



Mersin Barosu Dergisi

Nisan 2024 / Sayı 52

Mersin Barosu Dergisi

Nisan 2024 / Sayı 52

Mersin Barosu Adına Sahibi
Av. Gazi Özdemir

Yayın Kurulu Başkanı ve
Sorumlu
Yazı İşleri Müdürü
Av. Gazi Özdemir

Yayın Kurulu
Av. İsmail Karadana
Av. Hatice Kübra Turgut
Av. Mustafa Şükrü Demirkanlı

Tasarım ve Yayına Hazırlık
Begüm Acımiş

Düzelti
Gülhan Avşar Demirkanlı

Yazışma Adresi
Gökdelen 16. Kat Mersin

Baskı

Üç ayda bir yayımlanır. Dergimizde yer alan yazıların sorumluluğu yazarlarına, yayım hakları Mersin Barosu Dergisi'ne aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

İÇİNDEKİLER

BAŞYAZI Av. Gazi ÖZDEMİR	7	86	ESER SÖZLEŞMESİNDE BEDELİN BELİRLENME ŞEKİLLERİ Av. NEVAL GÜZELBABA
GÜMRÜK KAÇAKÇILIĞI SUÇUNU OLUŞTURAN FİİLLER Av.Prof.Dr. Tunay KÖKSAL – Av. Tuğba DÜZLEME	9	96	MİRAS SÖZLEŞMELERİ BURCU ULUSOY ÇANI
KRİPTO PARA HIRSIZLIK SUÇUNUN KONUSUNU OLUŞTURABİLİR Mİ? Özden DEMİR	37	111	YARGITAY İÇTİHATLARI KAPSAMINDA MURİS MUVAZAASI, DENKLEŞTİRME VE TENKİS KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI Av. İSMAİL KARADANA
KLEPTOMANİ (ÇALMA HASTALIĞI) Stj. Av. Derya Eğilmez	41	120	6102 SAYILI TİCARET HUKUKUNDA “REASÜRANS (MÜKERRER SİGORTA) VE KAPSAMI” Stj. Av. HÜSEYİN YILMAZ
TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN EVLAT EDİNMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ BURCU ULUSOY ÇANI	54	170	YASAMA SORUMSUZLUĞU STJ. AV. DERYA EĞİLMEZ
TÜRK HUKUKUNDA EŞİN MİRASÇILIĞINI ORTADAN KALDIRAN HALLER Av. İsmail Karadana	76	216	YARGI KARARLARI



Saygıdeğer meslektaşlarım ve değerli okuyucular;

Baromuz dergisinin bu sayısının Nisan ayında yayımlanmış olması münasebetiyle; fiziksel ekonomik ve psikolojik saldırılara, engellere rağmen, vatandaşın hak arama özgürlüğünün sesi olmaktan asla vazgeçmeyen, insan haklarının, demokrasinin ve hukuk devletinin güvencesi olan tüm avukatlarımızı saygıyla selamlıyor, 5 Nisan Avukatlar Günü'nü en içten dileklerimizle kutlarken ebediyete intikal etmiş meslektaşlarımızı da rahmetle anıyoruz.

1958 yılının 5 Nisan gününde, baro başkanlarının İzmir'de toplanıp 2 günlük çalışma sonunda "Türkiye'deki Barolann Bir Üst Kurulda Toplanmaları" ve "Her yıl 5 Nisanın Avukatlar Günü olarak kutlanması" kararlarını verdiği, dolayısıyla Türkiye Barolar Birliği'nin oluşumunun temellerinin atıldığı o günden bu yana, her 5 Nisan gününü Avukatlar günü olarak kutlamaktayız.

Demokratik toplumların temel direği adalet, adaletin tesisinin güvencesi de biz avukatlarız. Yalnızca müvekkilinin değil, savunma hakkının temsilcisi ve hak savunucusu olan bizler, hukuk devletinin hayata geçirilmesine hizmet ederiz. Bu mücadele içerisinde, baskı ve şiddet sarmalı içinde, varlığımızı ve bağımsızlığımızı korumaya çalışan, toplumda hak etmediğimiz bir mesleki imajın yükünü taşıyan, kendimizi mesleğe yönelen tehlikelere karşı daha çok savunmak zorunda kalan, meslek mensupları haline getirilmekteyiz. Buna paralel olarak avukatların örgütlü gücü barolar olarak da ekonomik ve yapısal anlamda türlü zorluklara maruz bırakılmaktayız. Bu sebeplerledir ki; her ne şart altında olursa

olsun, kimden, nereden gelirse gelsin, saldırılara, baskı ve tehditlere rağmen, bağımsız savunmanın serbestçe temsil edilmesi için avukat ve baromuz için mücadele edeceğimizi kararlılıkla bir kez daha yineliyoruz.

Köklü ve her dönemdeki öncü kimliğinden ödün vermeyen Mersin Barosu, 1 Aralık 1924 olan kuruluş tarihi dolayısıyla yüzüncü yılını 1 Aralık 2024 tarihinde dolduracak, yenilikçi, ilerici ve demokrat kimliğinden asla taviz vermeden, Atatürk ilke ve inkılapları ışığında, yoluna emin adımlarla devam edecektir. Dün olduğu gibi bugün de tüm çabamız, siz kıymetli avukatlarımızın da gücüyle baromuzun karakterli duruşunu koruyarak gelecek yıllara yılmadan devam ettirmek üzerine olacaktır.

Sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşadığımız dergimizin bu yeni sayısının yayımlanmasında ve düzenlenmesinde emeği geçen tüm avukatlarımıza, akademisyenlerimize, eser sahiplerine, katkıda bulunanlara her zaman olduğu gibi teşekkürlerimizi bir borç biliriz.

Saygılarımla.

Mersin Barosu Yönetim Kurulu Adına
Mersin Barosu Başkanı Av. Gazi ÖZDEMİR



GÜMRÜK KAÇAKÇILIĞI SUÇUNU OLUŞTURAN FİİLLER

Av. Prof. Dr. Tunay KÖKSAL – Av. Tuğba DÜZLEME

GİRİŞ

Kaçakçılık suçları genellikle ticaret hayatını çok yakından ilgilendiren ekonomik suçlar kategorisinde düşünülmüştür. Bir kısım kaçakçılık suçları ülke ekonomisine zarar vermek amacıyla işlenmektedir. Diğer bir kısım kaçakçılık suçları devlet güvenliğine zarar vermektedir. Yine bazı kaçakçılık suçları devletin ithalat ve ihracattan alması gereken vergi, resim ve harçları hiç ödememek veya eksik ödemek suretiyle maddi menfaat temin etmek için işlenmektedir.

1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanununda yer alan kaçakçılık suçları özellikle toplu kaçakçılıkta ağır hapis cezaları öngörülmüş bulunmaktaydı. Daha sonra bu kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 4926 Sayılı Kanun kaçakçılık konusunda kaçakçılık suçlarını daha fazla ekonomik bir bakışla ele almış ve genel olarak para cezası ile suçların müeyyidelendirilme- si yoluna gidilmiştir.

4926 Sayılı Kanun 21.03.2007 tarihine kadar yürürlüğünü sürdürmüş, bu tarihte 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yürürlüğe girmiştir. 5607 Sayılı Kanun'un 1'nci maddesinde kanunun amacı kaçakçılık fiilleri ve yaptırımları ile kaçakçılığı önleme, izleme, araştırma usul ve esaslarını belirlemek olarak tanımlanmıştır.

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda kaçakçılık fiilleri suçlar ve kabahatler olarak düzenlenmiştir. Ancak bu konuda herhangi bir madde ayırımı yapılmaksızın tüm eylemler Anılan Kanunun 3'ncü maddesinde tanımlanmış ve yine müeyyideleri de bu maddede tespit edilmiştir.

Genel olarak eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmadan ve kaçakçılık kastı ile gümrük kanunu ve gümrük yönetmeliği hükümlerine aykırı bir şekilde ithal edilmesi kaçakçılık suçunu oluşturur.

Gümrük kapısı ve gümrük yolları dışındaki bir yerden ülkeye eşya ve madde sokulması hallerinde gümrük işleminin yapılması mümkün değildir. Bu durumda da kaçakçılık suçu yine tüm unsurlarıyla oluşmaktadır.

Kanunen getirilmesi yasak eşya zaten kaçakçılık suçudur. Dikkat edilmesi gereken husus ithal edilmek istenen eşyanın gümrük vergisinden muaf olup olmadığıdır.

Eşyanın gümrük işlemine tabi tutulması gümrük kanunu ve gümrük yönetmeliği hükümlerine göre gümrüğe getirilen malın beyan edilmek suretiyle vergileri ödenerek ithalatının gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Suç oluşturacak bir fiilin varlığı halinde kaçakçılık suçu beyanın yapıldığı veya beyannamenin tescil edildiği anda oluşur. Beyanname verilmiş olmakla birlikte eşyanın cinsi, miktarı, marka veya değeri açısından beyana uymaması durumlarında kaçakçılık suçunun varlığı yine kabul edilmelidir.

Kanunun teşebbüs halini tamamlanmış fiil gibi cezalandırdığı durumlarda da sonuç değişmemektedir.

Transit rejimine tabi eşya için de aynı durum söz konusu olabilir. Transit işlemi yaptırılmadığı takdirde eşya gümrük işlemine tabi tutulmayacak demektir. Bu suretle kaçakçılık fiili gerçekleşmiş olacaktır.

Antrepoya konulacak malın değişikliği halinde de kaçakçılık fiili oluşur. Aynı şekilde antrepodan mal çıkarılmasında da sonuç değişmez.

A. KAÇAKÇILIK SUÇUNUN UNSURLARI

Kaçakçılık suçunun unsurları genel olarak şu şekilde belirtilmektedir.

1. Suçun maddi unsuru

- a) Kanunda gösterilen durumlara,
- b) Gümrük işlemlerine,
- c) Rejim kararlarına uyulmaması hallerinde suçun maddi unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir.

2. Suçun manevi unsuru, kastın varlığıdır.

Yasak eşya bilerek ithal veya ihraca teşebbüs etmek veya ithal veya ihracı mümkün olan eşyanın vergisini ödemeden gümrük işlemsiz bilerek ithal veya ihraca teşebbüs etmektir.

3. Suçun faili

a) Suçun faili öncelikle gerçek kişidir. Kişilerin cezai sorumlulukları kabul edilmiştir. Gerçek kişi yukarıda tanımlandığı üzere maddi ve manevi unsurları gerçekleştiren kişi olmaktadır.

b) Tüzel kişi yönünden de Türk Ceza Kanunu'na paralel olarak 4'ncü maddede suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde güvenlik tedbirine hükmolunacağı kabul edilmiştir.

Öncelikle kaçakçılık suçları iki açıdan incelenir, yurtdışından getirilen eşyanın ithali sırasında kanunda tarif edilen şekilde işlenen kaçakçılık suçlarına ithalat kaçakçılığı denilmiştir. Eşyanın ihracı sırasında yani yurtdışına çıkarılışında kanuna aykırı davranılması halinde ise ihracat kaçakçılığı suçundan bahsedilir.

B. KAÇAKÇILIK SUÇUNUN TÜRLERİ

1. İTHALAT KAÇAKÇILIĞI

İthalat kaçakçılığı eylemleri 5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesinde tek tek ele alınmış ve aşağıda incelendiği gibi müeyyideleri de tespit edilmiştir.

1.1.Eşyayı Gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokmak, eşyayı gümrük kapıları dışından ülkeye sokmak

Eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın Türkiye'ye ithal eden kişi- nin eylemi ithalat kaçakçılığı olarak nitelendirilmiş ve aynı maddede müeyyidesi de belirtilmiştir.

Eşyanın gümrük işlemine tabi tutulmaması Türkiye'ye ithal edilen eşyanın gümrük bölgesinde yasalara uygun olarak işleme tabi tutulmaması anlamındadır. Bu eylemi

gerçekleştiren kişi aynı maddede belirtildiği üzere 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10.000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Gümrük işlemi eşyanın öncelikle gümrüğe sunulması ve Gümrük Kanunu'nun 39'ncü maddesinde belirtildiği üzere gelen eşyanın Türkiye gümrük bölgesine getiren kişi veya yerine göre eşyanın gelişinden sonra taşınmasını üstlenen kişi tarafından gümrüğe sunulur hükmü uyarınca eşyanın gümrükteki idari mercilere sunulması anlamındadır. Ancak gümrük işlemlerine başlanabilmesi için özet beyanın verilmesinin beklenilmesi gerekir, bu durumda gümrük işlemleri başlayabilir. Buna uyulmaması halinde suçun işlendiği kabul ve bu suretle müeyyidelenirilmesi yoluna gidilmektedir.

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3/2 maddesinde eşyanın belirlenen gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde verilecek cezanın üçte birinden yarısına kadar arttırılacağı hükme bağlanmıştır.

4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 33'ncü maddesine göre Türkiye gümrük bölgesine giriş ve çıkış gümrük kapılarından yapılır. Türkiye gümrük bölgesinin giriş noktalarındaki gümrük kapıları ile içeride bulunan gümrük kapıları arasında belli yolların takip edilmesi zorunludur. Bu hususlara uyulmaması ve gümrük kapı ve yolları dışında eşyanın yurda sokulması ha- linde kaçakçılık suçunun olduğu kabul edilir.

Görüldüğü üzere 5607 Sayılı Kanunu'nun 3/1 maddesinin 1'nci fıkrasında başlıca iki eylem suç olarak kabul edilmiştir. Birinci eylem eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmadan ülkeye sokulmasıdır. İkinci eylem eşyanın belirlenen gümrük kapıları dışından ülkeye getirilmesidir. Şimdi bunları ayrı ayrı inceleyelim;

4733 sayılı Tütün ve Alkol piyasası düzenleme Kurumu Teşkilat ve görevleri hakkındaki kanun, bu konularla ilgili düzenlemeleri içermektedir. Bizi ilgilendiren yönü itibariyle tütün mamulleri ile alkollü içkilerin yasa dışı ticaretinin yapılmasıdır. 5607 sayılı kaçakçılıkla mücadele kanunu, esasen kaçakçılık konusunu düzenlemişti. Daha sonra 4733 sayılı kanun da özellikle bu ürünlerin bandrolsüz veya sahte bandrolla satışını da cezai müeyyideye bağlamıştır. Dolayısıyla adeta, iki ayrı kanunda iki ayrı düzenleme söz konusu olmaktadır.

Aynı konuyu düzenleyen iki kanunun mevcudiyeti ise farklı cezaların bulunması durumunda uygulama nasıl olacaktır. Mahkemelerden de bu sebeple farklı kararlar verilmiştir. Henüz Yargıtay içtihatları ile konu tam bir netlik kazanmış değildir. Yine de Yargıtay 7. Ceza Dairesi 31.10.2011 tarih ve 2011/584 esas, 2011/20136 karar sayılı içtihadı ile TCK'nın 44. madde- sinde yer alan ve temel prensip olan fikri içtimayı göz önüne almak suretiyle 4733 Sayılı Kanunu'nun uygulanacağını öngörmüştü.

Burada 5607 sayılı kanun ile 4733 Sayılı Kanun'dan hangisinin uygulaması gerektiği hususu görüldüğü üzere fikri içtima ile çözüme bağlanmıştır. Öte yandan 5607 sayılı kanun genel olarak kaçakçılık fiillerini düzenlemiş bulunmaktadır. 4733 sayılı kanun ise, bu anlamda özel kanun niteliği taşır. Dolayısıyla da özel kanun hükmünün uygulanması 7. C.D. kararı doğrultu- unda da genel hukuk ilkelerine uygun görülmektedir. Buna rağmen uygulamada farklı kararların verilmesini önlemek ve içtihat birliğini sağlamak için mutlaka yeni bir düzenlemeye gidilmeliydi. Bunun en uygun ve yasal yolu da her iki kanundaki düzenlemenin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda toplanmasıdır. Nitekim 6455

sayılı Kanunla 4733 Sayılı Kanun'daki konu 5607 Sayılı Kanunu'nun 3/17-20. fıkraları içine alınmıştır.

1.1.1. Eşyanın gümrük işlemine tabi tutulmadan ülkeye sokulması

Suçun maddi unsurunda yer alan hususlar şunlardır. Her şeyden önce tanımı yapılan eşya ülkeye getirilmelidir. Bu eşya gümrüğe getirildiği sırada gümrük işlemine tabi tutulmamalı ve ithal edilmeye çalışılmalıdır.

Diğer bir husus eşyanın gümrük işlemine tabi tutulmamasıdır. Gümrük işlemi nedir? Önceki bölümlerde gümrük işlemi açıklandığından dolayı bu- rada kısaca üzerinde durulacaktır. Eşyayı getiren veya taşıyan gümrüğe geldiğinde bunu gümrük idaresine sunacak ve beyanda bulunacaktır. 5607 sayılı Kanunla ilgili olarak gümrük işlemlerine başlanabilmesi için özet beyanın verilmesi gerekir. Beyanların gerçek, eşyanın cins ve miktarını doğru belirten eksiksiz olması lazımdır. İşte buna aykırı davranılması hallerinde 5607 Sayılı Kanunu'nun 3/1 maddesinin 1'nci cümlesindeki kaçakçılık suçu oluşmaktadır.

Suçun manevi unsuru kasttır. Bilerek eşyayı işleme tabi tutmamak, yanlış veya eksik beyanda bulunmak kastın varlığını göstermektedir.

1.1.2 Eşyanın gümrük kapısı ve yolları dışından yurda sokulması

4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 33'ncü maddesinde Türkiye Gümrük Bölgesine giriş ve çıkış gümrük kapılarından yapılır. Türkiye Gümrük Bölgesinin giriş noktalarındaki gümrük kapıları ile içeride bulunan gümrük kapıları arasında belirli yolların takip edilmesi zorunludur. Giriş ve çıkış kapıları ile bunları birbirine bağlayan yollar ve hava taşıtlarının Türkiye Gümrük Bölgesinde inebilecekleri gümrük işlemi yapılan hava limanları, ilgili kamu kuruluşlarının görüşleri alınarak resmî gazetede yayımlanır.

Görüldüğü üzere; ilgili bölümünde gümrük kapısı ve gümrük yolu kavramları açıklanmış olmakla birlikte bu maddede belirtildiği gibi gümrük kapıları dışında giriş ve çıkış yapılması ve eşyanın yurda sokulması hallerinde kaçakçılık suçu oluşmaktadır. Zorunlu haller dışında bu suçun varlığı kabul edilmelidir.

1.2. Eşyayı aldatıcı işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin Türkiye'ye ithal etmek

Bu fiil yine kaçakçılık suçu olarak kabul edilmiştir. Suçun oluşabilmesi için getirilen eşyanın sahte belge kullanılarak ithal edilmesi gümrük vergilerinin bir kısmının veya tamamının ödenmemesi gerekir. Buradaki aldatıcı işlem sahte belge tanımında ve beyannameye eklenmesi gereken belgelerin an- laşılması gerekir, çünkü beyanname ekleriyle birlikte alınıp değerlendirilmektedir. Ekli belgeler arasında sahte belgenin bulunması halinde suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bu suretle sahte belge kullanmak suretiyle gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin eşyayı ithal eden kişi 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10.000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Aldatıcı davranışlarla da eşyanın ülkeye sokulması ve gümrük vergilerinin kısmen veya tamamen ödenmemesi gerekmektedir. Aldatıcı işlem ve davranış bilerek ve isteyerek yapılmalıdır. Eşyayı getiren kişi eşya ile ilgili belgenin sahte olduğunu bilmeli veya kendisi

sahte olarak bu belgeyi düzenlemiş olmalıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 204 ve devamı maddelerinde sahte belge ile ilgili temel düzenlemeler getirilmiştir. 5607 Sayılı Kanun'da sözü edilen belgeler Türk Ceza Kanunu'nda yer alan nitelikteki sahte belgelerdir.

1.3. Transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölge sinde bırakmak

Burada öngörülen suç eşyanın transit rejimi kapsamında taşınması, serbest dolaşımda olmaması ve rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakılması gerekir.

Türkiye gümrük bölgesine, kara, hava, deniz ve demiryolu gibi çeşitli taşıma araçlarıyla eşya gelebilir. Yurtdışından gelen eşyanın gümrük işlemleri ilk gümrükte yapılabileceği gibi daha sonra varış gümrüğünde de yapılabilir. 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 84'ncü maddesinde transit rejimi bu hususlar göz önüne alınarak ithalat vergileri ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmayan serbest dolaşıma girmemiş eşya ile ihracatla ilgili gümrük işlemleri tamamlanmış eşyanın gümrük gözetimi altında Türkiye gümrük böl- gesi içinde bir noktadan diğerine taşınması olarak tanımlanmıştır. Yani bir eşyanın bu maddede belirtildiği şekilde Türkiye'ye getirilmiş olması halinde transit rejimi hükümlerine tabi olduğu kabul edilir.

Görülüyor ki, ithal eşyası gümrük işlemleri tamamlanmış ihraç eşyası transit rejimine konu olabileceği gibi eşya Türkiye gümrük bölgesi içinde bir noktadan diğerine de taşınabilmektedir.

Transit rejimi altında eşya taşımacılığının Gümrük Kanunu'nun 84'ncü maddesinde çeşitli şekillerde olabileceği hükme bağlanmıştır. Bu cümleden olarak; eşya yabancı bir ülkeden getirilerek Türkiye üzerinden başka bir yabancı ülkeye götürülebilir. Örneğin, İran'dan yüklenip karayolu ile getirilen ithal eşyası Gürbulak gümrük kapısından Türkiye'ye getirilerek İpsala sınır kapısından Yunanistan'a çıkarılabilir.

Veya getirilen eşya yabancı bir ülkeden getirilerek bir iç gümrük idaresine gidebilir. Örneğin, ithal eşyası Bulgaristan sınırından getirilerek İzmir'e taşınabilir.

Yine eşya Türkiye'de herhangi bir iç gümrükte yüklendikten sonra yabancı bir ülkeye de götürülebilir. Örneğin, ihraç edilecek eşya Kayseri'de yüklendikten sonra herhangi bir sınır kapısından transit rejimi altında taşınarak buradan yurtdışı edilebilir.

Ayrıca, transit rejimi altındaki eşya Türkiye'deki bir iç gümrükten diğer bir iç gümrüğe gönderilebilir. Örneğin, ithalat eşyası İzmir gümrüğünden Ankara gümrüğüne taşınabilir.

Konumuzla ilgisi bakımından transit rejimi altında taşınan eşya ile ilgili kaçakçılık suçunun ne suretle oluşacağı hususu önem arz eder. Bu itibarla rejim ihlali ve müeyyideleri 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 241'nci maddesinde belirtilmiş olup idari para cezasına bağlanmıştır. Esas konumuz kaçak- çılık olduğundan dolayı transit rejimi ihlalinin açıkça suç olarak kabul edilip edilmediğine bakılması gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakmak 5607 Sayılı

Kanunu'nun 3'ncü maddesinde suç olarak tanımlanmıştır.

Bu suçun maddi unsuru transit rejimi altında yapılan kaçakçılıkta serbest dolaşımda bulunmayan eşyanın transit rejimi hükümlerinin ihlal edilmesi sonucu gümrük bölgesinde bırakılmasıdır. Eşyanın yurtdışı edilmiş olmasında kaçakçılık suçu oluşmamaktadır.

Transit rejimi çerçevesinde kaçakçılık suçunun manevi unsuru kasıttır. Yani eylemin bilerek ve istenerek işlenmiş olmasıdır. Ancak transit eşyanın taşınmasında seyir halindeki bir aracın beklenmeyen haller veya zorunlu ne- denlerden dolayı yola devam edemediği durumlarda bu husus gecikmeksizin en yakın gümrük idaresine bildirilmelidir. Bu durumda gümrük idaresinin olaya el koyması ve gözetimi altında bu durumu bir tutanakla belgelendirmesi sonucunda Gümrük Kanunu'nun 92'nci maddesi gereğince transit rejiminin ihlali söz konusu olmayacaktır.

Öte yandan, transit rejiminde süreyle birlikte ayrıca karayolu taşımacılığında transit güzergahının öngörülmesi gerekmektedir. Eşyayı taşıyan ara- cın bu güzergahı takip etmesi ve varış gümrüğüne bu şekilde gitmesi zorun- ludur. Bu güzergahtan mecburi sebeplerle sapma olması halinde kaçakçılık suçu oluşmamaktadır. Doğal olarak bu hususun ispatı güzergahtan ayrılma fiilini gerçekleştiren kişiye düşer.

Ayrıca, yurt dışından ithal edilen eşyanın öncelikle gümrük statüsünün belirlenmesi gerekir. Eşyanın gümrük statüsü serbest dolaşımda bulunup bulunmaması yönünden bulunduğu durumu ifade eder. Yani eşyanın statüsü söz konusu olduğunda bir eşyanın serbest dolaşımda olup olmadığı hususu anlaşılmalıdır. İthal edilen bir eşyanın serbest dolaşıma girmiş bir eşya statü- sünde olabilmesi için Gümrük Kanunu'nun 74'ncü maddesinde belirtilmiş olduğu üzere eşyaya ticaret politikası önlemleri uygulanmalı, ithal için öngö- rülen işlemler tamamlanmalı, vergiye tabi olması halinde kanunen ödenmesi gereken vergiler alınmalıdır.

