar No: 7016 Adi Kefalette Kefilin Sorumluluk Zamanı	2010/2	153
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas No: 2007/23503, Karar No: 2009/1639 Kamu Kurumunda Çalışan İşçinin Önceki Çalışma Sürelerinin Kıdem Tazminatı Hesabında Dikkate Alınması	2010/2	156
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2009\3263, Karar No: 2009\11332 İcra Müdürlüğünde Yapılan İşlemin Sonuç Doğurabilmesi İçin, Masrafının Yatırılmış Olması Gerekir	2010/2	162
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2010\5244, Karar No: 2010\6279 Talimat İcrasının, (Haciz) Talimatı Yerine Getirmesi Zorunludur.	2010/2	164
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/4306, Karar No: 2009/179 Sigorta Davalarında Faiz	2010/2	166
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/4856, Karar No: 2009/197 Alkollü Araç Kullanma-Sigorta Şirketlerinin Rücu Hakkı - Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. Maddesindeki 0,50 Promil Sınırının Yasaya Aykırılığı	2010/2	169

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/4713, Karar No: 2009/279 İdareye (Belediyeye) Ait Araçların Karışıkları Trafik Kazalarında Görevli Mahkeme	2010/2	173
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/3053, Karar No: 2009/283 Karayolları Trafik Kanunu Anlamında İşleten Sıfatının Belirlenmesi	2010/176	
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Esas No: 2009/6378, Karar No: 2010/6051 TTK'nın 644. Maddesi Uyarınca Sebepsiz Zenginleşme Nedeniyle Açılacak Davada Dava Açma Süresi	2010/2	179
Yargıtay 8. Ceza Dairesi Esas No: 2008/12717, Karar No: 2008/14142 Tebliğname No: 11-2008/132783 Parada Sahtecilik Suçunda, Verilecek Cezanın Tayininde Hak Ve Nefaset Kuralları İle Orantılılık Ölçütünün Etkisi	2010/2	184
Danıştay 8. Daire Esas No: 2009/8976, Karar No: 2010/3225 Zeytinlik Sahaları İçinde ve Bu Sahalara En Az 3 Km. Mesafede Zeytinyağı Fabrikası Hariç Zeytinlerin Vegetatif ve Generatif Gelişmesine Mani Olacak Kimyevi Atık Bırakan Toz ve Duman çıkaran Tesis Yapılamaz ve İşletilemez	2010/3	135
Yargıtay 8. Ceza Dairesi Esas No: 2008/11549, Karar No: 2010/9526 Sanığın Son Söz Hakkı	2010/3	144
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas No: 2010/4012, Karar No: 2010/4807 Alacağın Tahsilini Sağlama Amacına Yönelik İptal Davalarında Yetkili Mahkeme	2010/3	147
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2009/29600, Karar No: 2010/11340 Bankaların Alacaklarına Karşılık Borçlu Ve Kefillerin Taşın- mazlarını Cebri İcra Yolu İle Almaları Kdv'den Muafır	2010/3	150

DİZİN

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2010/12988, Karar No: 2010/17871 Tüzel Kişilere Tebligat Kanunu'nun 21. Maddesine Göre Yapılacak Tebligatlar	2010/3	153
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2009/30579, Karar No: 2010/11682 “Borçlunun Haline Muhasip Evinin Haczolunamayacağı” Hükmünün Uygulanması	2010/3	155
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/2966, Karar No: 2009/239 Dava Açıldıktan Sonra Yeni Bir Davalı Davaya Dahil Edilemez	2010/3	157
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/2975, Karar No: 2009/241 Ceza Mahkemesinin Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesini Bağladığı Durum	2010/3	160
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/2296, Karar No: 2009/280 Araç Otoparkı İşleticisinin Araçların Uğradığı Zarardan So- rumludur.	2010/3	163
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/2987, Karar No: 2009/593 Sigortacı Geçerli Bir Sigorta İlişkisi Kurulduktan Sonra Oluşan Rizikolardan Sorumludur	2010/3	166
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2008/3493, Karar No: 2009/515 B.K.'nın 44. Maddesi Uyarınca Zarar Gören Şahsın Eylemi İle Zarara ya da Zararın Artmasına Neden Olması	2010/3	169
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Esas No: 2010/4656, Karar No: 2010/7964 İflasta Sıra Cetveline İtiraz Davalarında Temyiz Süresi	2010/3	172