Serbest dolaşıma giriş rejiminin amacı ithalat işlemlerinin yerine geti- rilmesi ve ülkeye getirilmiş olan eşyanın ülkedeki diğer ürünler gibi alınıp satılabilmesinin sağlanmasıdır.

4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 2'nci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti gümrük bölgesi Türkiye Cumhuriyeti topraklarını kapsar, Türkiye kara suları, iç suları ve hava sahası gümrük bölgesine dahildir. Bu kanunda geçen Türkiye Cumhuriyeti bölgesi ve gümrük bölgesi kavramları Türkiye Cumhuriyeti gümrük bölgesini ifade etmektedir. Yine 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 3'ncü maddesine göre serbest dolaşımda bulunan eşya serbest dolaşıma giriş rejimine tabi tutularak Türkiye gümrük bölgesine giren eşya ile üretiminde kullanılan girdilerin yerli olup olmadığına bakılmaksızın 18 ve 19'ncü madde hükümlerine Türk menşeli sayılan eşyayı ifade etmektedir.

Anılan kanunun aynı maddesinde gümrük statüsü değişiminden eşyanın Türkiye gümrük bölgesinde serbest dolaşıma girmiş olup olmadığı yönündeki durumu anlaşılır. Gümrük vergileri deyimi yürürlükteki hükümler uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergilerinin ya da ihracat vergilerinin tümünü bu cümleden olarak, ithalat vergileri deyimi eşyanın ithalinde öngörülen gümrük vergileri ve eş etkili vergileri içine almaktadır.

Transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı yukarıda açıklandığı üzere rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakılması 5607

Sayılı Kanunu'nun 3/3 maddesinde suç olarak kabul edilmiş ve 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve 5.000 güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

1.4. Belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dahilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı hile ile yurtdışına çıkarmış gibi işlem yapılması

Bu suçun oluşabilmesi için suça konu eşyanın geçici ithalat veya hilde işleme rejimi çerçevesinde ülkeye girmiş olması, eşyanın yurtdışına çıkartılmaması ancak buna rağmen bu eşyanın sahte belgeyle veya sair hilelerle yurtdışına çıkarılmış gibi gösterilmesi gerekir.

Nitekim 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nda geçici olarak eşya ithali gümrük rejimlerinden iki rejim içinde gerçekleştirilebilir.

Bunlardan bir tanesi Gümrük Kanunu'nun 108'nci maddesinde belirtilmiştir. 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 108/1'nci maddesinde "serbest dolaşımda olmayan eşya işlem görmüş ürünlerin üretiminde kullanılmasından sonra Türkiye gümrük bölgesinden yeniden ihraç edilmesi amacıyla gümrük vergileri ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın ve vergileri teminata bağlanmak suretiyle dahilde işleme rejimi kapsamında geçici olarak ithal edilebilir" hükmüne yer verilmiştir.

Diğer geçici eşya ithali 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 128'nci maddesinde tanımlanmış olup, buna göre geçici ithalat rejimi serbest dolaşıma girmemiş eşyanın ithalat vergilerinden tamamen ya da kısmen muaf olarak ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın Türkiye gümrük bölgesi içinde kullanılması ve bu kullanım sırasındaki olağan yıpranma dışında herhangi bir değişikliğe uğramaksızın yeniden ihracına olanak sağlanmasıdır.

Geçici ithalat rejimi Gümrük Kanunu'nun 128'nci maddesinde tanımlanmış olup, ticaret rejiminin bazı kısıtlamalarına konu olmamak veya mali avantajlar sağlamak gibi kolaylıklar dolayısıyla eşyanın Türkiye gümrük bölgesine getirilip kullanılması ve ihtiyaç kalmadığı durumlarda da yurtdışına çıkarılması hallerinde söz konusu olmaktadır. Görülüyor ki, geçici ithalat rejiminde eşya Türkiye'de serbest dolaşımda olmadığı gibi bu dolaşıma da sokulmayacak ve Türkiye gümrük bölgesinde kullanılacaktır. Ayrıca eşyanın niteliğine göre ithalat vergilerinde kısmen veya tamamen muaf tutulacak, herhangi bir değişikliğe uğratılmayacak, kullanıldıktan sonra yasal süresi içerisinde yeniden ihraç edilecektir.

Geçici ithalat rejiminde eşya Türkiye gümrük bölgesine getirildikten sonra normal yıpranmalar dışında aynen yurtdışı edilmelidir. Tespit edilen özel süreler saklı kalmak üzere eşyanın geçici ithalat rejimi altında kalma süresi Gümrük Kanunu'nun 130'ncü maddesine göre azami olarak 24 ay belirlenmiştir. Eğer eşya ile ilgili başkaca ve özel bir süre tespit edilmişse eşyanın kalma süresi azami bu kadar olacaktır. Geçici ithalat rejimine tabi eşyanın belirlenen süre içinde yeniden ihraç edilmesi ya da gümrükçe onaylandıktan sonra yeni bir işleme veya kullanıma tabi tutulması gerekir. Bu sebeple belirlenen süreler dolmadan önce ilgili gümrük idaresine başvurulmalıdır. Geçici ithalat rejiminin yerine getirilebilmesi açısından öncelikle izin alınması gerekiyorsa yasal süreler içerisinde bu izinlerin alınması

ve eşya ile ilgili beyanda bulunulması gerekmektedir.

Geçici ithalat rejiminin ihlali halinde 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 234'ncü maddesi gereğince işlem yapılacağı ve idari para cezasının alınacağı hükme bağlanmıştır. Konumuz açısından kaçakçılık yönünden olay incelen- diğinde 5607 Sayılı Kanun'da belirtildiği üzere geçici ithalat rejimine aykırı davranılması halinde bu suç unsurları itibarıyla oluşmuş olacaktır. Kaçakçılık suçunun oluşabilmesi için eşyanın geçici olarak ithal edilmiş olması ithal iş- leminin tamamlanması ve eşyanın gümrük idaresinin denetiminden çıkartılması gerekir.

Geçici ihtilat rejimine aykırı olarak yapılan eylemlerden bir tanesi de geçici olarak ithal edilen eşyanın satılması veya bilerek satın alınmasıdır, bu durumlarda da yine 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ihlal edilmiş olacaktır.

Ayrıca dahilde işleme rejiminin amacının da belirtilmesi açısından, yeniden ihraç edilmesi şartıyla serbest dolaşıma girmiş eşyanın her türlü işleme faaliyetine tabi tutulmasına imkân sağlayan bir gümrük rejimi olmasıdır. Ya yabancı ülkelerden getirilen ürünler Türkiye gümrük bölgesinde işçiliğe tabi tu tularak veya serbest dolaşımda bulunan eşya ile işlendikten sonra yine yabancı ülkelere ihraç etmek isteyen müteşebbisler önünden avantajlı bir rejim olduğu kabul edilmelidir. Çünkü dahilde işleme rejiminde ithalat vergileri tahsil edilmediği gibi tahsil edilenler iade edilmekte ve yeniden ihracat ile ülkedeki müteşebbislerin başka ülkelerde rekabet şanslarının artırılması amaçlanmış olmaktadır.

Dahilde işleme rejimi Gümrük Kanunu'nun 108 ve 347 maddelerinde açıklanmış olup, işleme faaliyeti, eşyanın montajı, yenilenmesi, düzenli hale getirilmesi, tamir edilmesi şeklinde anlaşılmalıdır.

Dahilde işleme rejiminin kullanılabilmesi için öncelikle ilgili mercilerden izin alınması gerekmektedir. Rejimin işleyebilmesi için izin prosedürünün tamamlanması ve gümrük beyannamesinin verilmesi lazımdır.

Dahilde işleme rejiminin ihlali kaçakçılık yönünden söz konusu edilecek eylemler yine 5607 Sayılı Kanunu'nun 3/4 maddesinde düzenlenmiştir. Bu suçun oluşabilmesi için eşyanın geçici olarak ithal edilmesi, geçici ithalat işleminin tamamlanmış olması, eşyanın gümrük idaresinin denetiminden çı- kartılması geçici ithalat rejimi altında serbest dolaşıma girmemiş eşyanın ithalat vergilerinden tamamen veya kısmen muaf olarak Türkiye gümrük bölgesi içinde kullanılması ve yine ihracına olanak sağlanmasıdır.

Suçun oluşabilmesi açısından ayrıca Türkiye'ye geçici olarak ithal olu- nan eşyayı beyanname veya çeşitli belgeler düzenlemek suretiyle gümrük bölgesinden çıkarılmadığı halde bu şekilde göstermektir.

Bir başka eylem geçici ithal edilen eşyanın satılması, bilerek satın alınmasıdır. Esas olan geçici ithal eşyasının belli bir işlemten sonra ihraç edilmesidir. Bu şekilde geçici ithal edilen eşyanın satılması kaçakçılık suçunu oluşturur.

5607 Sayılı Kanunu'nun 3/4 maddesinde belirtilen eylemin müeyyidesi 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezasıdır.

1.5. Birinci ila 4'ncü fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesine katılmaksızın bunların konusunu oluşturan eşyayı bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın almak, satmak, satışı arz etmek, taşımak veya saklamak

Burada bilerek kaçakçılık suçuna iştirak söz konusu olduğu gibi eşyanın özelliğini bilerek almak, saklamak, taşımak ve ayrıca bunu ticari amaçla yapmaktır.

Bu suçun oluşabilmesi için öncelikle eşyanın 5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesinin 1,2,3 veya 4'ncü fıkraları kapsamında kaçakçılık suçu işlenerek yurda getirilmiş eşya dan olması gerekir. İkinci olarak kaçak olarak yurda getirilen eşya kaçakçılık suçunu işleyenler dışındaki kişiler tarafından bilerek satın alınmalı, satılmalı, taşınmalı veya saklanmalıdır. Nihayet satın alma, taşıma veya saklama fiilleri bilerek ve isteyerek ve ticari amaçla yapılması gerekir.

Bu suçun faili bizatihi yurtdışından kaçak olarak eşyayı getiren failden başka birisidir. Çünkü bu fıkra da belirtilen husus 5607 Sayılı Kanunu'nun 1 ila 4'ncü fıkralarında tanımlanan fiillerin işlenmesine katılmaksızın belirtilen hususlarla ilgili eylemlerde bulunmaktır. Bunu bilerek yapan üçüncü kişi ya da kişiler bizatihi kaçakçılık suçuna katılmamış ancak kaçakçılık suçunu ya- pan kişi ya da kişilerle maddeden tanımlanan eylemleri gerçekleştirmişlerdir.

Bu fıkra da belirtilen eylemlerin müeyyidesi 6 aydan 2 yıla kadar ve 5000 gün kadar adli para cezasıdır.

1.6. Özel kanunları gereğince gümrük vergilerinden kısmen veya tamamen muaf olarak ithal edilen eşyayı ithal amacı dışında başka bir kullanıma tahsis etmek, satmak veya devretmek veya bu özelliğini bilerek satın almak veya kabul etmek

4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 3/8 maddesinde gümrük vergileri deyimi yürürlükteki hükümler uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergilerinin ya da ihracat vergilerinin tümünü ifade etmektedir. İthalat vergileri deyiminden ise eşyanın ithalinde öngörülen gümrük vergileri ve eş etkili vergilerle tarım politikası veya işlenmiş tarım ürünleri ile ilgili özel düzenlemeler çerçevesinde alınan ithalat vergileri kastedilmiştir.

İhracat vergileri deyiminden maksat eşyanın ihracatında öngörülen gümrük vergileri ve eş etkili mali yükleri ile tarım politikası veya işlenmiş tarım ürünleriyle ilgili özel düzenlemeler çerçevesinde alınan ihracat vergilerini ifade eder.

Yine 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 167'nci maddesinde maddede belirtilen hallerde serbest dolaşıma sokulacak eşyanın gümrük vergilerinden muaf olduğu belirtilmiştir. Bu eşyalar arasında Cumhurbaşkanının zat ve ikametgahı için gelen eşya, mütekabiliyet esasına göre ithal edilen diplomatik eşya, Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı ihtiyaçları için gümrük beyannamesi bu kuruluşlar adına düzenlenmiş olmak kaydıyla yurt dışında tedarik olunan her türlü harp, silah, araç, gereç ve sair eşya, bunlarla ilgili her türlü yardım malzemesi, gerçek kişiler tarafından ithal edilen kullanılmış şahsi eşya dan kanunda belirtilen eşyalar, kamu kurum ve kuruluşlarıyla kamu yararına çalışan dernekler için getirilen eşyalar ve maddede belirtilen diğer eşyalar gümrük vergilerinden muaf tutulmuşlardır.

Maddede belirtilen eşyaların çoğunluğu genelde kamu yönünden yurt dışından

getirilen eşyalar olup, özellikle kaçakçılık yönünden malul ve sakatların kullanımına mahsus eşya ile bazı ticari eşyalar önem arz etmektedir. Uygulamada da kaçakçılık suçlarının işlendiği alanlar da genel olarak bu tür eylemlerle ilgilidir.

5607 Sayılı Kanunu'nun yukarıda yazılı 3/6 fıkrasında tanımlanan kaçakçılık suçu kat'i ithalat işleminden sonra oluşabilir. Yani eşyanın serbest dolaşım rejimine tabi tutulmuş olması gerekir. Herhangi bir eşya için özel kanunlarında belirli bazı işler yönünden muafiyet öngörülmüşse ve bu eşya muafiyette öngörülen amaç dışında kullanıldığı takdirde veya satıldığında veya devredildiğinde bu suçun işlendiğinin kabulü gerekir.

Dolayısıyla bu suçun oluşabilmesi için öncelikle yurt dışından getirilen eşya kullanım amacına bağlı olarak tamamen veya kısmen gümrük vergilerinden muafien ithal edilmiş olmalıdır. İthalat sonucunda bu eşyanın amacı dışında başka bir şekilde kullanıma tahsis edilmiş olması, satılması, devredilmesi veyahut da üçüncü kişiler tarafından eşyanın özellikleri bilinerek satın alınması veya kabul edilmesi gerekir.

5607 Sayılı Kanunu'nun bu madde ve fıkrasında belirtilen eylemin cezası 6 aydan 2 yıla kadar hapis ve 5.000 güne kadar adli para cezası olarak tespit edilmiştir.

1.7. İthal Kanun gereği yasak olan eşyayı ithal etmek ve bu eşyayı bilerek satın almak, satışa arz etmek, satmak, taşımak veya saklamak

5607 Sayılı Kanunu'nun 3/7 fıkrasında ithali kanun gereği yasak olan eşyayı ithal etmek ve ithali yasak eşyayı bu özelliğini bilerek satın almak, satışa arz etmek, satmak, taşımak veya saklamak fiili kaçakçılık suçu niteliğinden kabul edilmiştir.

5607 Sayılı Kanun'a göre yasak eşya ithali yasaklanan eşyadır. Maddeden de anlaşıldığı üzere idari düzenlemelerle getirilen yasaklamalar bu maddeyi kapsamamaktadır. Bu itibarla bir eylemin bu madde kapsamına girebilmesi için öncelikle getirilen eşyanın kanunla yasaklanmış olması veya ithal edilen yasak eşya bu özelliği bilinerek satın alınmalı, satışa arz edilmeli, satılmalı veya saklanmış olmalıdır.

Mevzuatımızda yasak olarak kabul edilen bazı eşyalar için kanunlarda özel düzenlemeler mevcuttur. Bu özel düzenlemelerin yapıldığı alanlarda ilgili kanunların uygulanması gerekir, çünkü konuyu düzenleyen özel kanun ilgili yasak eşyayı kapsamına almış olduğu için daha özel bir durum arz ettiğinden o konuyla ilgili eylemin özel kanunu gereğince belli bir müeyyideye bağlanmış olması gerekmektedir.

Örnek olarak; uyuşturucu maddelerle, tarihi eser kaçakçılığı, ateşli silahlar ve bıçaklar hakkında özel kanunlar olduğundan dolayı bu kanunların kapsamına giren suçların işlenmesi sonucunda özel kanunlarının uygulanması gerekmektedir. Bu kanunların kapsamına giren ateşli silah ve bıçakların, uyuşturucu maddelerin ve tarihi eserlerin bizatihi kanunla yasak eşya olarak kabul edilmiş olması karşısında bu sonuç zorunludur.

Özel kanunlarla düzenlenmemiş, ancak kaçakçılık fiilini oluşturan eylemlerin yargılanıp nitelendirilmesi ve müeyyidelendirilmesi için 5607 Sayılı Kanunu'nun 3/7 maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Bu tür suçta müeyyide olarak fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde 2 yıldan 6 yıla kadar hapis ve 20.000 güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

2. İHRACAT KAÇAKÇILIĞI

5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesinde tüm kaçakçılık suçları ile kabahatleri düzenlenmiştir, ithalat ve ihracat kaçakçılığı ile kaçakçılık kaba- hatleri madde içerisinde yer almıştır. Maddenin 8 ve 9'ncü fıkralarında ihra- cat kaçakçılığı suçları ve müeyyideleri açıklanmıştır.

Açıklama:

1) İhracı kanun gereği yasak olan eşyayı Türkiye'den ihraç etmek:

Anılan maddenin 8'nci fıkrasında bu suç düzenlenmiş olup kanun gereği ihracı yasak olan eşyanın ihraç edilmesi kaçakçılık olarak tanımlanmıştır. Burada yasak eşya dan amaç kanun gereği ihracı yasak olan eşyadır. Başka düzenlemelerle getirilen yasaklamalar bu madde kapsamında düşünülemez. İdari düzenlemelerle konulan yasaklar sonucu ihraç edilen eşya ile ilgili fiil kaçakçılık kabahatlerini oluşturabilir.

Suçun faili ihracatı yapan gerçek kişidir. Suçun toplu olarak veya örgütlü işlenmesi halinde verilecek ceza ve suç faillerinin para cezasına ilişkin sorumlulukları ilgili bölümlerinde açıklanacaktır.

Bu fıkra da tanımlanan suçun müeyyidesi 2 yıldan 6 yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezasıdır.

2) İhracat gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstermek ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstererek ilgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak suretiyle haksız çıkar sağlamak:

Bu fiil 5607 Sayılı Kanunu'nun 3/9 fıkrasında yer almıştır. Genellikle hayali ihracat olarak da anılmaktadır. Bu fiilin oluşabilmesi için öncelikle ih- racat yapılmadığı halde yapılmış gibi gösterilmelidir veya ihraç edildiği belirtilen malın miktarı, cinsi, nitelikleri veya fiyatında yanıltıcı değişik bilgiler yer almalıdır.

Bu tür bir fiilin sonucunda fiili gerçekleştiren kişi teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlandırılmalıdır. Zaten dikkat edildiği takdirde bu fiilin sonucunda mutlaka failin bir menfaati söz konusudur. Yasa koyucu normal kanuni yollardan ithalat veya ihracat yapan kişi ya da kurumlara gerekli maddi kolaylıkları sağlamıştır. Bunların kötüye kullanılması suretiyle menfaat temini belirtilen suçu oluşturur.

Konu ile ilgili kanun bu tür ihracatta yasal olduğu takdirde zaten ihracatçıya çıkar sağlamaktadır. Fıkra da yazılı eylemlerde de kanunun sağladığı çıkarları elde etmek için yasa dışı yollara başvurulmaktadır, yani maddi menfaatin dayanağı kanun olmalıdır. Kanunda da ihracatı yapana teşvik, sübvansiyon veya parasal iade imkânları ayrıca sağlanmış olmalıdır.

5607 Sayılı Kanununun bu fıkrasındaki suçun faili haksız bir şekilde eylemi gerçekleştiren ve menfaat temin eden kişidir.

Maddenin bu fıkrasının ikinci cümlesinde bu suçla ilgili bir istisna getirilmiştir. Bu istisna kuralına göre beyanname ve eki belgelerde yazılı eşya ile gerçekte ihraç edilen eşya arasında %10'u aşmayan bir fark olduğu takdirde 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'na göre işlem yapılacaktır.

Suçun nitelikli işlenmesi halinde ilgili bölümde müeyyidelerle ilgili gerekli açıklamalar yapılacaktır.

3. ÖZELLİK GÖSTEREN HALLER

Yukarıda yazılı kaçakçılık suçları ve kabahatleri dışında ayrıca yurt dışından gelen yolcuların kara taşıma araçları ile deniz taşıma araçlarında getirmiş oldukları eşyalar yönünden de 5607 Sayılı Kanun'da düzenlemeler yapılmıştır.

3.1. Yolcu beraberinde getirilen kaçak eşya

Madde-6 (1) (6455 s.K. mülga)

(2) (6455 s.K. mülga)

(3) (6455 s.K. mülga)

(4) Yolcuların, beyanlarına aykırı olarak üzerlerinde, eşyası arasında veya taşıma araçlarında çıkan eşyanın ticarî mahiyette veya ithali veya ihra- cının yasak olması halinde 3'üncü madde hükümleri uygulanır.

Maddenin 3'ncü fıkrasında yolcuların beyanlarına aykırı olarak üzerle- rinde eşyası arasında veya taşıma araçlarında çıkan eşyanın ticari mahiyette veya ithali veya ihracının yasak olması halinde 3'ncü madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Burada yolcuların birlikte getirdikleri eşyanın ti- cari mahiyette veya ithali veya ihracı yasak olan eşya olması halinde bunun 5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesinde belirtilen kaçakçılık fiillerinden birisini oluşturacağı hükme bağlanmıştır. Eşyanın yasak eşya olması fiilin oluşması için yeterlidir. Nitekim 3'ncü maddenin 7'nci ve 8'nci fıkralarında yasak eşyanın ithali veya ihracı kaçakçılık suçu olarak nitelendirilmiştir.

3.2. Deniz Taşıtları

Madde – 7- (1) Hukuken geçerli bir mazereti olmadığı halde, izinsiz olarak gümrük bölgesine girerek sahile veya bir başka gemiye yanaşan geminin kaptanı, gemide yasak eşya ya da yükleme veya taşıma belgelerinde yer almayan eşya bulunması hallerinde, bu Kanundaki kaçakçılık suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır.

(2) (6455 s.K. mülga)

5607 Sayılı Kanunu'nun 7'nci maddesinde hukuken geçerli bir mazereti olmadığı halde izinsiz olarak gümrük bölgesine girerek sahile veya bir başka gemiye yanaşan geminin kaptanı gemide yasak eşya ya da yükleme veya taşıma belgelerinde yer almayan eşya bulunması hallerinde bu kanundaki kaçakçılık suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır. Maddenin 1'nci fıkrasında belirtildiği üzere öncelikle hukuken geçerli bir mazeretin olmaması, izinsiz olarak gümrük bölgesine girilmesi ve gümrük bölgesindeki sahile veya başka bir gemiye yanaşan gemi kaptanının gemide yasak eşya bulunması veya yükleme veya taşıma belgelerinde yer almayan eşya bulundurma hallerinde kaçakçılık suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır. Yasak eşya ilgili bölümlerde açıklandığı gibi kanunen yasaklanmış olabileceği gibi diğer genel düzenleyici işlemlerle de yasaklanmış olabilir. Yasaklama kuralının sonucuna göre suçun niteliği de değişebilmektedir.

Deniz taşıtları almış oldukları yükü gönderici belgelerine göre başka bir limana veya ülkeye götürebilir. Deniz taşıtlarının tabi oldukları uluslararası kurallar çerçevesinde tespit edilmiş olan rotaları takip etmelidir. Almış olduğu yükün mutlaka bir varış limanına boşaltılması gerekir, dolayısıyla bu varış limanı da yasal bir gümrük bölgesi içinde

bulunmalıdır. İşte deniz taşıtının rotası bu varış limanına göre değerlendirilmektedir. Zorunlu hallerde rota değişikliği kaçınılmazdır. Zorunlu haller dışında rota değişikliği tespit edildi- ğinde deniz taşıtı bu maddeye göre işleme tabi tutulur.

3.3. Yasak eşyanın geri gönderilmesi

Madde – 12- (1) Yabancı ülkelerden gelen yasak eşya, yükleme veya taşıma belgelerinde belirtilerek gümrüğe getirilirse, teminat altında ve gerekli güvenlik tedbirleri alınarak geldiği yere veya diğer bir ülkeye iade ve sevk olunur.

(2) Kaçakçılık fiilinin konusunu, toplum ve çevre sağlığı yönünden tehlikeli ve zararlı eşya ile atık maddelerin oluşturması halinde, ilgililer hakkında soruşturma işlemleri başlatılmakla birlikte, bunlar gümrük yetkilileri tarafından derhal getirildiği ülkeye iade edilir.

5607 Sayılı Kanunu'nun 12'nci maddesinde yabancı ülkelerden gelen yasak eşya yükleme veya taşıma belgelerinde belirtilerek gümrüğe getirilirse teminat altında ve gerekli güvenlik tedbirleri alınarak geldiği yere veya diğer bir ülkeye iade ve sevk olunur. Kaçakçılık suçunun konusunu toplum ve çevre sağlığı yönünden tehlikeli ve zararlı eşya ile atık maddelerin oluşturması halinde ilgililer hakkında soruşturma işlemleri başlatılmakla birlikte bunlar gümrük yetkilileri tarafından derhal getirildiği ülkeye iade edilir.