YAZARLARIN SOYADLARINA GÖRE MAKALELER	Sayı	Sayfa
AY Refik Karşılıksız Çek Suçlarından Dolayı Yapılan Soruşturma veya Kovuşturmalarda Yakalama Emri Kararı Verilebilip Verilemeyeceği Sorunu	2010/3	9
ALPASLAN Mustafa - TOKCAN Harun Reşit İcraya Verilen Kira Kontratlarından Kaynaklanan Damga Vergisi	2010/1	16
ELÇİ Mehmet Harun Geçmişten Geleceğe Avukatlık	2010/3	18
GÜVEN Onur Bulanık Yıllar Ve Mahrem Gözyaşları	2010/1	8
İNCİ Z. Özen Kamu İcra Hukukunda Mal Bildirimine İlişkin Yükümlülükler ve Bu Yükümlülüklerle Uymamanın Cezai Sonuçları	2010/1	65
ÖZCAN Cem Bosman Kararı ve Profesyonel Sporcuların Serbest Dolaşımı	2010/1	18
ÖZTÜRK Meltem Sosyal Güvenlik Kurumuna Açılan Davaların Azaltılmasına Yönelik Öneriler	2010/1	117
ÖZTÜRK Meltem Hizmet Tespiti Davalarında Kesintili Çalışma Olgusu ve Hak Düşürücü Süre	2010/3	79
PERİM M. Ertuğrul Başkan Nevzat'ın Anısına	2010/1	11
SERDAR İlknur Son Kullanma Tarihi Bilgisinin Verilmesi Yükümlülüğünün İhlâlinde Tüketicinin Korunması	2010/2	95
SERDAR İlknur Tüketici Kredilerinde Kefaletin Türü Ve Kefile Başvurmanın Şartları	2010/3	87

DİZİN

UYAR Talih Takip Hukukunda “Taahhüdü İhlal” Suçu (İk. Mad. 340)	2010/1	46
UZUN A. Şakir Spor Hukuku	2010/2	9
UZUN Mine Adil Yargılanma Hakkına Bakışın İki Danıştay Kararı Üzerinden Değerlendirilmesi	2010/1	32
ÜLKÜ Hande Atmaca Birden Fazla Parsel Üzerine Yayılmış Toplu Yapılarda Yönetim	2010/3	60
ÜLKÜ Murat Fatih Yazı İşleri Müdürünün Notları	2010/2	6
ÜLKÜ Murat Fatih Yazı İşleri Müdürünün Notları	2010/3	6
ÜLKÜ Murat Fatih Yazı İşleri Müdürünün Notları	2010/3	6
9 Nisan 2010 Tarihinde Yapılan “Anayasa Değişikliği ve Yargı Reformu” Paneli		
TARHAN Emine Ülker	2010/2	18
DEMİR Fevzi	2010/2	25
ÜLKÜ Murat Fatih	2010/2	37
KELEŞ Mehriş	2010/2	50

YİTİRDİKLERİMİZ



Av. Macit Gültekin GÜNAY

Sicil No : 518

Doğum Tarihi : 01.01.1926

Ölüm Tarihi : 30.11.2010

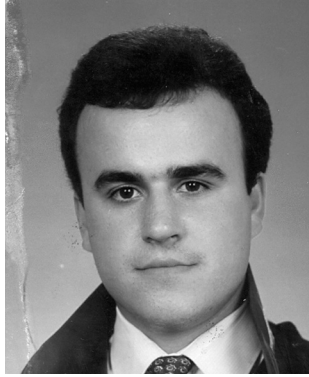


Av. Bülent DONDURAN

Sicil No : 2448

Doğum Tarihi : 12.05.1962

Ölüm Tarihi : 07.12.2010



Av. Rahim ŞENYÜZ

Sicil No : 5354

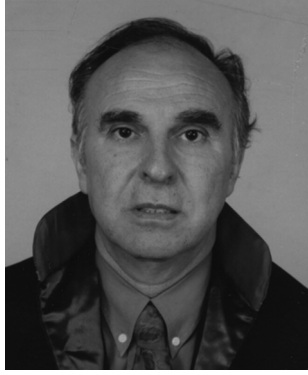
Doğum Tarihi : 01.01.1971

Ölüm Tarihi : 11.01.2011

Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu

YİTİRDİKLERİMİZ



Av. Muhsin ERGAZİ

Sicil No : 996
Doğum Tarihi : 30.10.1944
Ölüm Tarihi : 25.01.2011



Av. Fahri KAVUŞ

Sicil No : 1234
Doğum Tarihi : 01.01.1946
Ölüm Tarihi : 25.01.2011

**Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde
sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet,
üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı
diliyoruz.**

İzmir Barosu Yönetim Kurulu