Bu maddedeki düzenlemeye göre 1'nci fıkra da yurt dışından getirilen yasak eşya yükleme ve taşıma belgelerinde yer aldığı takdirde kaçakçılık fiili oluşmamaktadır. Eşya gümrüğe alınmadan getirilen ülkeye veya başka bir ülkeye gönderilir. Eğer yasak eşya taşıma ve yükleme belgelerinde yer almamış ise tabiatıyla 5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesi uyarınca işlem yapılmalıdır.

Maddenin 2'nci fıkrasında yurt dışından getirilen yasak eşyanın toplum ve çevre sağlığı bakımından tehlikeli ve zararlı eşya veya atık madde olması durumunda soruşturmaya tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır. Ancak eşya veya atık madde zararlı olduğu için gümrük yetkilileri tarafından derhal getirildiği ülkeye geri gönderilir.

Dikkat edilirse getirilen eşya veya atık madde yasak olup kaçakçılık suçuna konu oluşturmamaktadır. Bununla ilgili soruşturma yapıldığı halde ülkeye zarar verilmemesi için müsadere edilmeyerek derhal geri gönderilir. Böylelikle hem çevre hem toplum sağlığı korunmuş olur. Esasen bu fıkranın amacı da budur.

4. NİTELİKLİ KAÇAKÇILIK

5607 Sayılı Kanunu'nun 4'ncü maddesi,

Madde 4 - (1) Bu Kanunda tanımlanan suçların, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza iki kat artırılır.

(2) Bu Kanunda tanımlanan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Bu Kanunda tanımlanan suçların, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(4) Bu Kanunda tanımlanan suçların, kaçakçılık fiillerini önlemek, izlemek, araştırmak ve soruşturmakla görevli kişiler tarafından veya meslek ve sanatın sağladığı

kolaylıklardan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Bu Kanunda tanımlanan suçların, belgede sahtecilik yapılarak işlenmesi halinde, ayrıca bu suçtan dolayı da cezaya hükmolunur.

(6) Kaçakçılık fiillerini önlemek, izlemek ve araştırmakla görevli olup da bu Kanunda tanımlanan suçların işlenmesine kasten göz yuman kişi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.

(7) Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın, Devletin siyasî, iktisadî veya askerî güvenliğini bozacak ya da çevre veya toplum sağlığını tehdit edecek nitelikte olması halinde, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, verilecek hapis cezası on yıldan az olamaz.

5607 Sayılı Kaçakçılıklı Mücadele Kanununun 4'ncü maddesinin başlığı "nitelikli haller"dir. Bu maddede kaçakçılık fiillerinin ağırlaştırılmış nitelikli halleri düzenlenmiştir. Kaçakçılık suçları ile kabahatlerinin bu maddede belirtilen şekillerde işlenmesi durumunda cezalar arttırılmıştır.

Şimdi 4'ncü maddedeki kaçakçılığın nitelikli hallerini tek tek inceleyelim.

4.1. Suçun örgütlü işlenmesi

5607 Sayılı Kanunu'nun 4/1 maddesinde, bu kanunda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilen ceza iki kat arttırılır denilmiştir. Maddede örgütten bahsedildiğine göre öncelikle örgütün ne olduğuna bakılmalıdır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci mad- desinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma adı altında yeni bir düzenleme ge- tirilmiştir.

Nitekim 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yukarıda kısaca bahsedilen 220'nci maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek, örgüte üye olmak, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek veya örgütün propagandasını yapmak ayrı ayrı fıkralar halinde cezalandırıldığı gibi 220'nci maddenin 4'ncü fıkrasında örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur denilmektedir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinde, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde cezalandırılacakları hükme bağlanmış ancak örgütün varlığı için üye sayısının en az 3 kişi olması gerektiğini de tespit etmiştir.

Maddeden de anlaşıldığı üzere öncelikle kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla en az 3 kişinin bir araya gelmiş olması gerekmektedir. Suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğinin kabul edilebilmesi için evvel emirde örgütün niteliği üzerinde durulmalıdır. 220/1 maddede belirtildiği gibi örgütün varlığı için en az 3 kişinin bir araya gelmesi gerektiğine göre, bir araya gelmekten maksat her zaman bir yerde olmak anlamında da değildir. Bu itibarla örgütün tam olarak ortaya konulabilmesi açısından şu unsurların olması lazımdır. Öncelikle en az 3 kişi olmalı, bunların suç işleme kastı içinde bulunmaları, doğrudan veya dolaylı olarak maddi çıkar elde etmek amacını taşımaları gerekir.

Hemen veya tesadüfen bir araya gelerek aynı suçun işlenmesi durumunda örgütten

bahsedilemeyeceği açıktır. Burada suçun toplu işlenmesinden söz edilebilir.

Örgüte bir devamlılık gerekir. Devamlılık ise süresizlik değildir. Aynı amaç için bir araya gelen en az 3 kişinin suç işlemek için faaliyetleri ve bu faaliyetlerin de devamlılığı esastır.

Yine örgütten bahsedilebilmesi için ayrıca suç işlemenin de adeta bir meşguliyet halinde getirilmesi gerekir. Baştan beri faillerin arasında suç işlemek için iştirak nedeni bulunmalıdır.

Görüldüğü gibi örgütlü suçta öncelikle baştan beri bir suç işleme iradesiyle en az 3 kişinin anlaşması, bunun devamlılık göstermesi, suç işlemenin adeta bir iş – meslek haline getirilmesi lazımdır. Zaten örgütsel faaliyetten de bu hususlar anlaşılmalıdır. İşte bu şekilde işlenen kaçakçılık suçu veya kabahatinin 5607 Sayılı Kanunu'nun 4/1 maddesinde cezasının iki kat arttırılacağı hükme bağlanmıştır.

4.2. Kaçakçılık suçunun toplu olarak işlenmesi

Bu eylemler 5607 Sayılı Kanunu'nun 4/2 maddesinde ele alınmıştır. Anılan fıkra da bu kanunda tanımlanan suçların 3 veya daha fazla kişi tara- findan işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında arttırılır denilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçta ceza iki kat arttırıldığı halde burada yarı oranında arttırılmıştır. Çünkü örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen fiilin müeyyidesinin daha ağır olması tabi dir.

5271 Sayılı CMK.nun 2/1 maddesinde bu suçun tanımı yapılmıştır. Buna göre toplu suç aralarında iştirak iradesi bulunmasa da 3 veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçtur. Toplu suçta önceden iştirak iradesi aranmadığı gibi devamlılık da aranmamıştır. Zaten o nedenle de örgütlü suçta ceza arttırımı daha fazla öngörülmüştür.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra kaçakçılık suçları ile ilgili olarak verilen kararlarda Yargıtay 7.Ceza Dairesince incelenen dava dosyalarında 5237 Sayılı Kanunu'nun getirmiş olduğu tanıma uygun içtihatlar da bulunulmuştur. Çünkü 5271 Sayılı Kanunu'nun 2'nci maddesinin 3'ncü fıkrasının (k) bendinde toplu suç arala- rında iştirak iradesi bulunmasa da 3 veya daha fazla kişi tarafından suçu ifade etmektedir denildiğine göre olayda en az 3 kişinin olması gerekir. Böyle bir durumda topluluktan söz edilebilir.

4.3. Kaçakçılık suçlarının tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına işlenmesi

Anılan eylemler 5607 Sayılı Kanunu'nun 4/3 fıkrasında ele alınmıştır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 60'nci maddesinde tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı hükme bağlanmış. Bu kanunda ise kaçakçılık suçlarının tüzel kişilerin faaliyeti çerçevesinde veya yararına işlenmesi konusu düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus 5607 Sa- yılı Kanunu'nun 4/3 maddesinde sadece kaçakçılık suçlarında tedbirlerin uygulanacağı esas alınmıştır. Dolayısıyla kabahatin işlenmesi halinde tedbirin uygulanmayacağı açıktır. Çünkü 4'ncü maddenin 3'ncü fıkrasında bu kanunda tanımlanan suçların tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur denilmiştir.

Tüzel kişi medeni kanunun 47'nci ve devamı maddelerinde tanımı yapılan hukuki varlıklardır.

4.4. Kaçakçılık suçlarının kaçakçılık fiillerini önlemek, izlemek, araştırmak ve soruşturmakla görevli kişiler tarafından veya meslek ve sanatın sağladığı kolaylıklardan yararlanmak suretiyle işlenmesi

Bu eylem 5607 Sayılı Kanunu'nun 4/4 maddesinde belirlenmiştir. Fıkra da tanımlanan eylem için bazı unsurların bir arada olması gerekir. Bu unsurlar da şunlardır.

5607 Sayılı Kanun'da tanımlanan suçlardan biri işlenmelidir. Bu suçlar 5607 Sayılı Kanunu'nun 3 ve 4'ncü maddelerinde tanımlanan suçlardır.

İkinci unsur bu suçların kaçakçılık fiillerini önlemek, araştırmak, izlemek ve soruşturmakla görevli kişiler tarafından işlenmesi gerekir. 5607 Sayılı Kanunu'nun 19'ncü maddesinde de kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla görevli olanlar tespit edilmiştir. Bunlar mülki amirler, gümrük müsteşarlığına bağlı personel, emniyet genel müdürlüğü, jandarma genel komutanlığı ve sahil güvenlik komutanlığı personeldir. Kanunda yazılı personel kamu görevlileri olup bu kurumlarda çalışmaları gerekir. Yani tüm kamu personeli bu unsur içinde yer almamıştır.

Diğer bir husus meslek ve sanatın sağladığı kolaylıklardan yararlanmak suretiyle kaçakçılık suçu işlenmiş olmalıdır. Burada sözü edilen kişilerin mutlaka kamu görevlisi ya da yukarıda yazılı personelin içinden olması zorunlu değildir. Maddede yer alan bu husus meslek ve sanat sahibi kişiler tarafından meslek ve sanatın sağladığı kolaylıklardan yararlanarak kaçakçılık suçu işlenmelidir.

Bu fıkra da sadece meslek ve sanattan bahsedilmiştir. Yani olay geniş bir şekilde ele alınmış ve hangi meslek veya sanattan olursa olsun bu tür eylemleri gerçekleştirenlerin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Gerek kamu görevlisinin bulunduğu yer kişinin sahip olduğu meslek ve sanat kanun koyucu tarafından kaçakçılık suçunun işlenmesi yönünden kolaylık olarak kabul edilmiştir. İşte bu kolaylıktan yararlanmak suretiyle suç işlendiğinde ceza arttırılmaktadır.

4.5. Kaçakçılık suçlarının belgede sahtecilik yapılarak işlenmesi

5607 Sayılı Kanunu'nun 4/5 maddesinde bu kanunda tanımlanan belgede sahtecilik yapılarak işlenmesi halinde ayrıca bu suçtan dolayı da cezaya hükmolunur denilmiştir. Buradaki eylemin açıklanması için her şeyden önce önemli bazı konulara değinilmelidir. Sahte belge düzenleme suçu ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunu'nun getirmiş olduğu hükümler 204 ve 207'nci maddede düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 204'ncü maddesinde sahte resmî belge düzenlemek ve kullanmak, 207'nci maddesinde ise özel belge düzenlemek suçları ele alınmıştır. Sahte resmî veya özel belgeyi düzenleyenler kamu görevlisi olabileceği gibi herhangi bir kişi de olabilir. Zaten Türk Ceza Kanunu'nda bu konuda bir ayırım yapılmıştır. Kamu görevlisinin bu suçu işlemesi halinde ceza daha fazladır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 212 madde başlığı içtima olup, madde metninde sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması

halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur denilmiştir. Dolayısıyla kaçakçılık suçu resmî evrakla birlikte işlendiğinde her bir suçtan dolayı ayrı ayrı ceza tertibi gerekir.

Bu bölümde özellikle çok önemli bir hususa değinilmelidir. 5607 Sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 4926 Sayılı Kanun'la 1918 Sayılı Kanun'da görevli ve yetkili mahkemeler 1 nolu ceza mahkemeleri olarak belirlenmiştir. 5607 Sayılı Kanun'da ise böyle bir hüküm yoktur. Dolayısıyla kaçakçılık suçlarına Asliye Ceza Mahkemesinde bakılmalıdır. Bunun istisnaları da vardır. 5607 Sayılı Kanunu'nun 17/2 maddesinde kaçakçılık suçu ile bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçu işlendiğinde görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi olarak belirtilmiştir.

Yine önceki kanunlarda kaçakçılık suçu ile diğer suçlar birleştirilip yargılamaların birlikte yapılması mümkün değildi. Böyle bir durum olduğunda hazırlık soruşturması sırasında evrakların ayrılması ve her bir suç için ayrı dava açılması gerekmekteydi. 5607 Sayılı Kanun'da ise bu hususlara yer verilmemiştir. Her iki suçun birlikte yargılamaya konu oluşturabileceği kabul edilmiştir.

4.6. Kaçakçılık fiillerini önlemek, izlemek ve araştırmakla görevli olup da bu kanunda tanımlanan suçların işlenmesine kasten göz yummak

Bu eylem 5607 Sayılı Kanunu'nun 4/6 fıkrasında düzenlenmiş ve maddede yazılı fiilleri izlemekle görevli kişilerin suçların işlenmesine kasten göz yummaları halinde işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulacakları hükme bağlanmıştır. Yani kaçakçılık fiillerini önlemek, izlemek ve araştırmakla görevli olanlar bu kanunda yazılı kaçakçılık fiillerine bizzat katılmakla birlikte kasten göz yummuş olmaları gerekir. Dolayısıyla fiili olarak suçun işlenmesine iştirakleri söz konusu değildir. Bilerek kaçakçılığa kasten göz yummuş olmaları müşterek fail gibi sorumlu tutulmaktan kendilerini kurtaramamaktadır.

Maddede belirtilen kamu görevlileri kaçakçılık suçunun işlendiğini bilmelidir. Suçun işlenmesinden haberdardır. Buna rağmen bilerek ve isteyerek suçun işlenmesine göz yumarak eylemin gerçekleştirilmesine ses çıkar- mamalı görevinin gereklerini bilerek ve isteyerek yerine getirmemelidir. Ancak bu durumda sorumlu tutulabilir. Bu fıkra da ihmal söz konusu değildir.

Kasten göz yumulmasından bahsedildiğine göre bilme ve isteme iradesi orta- ya konulmuştur. Bu durumdaki kamu görevlisi görevinin gereklerini kasten yerine getirmediklerinden işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.

Öte yandan, kamu görevlisi sadece suçun işlenmesine göz yummakla kalmayarak ayrıca herhangi bir şekilde yardım ettiği takdirde bu fıkra da değil aksine fiile iştirakten ve değişen suç niteliğine göre cezalandırılabilir. Doğal olarak olayların özellikleri, eylemlerin gerçekleştirildiği yer ve zaman, eylemlerin niteliği araştırılıp sonucuna göre karar verilmelidir. Çünkü kastın varlığı ancak fiilin sonucuna göre belirlenebilir.

4.7. Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın devletin siyasi, iktisadi veya askeri güvenliğini bozacak ya da çevre veya toplum sağlığını tehdit edecek nitelikte olması

Maddenin bu fıkrasında kaçakçılık suçunun çok özel bir şekli düzenlenmiştir. Burada düzenlenen kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşya devletin siyasi, iktisadi veya askeri güvenliğini bozacak derecede vahim olmalıdır. Fıkra söz edilen güvenlik devletin siyasi güvenliği, iktisadi güvenliği, askeri güvenliği, toplum ve çevre sağlığının tehdit edilmesidir.

Görüldüğü üzere fıkra kaçakçılık fiilinin en ağır ve vahim şekli ele alınmıştır. Sadece kişisel ya da örgütsel çıkar sağlamak yeterli olmayıp eylemlerin mahiyeti itibarıyla ağır sonuçlar doğurabilecek şekilde olması gerekir. Yasa dışı örgütlere büyük çapta silah yardımı yapılması, atık veya artık maddelerin nitelik ve nicelik yönünden toplum ve çevre sağlığını tehdit edecek boyutlarda olması, ekonomik krize yol açabilecek şekilde akaryakıt kaçakçılığı bu fiillere örnek olarak gösterilebilir.

Fıkra belirtildiği üzere fiilin daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde en az 10 yıl hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Yani cezanın alt sınırı 10 yıl hapistir. Eylemin niteliği itibarıyla vahameti esasen ortadadır, yine de kendi içinde daha vahim hallerde cezanın arttırılması da söz konusu olabilir. Nitekim fıkradaki cezanın üst sınırı 20 yıl hapis olarak tespit edilmiştir.

Kaçak akaryakıt satışının 3'ncü maddenin 14. fıkrasında belirtildiği şekilde sabit ya da seyyar tank, düzenek veya ekipman kullanılarak gerçekleştirilmesi halinde verilecek cezalar iki kat arttırılır. Arttırım sadece kaçak akaryakıt yönünden yapılır. Bu husus nitelikli haller arasına alınmıştır.

5. ETKİN PİŞMANLIK

Madde – 5 - (1) 3 üncü maddede tanımlanan suçlardan birine iştirak etmiş olan kişi; resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, fiili, diğer failleri ve kaçak eşyanın saklandığı yerleri mercine haber verirse, verilen bilginin, faillerin yakalanmasını veya kaçak eşyanın ele geçirilmesini sağlaması halinde cezalandırılmaz. Haber alındıktan sonra fiilin bütünüyle ortaya çıkmasına hizmet ve yardım eden kişiye verilecek ceza üçte iki oranında indirilir.

(2) Yedinci fıkrası hariç, 3'üncü maddede tanımlanan suçlardan birini işlemiş olan kişi, etkin pişmanlık göstererek, soruşturma evresi sona erinceye kadar suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine ödediği takdirde, hakkında, bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza yarı oranında indirilir. Bu fıkra hükmü, mükerrirler hakkında veya suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde uygulanmaz.

Etkin pişmanlık konusu genel olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 221'nci maddesinde ele alınmış ve etkin pişmanlığın genel çerçevesi bu maddede çizilmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 221'nci maddesi,

“1. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağı- tan veya verdiği bilgilerle

örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneti- ciler hakkında cezaya hükmolunmaz.

2. Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

3. Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

4. Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi hâlinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır.

5. Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir.”

Hükmü getirilmiştir.

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 5'nci maddesinde etkin pişmanlık adı altında adeta paralel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre 3'ncü maddede tanımlanan suçlardan veya kabahatlerden birine iştirak etmiş olan kişi resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce fiili diğer failleri ve kaçak eşyanın saklandığı yerleri mercine haber verirse verilen bilginin faillerin yakalanmasını veya kaçak eşyanın ele geçirilmesini sağlaması halinde cezalandırılmaz. Haber alındıktan sonra fiilin bütünüyle ortaya çıkmasına hizmet ve yardım eden kişiye verilecek ceza 3/2 oranında indirilir.

Görüldüğü üzere bu maddede cezasızlık hali ile ceza indiriminin neden- leri gösterilmiştir. Gösterilen neden hukuka uygunluk halleri değildir. Fiilin haber alınmasından önce belirtilen ve maddenin 1'nci fıkrasındaki 1'nci cümleye göre cezasızlık sebepleri şunlardır.

a) 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3'ncü maddesinde yazılı suçlardan birine iştirak etmiş olmalıdır.

b) Bu suç işlenmiş olmalıdır.

d) Eylemin gerçekleştiğinden resmî makamların henüz haberi olmamalıdır.

e) Resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce kişi fiili işlenen suçu veya kabahati açıkça ilgili mercilere beyan edip bildirmelidir. Failleri suçun veya kabahatin faillerini yetkili makamlara bildirmelidir. Kaçak eşya- nın saklandığı yerleri yine mercine haber vermelidir.

Kişinin bu bilgileri vermesi soyut olmamalıdır. Konuyu maddi delille- riyle birlikte ihbar etmeli, suç delillerinin ele geçirilmesini ve faillerinin ya- kalanmasını sağlamalıdır. Yani haber verme gerçek olmalıdır. O nedenle cümlelerin sonunda yukarıda yazılı şartlara ayrıca şunlar da eklenmiştir.

f) Verilen bilgilerle suçu işleyen faillerin yakalanması gerekir. Veya;

g) Kaçak eşyanın ele geçirilmesini sağlamalıdır.

Burada veya denildiğine göre iki şartın birlikte gerçekleşmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Şartlardan bir tanesinin gerçekleşmesi halinde dahi kişiye ceza verilmemelidir. Öncelikle suç veya kabahati işleyen faillerin yakalanması sağlanmalı veyahut da kaçak eşyanın ele geçirilmesine yardımcı olunmalıdır.

Fiilin haber alınmasından sonra ceza indiriminin yapılacağı 5607 Sayılı Kanunu'nun 5/1-son cümlesinde ele alınmıştır. Haber alındıktan sonra fiilin bütünüyle ortaya çıkmasına hizmet ve yardım eden kişiye verilecek ceza 3/2 oranında indirilmektedir. Yetkili merciler tarafından haber alındıktan sonra kişi fiilin bütünüyle ortaya çıkmasına hizmet ve yardım ettiği takdirde cezası 2/3 oranında indirilmektedir.

Amaç öncelikle suçun işlenmesini önlemektir. Aslında her iki halde de aynı amaç güdülmesine rağmen burada artık resmî görevliler eylemi haber almışlardır. Ancak kaçakçılık eylemini gerçekleştirenlerden biri veya birkaçı pişman olup durumu ilgili mercilere bildirebilir. Başlı başına bu bildirim de yetmemektedir, ayrıca fiilin ortaya çıkarılması için hizmet ve yardım da şart- tır.

5607 Sayılı Kanunu'nun 5/2 fıkrasında 7'nci fıkrası hariç 3'ncü maddede tanımlanan suçlardan birini işlemiş olan kişi etkin pişmanlık göstererek soruşturma evresi sona erinceye kadar suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı devlet hazinesine ödediği takdirde hakkında bu kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza yarı ora- nında indirilir. Bu fıkra hükmü mükerrirler hakkında veya suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde uygulanmaz denilmiştir.

Bu fıkra da kaçakçılık suçu işleyen hakkında soruşturma başlatılmış ancak suç faili etkin pişmanlık göstererek soruşturma sonuna kadar eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı ödemiştir. Yukarıda belirtilen hallerde ise henüz kaçakçılık fiilinden dolayı herhangi bir soruşturma başlatılmış değildir.

SONUÇ

Halen yürürlükte bulunan Bilirkişilik Mevzuatına göre; hakimler hukuki konularda bilirkişiye başvuramamakta sadece teknik konularda resen veya tarafların talebi üzerine bilirkişi raporu düzenlenmesi için bilirkişiye başvurmaktadırlar. Oldukça teknik detaylar içeren Dış Ticaret Mevzuatı ve Gümrük Mevzuatı konularında mahkemelerin dava ile ilgili isabetli karar verebilmeleri için, hakimlerin bu alanlarda uzman olan bilirkişilerin raporlarına ihtiyaç duymaları kaçınılmazdır.

1932 yılında yürürlüğe girmiş olan ve ağır cezai müeyyideler içeren 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanundan sonra, söz konusu kanunu yürürlükten kaldırarak 2003 yılında yürürlüğe girmiş olan 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, “ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi” prensibinin sonucu olarak kaçakçılık suçlarının müeyyidesi olarak hapis cezaları yerine para cezalarının verilmesini öngörmekteydi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi üzerine, söz konusu bu temel ceza kanunlarına uyum sağlamak amacıyla yürürlüğe konulan ve halen yürürlükte olan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile ekonomik suça ekonomik ceza anlayışından vazgeçilerek, adı geçen kanun kapsamında düzenlenen tüm kaçakçılık suçları için hapis cezaları ve adli para cezaları öngörülmektedir.

Kanımızca; kaçakçılık suçları ile etkin biçimde mücadele etmek, kaçakçılıkla mücadele konusunda Avrupa Birliği mevzuatına ve evrensel hukuk normlarına uyum sağlamak, ceza adaletini sağlamak ve aynı zamanda kaçakçılıkla mücadele ederken dış ticareti caydırıcı, zorlaştırıcı ve önleyici düzenlemelere ve uygulamalara yol açmaksızın dış ticareti daha serbest hale getirebilmek amacıyla, “ekonomik suça ekonomik ceza” ilkesinin gereği olarak, silah kaçakçılığı ve uyuşturucu madde kaçakçılığı suçları gibi birkaç istisna haricinde, ekonomik suç niteliğindeki kaçakçılık suçları için hapis cezaları yerine ekonomik ceza niteliğini haiz caydırıcı düzeyde para cezaları öngören yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17/2'nci maddesi uyarınca vermiş olduğu, 24.07.2007 tarihli ve 346 sayılı Kararına göre; kaçakçılık suçlarına, yargılama yapacak yerde birden fazla asliye ceza veya ağır ceza mahkemeleri varsa, 1 numaralı asliye ceza veya ağır ceza mahkemeleri bakacaktır. Nitekim Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçların davası, asliye ceza mahkemelerinde görülmektedir. Ancak, kaçakçılık suçlarıyla bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçunun da işlenmiş olması halinde, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olmaktadır. Görevli bu mahkemeler, bakmakla yükümlü oldukları diğer türden ceza davalarının doğurduğu ağır iş yükünden dolayı kaçakçılık davalarına yeterince zaman ayıramamakta, dolayısıyla da bu alanda ihtisaslaşamamakta ve bu nedenle de haklı olarak hemen her kaçakçılık suçu davasında bilirkişiye başvurmak ihtiyacını hissetmektedirler. Kanaatimizce; teknik ihtisas bilgisi gerektiren kaçakçılık suçlarının kovuşturulması sürecinde sürati ve isabetli karar yüzdesini artırmak amacıyla, sadece kaçakçılık suçlarına bakmakla görevli olacak “ihtisas mahkemesi” uygulamasına bir an önce geçilmesinde fayda vardır.

KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR, MAKALELER VE RAPORLAR

- AKIN, Hakan: Yeni İşim Dış Ticaret, 6. Basım, Elma Yayınevi, Ankara, Kasım 2006.
- AKÇİN, R. ve YUNAR, M.: Avrupa Birliği Mevzuatında Gümrük Rejimleri ve Gümrük Rejimleri Beyanları, Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı Gümrük Kontrolörleri Yayını, İstanbul, 1994.
- AKÇİN, R. ve KELEŞ, Ş.: Gerekçeli Gümrük Kanunu, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yayını (No:23), Ankara: İstanbul Matbaacılık, 1999.
- AKÇİN, R. ve NURAL, A.: Ekonomik Etkili Gümrük Rejimleri, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yayını no:7 İstanbul, 1996.
- AKÇİN, Remzi: Yeni Gümrük Kanunu'nun getirdikleri, Gümrük Dünyası Dergisi, (No:24), Ankara, 2000.
- AKIN, Hakan: Dış Ticarete Alternatif Para Kazanma Yolları, 5. Basım, Elma Yayınevi, Ankara, Haziran 2007.
- AKKOYUNLU, WIGLEY A.: Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Anlaşmalarının Etkilerini Ölçen Ampirik Çalışmaların Genel Değerlendirilmesi, Hacettepe Üniversitesi İİBF Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Ankara, 2000.
- AKLAN, Ali ve ŞAHİN, Murat: Gümrük Tarife Mevzuatı ve Tarife Soru Bankası, Otorite Yayınları, Ankara, 2018.
- ARI, Selçuk: Gümrük İdarelerinin Modernizasyonu Projesi, Finansal Forum Dergisi, Haziran 1998
- ARSAVA, Fusun: Amsterdam Antlaşmasının Avrupa Birliği Hukukuna Katkıları, AÜSBF Yayını, Ankara, 2000.
- ARTAN, Tuğrul: Gümrük Birliği Çerçevesinde Köprü Mevzuat Üzeri- ne Düşünceler, Gümrük Dergisi, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayını, Sayı 19, Aralık, 1996
- ARZOVA, Burak: İhracat Hakkında Her Şey, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2006.
- ATAN, Turhan: Türkiye – AT Gümrük Birliği ve Gümrük Mevzuatı, Form Yayınları, İstanbul, 1995
- AYKASIM, Y. ve ŞAHİN, A.: İhracatın Desteklenmesi Mevzuatı, Atak Yayınevi, İstanbul, 1996
- BAGRIAÇIK, A. ve YILMAZER, M.: Dış Ticarete Tek İdari Belge Kullanım Kılavuzu ve AB Gümrük Mevzuatı, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 1995
- BAGRIAÇIK, Atila: Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri, 8. Bası, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 2004.
- BAGRIAÇIK, Atila: Kambyo Mevzuatı, AÖF Yayını, Eskişehir, Ekim 2004.
- BALIKÇIOĞLU, F. ve YILDIRIM, Ş.: İhracatta Pratik Bilgiler, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1990
- BALKIR, C. ve DEMİRCİ, M.: Uluslararası Ekonomik Bütünleşmeler ve Avrupa Topluluğu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- BARLIN, Asım: Gümrük Mevzuatı, 15. Basım, Solmaz Gümrük Müşavirliği A.Ş.

- BEDESTENCİ, Çetin ve CANITEZ, Murat (Editörler): Dış Ticaret – İşlemler ve Uygulamalar, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007.
- BİRER SAÇLI, Merve: Türk Ceza Kanunu'nda Göçmen Kaçakçılığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BULUTOĞLU, Kenan: Kamu Ekonomisine Giriş, Yapı Kredi Yayınları, No: 1816, İstanbul 2003
- BÜYÜKTAŞKIN, Şener: Dünya Ticaret Sistemi (GATT, Dünya Ticaret Örgütü ve Türkiye), ESBANK, Ankara, 1997.
- CANITEZ, Murat: Uygulamalı Gümrük Mevzuatı, Gazi Kitabevi, Ankara, Ağustos 2008.
- CARR, Indira & KIDNER, Richard: Statutes & Conventions on International Trade Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, UK, 1995.
- CENGİZ, Emrah ve Diğerleri: Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejileri, 2. Bası, Beta, İstanbul, Mart 2007.
- CHARLERY, Janette: International Trade Law, The M&E Handbook Series, Longman Group, UK, 1993.
- CURRY, Jeffrey Edmund: Uluslararası Ticari Müzakereler Kılavuzu, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.
- CURRY, Jeffrey Edmund: Uluslararası Pazarlama, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.
- CURRY, Jeffrey Edmund: Uluslararası Ekonomi (Uluslararası Pazarın Dinamikleri), Kontent Kitap, İstanbul, 2002.
- ÇAKAR, Fehmi: Gümrük Birliği ile Gümrük Mevzuatında Yapılan Değişiklikler, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yayını, Araştırma:3, Ankara, Ocak 1997
- ÇINAR, Hakan: Örneklerle Yatırım ve İhracat Teşvikleri, ARC, İstanbul.
- ÇILDIR, Şentürk ve KORKMAZ, Oğuz: Kaçakçılık Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÇİMEN Ahmet: GB ve AT-Türkiye İlişkileri, Merkez Bankası Yayınları, Ankara, 1996.
- DANIŞMAN, Mustafa: Açıklamalı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Kaçak Petrol ve Ulusal Marker, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- DAYINLARLI, Kemal (Çeviren): UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma, 2004), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.
- DEMİR, Musa: İhracat ve İhracat Teşvikleri, Detay Yayıncılık, Ankara, 2003.
- DİRİKKAN, Hanife: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 1996.
- DÖLEK, Ali: İhracat Bilgileri, Genişletilmiş 2. Basım, Beta, İstanbul, Ağustos 1999.
- DÖLEK, Ali: Uygulamalı İthalat İşlemleri ve Örnekler, Beta, İstanbul, Ağustos 2000.
- DÖLEK, Ali: Uluslararası Ticaret ve Türkiye Uygulaması, Arıkan, İstanbul, Temmuz 2006.
- DÖLEK, Ali: Gümrük İşlemleri ve Kaçakçılık, Beta, İstanbul, Temmuz 2004.

DÖLEK, Ali: Mevzuat Işığında Dış Ticaret İşlemleri ve Piyasa Uygulamaları, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1999

DURUKAN, Nihayet: Dış Ticaret Dünyası, Beta, İstanbul, Kasım 2006.

EKŞİ, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, 2. Bası, Arıkan, İstanbul, Nisan 2006.

ERCAN, Tayfun: Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ERGİN, Yusuf: 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları, Seçkin, Ankara, 2020.

ERÜRETEN, Bahir M.: Dış Ticaret Hukuku-İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı, Beta, İstanbul, 1991.

ERYÜREK, Şenay: Uluslararası Bankacılık İçin İlk Tanımlar ve INCOTERMS, Anadolu Bankası Yayını, İstanbul, 1987.

ERYÜREK, Şenay: Uluslararası Ticarete Ödeme Şekilleri ve Vesaik, Anadolu Bankası Yayını, İstanbul, 1987.

GEDİK, Doğan: Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

GERNİ, Cevat: Dış Ticaretin Finansmanı, TOBB Yayını, Ankara, 1990.

GÖĞER, Erdoğan: Akreditif Muamelesi ve Hukuki Mahiyeti, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1980.

GÖKÇELİK, Cahit: Gümrük Bilgisi-1- Gümrük Rejimleri, : Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2005.

GÜLTEKİN, Raşit: Gümrük Kabahatleri, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019. GÜN, Nuri: Dış Ticaret, Kambiyo ve Yabancı Yatırımcıları Teşvik Mevzuatı, Vergi Denetmenleri Derneği, İstanbul, 2004.

GÜNUĞUR, HALUK: Avrupa Bütünleşmesinin Tarihsel Gelişimi (Dünü, Bugünü, Yarını), Avrupa Birliği El Kitabı, T.C. Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995.

GÜRSOY, Yaser: Dış Ticaret İşlemleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005. HINKELMAN, Edward G.: Uluslararası Ödemeler, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

IŞIK, İ. Ve ÇABUK, M.: Serbest Bölgeler, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.

İGEME: İhracatta Kullanılan Uluslararası Belgeler, Ankara, 2008.

İGEME: İhracat Prosedürlerini Biliyor musunuz? Ankara, 2007. İGEME: Markalaşma Kararı İle Yurtdışı Pazarlara Açılım, Ankara, 2005.

İGEME: Dış Ticarete Güvenli Bir Kontrol Aracı- Uluslararası Gözetim Şirketleri, Ankara, 2007.

İGEME: İhracatta Ödeme Şekilleri, Ankara, 2006.

İGEME: İhracatta Alternatif Finansman Teknikleri, Ankara, 2008. İGEME: İhracatta Teslim Şekilleri ve Nakliyat, Ankara, 2007.

İGEME: İhracatta Dağıtım Kanallarının Seçimi ve Kurulması, Ankara, Kasım 2006.

İGEME: Dış Ticarete Sözleşmeler ve Müzakereler, Ankara, 2007. İGEME: Dış Pazarlarda Karşılaşılan Ticari Engeller, Ankara, 1997. İGEME: Elektronik Ticaret ve Pazarlama, Ankara, Ekim 2007.

İGEME: İhracat Pazar Araştırması Desteği, Ankara, Ağustos 2004. İGEME: İhracat Mevzuatı, Ankara, 2009.

İGEME: İthalat Mevzuatı, Ankara, 2009.

İGEME: Dış Ticarete Standardizasyon Mevzuatı, Ankara, 2009. İGEME: Serbest Bölgeler Mevzuatı, Ankara, 2009.

İGEME: 100 Soruda Dış Ticaret, Ankara, Ekim 2006.

KARAKAŞ, Birsen: 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu- Uygulamalı ve İçtihatlı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KARLUK, Rıdvan: Avrupa Birliği ve Türkiye, İstanbul: İMKB Yayınları 1996.

KARLUK, Rıdvan: Uluslararası İktisat, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1998

KAYA, Salih: Her Yönüyle Dış Ticaret, Ce-Ka Yayınları, Ankara, 2007.

KAYMAKÇI, O.; AVCI, N. ve ŞEN, R.: Uluslararası Ticarete Giriş, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Şubat 2007.

KEMER, Osman Barbaros: Dış Ticaret Teknikleri, Alfa Aktüel, İstanbul, Ekim 2005.

KIZIL, A. ve ŞOĞUR, M.: İhracat- İthalat İşlemleri ve Muhasebe Uygulaması, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 1997.

KOBAN, E. ve YILDIRIR KESER, H.: Dış Ticarete Lojistik, Ekin, Bursa, 2007.

KOZLU, Cem: Uluslararası Pazarlama, 5. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, Eylül 1995.

KÖKEN, Enes: Silah Kavramı ve Silah Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

KÖKSAL, Tunay: Uluslararası Ticaret Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

KÖKSAL, Tunay; ÖZCAN, Bora ve PARLATAN, Akif: İhracat Teşvikleri: Dahilde İşleme Rejimi ve Diğer Teşvik Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

KÖKSAL, Tunay ve ÖZCAN, Bora: Dış Ticaret Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

KÖKSAL, Tunay ve ÖZKARA, Yalın: Uluslararası Lojistik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

KÖKSAL, Tunay: Uluslararası Ticarete Pratik Bilgiler ve Yaygın Kullanılan Belgeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

KÖKSAL, Tunay / DANIŞMAN, Mustafa: Gümrük Hukuku Kapsamında Kaçakçılık Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2021.

KUTLU, Erol: Gümrükleme, AÖF Yayını, Eskişehir, Aralık 2003.

KUTLU, Erol: İthalat ve İhracat Uygulamaları, AÖF Yayını, Eskişehir, Eylül 2004.

MACLEAN, Robert M.(Editor): Law of International Trade, HLT Publications, Great Britain, 1994.

MELEMEN, Mehmet: Uygulamalı Uluslararası Ticaret İşlemleri, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2008.

MITCHELL, Charles: Uluslararası İş Kültürü, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

MORGİL, Orhan: Ekonomik Açıdan Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri ve Gümrük Birliğinin İşleyişi, İşveren Dergisi, 15 Ocak 2003

NICOLAIDES, Phedon (Editor): The Trade Policy of the European Community, EIPA, The Netherlands, 1993.

OKTAY, Nüvit: Dış Ticarete Giriş, AÖF Yayını, Eskişehir, Haziran 2005.

ONURSAL, Erkut: Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulamaları, Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri Yayını, Ankara, 1996

ONURSAL, Erkut: Dünden Bugüne Gümrük Mevzuatı, Ankara Basımevi, Ankara, 1976

ONURSAL, Erkut: İhracat El Kitabı (1), Ankara Basımevi, Ankara, 1972

ÖZALP, Abdurrahman: UCP 600'ın Kullanılması ve Akreditif, 2. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2007.

ÖZALP, İnan (Editör): Uluslararası İşletmecilik, AÖF Yayını, Eskişehir, Ekim 2008.

ÖZTÜRK, Nazım: Dış Ticaret, Roma Yayınları, Ankara, Mayıs 2005. SAYINER, İsmet: Belgelerle Uygulamalı Gümrük İşlemleri ve Dış Ticaret, Sistem Yayınevi, İstanbul, 1995

SCMHMITHOFF, Clive M.: The Law & Practice of International Trade, Ninth Edition, Stevens&Sons, London, 1990.

SELEN, Ufuk: Gümrük İşlemleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007. SELLMAN, Pamela (Editor): Law of International Trade Textbook, 5th Edition, HLT Publications, Great Britain, 1994.

SEYİDOĞLU, Halil: Uluslararası İktisat, Gizem Yayınları, İstanbul, 2001

SHIPPEY, Karla C.: Uluslararası Sözleşmeler (Uluslararası Ticari Sözleşme Taslakları), Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

SOYSAL, H. Cahit: Lojistik Hukuku, Uysen Yayınları, İstanbul, Eylül 2007.

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005.

ŞENTÜRK, Çıldır ve KORKMAZ, Oğuz: Kaçakçılık Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

TELLİ, Serap: Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991.

TENEKECİOĞLU, Birol: Uluslararası Pazarlama, AÖF Yayını, Eskişehir, Ekim 2004.

TOMANBAY, Mehmet: Dış Ticaret Rejimi ve İhracatın Finansmanı, 4.Baskı, Hatiboğlu, Ankara, 2003.

TOPRAK, Vamık: Gümrük Mevzuatı ve Tatbikatı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967

TOROSLU, Vefa: Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri ve Muhasebe, 2. Bası, Beta, İstanbul, Mayıs 1999.

TOROSLU, Vefa: Serbest Bölgeler, Beta, İstanbul, Temmuz 2000. TUNCER, Selahattin: Gümrükler ve Gümrük Vergileri (Teori-Uygulama), Yaklaşım Yayınları, İstanbul, 2001

UÇARMAK, Sezai: Gümrük ve Dış Ticaret Mevzuatındaki Son Değişikliklere İlişkin Düşünceler, Gümrük Dergisi, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayını, sayı 16, Mart 1996

UTKULU, U. ve AYDEMİR, İ. (Editörler): Türkiye'de Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulaması, Gazi Kitabevi, Ankara, Mayıs 2008.

UYSA, CEREN: Türkiye-AB İlişkilerinin Tarihsel Süreci ve Son Gelişmeler, Akdeniz İİBF Dergisi, Sayı:1, 2001.

YERCI, Cahit: Gümrük Hukuku ve Davaları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

YURTCAN, Erdener: Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.

II. İNTERNET SİTELERİ

www.bilirkisilik.adalet.gov.tr

www.wto.org

www.iccwbo.org

www.oecd.org

www.dtm.gov.tr

www.igeme.org.tr

www.abgs.gov.tr

www.musavirlikler.gov.tr

www.tcmb.gov.tr

www.gumruk.gov.tr

www.avrupa.info.tr

www.wtcankara.org.tr

www.turkticaret.net

www.atonet.org.tr

www.kobinet.org.tr

www.kobifinans.com.tr

www.ostim.org.tr

www.eceurope.com

www.orgtr.org

www.ecplaza.net

www.verginet.net

www.gumrukforum.com

www.kayserito.com.tr

www.uttegae.com

www.ram.com.tr

www.stadusa.gov

www.intracen.org

www.wand.com
www.brittrade.com
www.asiatrade.com
www.offer21.com
www.alibaba.com
www.tradezone.com
www.e-trader.com
www.thomasregister.com
www.kompass.com
www.europages.com
www.fas.usda.gov
www.itaiep.doc.gov
www.aslannet.com
www.orgtr.org
www.imf.org
www.un.org
www.wto.org
www.ikv.org.tr
www.euturkey.org.tr
www.mfa.gov.tr
www.abhaber.com
www.abigem.org
www.abinfoturk.net
www.europa.eu.int
www.oecd.org
www.unctad.org
www.ccc-ccs.org
www.worldbank.org
www.icao.int
www.fiata.org
www.iru.org
www.ebrd.com
www.eib.org

KRİPTO PARA HİRSIZLIK SUÇUNUN KONUSUNU OLUŞTURABİLİR Mİ?

Özden DEMİR

ÖZET

Dijitalleşen dünyada internet kullanımının gitgide yaygınlaşması, alternatif ödeme metotlarının geliştirilmesi bunun kullanımın yaygınlaşması ve kripto para denilen birimin çeşit ve sayılarının çoğalmasıyla dünyada bu yönde bir eğilim oluşmuş buna bağlı olarak da ülkelerin mevcut ceza sistemleri bu yenilikler karşısında yetersiz kalmıştır. Öyle ki sıklıkla kullanılmaya başlanan kripto paraların hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, kara para aklama gibi TCK’da yer alan suçların konusu olup olamayacağı, eşya niteliği tartışmalı olan bu varlıklardan kaynaklı bu suç şüphesiyle yargılanacak olan faille ceza tayin edilip edilemeyeceği, hangi yöntemlerin izlenmesi gerektiği tartışma konusu olmuştur. Bu çalışmada kripto para, kriptografi, sanal cüzdan gibi kavramlara ilişkin kısa açıklamalar sonrasında kripto paraların hırsızlık suçunun konusu olup olamayacağı konusu detaylı şekilde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kripto Para, Kriptografi, Sıcak Cüzdan, Soğuk Cüzdan.

CAN CRYPTO MONEY BE THE SUBJECT OF THEFT CRIME?

ABSTRACT

With the widespread use of the internet in the digitalizing world, the development of alternative payment methods, the widespread use of it and the increase in the types and numbers of the unit called crypto money, there has been a trend in this direction in the world. So much so that whether cryptocurrencies, which are frequently used, can be the subject of crimes such as in Turkish Penal Code, looting, fraud, money laundering, whether the perpetrators who will be prosecuted with the suspicion of this crime originating from these assets, whose property is controversial, can be punished, and which methods should be followed. has been the subject. In this study, after brief explanations on concepts such as crypto money, cryptography, and virtual wallet, the issue of whether cryptocurrencies can be the subject of theft crime will be examined in detail.

Keywords: Cryptocurrency, Cryptography, Hot Wallet, Cold Wallet.

GİRİŞ

Kripto paranın 2009 yılı itibarıyla ortaya çıkışından, Bitcoin madenciliğine geçiş, 2010'da ilk işlemlerin gerçekleşmesi, 2011'de yeni kripto paraların doğması ve altcoin olarak adlandırılmasıyla hayatımızda günden güne yer almasının artmasıyla beraber, hukuki olarak nasıl konumlandıracağımız merak konusu olmuştur. Hırsızlık suçunun unsurları kanunumuzda belirli olduğundan, bu suçu oluşturup oluşturamayacağının değerlendirmesinde Ceza hukuka hakim olan ilkeler ışığında bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Hukuk Devleti İlkesi, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Cezaların Şahsiliği İlkesi, Cezalarda Adalet ve Eşitlik İlkesi, Suç ve Cezanın Geçmişe Yürümemesi İlkesi gibi temel ilkeler ceza hukukumuzda hakimdir. Kanunilik ilkesi yönünden yapılacak bir yorumla kripto paraların hukuki niteliğini irdelemek ve bu yönüyle hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağını değerlendirmek sağlıklı olacaktır.

1-Kripto Para ve Sanal Cüzdan Kavramları

1-1-Kripto para, güvenlik açısından kriptoloji(şifre bilimi) bilimini kullanan, dijital ve sanal bir para birimidir ve matematik temelli şifrelenmişlerdir. Banka kartlarında, sanal kartlarda veya sanal ortamda yapılan her işlemde de aslında bu paralar kullanılmaktadır. (1)

1-2- Kripto para cüzdanı, internet üzerinde bir dijital para olarak kabul edilen Bitcoin ile hayatımızda yerini almıştır. Kripto para cüzdanları, halka açık ve özel anahtarları depolayan, kripto para transferine izin veren fiziksel, yazılım veya donanım araçlardır. Cüzdanlar genel olarak sıcak ve soğuk olmak üzere iki farklı yapıda olabilirler. Bunlardan ilki soğuk cüzdan (cold storage) olarak adlandırılır. Soğuk cüzdan kavramı, cüzdana ait bilgilerin internete bağlı bir bilgisayar veya sunucuda depolanması yerine, çalınma ve saldırı riskini minimize etmek amacıyla çevrimiçi olmayan bir cüzdan adresinde tutulmasıdır. Bu cüzdan adresi basılı bir kâğıtta tutulabileceği gibi bu amaç için özel olarak geliştirilmiş donanımlar da kullanılabilir. Sıcak cüzdan ise internete bağlı sunucular veya bilgisayarlar üzerinde tutulan ve çevrimiçi olarak erişilebilen cüzdanlardır. Burada güvenlik açısından en büyük sorumluluğu çevrimiçi kripto-para borsaları veya çevrimiçi cüzdan hizmeti veren firmalar üstlenir. Hesap bilgilerinin kaybolması veya cüzdan servisinin kapatılması halinde hesaplara erişim mümkün olmaz. (2)

2-Kripto Paraların Hukuki Niteliği

Eğer kripto varlıklar elektronik para, emtia veya menkul kıymet gibi kategorilere dahil edilebilirse, bu kategorilere ilişkin düzenlemelerin söz konusu varlıklar hakkında da uygulanması mümkün olabilecektir. Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak; kripto varlıkların emtia olduğu kabul edilirse üzerinde sahiplik iddiası kurulabilecek bir mal söz konusu olacağından hem mülkiyet hakkının sonuçlarından yararlanılabilecek hem de

konusu mal olan, mala zarar verme, hırsızlık, yağma gibi suçların işlenmesi olanaklı hale gelecektir. (3)

Kripto paraların hukuki anlamda para olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışmalı bir konudur. Yukarıda belirtildiği üzere “para”, mal ve hizmetlerin bedelinin ödenmesinde kullanılan bir araçtır. Para aynı zamanda bir değişim aracıdır. Ancak kripto paraların her durumda bu özelliği sağladıklarını söylemek mümkün değildir. Yeknesaklığı sağlamak için, paranın değerinin hemen her ülkede uluslararası olarak ifade edilebilir olması gerekir. Kripto paraların bilinen tüm para birimleri karşısında değişken bir alım satım değeri olup olmadığı değerlendirildiğinde, kripto paraların bu özelliğinin onları bir para birimi yapmaya yeterli olmadığı görülmektedir.(4)

Kripto varlıkların, içtihat yoluyla taşınır mal kapsamına dahil edilmesi ve hırsızlık hükümleri uyarınca cezalandırılması sakıncalı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Zira hem yargı kararlarında hem de doktrinde, ekonomik bir değer ifade etse de fiziki bir varlığı olmayan verilerin 142. maddede düzenlenen suça konu olamayacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan, kripto varlıkların çalınması halinde hırsızlık hükümlerinin uygulanabilmesi için yerleşik içtihadın değiştirilmesi gerekmektedir. Fakat bu durum kanunilik ilkesinin ihlali olarak yorumlanabilecektir. (5) Yürürlükteki Ceza Sistemimizde Kripto paralar hakkında, emtia ya da menkul kıymet, genel bir ifadeyle “mal varlığı” oldukları yönünde bir yasal düzenleme henüz yapılmamış olduğu gözetilmelidir.

Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), sanal paralara dayalı işlemler hakkında açıklama yayınlamış, SPK tarafından aracı kurumlara gönderilen 23 Eylül 2021 tarihli 850 Numaralı **Genel Mektup**'ta yer alan açıklamada, “Bitcoin ve türevi dijital para **sanal para birimlerine dayalı spot veya türev işlemler yapılmaması** gerektiği” hususunda bildiride bulunulmuştur.

3-Hırsızlık Suçunun Türk Ceza Kanununda Yaptırımı

TCK'nın 141. Maddesi 1. fıkrası uyarınca “*Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*”

Nitelikli hali düzenleyen 142. Maddenin 2. Fıkra e bendi gereğince “Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle alınmış olan eşya hakkında, işlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

4-Ceza Hukuku Prensipleri Gereğince Kripto Para Hırsızlığının Değerlendirilmesi

Hukuk devletinde, bireylerin belirli bir zaman diliminde hangi fiillerin suç olarak tanımlandığı ve hangi cezai yaptırımlara bağlandığını bilip öngörebilmeleri, bir başka ifadeyle ceza hukuku kurallarının öngörülebilir ve erişilebilir olması şarttır. Aksi takdirde “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” şeklinde ifade edilen ceza hukuku

¹ Kaplanhan, “Kripto Paranın Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi “Bitcoin Örneği,” Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 353, sf 106, 2018.

² Kırbaş, Makû, 'Blokzinciri Teknolojisi ve Yakın Gelecekteki Uygulama Alanları', FEBED 9(1), sf 79-80,2018.

³ Kaplanhan, “Kripto Paranın Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi “Bitcoin Örneği,” Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 353,sf. 113, 2018.

⁴ Özdemir, “Kripto Paraların Eşya Niteliği ”, SDÜHFD Cilt: 11, Sayı: 1, sf. 296, 2021.

⁵ Tarakçıoğlu, “Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu, AkdHFD Cilt: 11, Sayı: 2, sf. 331, 2021.

prensibinin hayata geçirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira ceza sorumluluğu, kişinin fiilinin bilincinde olduğu ve özgür iradesiyle suç olan bu fiili işlediği varsayımına dayanır. Bu nedenle, *kişinin işlediği fiilden sorumlu tutulabilmesi için, hangi fiillerin suç olduğunun kanunlarda açıkça gösterilmesi gereklidir*.⁽⁶⁾

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince ceza hukuku bağlamında kripto paralarda meydana gelen hırsızlık suçunda kişiye ceza verilmesi halinde kişinin adil yargılanma hakkı ve Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan “hukuk güvenliği” ilkesi de zarar görmüş olacaktır. Diğer yandan her ne kadar sanal ortamda gerçekleşen işlemler olsa, maddi anlamda taşınır olmak yönünden karşılığı olmasa da mağdurlar yönünden de doğabilecek sorunları görebilmek elzemdir, temelini anayasadan alan ve hak arama hürriyetini kısıtlayıcı mevcut yasal düzenlemenin günümüz koşulları gözetildiğinde yetersiz kaldığı açıktır.

SONUÇ

Kripto paraların gizli anahtarlarının üçüncü kişilerce bilinmesi mümkün olmamakla birlikte kripto para cüzdanlarından sıcak cüzdan internete bağlı olup çevrimiçi saldırılara maruz kalabilmektedir. Soğuk cüzdanlar ise aksine internete bağlı olmadığından çevrimiçi saldırılara karşı daha güvenlidir ancak çok düşük olmakla birlikte yine de risk barındırmaktadır. Ülkemizde de kullanımı yaygınlaşan kripto paralar üzerinde kullanıcıların sanal cüzdan hesaplarına yönelik sistemsal bir açıktan yararlanmak suretiyle veya doğrudan bir çevrimiçi saldırıyla hak sahiplerinde oluşabilecek mağduriyetler etkisini ekseriyetle gerçek hayatta gösterecektir, **mevcut sistemdeki belirsizliğin devamı halinde caydırıcı bir ceza kuralının olmadığı, salt hukuki niteliği itibariyle kripto paraların hırsızlık suçunun konusunu oluşturamayacağı şeklinde bir değerlendirme ceza kanunlarının amacına uygun olmayacaktır**, potansiyel suçların ve olası mağduriyetlerin önüne geçilebilmesi adına konuya ilişkin kapsamlı düzenlemelerin yapılması ve hukuki alanda meydana gelen bu belirsizliğin önüne geçilmesi önem arz etmektedir.

⁶ AYM, E.1991/18, K.1992/20, K.T. 31/3/1992

KLEPTOMANİ (ÇALMA HASTALIĞI)

Stj. Av. Derya Eğilmez

ÖZET

Çalma hastalığı olarak da bilinen kleptomani, ihtiyaç duyulmayan nesnelerin çalınması şeklinde ortaya çıkmakta, eylemin gerçekleşmesinin temelini oluşturan ve engellenemeyen çalma dürtüsünün varlığı nedeniyle basit mağaza hırsızlığından ayrılmaktadır. Ayrıca yargılama sırasında kleptoman olduğunu iddia eden sanığın kusur yeteneğini etkileyen akıl hastalığının olup olmadığının tespiti ve cezanın buna göre belirlenmesi de netice bakımından iki eylemi birbirinden farklı kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kleptomani, kusur yeteneği, akıl hastalığı.

ABSTRACT

Kleptomania, also known as the disease of stealing, occurs in the form of stealing unnecessary objects, and is distinguished from simple shop theft due to the presence of the uncontrollable urge to steal, which forms the basis of the action. In addition, determining whether the defendant, who claims to be a kleptomaniac, has a mental illness that affects his ability to commit crimes during the trial and determining the punishment accordingly makes the two actions different from each other in terms of outcome.

Keywords: Kleptomania, offenses ability, mental illness.

GİRİŞ

Kleptomani, kişisel kullanım veya maddi değeri için ihtiyaç duyulmayan nesneleri çalmaya yönelik dürtülere yineleyen biçimde karşı koyamama¹ şeklinde ortaya çıkan bir tür dürtü kontrol bozukluğudur.² Bu dürtüsel çalma davranışında bireyin, ya çaldığı nesneye ihtiyacı yoktur veya çalınan nesnenin bedelini ödeyebilecek maddi gücü vardır³ ancak çalma davranışına engel olamadığı, çalma dürtüsünü kontrol edemediği için hırsızlık eylemini gerçekleştirmektedir.

Kleptomani ilk olarak 1816 yılında Dr. Andre Mathey tarafından değersiz ve gereksinim duyulmayan nesnelerin dürtüsel biçimde çalınması olarak tanımlanmıştır.⁴ Dr. Mathey, dürtüsel çalma davranışı için "klopemanie" terimini kullanmıştır.⁵ 1838`de Fransız adli tıp hekimi olan Dr.Marc, bu tabloyu ayrı bir klinik durum olarak değerlendirmiş ve yine çalma deliliği anlamına gelecek şekilde terimi "kleptomanie" olarak değiştirmiştir.⁶ Yirminci yüzyılın başında da Kraepelin ve Bleuler, patolojik veya reaktif dürtüler arasında değerlendirdikleri kleptomaninin, karşı konulamaz nitelikte olduğunu ve diğer antisosyal davranışlarla ilişkili olmadığını belirtmiştir.⁷

Amerikan Psikiyatri Birliği'nin tanı el kitabına girmiş olan kleptomani, en son DSM-V`de "Dürtü Denetim ve Davranım Bozuklukları" başlığı altında diğer dürtü kontrol bozuklukları ile beraber yer almıştır.⁸ Kleptomaninin görülme sıklıklığı ile ilgili büyük ölçekli araştırmalar yapılmadığı için gerçek görülme sıklıklığı net olarak belirlenememiştir.

¹ Lut Tamam, Dürtü Kontrol Bozuklukları,Güncel Psikiatri Klinikleri,s.371, https://www.researchgate.net/profile/Lut_Tamam/publication/264709646_Durtu_Kontrol_Bozukluklari_Impulse_Control_Disorders/links/53ec5e020cf202d087d01457/Duertue-Kontrol-Bozukluklari-Impulse-Control-Disorders.pdf. (E.T.17.01.2024)

² Dürtü Kontrol Bozukluğu; kişinin kendisine veya başkalarına zarar verecek bir eylemde bulunmaya yönelik dürtü, güdü veya dayanılmaz isteğe karşı koyamaması, karşı koymada başarısız olmasıdır.

³ Okan Çalıyurt, "**Kleptomani(Patolojik Çalma Hastalığı)**", Dürtüsellik ve Dürtü Kontrol Bozuklukları,ed. Lut Tamam,Kaktüs y.,İstanbul,2015,s.265

⁴ Olası bir kleptomani vakasına dair ilk belge 18. Yüzyılda Britanya`da yazılmıştır. 1799 yılında olan bu vaka dantel hırsızlığından tutuklanan varlıklı bir kadınla ilgilidir. Maddi olarak satın alabilecek halde danteli çalmıştı ve beraberinde başka bir danteli de satın almıştı. Çalmak için sebebi olmayan saygın bir hanımefendi olduğu için jüri onu suçsuz bulmuştur. Bkz.Özlem Paltacı, Tıp Fakültesi Dönem 4 ve Dönem 5 Öğrencilerinde Görülen Dürtü Denetim Bozukluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı, Adana,2014,s.19.

⁵ Lut Tamam/Nurgül Özpoyraz/Mehmet Ünal, " Kleptomani: Bir Gözden Geçirme", Türk Psikiatri Dergisi, Ankara,1997, C.8,S.1,s.36. https://www.researchgate.net/profile/Lut_Tamam/publication/274834945_Kleptomani_Bir_gozden_gecirme_Kleptomania_A_Review/links/552aabf40cf2e089a3a9ff8b/Kleptomani-Bir-goezden-gecirme-Kleptomania-A-Review.pdf.(E.T.17.01.2024)

⁶ Çalıyurt, s.269.

⁷ Meltem Baltacıoğlu/ Altan Eşsizoglu/ Çınar Yenilmez/ Cem kaptanoğlu, "Kleptomanide Ayırıcı Tanı ve Psikodinamik Yaklaşım: Bir Olgu Sunumu," Düşünen Adam Psikiyatri ve Nörolojik Bilimler Dergisi, İstanbul, 2015, C.28., S.1., s.67. Bkz. <https://dusunenadamdergisi.org/storage/upload/pdfs/1586856425-tr.pdf>. (E.T.:26/01/2024).

⁸ DSM-V`de yer alan dürtü kontrol bozuklukları: Kleptomani, Aralıklı Patlayıcı Bozukluk, Piromani, Davranım Bozukluğu-topluma yararlı duyguların sınırlı olmasıyla giden, Karşı Çıkma-karşı gelme Bozukluğu, Patolojik Kumar Oynama, Trikotillomani(saç yolma),Antisosyal Kişilik Bozukluğu, Tanımlanmış veya anımlanmamış Diğer Yıkıcı Bozukluklar.

olmakla beraber kadınlarda erkeklerden daha fazla görüldüğü ve Amerika Birleşik Devletlerinde basit mağaza hırsızlıkları içerisindeki oranın % 5 olduğu belirtilmiştir. ⁹

Teşhis Kriterleri

Sonuç cezanın belirlenmesi ve hatta bozukluğun tedavisi açısından mağaza hırsızlığı ile kleptomani arasındaki farkların tespiti önemlidir. Zira hırsızlık yaparken yakalanan şahsın kleptoman olduğunu iddia ederek yargılamayı uzatmaya veya cezadan kurtulmaya çalışması olası bir durumdur.

Kleptomaninin teşhisi için DSM-V`de yer alan kriterlere göre kişisel kullanım veya parasal değeri için ihtiyaç duyulmayan nesneleri çalmaya yönelik dürtülere tekrarlı olarak karşı koyamama, hırsızlık girişiminden hemen önce giderek artan bir gerginlik duygusu hissetme, hırsızlık sırasında haz alma, doyum bulma ya da rahatlama, kızgınlığını göstermek veya intikam almak için çalma girişiminde bulunmama, bunun bir hezeyan veya halüsinasyona yanıt olmaması, çalma davranışının davranım bozukluğu, manik atak ya da kişilik bozukluğu ile açıklanamaması söz konusudur. ¹⁰

Çalma eylemi öncesi görülen gerilme ve sonrasında hissedilen rahatlama kleptomaninin temel motivasyonunu oluşturur. Davranışı gerçekleştirme dürtüsü ağır basana kadar(bazen bir gün veya daha daha fazla) kaygı veya gerginlik artışı söz konusudur. Davranış gerçekleştikten sonra ise memnuniyet, tatmin olma, rahatlama hissi ortaya çıkmakta fakat sonrasında vicdan azabı, pişmanlık gibi duygular baskın çıkmaktadır. ¹¹ Kleptomanların ihtiyaç duymadıkları veya parasını rahatlıkla ödeyebilecekleri nesneleri çalmasıdaki ¹² esas faktör eylem öncesi duyulan gerginlik hissini bastırma ve sonrasındaki tatmin duygularını yaşayabilmek olduğu için anlık bir kararla plansız hareket ederr ve kolaylıkla ulaşabilecekleri nesneleri aşırırlar.Ancak gerçek niyetleri maddi kazanımlı hırsızlık olmadığı için de rahatlama, tatmin duygularından sonra vicdan azabı, pişmanlık hatta kendinden nefret etme duyguları ile savaşıır, çoğu zaman da çaldıkları eşyayı ya başkasına verir veyaya atar ya da yerine koyarlar.

Kleptomani genellikle ergenlikte başlamakta ve alkol etkisi altında artmaktadır.

⁹ Çalıyurt,s.272.

¹⁰ Salih Yaşar Özden,Adli Psikiyatri, Nobel y.,2.baskı, Ankara,2015,s.235.

¹¹ James Morrison, DSM-5`İ Kolaylaştıran Klinisyenler İçin Tanı Rehberi,Çev.Hanife Uğur Kural,Nobel y.,Ankara,2019,s.392.

¹² Savcılık tarafından işlediği iddia edilen hırsızlık suçuna karşı cezai ehliyeti olup olmadığı sorulan ve kleptomani tanısı konulan iki olgu, kleptomani tanısı konulması ve ceza ehliyeti değerlendirmesine neden olan etkenler açısından tartışılmıştır. İncelenen ilk olgu; çalışan, bekar kadın marketten yüklü miktarda alışveriş yapıp ücretini ödemiş ancak bu sırada montunun cebine bir adet badem yağı ve 2 adet cilt maskesi koymuş ve görevliler tarafından yakalanmıştır. İncelenen diğer olgu,ev hanımı, evli, 2 çocuk sahibi, maddi durumu oldukça iyi kadındır. Japon pazarı olarak tanımlanan ve birçok maddenin birlikte satıldığı işyerinden, düşük fiyatlı 2 adet bileklik ve 1 adet kol saatini ücret vermeden almış, çıkmaya çalışırken görevliler tarafından yakalanmıştır. Olguların tamamı için bkz. Ferhan Kandemir/Bora Büken/Erhan Büken/Zerrin Erkol, "Kleptomani (Çalma Deliliği)'ye Yol Açan Faktörler ve Ceza Sorumluluğu'nun Değerlendirilmesi," Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi,C.4, S.2, Düzce, 2014, s.22. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/duzcesbed/issue/4846/66610>(E.T.17.01.2024)

En sık antisosyal kişilik bozukluğu ve obsesif kompulsif kişilik bozukluğu olanlarda görülmektedir.¹³ Kleptomani davranış gösteren ve genel tıbbi duruma bağlı olduğu saptanan olgularda merkezi sinir sistemini (MSS) doğrudan etkileyen travmalar, zehirlenmeler, epilepsi, demans ve Parkinson hastalığı literatürde en sık geçen hastalıklardır.¹⁴ Ayrıca literatürde ilaç(özellikle pramipeksol) kullanımına bağlı kleptomani vakalarında bulunmaktadır.¹⁵ Örneğin bir hasta epilepsi nedeniyle uzun süre ilaç tedavisi görüp cerrahi

¹³ Olgumuz 37 yaşında, ev hanımı, evli, 2 çocuk sahibi kadındır. Japon pazarı olarak tanımlanan ve birçok maddenin birlikte satıldığı işyerinden, düşük fiyatlı 2 adet bileklik ve 1 adet kol saatini ücret vermeden almış, çıkmaya çalışırken görevliler tarafından yakalanmıştır. 5 senedir obsesif kompulsif bozukluk tanısı ile ilaç kullanmakta ve hastalığı halen devam etmektedir. Tedavisi sırasında psikiyatriste çalma isteği hakkında bilgi vermediğini belirtmektedir. Daha önce de toka çalarken yakalandığını ancak yanlışlık olduğu söylenerek konunun kapatıldığını ifade etmektedir. Daha önce de birçok kez küçük şeyler çaldığını ve eşine çaldığı şeyleri ucuza aldığını söylediğini ifade etmektedir. Para sıkıntıları olmadığını belirtmektedir. Market alışverişi sırasında birçok şey alsa da en azından bir sakızı da para ödemedi ve kimsenin haberi olmadan alma isteği duyduğunu ve bunun önüne geçemediğini belirtmektedir. Küçük şeyler çalma isteğinin annesinin ölümünden sonra başladığını, bazen evden sırf bir şeyler çalıp rahatlamak için çıktığını ifade etmektedir. Psikiyatri konsültasyonunda dürtü kontrol bozukluğu (kleptomani) ile uyumlu klinik bulgular gözlemlendiği belirtilmiştir. Anabilim Dalı'mızda yapılan muayenesi, psikiyatri konsültasyonu ve adli tahkikat bilgileri dikkate alınarak kleptomani hastalığı sonucu işlediği iddia edilen suça karşı cezai ehliyeti bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Bkz.Kandemir ve Ark.,s.22,23.

¹⁴ Hüseyin Soysal, "Dürtü Kontrol Bozukluklarının Adli Psikiyatrik Yönleri," DergiPark, C.7, S.1, Ankara, 2015, s.21. Bkz.<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/115181>(E.T.28.01.2024)

¹⁵ Pramipeksol ile ilgili gelişen patolojik kumar oynama, kompulsif alışveriş, kompulsif yemek yeme gibi vakaların daha sık bildirilmesine karşın hırsızlık vakalarının çok az bildirildiği gözlenmektedir. Bildirilen vakalar arasında Parkinson hastası olan 58 yaşındabir olgunun 2,25 mg pramipeksol ve diğer Parkinson ilaçlarını kullandığı, pramipeksol kullanımının 2. yılında hırsızlık davranışlarında bulunmasının yanı sıra 17.000 dolar kredi kartından harcama yaptığı, kumar oynamaya karşı da isteğinin arttığı ve ilaç dozunun azaltılmasından sonra davranışların gerilediğinden bahsedilmektedir. Çankaya ve Büken'in incelediği benzer bir olguda Mahkeme tarafından kişinin 29.07.2018 ve 08.09.2018 tarihlerinde işlediği hırsızlık suçlarının hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı ve davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi istenmiştir. Kamera görüntüleri ve kişilerin ifadeleri ile marketten musluklar, sabunlar, lolipop şekerleri gibi eşyaları birçok kez ödemedi aldığı saptanmıştır. Hasta, kendilerine 2 ayrı dosya kapsamında farklı tarihlerde gönderilmiştir. Yapılan muayene ve uygulanan testlerden sonra pramipeksol kullanımından önce hırsızlık davranışının görülmediği, pramipeksol kullanımından sonra aşırı harcama ve hırsızlık davranışının görüldüğü tespit edilmiştir. Hastanın klinik özellikleri, tıbbi ve adli öz geçmişi, ilacın kullanım doz ve süresi, suçun niteliği göz önünde bulundurulduğunda bu davranışın pramipeksol ile ilgili gelişen dürtüsel çalma eylemi olduğu saptanmış, bu bağlamda alta yatan organik bir nedenle (ilaç kullanımı) Dürtü Kontrol Bozukluğu geliştiği için kurul tarafından kişinin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azaldığı kararı verilerek ceza sorumluluğunun bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Olgunun tamamı için bkz Orhan Gazi Çetinkaya/Bora Büken, "İlaç Etkisine Bağlı Bir Adli Psikiyatrik Olgunun Sunumu: Dürtüsel Hırsızlık," Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi,s.3.https://www.turkiyeklinikleri.com/inpress_article/tr-ilac-etkisine-bagli-bir-adli-psikiyatrik-olgu-sunumu-durtusel-hirsizlik-105991.html(E.T.23/02/2024)

operasyon geçirdikten sonra kleptomani tanısı almıştır.¹⁶ Diğer tanılardan farklı olarak kleptomani tanısı alabilecek kişilerin kendi istekleri ile hekime başvurduğuna rastlamak mümkündür. Bunun nedeni adli bir durum ile karşı karşıya kaldıklarında cezai indirimden yararlanabilmek için dosyalarına bu tanıyı ekletme arzularıdır.¹⁷

Mağaza Hırsızlığı ile Kleptomani Arasındaki Farklar

Mağaza hırsızlığı ile kleptomani arasındaki farklara değinmeden önce hırsızlık suçunun temel şekline kısaca bakmak gerekmektedir. Zira kleptomani de temel olarak hırsızlıktır ve failin cezası TCK 141'e göre belirlenmektedir.

Hırsızlık Suçu

Hırsızlık suçunun temel şekline TCK 141'de yer verilmiştir. *"Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."* Buna göre taşınır bir malın alınmasının suç oluşturabilmesi için, zilyedinin rızası bulunmamalı ve fail kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla olmalıdır. Mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf imkânı ortadan kaldırıldığı an suç tamamlanmış olacaktır.¹⁸

Suçun konusu, başkasına ait taşınır maldır. Suçun faili herkes olabilir. Suçun mağduru yönünden temel koşul malın maliki veya zilyedi olmaktır.¹⁹ Fiil almaktır, malın alınmasıyla birlikte suç tamamlanır yani sırf hareket suçudur. Kasten işlenebilen bir suç tipidir, taksirli hali kanunda düzenlenmediği için taksirle işlenmesi halinde fiil cezalandırılmaz. Hırsızlık kural olarak ani suç şeklinde işlenir. Suçla korunan hukuki değer hem zilyetlik hem de mülkiyet hakkıdır.²⁰

TCK.145'e göre suça konu malın değerinin az olması durumunda faile verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurularak faile ceza verilmekten de vazgeçilebilir.

Şikâyeteye tabi değildir, re'sen takip edilir. Yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesi, görevli mahkeme ise Asliye Ceza Mahkemesidir. TCK 141'de düzenlenen basit hırsızlık suçu uzlaştırmaya tabidir.

Basit Hırsızlık ile Kleptomani Arasındaki Farklar

-Hırsızlık suçunda amaç kendisine veya başkasına maddi yarar sağlamaktır. Hâlbuki kleptomaniye amaç kendisine veya başkasına maddi yarar sağlamak değil,

¹⁶ Zühre Neslihan İçin, Dürtü Denetimi ve Adli Bilimler: Örnek Olgular ile Derleme Çalışması,C.4,S.1, Ankara,2022s.27.(E.T.27/02/2024).

¹⁷ İçin,s.27.

¹⁸ M.Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M.Emin Alşahin, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet y.,19.B.,Ankara,2021,s.563.

¹⁹ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,13.B.,2018,Ankara, s.613-614.

²⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin,s.564-576.

hissettiği gerginliği ortadan kaldırmak ve tatmin olmak yani manevi yarar sağlamaktır.

-Kleptomani ihtiyaçları olmayan veya satın almak istediklerinde parasını rahatlıkla ödeyebilecekleri, nispeten değersiz eşyaları çalarken²¹ mağaza hırsızları ihtiyaçlarını karşılamak veya maddi kazanç temin etmek amacıyla hırsızlık yapar.²²

-Kleptomani bir çeşit dürtü kontrol bozukluğu olup tekrarlayan dürtülere karşı koyamamadan kaynaklı çalma davranışı vardır, öncesinde plan veya hazırlık yapma yoktur oysa mağaza hırsızlığındaki çalma eylemi dürtüsel sebeplerden değil, maddi kazanç amacıyla gerçekleştirilir, dolayısıyla önceden planlanmış, tasarlanmış bir eylem söz konusudur.

-Mağaza hırsızlığı tek başına veya başkası ile beraber gerçekleştirilebilirken kleptomani hırsızlık eylemi münferiden gerçekleştirilmektedir.

-Kleptomanik bireylerde çalma davranışı mağaza hırsızlığı yapanlara göre çok daha fazladır. Bu sayı bazen haftada iki veya üçe çıkabilmektedir.

-Kleptomani çoğunlukla kadınlarda görülürken, mağaza hırsızlığı erkeklerde daha fazla görülmektedir.

Ceza Sorumluluğu

Kusur ve Kusur Yeteneği

İşlenen suçun kişiye isnat edilebilmesi ve ceza sorumluluğunun doğması için öncelikle kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Türk Ceza hukukuna hâkim olan prensiplerden kusur ilkesi, faile işlediği fiil dolayısıyla ceza verilebilmesi için, onun kusur yeteneğine sahip olması ve fiilin meydana gelmesinde en azından taksir derecesinde bir kusurunun bulunmasını ifade etmektedir.²³

Türk Ceza Kanunu haksızlığı ve kusuru birbirinden kesin olarak ayırmıştır. Haksızlık hukuk düzeninin davranış normlarıyla yasakladığı fiilleri ifade etmekte, hukuka aykırılık çerçevesinde yapılan incelemeyle böyle bir fiilin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Bu tespit, fail dikkate alınmaksızın objektif olarak yapılmaktadır. Kusur, fiilin değerlendirilmesinin fail yönünden yapıldığı aşamada ortaya çıkmakta ve fail

hakkında yapılan kişisel kınama yargısını ifade etmektedir. Kınama sebebi, failin hukuka ve norma uygun davranabilecek durumda olmasına karşın hukuka aykırı davranışı tercih etmesidir.²⁴ İçel'e göre kusur veya kusurluluk, failin psikik faaliyeti ile sonuç arasındaki ilişkidir. Sübjektif, psikolojik veya manevi unsur olarak da ifade edilen bu unsur fail yönünden ele alındığında "kusur", eylem yönünden ele alındığında "kusurluluk" olarak ortaya çıkmaktadır.²⁵ Kusurun psikik bir olay olmadığını daha ziyade failin haksızlık teşkil eden eylemi hakkındaki değer yargısı olduğunu ifade eden Artuk-Gökçen-Yenidünya, aslında failin toplumda geçerli hukuk kurallarına uygun hareket etme, haklı davranışı seçme imkân ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen haksız davranışta bulunmayı tercih ettiğini ve bunun için kınandığını, faile isnat edilen hususun hukuka aykırı fiilin temelini oluşturan hatalı irade teşekkülü olduğunu belirtmektedir.²⁶ Hakeri kusuru, "failin hukuka uygun hareket edebilme imkânına sahip olduğu halde hukuka aykırı davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesi" olarak tanımlamış ve Ceza Hukukundaki fonksiyonunu şöyle özetlemiştir; öncelikle kusur yoksa ceza da yoktur; failin kusuru, gerçekleştirilen haksızlığın bütün unsurlarını kapsamlı, haksızlık ve kusur birbirine uymalıdır; somut olayda belirlenen ceza, kusura uygun olmalı, kusuru aşmamalıdır.²⁷

Sonuç olarak kusur, failin hukuka uygun davranma imkânı olduğu halde bu yönde davranmayıp hukuka karşı gelerek haksızlığı seçmesi nedeniyle hakkında yapılan kınama yargısıdır. Kişinin kınanabilmesi yani kusurlu olduğundan söz edilebilmesi için fiili işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir.²⁸ Zira kusur yeteneği olmayan failin işlediği suçtan dolayı kusurlu olduğu söylenemez ve kusuru olmadığı için ceza da uygulanamaz ancak güvenlik tedbirleri uygulanabilir.²⁹

Kusur yeteneği, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama (anlama), yani gerçekleştirdiği davranışın hukukten tasvip edilmeyen bir davranış olduğunu anlama ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirme (irade) yeteneğidir.³⁰ Özetle kusur yeteneği, kişinin doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme ve buna göre davranabilme yeteneğine sahip olmasıdır.³¹ Kusur yeteneğinin iki unsuru, algılama (anlama) ve isteme (irade) yeteneğidir.

Algılama yeteneği, kişinin gerçekleştirdiği hareketin toplum içindeki değerini bilmesi ve bu davranışının toplum düzenini sağlayan bir hukuk kuralıyla çatışma halinde

²¹ "Sanığın kullandığı ilaçlar sebebiyle bu eylemleri gerçekleştirdiğini ve kleptomani hastası olduğunu beyan etmesi karşısında, TCK'nın 32. maddesi gereğince suçu işlediği sırada akıl hastalığı veya zayıflığı nedeniyle eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini tamamen kaldırarak veya önemli ölçüde azaltacak şekilde akıl hastalığının ve ceza ehliyetinin bulunup bulunmadığı saptandıktan sonra sonucuna göre hukuksal durumunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Sanığın ... ve ... mağazalarından aldığı ürünlerin değeri tespit edilip sonucuna göre, suçun işleniş şekli ve özellikleri itibarıyla ceza vermektan vazgeçilemeyecek ise de, hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle, TCK'nın 145. maddesi gereğince sanığa verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin düşünülmemesi,bozmayı gerektirmiş....." Yargıtay 13.CD,T. 3/03/2020, E.2019/11604, K.2020/3110,

Bkz, <https://www.kazancihukuk.com>(E.T.27/02/2024).

²² Çaliyurt,s.296.

²³ Emin Yoğurtcuoğlu, Türk Ceza Kanununun 32. Maddesi Kapsamında Adli Tıp Anabilim Dalında Değerlendirmesi Yapılan Olguların Retrospektif Olarak İncelenmesi, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Erzurum,2021,s.14.(E.T.28/02/2024).

²⁴ Mahmut Koca/İlhan Üzülmmez,Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin y., 13.B.,Ankara,2020,s.311,312.

²⁵ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler,Beta y.,5.B.,İstanbul,2018,s.411.

²⁶ Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya,Ceza Hukuku Genel Hükümler,Adalet y., 9.B.,Ankara,2015,s.474.

²⁷ Hakan Hakeri,Ceza Hukuku Genel Hükümler,Adalet y.,23.B.,Ankara,2020,s.387.

²⁸ Koca/Üzülmmez,s.314

²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya,s.475.

³⁰ Koca/Üzülmmez,s.314.

³¹ Hakeri,s.388,Artuk/Gökçen/Yenidünya,s.476.

olup olmadığını anlamasıdır.³² Yani kişi, tercihini haksızlık teşkil ettiğini bildiği, hukukun gereklerine aykırı olan fiili işlemekten yana kullanmış olmalıdır.³³ Yaptığı hareketin kanunen cezalandırılabilir olduğunu, ceza kanununda suç olarak düzenlendiğini bilmesi gerekmez.

İrade yeteneği, kişinin fiili işlediği sırada davranışlarını serbestçe tayin ederek yönlendirebilme yeteneğine sahip olmasıdır. Aslında kişi, eyleminin haksızlık teşkil ettiğini, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen tercihini eylemi gerçekleştirmekten yana kullanmaktadır.³⁴

Kleptomanide Ceza Sorumluluğu

TCK da kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller sayılmıştır. Bunlardan biriside mezkûr kanunun 32.maddesinde yer alan akıl hastalığıdır. 1) “Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.2)Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.”

İlgili maddeye göre kusur yeteneğini etkileyen bir neden olan akıl hastalığının varlığı durumunda, kişi işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamamakta veya işlediği fiille ilgili olarak irade yeteneği önemli derecede etkilenmektedir. Kişi bu durumda kusurlu olamayacağından, hakkında cezaya hükmedilemeyecektir. Suç işleyen kişinin irade yeteneğini, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak düzeyde etkileyen bir akıl hastalığı tespit edildiğinde hakkında cezaya hükmedilmeyecek ancak akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Kişinin akıl hastası olup olmadığının tespiti ile hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerindeki etkisi ve davranışlarını ne surette, hangi düzeyde etkilediğinin belirlenmesi tıbbi değerlendirme yapmayı gerektirmektedir.³⁵

Türk Ceza Kanunu, akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran iki temel yoksunluk saymıştır. Bunlardan ilki suç sayılan eylemin anlam ve sonuçlarını algılayamama, diğeri ise eylemle ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmemiş veya azalmış olmasıdır. Aslında burada belirtilen “davranışlarını yönlendirme yeteneği” çoğu zaman dürtüyü denetleme, kontrol etme yetisidir. Zihinsel muhakemenin bozulmadığı psikiyatrik rahatsızlıklardan kaynaklanan durumlarda kişinin ceza sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Bu durum evrensel bir adli psikiyatrik prensip olup M’Naughten kuralı olarak adlandırılmaktadır.³⁶ Kuzey İrlandalı protestan Daniel M’Naughten, dönemin

İngiltere Başbakanı Sir Robert Peel tarafından, papanın öldürüleceğine dair perseküsyon hezeyanları³⁷ sebebiyle Londra’ya gitmiş, Başbakan yerine yanlışlıkla sekreterini öldürmüştür.³⁸ Sanığın ceza sorumluluğu olmadığı gerekçesiyle ceza almayıp hastaneye yatırılması kraliçeyi öfkelendirmiş ve 15 yüksek mahkeme yargıcından ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran durumları sınırlandıran kurallar yazmasını istemiştir. Oluşturulan kurallar; “eylemcinin, eyleminin niteliğinin farkında olmaması veya yanlış anlamlar yüklemesi ya da suçun ayırımında olmaması” şeklinde özetlenebilir. M’Naughten kuralından sonra ceza sorumluluğu kavramını geliştiren ve genel kabul gören bir diğer ilke Durham kuralıdır. M’Naughten kuralının genişletilmiş versiyonu denebilecek ve Durham adlı sanığın 1954’deki yargılaması sonucu ABD’de oluşan bu kurala göre; ³⁹ sanık işlediği suçun neden ve sonuçlarını bilip kestirebilse de eğer akıl hastalığına yakalanmış ise hastalığın eylemle doğrudan bağı aranmaksızın ceza sorumluluğu olmadığı saptaması yapılmalıdır. ⁴⁰ Her iki kurala göre de ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran etmen akıl hastalığı veya zayıflığı olmalı, dürtü kontrolünü etkileyen nevrozlar, kişilik bozuklukları ve madde etkisi altında olmak gibi diğer psikiyatrik durumlar göz önüne alınmamalıdır.⁴¹ Ancak zaman içerisinde bozukluklarının tanımlanması, Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından DSM tanı ölçütleri içinde yer verilmesi, başta kleptoman olmak üzere dürtü kontrol bozukluğu iddiası ile sanıkların adli psikiyatri birimlerine gönderilmesi, uzmanlara yapılan klinik başvuru ve çalışmalar göstermiştir ki bazı dürtü kontrol problemleri, azalmış ceza sorumluluğu kanısına neden olabilmektedir.

Dürtü kontrol Bozukluğu olarak kabul edilen Kleptomanide sanık, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmekte, hırsızlık yaptığını, bunun suç olduğunu bilmekte hatta eyleminden nedamet duymaktadır yani kusur yeteneğinin birinci unsuru olan algılama(anlama) yeteneğine sahiptir. Ancak işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azaldığı için kontrol edemediği dürtüler nedeniyle istemediği ve engel olamadığı bazı davranışlar sergilemektedir. Yani kusur yeteneğinin ikinci unsuru olan irade yeteneği zayıflamıştır. Bu durumda TCK 32/2 gereği sanığın cezasında 1/6 oranında indirim yapılacaktır. Hırsızlık suçundan yargılanan birçok sanık “kleptoman olduğu” iddiasında bulunmaktadır. Ancak Yargıtay kararlarına bakıldığında yerel mahkemenin bu hususu dikkate almadığı veya tek hekim raporu ile yetinerek hüküm

³² Artuk/Gökçen/Yenidünya,s.476.

³³ Koca/Üzülmez,s.315.

³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya.

³⁵ Kandemir ve Ark.,s.21.

³⁶ Soysal,s.16

³⁷ Kişinin, kendisine veya yakınına kötülük yapılacağı, öldürüleceği düşüncesine sahip olmasıdır.

³⁸ Özden,s.74.

³⁹ Soysal,s.17.

⁴⁰ Özden,s.75.

⁴¹ Soysal,s.17.

kurduğu görülmektedir.⁴²

Sanığın kleptomani olduğu iddiası, temyiz incelemesinde Yargıtay tarafından da dikkate alınmakta yerel mahkemece, özel klinik veya hastaneden alınmış tek hekim raporuna göre kurulan hükmü bozmaktadır.⁴³ Adli Tıp Kurumu 4.İhtisas Kurulundan veya tam teşekküllü Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinden heyet raporu istemektedir.⁴⁴

⁴² Yargıtay 2.Ceza Dairesi 2020/3653 Esas sayılı kararında hırsızlıktan yargılanan sanık hakkında ilk derece mahkemesince verilen “ceza verilmesine yer olmadığı” şeklindeki kararı “Sanık hakkında düzenlenen 27/10/2015 tarihli tek hekim raporunda, sanığın psikiyatri polikliniğinde kleptomani tanısıyla muayene edildiği ve kleptomaninin dürtü kontrol bozukluğu olup işlediği fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltan bir psikopatoloji olduğu yönünde görüş belirtilmişse de; sanığın 25/09/2015 tarihinde işlediği iddia olunan fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalıp azalmadığı, 5237 sayılı TCK’nın 32. maddesi kapsamında cezai ehliyetini etkileyen akıl hastalığının bulunup bulunmadığı konusunda Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas kurulundan ya da tam teşekküllü Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanelerinden heyet raporu alınıp alınmadığına göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında tek hekimin hazırladığı rapor ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulduğu” gerekçesi ile bozmuştur. Yargıtay 2.Ceza Dairesi, T. 17/12/2020 E.2020/3653 - K.2020/15758. Bkz. [https://www.kazancihukuk.com\(E.T.02/03/2024\)](https://www.kazancihukuk.com(E.T.02/03/2024)).

⁴³ “Sanığın 22/12/2015 tarihli karar duruşmasında, çalma hastalığına ilişkin rapor sunduğunu beyan etmesi ve dosya içerisinde bulunan...Tıp Merkezi’nce düzenlenmiş 18/12/2015 tarihli raporda; hastaya, yapılan ruhsal muayene sonucunda patolojik çalma (kleptomani) tanısı konulduğunun ve tedaviye başlandığının belirtilmesi karşısında; 5237 sayılı TCK’nın 32. maddesi uyarınca, suç tarihleri itibarıyla işlediği iddia olunan hırsızlık fiillerinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı, bu fiillerle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı ve azalmış ise bunun önemli derecede olup olmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan veya Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinden rapor alındıktan sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik kovuşturma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş.....” Yargıtay 2.Ceza Dairesi,Esas : 2020/5389 Karar : 2021/5667Tarih : 17.03.2021. Bkz, [https://www.kazancihukuk.com\(E.T.27/02/2024\)](https://www.kazancihukuk.com(E.T.27/02/2024)).

Yargıtay 2.Ceza Dairesi 2020/20211 Esas sayılı bir başka kararında sanığın, temyiz dilekçesinde kleptomani hastası olduğunu beyan etmesi ve ... Devlet Hastanesinin 02.11.2015 tarihli durumu bildirir kanaat raporunda;“.. şahsın kleptomani hastası olduğu, iddianamede belirtilen suçla ilgili olarak ceza ehliyetinin bulunmadığı, TCK 32/1’den faydalanacağı..” denilmesine rağmen; 5237 sayılı TCK’nın 32. maddesi uyarınca Adli Tıp Genel Kurulu’ndan sanığın suç tarihi itibarıyla üzerine atılı hırsızlık fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı hususunda rapor alınarak sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme yapıldığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararını bozmuştur.

Benzer yönde diğer kararlar: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 31.10.2019, E.2019/6642, K.2019/16883, Yargıtay 2.Ceza Dairesi, 3.10.2019 E.2019/4235 - K.2019/14737,Bkz. [https://www.kazancihukuk.com\(E.T.27/02/2024\)](https://www.kazancihukuk.com(E.T.27/02/2024))

⁴⁴ Örneğin 10.03.2022 tarihli kararında ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünü bozmuştur. “Sanığın tüm aşamalardaki beyanları ile 18.03.2016 tarihli gerekçeli temyiz dilekçesinde kleptomani hastalığının bulunduğunu belirttiğinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK’nın 32. maddesi uyarınca, sanığın işlediği iddia olunan hırsızlık suçu için suç tarihinde işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı, bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı ve azalmış ise bunun önemli derecede olup olmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan veya Ruh ve Sinir Hastalıkları

Ancak bazı kararlarında Ruh Ve Sinir Hastalıkları Hastanesinden alınmış raporu tek başına yeterli bulmayıp ayrıca Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan da heyet raporu istediği görülmektedir.⁴⁵

Sanık hakkında yapılacak psikiyatrik değerlendirme neticesine göre TCK 32/2’nin dikkate alınıp alınmayacağı kararlaştırılacak ve bu durum sonuç cezasının tespitinde göz önünde bulundurulacaktır.

SONUÇ

Bir çeşit dürtü kontrol bozukluğu olarak kabul edilen kleptomani, kişinin ihtiyaç duymadığı, kullanma amacı gütmeyeceği, parasını rahatlıkla ödeyebileceği ürünleri çalmasıdır. İçindeki çalma dürtüsünü kontrol edemediği için bu eylemi gerçekleştirmektedir. Eylem öncesi duyulan yoğun gerginlik hissi eylem sonrası yerini rahatlama, tatmin ve zevk alma duygusuna, sonrasında ise pişmanlık, öfke, suçluluk duygusu, kendisinden nefret etme ve yakalanma korkusuna bırakmaktadır.

Kleptomani, TCK 141’de düzenlenen hırsızlık suçunun temel şekliyle benzerlik ve farklılıklar göstermektedir. Her ikisinde de taşınır bir mal, zilyedinin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alınmaktadır. Hırsızlıkta temel motivasyon kendisine veya başkasına yarar sağlamakken (çoğunlukla maddi yarar olmaktadır), kleptomanide amaç kendisine manevi yarar sağlamaktır. Bu nedenle hırsızlık suçunda maddi değeri yüksek olan eşyalar çalınırken kleptomanide görece değersiz ve basit eşyalar çalınmaktadır. Hırsızlar çaldıkları eşyayı satarken kleptomanlar ya birisine verir veya atar, saklar ya da belli etmeden aldıkları yere geri bırakırlar. Hırsızlık suçunda amaç çalınan nesne, kleptomanide çalma eylemidir.

Hastanesinden ya da üniversitelerin Psikiyatri Ana Bilim Dalı Başkanlığından kurul raporu alındıktan sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik kovuşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi...” Yargıtay 2.Ceza Dairesi,E : 2020/26491,Karar : 2022/4292. Bkz. [https://www.kazancihukuk.com\(E.T.27/02/2024\)](https://www.kazancihukuk.com(E.T.27/02/2024)).

⁴⁵ “Mağdurun kovuşturma aşamasındaki ifadesinde, sanığın kendisine kleptomani hastası olduğunu ve bu nedenle ilaç kullandığını söylediğini belirtmesi, sanık müdafinin de, sanığın başka bir hırsızlık eylemi nedeniyle yargılanmakta olduğu dava dosyasında akıl hastası olup olmadığının tespiti açısından ilgili mahkeme tarafından rapora sevk edildiğini belirtmesi ve hükümden sonra temyiz aşamasında 12.03.2013 tarihli dilekçe ekinde sunulan ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından düzenlenen 18.05.2010 tarihli sağlık kurulu raporu ile sanığa “şizoaffektif bozukluk” teşhisinin konulduğunun belirtilmesi, ayrıca 12.02.2014 tarihli dilekçe ekinde sunulan Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından düzenlenen 04.12.2013 tarihli sağlık kurulu raporu ile sanığa isnat edilen 03.06.2012 tarihli başka bir hırsızlık suçu esnasında da “şizoaffektif bozukluk denilen psikiyatrik hastalığın etkisinde olduğu, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olduğu, dolayısıyla öne sürülen suça yönelik ceza sorumluluğunun olmadığı, hakkında 5237 sayılı TCK’nın 32/1. maddesinin uygulanması gerektiği”nin belirtilmesi karşısında, adı geçen sanığın Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine sevk ile 5237 sayılı TCK’nın 32. maddesi kapsamında, suç tarihinde işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme (irade) yeteneğinde önemli derecede azalma olup olmadığı araştırılarak yöntemince raporla saptanıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” Yargıtay 22.Ceza Dairesi, T. 15./09/2015 E.2015/4160 - K.2015/4243, Bkz. [https://www.kazancihukuk.com\(E.T.02/03/2024\)](https://www.kazancihukuk.com(E.T.02/03/2024))

Hırsızlık suçu faillerinin kleptoman olduklarını iddia ederek TCK 32/2'den faydalanmaya çalıştıkları görülmektedir. Bu durumda özellikle temyiz aşamasında Yargıtay, TCK'nın 32. maddesi uyarınca, sanığın hırsızlık suçu için suç tarihinde işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı, bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı ve azalmış ise bunun önemli derecede olup olmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan veya Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinden ya da üniversitelerin Psikiyatri Ana Bilim Dalı Başkanlığından kurul raporu alındıktan sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği yönünde karar vermektedir.

Normalde kleptomanlar değerli bir şey çalmazlar, o nedenle çalınan eşyanın değerini tespit etmek, ne yaptığını öğrenmek, eylemin planlı olup olmadığını analiz etmek failin kleptoman olup olmadığı hususunda bize bilgi verecektir. Maddi değeri yüksek bir eşya örneğin kuyumcudam altın yüzük çalan ve bunu satan failin kleptoman olduğunu iddia etmesi oldukça gülünç olacaktır. Ancak böyle bir durumda bile Yargıtay sanığın iddiasını dikkate alarak heyet raporu alınmasını istemektedir. Dolayısıyla kimi zaman sırf yargılamayı uzatmak amacıyla sanık tarafından kleptoman olduğu söylenebilmektedir.

Kleptomanide failin kusur yeteneği, algılama(anlama) yönünden değil irade yönünden zaafa uğradığı, dürtülerini kontrol edemeyerek buna yenik düştüğü için hırsızlık yaptığı bilinmektedir. Bu bozukluk çoğu zaman başka rahatsızlıklar ile beraber görülebilmekte hatta ilaç kullanımına bağlı olarak da ortaya çıkabilmektedir. Tüm bunların teşhisi, ayırt edilmesi, temaruz olgusunun olup olmadığı psikiyatri birimlerinin görev alanına girmektedir. Örneğin, çalma davranışının incelendiği bir suç dosyasında sanığın eylemi veya öyküsü, önceki birkaç hırsızlığı kleptomaniyi düşündürse de; çok sayıda ve çeşitte suça karışmış, kıymetli nesne hırsızlığı da yapmış bu nedenle antisosyal kişilik bozukluğu tanısına varılmış veya antisosyal özellikleri ağır basan olgularda ceza sorumluluğunun tam olduğu kanısı bildirmek, üzerinde uzlaşılan bir tutumdur.⁴⁶

Kleptomani tanısı almış sanığın TCK 32/2'den faydalanacağı muhakkaktır. Çaldığı eşya değersizse TCK 145'de dikkate alınabilecektir. Ancak bu iki maddenin dikkate alınması hiç ceza verilmeyeceği, cezadan kurtulacağı anlamı taşımamaktadır. Madde metninde belirttiği üzere cezasında 1/6 oranında indirim yapılabilecektir. Kleptomanlar yakalanmadıkları sürece tedavi amacıyla nadiren yardım almaktadır o nedenle toplumdaki gerçek sayıları bilinmemektedir. Dolayısıyla asıl önemli olan yargılanan sanıkların mutlak surette tıbbi yardım almasını ve topluma yeniden kazandırılmasını sağlamaktır. Zira tıbbi yardım almayan kleptomanlar, dürtülerini kontrol edemedikleri için cezanın infazı bittikten sonrada aşırıya devam edeceklerdir.

KAYNAKÇA

- ARTUK**,M.Emin/**GÖKCEN**,Ahmet/**YENİDÜNYA**, A.Caner:Ceza Hukuku Genel Hükümler,Adalet y., 9.B.,Ankara,2015.
- ARTUK**,M.Emin/**GÖKCEN**,Ahmet/**ALŞAHİN**,M.Emin: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet y.,19.B.,Ankara,2021.
- BALTACIOĞLU**, Meltem/ **EŞSİZÖĞLU**, Altan/ **YENİLMEZ**, Çınar/**KAPTANOĞLU**, Cem: “Kleptomanide Ayırıcı Tanı ve Psikodinamik Yaklaşım: Bir Olgu Sunumu,” Düşünen Adam Psikiyatri ve Nörolojik Bilimler Dergisi, İstanbul, 2015, C.28., S.1.
- ÇALIYURT**, Okan:"Kleptomani(Patalojik Çalma Hastalığı)", Dürtüsellik ve Dürtü Kontrol Bozuklukları,ed. Lut Tamam,Kaktüs y.,İstanbul,2015
- ÇETİNKAYA**, Orhan Gazi/ **BÜKEN**,Bora: “İlaç Etkisine Bağlı Bir Adli Psikiyatrik Olgu Sunumu: Dürtüsel Hırsızlık,” Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi
- HAKERİ**,Hakan:Ceza Hukuku Genel Hükümler,Adalet y.,23.B.,Ankara,2020.
- İÇEL**,Kayıhan:Ceza Hukuku Genel Hükümler,Beta y.,5.B.,İstanbul,2018.
- İÇİN**, Zühre Neslihan: Dürtü Denetimi ve Adli Bilimler: Örnek Olgular ile Derleme Çalışması,C.4,S.1, Ankara,2022.
- KANDEMİR**,Ferhan/**BÜKEN**,Bora/**BÜKEN**, Erhan/**ERKOL**,Zerri:, “Kleptomani (Çalma Deliliği)’ye Yol Açan Faktörler ve Ceza Sorumluluğu’nun Değerlendirilmesi,” Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi,C.4, S.2, Düzce, 2014,
- KOCA**,Mahmut/**ÜZÜLMEZ**,İlhan:Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin y., 13.B.,Ankara,2020,s.311,312.
- MORRISON**, James: DSM-5’İ Kolaylaştıran Klinisyenler İçin Tanı Rehberi,Çev.Hanife Uğur Kural,Nobel y.,Ankara,2019.
- ÖZBEK**,Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**,Pınar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,13.B.,2018,Ankara.
- ÖZDEN**,Salih Yaşar:Adli Psikiyatri, Nobel y.,2.baskı, Ankara,2015
- PALTACI**, Özlem: Tıp Fakültesi Dönem 4 ve Dönem 5 Öğrencilerinde Görülen Dürtü Denetim Bozukluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı, Adana,2014.
- SOYSAL**,Hüseyin: “Dürtü Kontrol Bozukluklarının Adli Psikiyatrik Yönleri,” DergiPark, C.7, S.1, Ankara,2015.
- TAMAM**, Lut; “Dürtü Kontrol Bozuklukları”, Güncel Psikiyatri Klinikleri.
- TAMAM**, Lut/**ÖZPOYRAZ**,Nurgül/**ÜNAL**, Mehmet: “ Kleptomani: Bir Gözden Geçirme”, Türk Psikiatri Dergisi, Ankara,1997
- YOĞURTÇUOĞLU**, Emin: Türk Ceza Kanununun 32. Maddesi Kapsamında Adli Tıp Anabilim Dalında Değerlendirmesi Yapılan Olguların Retrospektif Olarak İncelenmesi, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Erzurum,2021.

⁴⁶ Soysal,s.21.

TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN EVLAT EDİNMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

BURCU ULUSOY ÇANI

GİRİŞ

Evlat edinme kurumu, ülkemizde ilk kez 1926 yılında 743 sayılı medeni kanunda getirilen çok yeni ancak eksiklikleri olan bir kurumdur. Yeni Medeni Kanun ile evlat edinme konusunda köklü değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle evlat edinme ilişkisinin taraflar arasında bir tür sözleşme olduğu anlayışı terkedilmiştir. Eski kanun döneminde evlat edinmenin menfaati ön planda tutulurken yeni kanun döneminde küçükün menfaati esası benimsenmiştir.

Evlat edinme, çocuksuz veya arzuladığı sayıda çocuk sahibi olmayan kişilerin özlemini giderdiği gibi, kimsesiz ve bakımsız çocukların, yardıma ve bakıma muhtaç bazı ergin kişilerin sıcak bir aile ortamına kavuşturulmasını sağlar. Bu sebeple, kanun koyucu evlat edinmeye ilişkin koşulları ayrıntılarıyla düzenlemiştir.

Kanunumuzda evlat edinme küçüklerin evlat edinilmesi ve erginlerin evlat edinilmesinin koşullarını ayrı olarak düzenlemiş, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin özel nitelikte olmayın hükümlerin ergin ve kısıtlılar için de geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Evlat edinmeye ilişkin TMK m.314-m.320 hükümleri ise, her iki evlat edinme türü bakımından ortak hükümler içermektedir.

Evlat edinme kararını ancak yetkili ve görevli mahkeme tarafından verebilir. Evlat edinme başvurusunun yapıldığı mahkeme, evlat edinme şartlarının varlığına ilişkin ayrıntılı bir araştırma yapacaktır. Başvurunun içeriğine geçmeden önce kanunun aradığı nitelikte başvurunun bulunup bulunmadığını belirlemelidir. Evlat edinme kararının verilebilmesi için, hakim, kanunun aradığı tüm şartların gerçekleştiğinin belirlenmesinden başka, ayrıca MK. 316 hükmünde belirtilen içerikte bir araştırma yapması gerekmektedir. Evlat edinme kararında hakime yükletilen araştırma görevi oldukça kapsamlı ve ağırdır. Hakim esaslı sayılan her türlü durumu ve koşulu araştırmak zorundadır.

Evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla birlikte ana ve babaya ait olan hak ve yetkilerin evlat edinene geçeceği MK m.314 f.1 hükmüyle düzenleme konusu yapılmıştır. Maddede bahsedilen küçük üzerindeki hak ve yükümlülüklerin devri değil ana ve babada son bulup evlat edinende doğması durumudur.

TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN EVLAT EDİNMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.282 hükmü soybağının kurulmasına ilişkin düzenlemeler içermekte olup bu düzenleme uyarınca soybağının kurulması ana yönünden doğum, baba yönünden evlenme, tanıma ve hakim hükmüyle gerçekleşeceği, aynı maddenin son fıkrasında ise soybağının ayrıca evlat edinme yolu ile de kurulacağı düzenlenmiştir. Soybağının kurulması yollarından biri olan evlat edinme kurumu TMK m.305 ile m.320 hükümleri ile düzenlenmiştir.¹

Evlat edinme ile kurulan soybağı ilişkisi, doğum ile kendiliğinden kurulan soybağı gibi kan bağına değil, evlat edinen ve edinilen arasında gerçekleşen evlat edinme olgusuna dayanmakta olduğundan bu şekilde kurulan soybağına yapay soybağı denilmektedir.²

Her ne kadar kanunumuzda evlat edinmenin tanımı yapılmamış olsa da bir kişinin kendisinden en az onsekiz yaş küçük altsoyu dışında olan biriyle, yasada aranan diğer koşulların varlığı halinde, mahkeme kararı ile soybağının kurulması şeklinde bir tanım yapmak mümkündür. Bu durumda, evlat edinme mahkeme kararı ile kişinin kendi altsoyu dışında biri ile soybağı ilişkisi yaratacağı, evlat edinilen kişinin evlat edinenden en az onsekiz yaş küçük olacağı ve tüm bu şartların dışında yasada başkaca şartların mevcut olduğunu söylemek mümkündür.³ Evlat edinme ilişkisi belirli koşullar ve usul içinde gerçekleştirilebilen ve evlat edinen ile evlat edinilen arasında yapay soybağı oluşturan bir aile hukuku kurumudur.

Evlat edinme kurumunun amacı, çocuk sahibi olmayan kişilerin, ana baba olma sevincini yaşamaları, soylarını devam ettirebilmelerine imkan sağlanarak mirasçı bırakabilmelerine olanak tanınmasıdır. Ancak 20. Yüzyılın son çeyreğinde bu amaç devrinde uğrayarak kişilere çocuk sevgisini tattırmaktan çok, bir aileye sahip olmayan çocukların, terkedilmiş çocukların aile yaşamına kavuşturularak bakımlarının sağlanmasıdır. Hukukumuzda çocuğun aile yaşamına kavuşturulması amacı diğer amaçlara nazaran daha önemli bir yere sahiptir. Bu bakımdan 4721 sayılı Medeni Kanunumuz evlatlığın yararını ön planda tutan düzenlemeler içermektedir. Eski dönemlerde evlat edinen kişilerin menfaatleri ön planda tutulurken evlatlığın menfaatleri göz ardı edilmekteydi. Ancak günümüz koşullarında çocuğun yararı evlat edinme kurumunun temel amacı olarak benimsenmiştir.⁴

4721 sayılı TMK evlat edinme kurumunu düzenlerken eski Medeni Kanunundan büyük ölçüde ayrılarak hem esasa ilişkin şartlarda hem de şekle ilişkin şartlarda önemli değişikliklere gitmiştir.⁵

¹ Gümü, M. A. Dural, M. Ögüz, T. (2022). Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku. Filiz Kitabevi, İstanbul, 17. Bs, s.321.

² Akıntürk, T. Ateş, D. (2017). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Beta Basım. İstanbul, 20. Bs, s.369.

³ Kılıçoğlu, A. M. (2017). Aile Hukuku. Turhan Kitabevi, Ankara, 3. Bs, s.450.

⁴ Baygın, C. (2010). Soybağı Hukuku. On İki Levha Yayınları, İstanbul, 1. Bs, s.137-138.

⁵ Akıntürk ve diğerleri, s.370.

Evlat edinme kurumuna ilişkin en önemli değişiklik eski kanun döneminde; evlat edinme, taraflar arasında soybağı ilişkisinin sözleşme ile kurulduğu bir hukuksal kurum niteliği taşımaktaydı. 4721 sayılı TMK’da yapılan düzenlemeler ile evlat edinme kurumu, taraflar arasında bir özel hukuk sözleşmesi ile soybağını kuran bir kurum olmaktan çıkartılmış, soybağı ilişkisinin kamu düzenine ilişkin olduğu, evlat edinmenin sözleşme ile kurulamayacağı görüşü benimsenmiştir.

Evlat edinme kurumuna ilişkin bir diğer farklılık ise; eski MK’dan farklı olarak yeni TMK’da, evlatlığın küçük veya ergin-kısıtlı olmasına göre önemli bir ayrım gözetilmiş, m.305 ile m.312 hükümlerinde küçüklerin evlat edinilmesini, m.313 hükmünde ise ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesi hükme bağlanmıştır.⁶

Getirilen değişikliklerden bazıları ise evlat edinmenin şekli şartlarıyla ilgili olup bu husustaki en önemli değişiklik ise evlat edinebilmek için noterden resmi senet ile evlatlık sözleşmesi yapılması şartının kaldırılmasıdır.⁷

2. Küçüklerin Evlat Edinilmesi

Medeni Kanun, evlatlığın küçük veya ergin ve kısıtlı olması ayrımını esas alarak düzenleme konusu yapmış olup bu ayrım, sadece evlat edinmenin koşulları bakımından önem taşımaktadır. Bu koşulların çoğu, her iki evlat edinme türü açısından ortak olup erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesini düzenleyen TMK m.313 hükmünün üçüncü fıkrasında; bunlar dışında küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı ifade edilmektedir.

Bu bakımdan, kanun küçüklerin evlat edinilmesi ile ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesine ilişkin özel koşulları tayin etmiş, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin özel nitelikte olmayın hükümlerin ergin ve kısıtlılar için de geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Evlat edinmeye ilişkin TMK m.314-m.320 hükümleri ise, her iki evlat edinme türü bakımından ortak hükümler içermektedir.⁸

2.1.Genel Koşullar

2.1.1. Küçüğün Bakılmış Ve Eğitilmiş Olması

TMK m.305 f.1 hükmü uyarınca; bir küçüğün evlat edinilebilmesi için, öncelikle onun kendisini evlat edinecek kişi tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması gerekir. TMK m.305 hükmü İMK m.264 hükmünden alınmış olup önceki kanunumuzda yer almamaktadır.

Evlat edinen kişi tarafından küçüğün 1 yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartı; evlat edinmenin sağlam temellere oturtulabilmesi, kan bağı olmayan taraflar arasında duygusal bağın kurulması hedeflenmektedir. Kanunumuzda öngörülen süre deneme süresi olarak bilinmektedir. Deneme süresi ile evlat edinme ilişkisinin gerek kuruluşunda gerekse varlığını sürdürmesinde, evlatlık ile evlat edinen arasındaki kan bağına dayalı olan ana, baba ve çocuk ilişkisindeki gibi karşılıklı güven ve anlayışa dayanan sağlam temelleri olan

⁶ Kılıçoğlu, s.451-452.

⁷ Akıntürk ve diğerleri, 20. Bs, s.370.

⁸ Aydoğdu, M. (2010). Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Bs, s.108

bir ilişki kurulması amaçlanmaktadır.⁹

MK m.305 hükmünde yer alan ‘küçük’ terimi, 18 yaşını doldurmamış kişileri ifade etmektedir. Küçüğün 18 yaşını doldurmamış olmasına rağmen evlilik veya mahkeme kararı ile ergin kılınması durumunda erginlerin evlat edinilmesine ilişkin (MK m.313) şartlara tabi olacaktır. Yaş hesabı yapılırken evlat edinme başvurusu yapıldığı an dikkate alınacaktır. Evlat edinme başvurusu yapıldıktan sonra küçüğün ergin olması durumunda ise madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere küçüklerin evlat edinilebilmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için en geç ergin olma anına kadar bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartı yerine getirilmiş olması gerekir.¹⁰

Evlatlığın, evlat edinen tarafından bakılmış ve eğitilmiş olması şartı ile aralarında sürekli bir ilişkinin kurulması sağlanmaktadır. Maddenin amacı dikkate alındığında, bu süre içinde evlatlık ile evlat edinenin aynı konutu paylaşmış olmayı gerektirdiği sonucuna varılmalıdır. Bu denli bir beraberlik olmadan evlat edinenin maddi yardımlarda bulunması, ona bir yuvada veya okulda bakmış olması yeterli görülmemelidir.¹¹

2.1.2. Evlat Edinmenin Küçüğün Yararına Olması

Kanunda açıkça belirtildiği gibi, evlat edinme, diğer koşullar da gerçekleşmiş olması koşuluyla ancak küçüğün yararına yapılmalıdır. Her ne kadar kanunda küçüğün yararı ifadeleri yer almışsa da erginlerin evlat edinilmesinin açık atfı sebebiyle erginler ve kısıtlının evlat edinilmesinde de evlatlığın yararı ön planda tutulacaktır.

Küçüklerin evlat edinilmesinde ki en önemli şart olan evlat edinmenin küçüğün yararına olması TMK m.305 f.2 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili madde evlat edinme kurumunun temel amacını düzenlemekte olup madde gerekçesine bakıldığında, evlat edinme işleminin olmazsa olmaz koşulu olarak ifade edildiği görülecektir. Evlat edinme ilişkisinin kurulmasına dair tüm şartlar gerçekleşmiş olsa dahi küçüğün yararına aykırı olduğu durumlarda ilişkinin kurulması mümkün değildir. Küçüğün yararına olma koşulunun mevcudiyeti hakim tarafından belirlenecek olup her somut olaya göre farklılık arz edebileceği unutulmamalıdır.¹²

2.1.3. Evlat Edinenin Diğer Çocuklarının Yararlarının Hakkaniyete Aykırı Biçimde Zedelenmemesi

Küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin bir diğer şart ise; evlat edinen kişinin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmemesidir (TMK m.305 f.2). Madde metninden de anlaşılacağı üzere; evlat edinen kişinin altsoyunun varlığı, evlat edinmesine engel olmayıp bir veya birden fazla çocuğa sahip olan hatta başka evlatlığı bulunan kişilerin de evlat edinmesinde herhangi bir engel yoktur.

Çocuk sahibi kişilerin bir küçüğü evlat edindikleri durumda, var olan çocuklarının

⁹ Ruhi, A. C. (2003). Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Bs., s.23-24

¹⁰ Gümüş ve diğerleri, s.324.

¹¹ Kılıçoğlu, s.460.

¹² Aydoğdu, s.136-138.

maddi ve manevi olarak yararlarının olumsuz yönde etkileneceği aşıkardır. Hem miras hukuku bakımından hem de ana babalarının onlara karşı olan velayet hakkından kaynaklanan bakım, eğitim vb. yükümlülüklerinin yerine getirilmesini olumsuz olarak etkileyeceği ortadadır. Bu durumda, belirtilen bu sebepler, evlat edinme ilişkisinin kurulmasına engel değildir. Kanun koyucu, diğer çocukların yararlarının zedelenmesinin hakkaniyete aykırı olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan, evlat edinme ilişkisinin, diğer çocukların mirastan kaynaklı menfaatlerine zarar vermek ya da evlat edinenin mevcut çocuklara karşı sosyal ve ekonomik yükümlülüklerinin yerine getirmeme amacıyla kurulması durumunda söz konusu olmaktadır.¹³

2.2.İlgililere İlişkin Şartlar

2.2.1 Evlat Edinenler Açısından

2.2.1.1.Evli Kişilerin Evlat Edinmesi

2.2.1.1.1. Kural: Birlikte Evlat Edinme

Evlat edinme kurumunun en önemli amacı çocuğun aile ortamına kavuşturularak menfaatinin sağlanması görüşünün günümüzde ağır basmasıyla birlikte, kişilerin tek başına evlat edinmesi yerine eşlerin birlikte evlat edinmesi tercih edilmektedir. Kanun koyucu evlat edinme ilişkisinin sorunsuz olarak devam etmesi için evli kişiler bakımından, kural olarak birlikte evlat edinme sistemini benimsemiştir. (TMK m.306 f.1) Eşlerden birinin evlat edinmeye ilişkisine karşı olduğu durumlarda çocuğun yararının olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Bu durumda MK m.305 f.2 hükmünde yer alan evlat edinme ilişkisinin çocuğun yararına olması şartını karşılamayacağı ortadadır. O halde, evli kişilerin tek başına evlat edinmesi ancak kanundaki istisnalar ile mümkün olacaktır. (MK m.307 f.2) Ayrıca, MK m.306 f.1 c.2 uyarınca evli olmayan kişilerin birlikte evlat edinmesine kanunumuz cevaz vermemektedir.¹⁴

Evlilik birliğinin korunması için evli olan kişilere MK m.195 ve devamında yer alan tedbirlerin uygulanması evlat edinme açısından herhangi bir engel teşkil etmez. Bu durumda hakim her somut olaya göre evlat edinme ilişkisinin çocuğun yararına olup olmadığına bakması gerekir. Eşlerin birlikte evlat edinebilmesi için evlat edinme başvurusu yapıldığı anda evli olması gerekmekte olup küçüğün bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartının gerçekleşebilmesi bakımından evlilik şartı gerekmez. Bu durumda eşlerden her ikisi bakımından küçüğün bakılması ve eğitilmesi gerekir.

2.2.1.1.2. Birlikte Evlat Edinme İçin Gerçekleşmesi Gereken Şartlar

Kanun koyucu eşlerin birlikte evlat edinebilmesi için birbirine alternatif olan iki koşul ortaya koymuştur. TMK m.306 f.2 uyarınca eşlerin birlikte evlat edinebilmesi, en az beş yıldır evli olma veya otuz yaşını doldurmuş olma şartına bağlanmıştır. Otuz yaşını doldurmuş olma şartı, her iki eş için de gerçekleşmiş olmalıdır. Ayrıca, 306. Maddede açıkça belirtilmemiş olsa da şüphesiz evlat edinen kişilerin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücüne haiz olmayan kişilerin evlatlığın

¹³ Gümüş ve diğerleri, s.325.

¹⁴ Baygın, s.160.

bakım ve eğitimine katılamayacağı, küçüğün yararının ön planda olması gerektiği şartıyla da bağdaşmayacağı açıktır.¹⁵

2.2.1.2.Diğer Eşin Çocuğunu Evlat Edinme

Üvey çocuklu ailelerin bütünleşmesini kolaylaştırmak amacıyla kanun koyucu maddenin üçüncü fıkrasında özel bir düzenlemeye yer vererek eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya evlat edinen eşin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğer eşin çocuğunu evlat edinebileceğini hükme bağlamıştır. (TMK m.306 f.3) Böylelikle aile birliğinin korunması da hedeflenerek öz evlat üvey evlat ayrımı giderilmeye çalışılmıştır.¹⁶

2.2.1.3.İstisna: Evli Kişilerin Tek Başına Evlat Edinmesi

Evli kişilerin birlikte evlat edinmesi her ne kadar kural olsa da bazı durumlarda birlikte evlat edinme mümkün olmamaktadır. TMK m.307 f.2 hükmü, evli kişilerin tek başına evlat edinmesine olanak tanımaktadır. İlgili madde otuz yaşını doldurmuş olmak şartıyla diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli yoksun olması veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmesinin mümkün olmadığı hallerde, tek başına evlat edinebileceğini düzenlemektedir. Bu durumda evlat edinecek olan kişinin öncelikli olarak evli olması ve otuz yaşını doldurmuş olması gerekir. Ayrıca eşlerin birlikte evlat edinmesi hukuken veya fiilen olanaksız olmalıdır.

Eşlerden birinin ayırt etme gücü olmadığı durumlarda, diğer eşin birlikte evlat edinmesi hukuken mümkün değildir. Çünkü ayırt etme gücünden yoksun kişilerin evlat edinmeye ilişkin ehliyetleri yoktur. Bu sebeple evlat edinmek isteyen eş diğer eşin ayırt etme gücünün olmadığını ispatlayarak evlat edinme talebinde bulunabilir. Maddede bahsedilen iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi koşulunun varlığı için gaiplik kararı gerekli olmayıp nerede olduğunu bilmeme durumunun ispatlanması yeterlidir.

Eşlerden birinin iki yılı aşkın süredir ayrı yaşıyor olması olgusu ise mahkeme kararına dayanmadıkça kabul edilemez. Eşlerin fiilen ayrı yaşamaları maddede bahsi geçen koşulu sağlamamaktadır.

2.2.1.4.Evli Olmayan Kişilerin Evlat Edinmesi

Evlat edinen kişilerin evli olmaları şart olmayıp kanunun 307. Maddesi bu hususu düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre; evli olmayan kişi otuz yaşını doldurmuş olmak koşuluyla tek başına evlat edinebilir. Küçüğün tek başına evlat edinilmesinde otuz yaş sınırına ek olarak evlat edinecek kişinin ayırt etme gücüne haiz olması, evlat edinme ilişkisinin mahiyetini kavrayabilmelidir.¹⁷

¹⁵ Gümüş ve diğerleri, s.326-327.

¹⁶ Akıntürk ve diğerleri, s.374.

¹⁷ Baygın, s.165-166

2.2.2. Evlatlık Açısından

2.2.2.1.Yaş

Evlat edinme ilişkisinin amacı evlat edinen bakımından ana baba olma sevincini yaşamaları, evlatlık açısından ise bir aile içinde yetişerek bakım ve giderlerinin karşılanmasıdır. Ancak, tüm bu amaçlara rağmen suiistimallerin yaşanabileceği ortadadır. Kanun koyucu evlat edinme ilişkisinde ki suiistimleri engellemek amacıyla evlat edinen ile evlatlık arasında asgari yaş farkına yer vermiştir.

TMK m.308 f.1 hükmüyle evlat edinilenin, evlat edinenden en az onsekiz yaş küçük olması şarttır düzenlemesine yer vermiş olup ilgili düzenleme emredici niteliktedir. Madde esas itibariyle evlat edinilen ile evlat edinen arasında asgari bir yaş farkı olmasının önemini vurgulamakta ileride ortaya çıkabilecek suiistimallerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Kaldı ki asgari yaş farkını emredici hüküm olarak düzenleme yapan kanun koyucu azami bir yaş farkına yer vermemiştir.¹⁸

2.2.2.2.Küçüğün Rızası

Küçüğün rızası konusunda, öncelikle küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı irdelenmelidir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün evlat edinilebilmesi için rızasının alınması zorunludur. Küçüğün rızasına ilişkin düzenleme TMK m.308 f.2 hükmünden kaynaklanmaktadır. Evlat edinme, rızai bir işlem olup kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasıdır. Bu bakımdan, ayırt etme gücüne sahip küçüğün evlat edinilmesinde rızası alınmadığı durumda evlat edinme ilişkisi geçersiz olacağını söylemek mümkündür. Evlat edinilmesindeki yarar ve sakıncaları kavrayabilecek yeterliliğe sahip olan küçüğün ayırt etme gücüne haiz olduğu kabul edilmelidir. Hakim, ayırt etme gücünün varlığını her somut olaya göre değerlendirmelidir. Küçüğün rızası yasal temsilcisinin rızasından ayrı ve bağımsızdır.

Küçüğün rızasının şekli konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Önemli olan küçüğün her türlü etkiden uzak karar alınabilmesinin sağlanması olduğundan görevli ve yetkili mahkemelerde rızanın alınmış olması kanımızda daha doğrudur. Ayrıca ayırt etme gücüne haiz küçüğe rıza alınmadan önce evlat edinme hakkında bilgi verilmesi gerekir.¹⁹

2.2.2.3.Vesayet Dairelerinin İzni

TMK m.308 f.3 hükmü vesayet altındaki küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin bir düzenleme içermektedir. Hükme göre, vesayet altındaki küçük ayırt etme gücüne sahip olsun veya olmasın, ancak vesayet makamının izni ile evlat edinilebilirler. Vesayet makamı karar verirken küçüğün yararını ön planda tutmalıdır. Ayrıca vesayet makamının izninden sonra denetim makamının izninin gerektiğine ilişkin düzenleme MK m.463/b.1 yer almaktadır.

¹⁸ Özüğür, A. İ. (2016). Kişi Hukuku- Velayet- Vesayet- Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 5. Bs, s.433.

¹⁹ Aydoğdu, s.118-119.

2.2.2.4.Ana ve Babanın Rızası

İsviçre hukukundan farklı olarak bizim hukuk sistemimizde, evlatlığın biyolojik ailesiyle bağlarının varlığını koruması gerektiğini kabul edilmiş olsa da evlatlığın evlat edinen kişilerde soybağı kurulacağı böylelikle küçük üzerindeki hakların evlat edinen kişi veya kişilere geçeceği aşikardır (TMK m.314 f.5). Kaldı ki evlat edinme ile biyolojik ana ve babanın küçük üzerindeki hak ve yükümlülükleri sona ereceğinden kişilik hakları yakından etkilenmektedir. Tüm bu sebeplerle kanun koyucu küçüğün ana ve babasının izni olmadıkça evlat edinilemeyeceğini düzenleme konusu yapmıştır. TMK m.309 f.1 düzenlemesi ile evlat edinmenin ancak küçüğün ana ve babasının rızası ile gerçekleşeceğini hükme bağlamaktadır.

Küçüğün evlat edinilebilmesi için ana ve babanın birlikte rızası gerekmekte olup rızanın aranması velayet hakkında sahip olup olmamalarına bağlı değildir. Şöyle ki; ana ve baba velayet hakkına sahip olmasalar dahi, çocuğun evlatlık olabilmesi için rızaları aranır. Yeter ki MK m.311 hükmünde yer alan şartlar gerçekleşmiş olmasın.

Her ne kadar biyolojin ana ve babanın velayet hakkında sahip olup olmadıklarına bakılmasa da soybağının kurulmuş olması gerekir. Ana ile doğum baba ile evlilik, tanıma veya mahkeme kararı ile soybağının kurulacağı TMK m.282 f.1 düzenlemesinde yer almakta olup soybağı kurulmadıkça küçüğün biyolojik babasının rızası aranmayacağı sonucuna varılmalıdır.

Çocuğun doğal ana ve babasının evlat edinmeye rıza göstermemesi TMK m.311 hükmünde düzenlenen istisnalar saklı kalmak kaydıyla evlat edinme ilişkisinin kurulmasını engeller.²⁰

a. Şekli

Küçüğün evlat edinilmesinde TMK m.311 hükmündeki istisnalar hariç olmak üzere doğal ana babasının rızası gerekmektedir. Kanun koyucu ana ve babanın rızasına büyük önem vermiş olup kanunda ayrıntılarıyla düzenleme konusu yapmıştır. Rızanın şekline ilişkin düzenleme TMK m.309 f.2 hükmünde yer almaktadır. Kanundaki düzenleme uyarınca; rıza, küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirileceği belirtilmiştir.²¹

Kanun koyucu, rızanın yetkili mahkemeye yöneltilmiş olması gerektiğini ayrıca hangi mahkemelerin yetkili olduğunu düzenlemiştir. Ayrıca ana ve babanın rıza beyanında bulunabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. (MK m.311/b.1) Ana ve babanın rızası alınmadan kurulan evlat edinme ilişkisinde, ana ve baba ilişkisinin kaldırılmasını talep edebilir. Beyan yazılı veya sözlü olabilir. Ana ve baba, rızanın önemini ve hukuki sonuçları kavrayabilecek bilgi ve düşünsel yetiye sahip olması gerekir. Sözlü olarak verilen rıza tutanağa geçirilerek imza altına alınır. Ayrıca rızanın kesin ve açık olması gerekmekte şüphe uyandıracak beyanlardan kaçınılması gerekmektedir.²²

²⁰ Gümüş ve diğerleri, s.329-330.

²¹ Kılıçoğlu, s.464.

²² Özüğür, s.434.

b. Zamanı

Evlat edinilmesine ilişkin rızanın zamanı da evlatlık ilişkisi kurulması açısından önem taşımaktadır. TMK m.310 f.1 uyarınca; rızanın, küçüğün doğumunun üzerinden altı hafta geçmeden verilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu önceden verilen rızaları geçersiz kıldığı gibi doğumundan belli bir sürenin geçmesini istemiştir. Böylelikle ana ve babanın rıza vermeden önce düşünmesine olanak tanımıştır.

Kanunun belirttiği süreden önce verilen rıza geçersiz olup kanunun öngördüğü sürenin geçmesi ile geçersizlik kendiliğinden düzelmez. Geçersiz rıza da bulunan kişinin tekrar rıza beyanında bulunması gerekir.²³

c. İçeriği

Küçüğün evlat edinilmesine ilişkin ana ve baba tarafından verilen rızanın açık olması gerekmekte örtülü rıza ile evlat edinme ilişkisinin kurulamayacağı kabul edilmektedir. Ayrıca evlat edinme ilişkisinin niteliği ile bağdaşmayan bozucu veya geciktirici nitelikteki şartlar ile rıza verilemeyeceği, bu şekilde verilen rızanın geçersiz olduğu, evlat edinme ilişkisinin de geçersiz olacağı sonucuna varılmalıdır. Örnek vermek gerekirse; küçüğün ileride belli bir dini görüşe veya mezhebe göre yetiştirilmesi şartıyla rıza verilmesi halinde rıza beyanı geçersiz olacaktır.

d. Geri Alınması

Ana ve babanın küçüğün evlat edinilmesine ilişkin verdiği rıza, tutanağa geçirilme tarihinden başlayarak altı hafta içinde aynı usulle geri alınabilir. (TMK m.310 f.2) Rızanın geri alınabilmesi için ana ve babanın gerekçe göstermesi gerekmez. Rıza beyanını hangi usul ile vermişse aynı usullerle geri alma beyanında bulunması yeterlidir. O halde küçüğün veya ana ve babanın oturduğu yer mahkemesine yazılı veya sözlü olarak tutanağa geçirilmek suretiyle geri alma beyanında bulunabilir.

Kanun koyucu MK m.310 f.3 düzenlemesiyle rızanın bir defaya mahsus geri alınabileceğini bildirmiş böylelikle sürekli olarak rıza verilip geri alma yoluna başvuru suiistimallerin yaşanmasının önüne geçmek istemiştir.

Ana ve babanın, irade beyanı sakatlığı sebeplerine dayanarak iptal talebinde bulunması da rıza beyanını geçersiz kılacaktır. Ancak, ana ve babanın geleceğe dair beklentilerinde yanılması rıza beyanının geçersizliğini etkilemeyecek olup ancak rıza verildiği sırada var olan olgularda yanılması beyanın geçersizliğini etkileyecektir. Rıza beyanının evlat edinme gerçekleşmeden önce irade sakatlığı sebebiyle geçersiz hale getirilmesi için rızanın verildiği mahkemeye başvurulmalıdır. Evlat edinme gerçekleştikten sonra, irade sakatlığına dayalı iptal talebi ancak TMK m.319 da yer alan süreye uygun olarak açılacak bir iptal davasıyla mümkün olur.²⁴

2.2.2.5. Ana ve Babasının Rızasının Aranmadığı Haller

Ana ve babanın küçüğün evlatlık olarak verilmesine ilişkin rızası hukukumuzda büyük öneme sahiptir. Şöyle ki evlat edinme ilişkisi kurulduğunda çocuk ile ana ve babanın ilişkileri etkileneceğinden kişilik hakları doğrudan etkilenecektir. Ancak bazı durumlarda ana baba ve çocuk arasında, çocuk yararına ilişki bulunmadığı durumlar söz konusu olmaktadır. Bu durumda kanun koyucu rıza alınmamasının daha isabetli olduğu sonucuna vararak TMK m.311 düzenlemesine yer vermiş olup ilgili düzenlemede küçüğün evlat edinilmesinde ana ve babanın rızasının aranmayacağı hallerde yer vermiştir.²⁵

Rızanın aranmayacağı halleri düzenleyen TMK m.311 b.1 uyarınca ana ve babanın kim olduğunun veya uzun süredir nerede olduğunun bilinmemesinden bahsetmektedir. Çocuğun soybağının kurulmadığı durumlarda ana ve babanın kim olduğunun bilinmediği, çocuğun bakım ve eğitime katılmama, en azından çocuk hakkında kendisi ile ilişki kurulmasını sağlayacak önlemleri almaksızın ortadan kaybolmaları halinde ise uzun süredir nerede oturduğunun bilinmediği kabul edilir. Maddenin devamında ise ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olan ana ve babanın rızasının aranmayacağı düzenlenmiş olup birinci bentte sayılan durumlar objektif olgulara dayanmaktadır.

TMK m.311 b.2 hükmü küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen ana ve babanın rızasının aranmayacağını düzenlemiştir. Kanun koyucu hakim somut olayı değerlendirerek bir karara varmasını istemiştir. Hakim karar verirken çocuk ile ana ve baba arasındaki ilişkiyi bütüncül yaklaşımla ele almalı ve daima çocuğun yararını ön planda tutarak takdir yetkisini kullanmalıdır. Bu durumda ana ve babanın çocuğa karşı yükümlülüklerini ne denli yerine getirmediği, ekonomik ilişkileri, çocuğun üçüncü şahıslarla ilişkileri göz önünde tutmak gerekir. Hakim tarafından ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle rızasının aranmayacağına ilişkin kararı kendilerine yazılı olarak bildirilir. (TMK m.312 f.3)²⁶

İleride evlat edinilmesi amacıyla bir kuruma yerleştirilen küçüğün yerleştirme sırasında küçüğün evlat edinilmesi için ana ve babanın rızasının bulunmadığı durumlarda, evlat edinecek olan kişinin veya evlat edinme işlemine aracılık eden kurumun talebi üzerine, mahkeme rızanın aranıp aranmamasına ilişkin karar verir. Rızanın aranıp aranmayacağına dair karar, küçüğün oturduğu yer mahkemesi tarafından verilir. Ayrıca, karar kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce verilmelidir (TMK m.312 f.1). Bu durum dışında kalan hallerde ana ve babanın rızası evlat edinme işlemleri sırasında verilir (TMK m.312 f.2).²⁷

²³ Akıntürk ve diğerleri, s.376.

²⁴ Gümüş ve diğerleri, s.332-333.

²⁵ Kılıçoğlu, s.465.

²⁶ Gümüş ve diğerleri, s.334.

²⁷ Akıntürk ve diğerleri, s.377.

Yargıtay 2. H.D.'nin 2022/2563 E, 2022/3688 K²⁸ sayılı 18.4.2022 tarihli kararında, davacı bakanlığın koruma ve tedbiri altında olan küçüğün evlat edinilmesinde ana ve babasının rızasının aranmamasını talep etmiş, ilk derece mahkemesi küçüğün kuruma yerleştirilmiş olması sebebiyle TMK m.312/1 hükmü uyarınca rızanın aranmaması kararının

28 Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı kurum tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü: Dava dilekçesinde, çocuk mahkemesinin bakım tedbiri kararı gereği Bakanlığın koruma ve bakımı altında olan küçüğün evlat edinilmesinde ana baba rızasının aranmamasına karar verilmesi istenilmiştir. İlk Derece Mahkemesince, evlat edinmede ana baba rızasının aranmamasına karar verilmesi istenen küçüğün kuruma yerleştirilmiş olduğundan TMK'nın 312/1 hükmü gereği rızanın aranmaması kararının ancak evlat edinme işlemleri sırasında verilmesinin mümkün olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Davanın reddine dair verilen karar davacı vekili tarafından istinaf edilmiş, bölge adliye mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi üzerine, davacı kurum vekilince istinaf isteminin esastan ret kararı temyiz edilmiştir. Dava, küçüğün gelecekte evlat edindirme hizmetlerinden yararlandırılacağı ileri sürülerek TMK'nın 311. maddesindeki sebepler ile anne ve babanın evlat edinmede rızasının aranmamasına karar verilmesi istemine ilişkindir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 312. maddesinde "Küçük, gelecekte evlat edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilir, ana ve babadan birinin rızası eksik olursa, evlat edinenin veya evlat edinmede aracılık yapan kurumun istemi üzerine ve kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce, onun oturduğu yer mahkemesi bu rızanın aranıp aranmamasına karar verir. Diğer hallerde, bu konudaki karar evlat edinme işlemleri sırasında verilir." hükmü getirilmiştir. Üzerinde durulması gereken husus; TMK'nın 312. maddesinde çocuğun evlat edinilmesinde eksik olan ana ve/veya babanın rızasının aranmaması için davanın ne zaman açılabilceği ve bu kapsamda madde metninde ifade edilen "kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir. Nitekim bu husus; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.12.2020 tarihli ve 2017/1926 Esas, 2020/1057 Karar sayılı ilamında tartışılmıştır. Dairemizce de benimsenen görüşe göre; "...madde metninde geçen ikinci "yerleştirilme" ifadesinin küçüğün evlat edinecek kişi veya ailenin yanına yerleştirilmesi olarak anlamak gereklidir. Diğer bir deyişle, bu fıkra kapsamında düzenlenen ana ve/veya babanın rızasının aranıp Sayfa 1/2 2. HD., E. 2022/2563 K. 2022/3688 T. 18.4.2022 aranmayacağına yönelik karar, aracı kuruma yerleştirilen küçüğün evlat edinecek kişi veya ailenin yanına yerleştirilmesinden önce verilmelidir. Nitekim burada amaç, devletin koruması altına alınmış olan küçüğün, evlat edinilmek üzere aile yanına yerleştirilmesinden önce, rızanın aranıp aranmaması sorununun çözülmüş olması, küçüğün evlat edinme amacıyla yerleşmesinden sonra olumsuz bir karar verilmesi hâlinde doğacak zararların önlenmesidir. Küçük, Tüzük hükümleri gereğince, evlat edinme amacıyla yerleştirilmiş ise, rızanın aranıp aranmaması kararı artık TMK'nın 312/2 maddesi gereğince evlat edinme işlemleri sırasında verilecektir. Zira bu kararın evlat edinme işlemleri başlamadan önce yani kurumdaki evlat edinilecek küçük evlat edinecek kişi veya ailenin yanına yerleştirilmeden önce verilmesi, evlat edinme sürecini hızlandıracak ve bu durum da küçüğün yararına olacaktır (Er, s. 73)." Somut olaya gelince, ilk derece mahkemesince evlat edinilmek istenen çocuğun kuruma yerleştirildiğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru değil ise de; Re'sen UYAP ortamında yapılan araştırma neticesinde; küçüğün güncel nüfus kaydında, Gebze 5. Aile Mahkemesi'nin 2021/733 Esas, 2022/191 Karar sayılı, 31.03.2022 kesinleşme tarihli kararıyla evlat edinildiği bilgisinin bulunduğu anlaşıldığından; davanın konusu kalmamıştır. Bu sebeple konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan sebeplerle, bölge adliye mahkemesi kararının KALDIRILMASINA, ilk derece mahkemesi kararının BOZULMASINA, dosyanın ilk derece mahkemesine, karardan bir örneğinin ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine oy birliğiyle karar verildi.

ancak evlat edinme işlemleri sırasında verilebileceğine karar vermiştir. Yargılamada tartışılan husus TMK 312. Maddesinde çocuğun evlat edinilmesinde eksik olan ana ve/veya babanın rızasının aranmaması için davanın ne zaman açılabilceği ve bu kapsamda madde metninde ifade edilen "kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir. Aynı husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.12.2020 tarihli ve 2017/1926 Esas, 2020/1057 Karar sayılı ilamında tartışılmıştır. Daire tarafından, madde metninde geçen ikinci "yerleştirilme" ifadesinin küçüğün evlat edinecek kişi veya ailenin yanına yerleştirilmesi olarak anlamak gerektiği, ana ve/veya babanın rızasının aranıp aranmayacağına yönelik karar, aracı kuruma yerleştirilen küçüğün evlat edinecek kişi veya ailenin yanına yerleştirilmesinden önce verilmesi gerektiğine yönünde karar verilmiştir. Nitekim burada amaç, devletin koruması altına alınmış olan küçüğün, evlat edinilmek üzere aile yanına yerleştirilmesinden önce, rızanın aranıp aranmaması sorununun çözülmüş olması, küçüğün evlat edinme amacıyla yerleşmesinden sonra olumsuz bir karar verilmesi hâlinde doğacak zararların önlenmesidir. Küçük, Tüzük hükümleri gereğince, evlat edinme amacıyla yerleştirilmiş ise, rızanın aranıp aranmaması kararı artık TMK'nın 312/2 maddesi gereğince evlat edinme işlemleri sırasında verilecektir. Zira bu kararın evlat edinme işlemleri başlamadan önce yani kurumdaki evlat edinilecek küçük evlat edinecek kişi veya ailenin yanına yerleştirilmeden önce verilmesi, evlat edinme sürecini hızlandıracak ve bu durum da küçüğün yararına olacaktır şeklinde hüküm tesis edilmiştir.²⁹

²⁹<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2022-2563-k-2022-3688-t-18.4.2022>, (ÇEVİRİMİÇİ) (Erişim Tarihi: 01.11.2023)

Yargıtay 2. H.D.'nin 2021/8467 E., 2022/1932 K.³⁰ 1.3.2022 tarihli kararında, davacılar evlat edinilmek istenen küçüğün doğumundan itibaren kendilerinin baktığı, davacıları anne ve babası olarak bildiği, küçüğün biyolojik annesinin evlat edinmeye rızasının olduğunu, biyolojik babasının ise halen cezaevinde olduğunu küçüğün evlat edinilmesini talep etmiştir. Mahkeme, davacıların tüm şartları taşıdığının, evlat edinmenin çocuğun menfaatine olduğunun ancak babanın rıza göstermediği ve TMK m.311 de yer alan rızanın aranmaması şartlarının mevcut olmadığından davanın reddine karar verilmiştir. Temyiz başvurusu üzerine, evlat edinmenin ana ve babanın rızasını gerektirdiği, istisnai hallerin TMK m.311 de düzenlendiği ve maddenin 2. Bendi uyarınca küçüğe karşı özen

³⁰ Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacılar tarafından temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle; duruşma için belirlenen 01.03.2022 günü temyiz eden davacılar ... ve ... ile vekilleri Av. ... geldiler. Karşı taraf davalı ... vasisi ... ile davalı ... kayyımı ... gelmediler. Gelenin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü: Davacılar vekili dava dilekçesinde; evlat edinilmek istenilen küçüğün doğumundan itibaren davacılar tarafından bakıldığını, küçüğün davacıları anne ve baba olarak bildiğini, küçüğün biyolojik annesinin evlat edinmeye rızasının olduğunu, biyolojik babasının ise halen cezaevinde olduğunu ileri sürerek küçük ... 'in davacılar tarafından evlat edinilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, “davacıların küçüğün evlat edinmesine ilişkin şartların taşıdığı aynı zamanda küçüğün evlat edinilmesinin küçüğün menfaatine olduğu kanaatine varılmış ise de TMK nin 311. maddesinde yer alan rızanın aranmaması şartlarının dava dosyamızda yer almadığı, davalı babanın çocuğun evlat edinilmesine rıza göstermediği” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu karara karşı davacılar tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuş olup, istinaf incelemesi yapan bölge adliye mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Dava evlat edinme kararı verilmesi istemine ilişkindir. Türk Medeni Kanunu 309. madde, “Evlât edinme, küçüğün ana ve babasının rızasını gerektirir. Rıza, küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirilir. Verilen rıza, evlât edinenlerin adları belirtilmemiş veya evlât edinenler henüz belirlenmemiş olsa dahi geçerlidir.” yasanın 310. maddesinde ise, “Rıza, küçüğün doğumunun üzerinden altı hafta geçmeden önce verilemez. Rıza, tutanağa geçirilme tarihinden başlayarak altı hafta içinde aynı usulle geri alınabilir. Geri almadan sonra yeniden verilen rıza kesindir. Aynı yasanın 311. maddesinde ise “Aşağıdaki hâllerde Sayfa 1/2 2. HD., E. 2021/8467 K. 2022/1932 T. 1.3.2022 ana ve babadan birinin rızası aranmaz: 1-Kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa, 2-Küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa.” hükmünü içermektedir. Davalı ... küçüğün babası olup rızasının bulunmadığını bildirmiş ve mahkemece babanın rızasının bulunmaması nedeni ile davanın reddine karar verilmiş ise de, davalı ...'ın halen hükümlü olarak ceza evinde bulunduğu, davalının cezaevinde olması nedeni ile de velâyet görevini yerine getiremeyeceği gibi, TMK m. 311/2 gereğince “Küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa” hükmünün somut olayda gerçekleştiği dikkate alınarak, evlat edinmede baba rızası aranmamasına karar verilerek davanın kabulü gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru görülmüştür. SONUÇ : Temyiz edilen bölge adliye mahkemesi kararının yukarıda açıklanan sebeplerle KALDIRILMASINA, ilk derece mahkemesi kararının BOZULMASINA, duruşma için takdir olunan 3.815 TL vekâlet ücretinin davalılardan alınarak davacılar verilmesine, temyiz peşin harcın istek halinde yatırana geri verilmesine, dosyanın ilk derece mahkemesine, karardan bir örneğinin

yükümlülüğünü yeterince yerine getirmeyen ana babanın rızasının aranmayacağı, somut olayda babanın halen cezaevinde bulunduğu, cezaevinde bulunması sebebiyle velâyet görevini yerine getiremeyeceği, bu sebeple rızasının aranmaması gerektiğine karar vermiştir.³¹

3. Erginlerin ve Kısıtlıların Evlat Edinilmesi

Küçüklerin evlat edinilmesinden farklı olarak ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesine ilişkin şartlar TMK m.313 de yer almaktadır. Kanun koyucu ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesini, küçüklerin evlat edinilmesine göre daha sert koşullara bağlayarak evlat edinme kurumunun amacının gerçekleşmesini sağlayarak ortaya çıkabilecek suiistimallerin önüne geçmeyi hedeflemektedir. TMK m.313 hükmü şöyledir;

Evlât edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle ergin veya kısıtlı aşağıdaki hallerde evlât edinilebilir.

1. Bedensel veya zihinsel engeli sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlât edinen tarafından en az beş yıldan beri bakılıp gözetilmekte ise,

2. Evlât edinen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş ise, 3. Diğer haklı sebepler mevcut ve evlât edinilen, en az beş yıldan beri evlât edinen ile aile hâlinde birlikte yaşamakta ise

Evlî bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlât edinilebilir.

Bunlar dışında küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

3.1.Evlat Edinenin Altsoyunun Açık Muvafakatinin Bulunması

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK m.313 hükmü uyarınca evlat edinen kişinin altsoyunun bulunmaması koşununu aramaktaydı. Ancak 3.7.2005 tarihli ve 5399 sayılı tek maddeden oluşan yasa ile “altsoyun bulunmaması” koşulunu “altsoyun açık muvafakati” koşuluna dönüştürülmüştür. Kanunda yapılan değişiklik doktrindeki pek çok yazar tarafından eleştiri konusu olmuştur. Kılıçoğlu'na göre; Kendi altsoyu bulunan evlat edinenin, ergin ve kısıtlı bir kişiyi evlat edinmesinin hiçbir mantığı olmadığını, evlat sevgisi kazanmış olan bir kişinin, ergin veya kısıtlı bir kişiyi evlat edinmesinde böyle bir sevgiyi giderme ihtiyacından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir.³²

Ergin veya kısıtlının evlat edinilebilmesi için evlat edinenin altsoyunun muvafakatinin açık olması gerekir. Birlikte evlat edinme durumunda, her iki eşinde altsoyu, evli kişilerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi durumunda evlat edinenin altsoyunun muvafakatinin gerekeceği ortadadır. Evlat edinme ilişkisi kurulduktan sonra doğum, tanıma veya mahkeme yoluyla soybağının kurulduğu hallerde altsoyun muvafakati gerekmez. Kanun altsoyun vereceği irade beyanının açık olmasını yeterli görmüş, şekli hususunda bir düzenleme getirmemiştir.

Evlât edinenin altsoyu, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olduğu

³¹<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2021-8467-k-2022-1932-t-1-3-2022>, (ÇEVİRİMİÇİ) (Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³² Kılıçoğlu, s.467-468

durumda muvafakatin alınmasına gerek yoktur. Ancak ayırt etme gücünden yoksunluk yaş küçüklüğünden kaynaklanıyorsa, evlat edinme ilişkisinin altsoyun ayırt etme gücüne sahip olacağı zamana kadar ertelenmesi gerekir.

3.2. Evlat Edinilenin Eşinin Rızası

Evlat edinme ilişkisi her ne kadar evlat edinen ile evlatlık arasında soybağının kurulmasını sağlamaktaysa da evlatlığın evli olduğu durumlarda eşinin evlat edinme ilişkisinden doğrudan etkileneceği açıktır. Bu sebeple kanun koyucu TMK m.313 f.2 hükmüne yer vermiş olup evli bir kimsenin ancak eşinin rızasıyla evlat edinebileceği düzenlemektedir. Eşin evlat edinmeye ilişkin vereceği rıza şekle tabi değildir.³³

YARGITAY GÖRÜŞÜ EKLE

3.3.Evlat Edinen ve Evlatlık Açısından Kanunun Aradığı Diğer Şartlar

Eski MK'dan farklı olarak yeni MK m.313 düzenlemesiyle ergin veya kısıtlı olan herkesin evlat edinilebilmesinin önünü kapatmıştır. Kanun yalnızca belli niteliklere sahip ergin veya kısıtlının evlat edinilebilmesine izin vermiştir. Maddede öngörülen haller seçimlik nitelikte olup, tahdidi biçimde sayılmıştır. Bir ergin veya kısıtlının evlat edinilebilmesi için;

a. Evlat edinilenin bedensel veya zihinsel özü sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç olması ve evlat edinen tarafından en az beş yıldan beri bakılıp gözetiliyor olması gerekir (MK m.313/b.1). Beş yıl süreyle bakılıp gözetme şartının gerçekleşmesi için evlat edinenin evlatlığın bakım ve gözetimini sürekli olarak ifa ediyor olması yani birlikte yaşıyor olması gerekir. Bakımın hastalık ve benzeri geçici sebeplerle kesilmiş olması sürenin işlemesine engel olmaz.

b. Evlat edinilenin küçükken evlat edinen tarafından en az beş yıl süre ile bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş olması gerekir (MK m.313/b.2). Kanun, ergin veya kısıtlı bir kişiyle evlat edinme ilişkisinin kurulması için, evlatlığın henüz ergin olmadığı dönemde beş yıl süreyle bakılmış olmasını aramaktadır. Küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin şartlar gerçekleşmediği veya evlat edinme talebinde bulunulmadığı durumlarla karşılaşmaktadır. Bu gibi durumlara kanun çözüm bulmak amacıyla söz konusu düzenlemeyi ihdas etmiştir.

c. Evlat edinen ile evlat edinilenin en az beş yıldan beri aile halinde birlikte yaşamaları ve diğer haklı sebeplerin mevcut olması gerekir (MK m.313/b.3). Yukarıda açıklamış olduğumuz bentlerdeki şartlar sağlanmamış olsa dahi, evlatlık ile evlat edinen beş yıl süreyle aile halinde, diğer haklı sebeplerin de bulunması şartıyla yaşamış olduğu durumlarda evlat edinme imkanına sahiptir. Kanun koyucu yalnızca birlikte yaşamayı yeterli görmemiş, haklı sebeplerin varlığını da aramıştır. Haklı sebepler her somut olayın özelliğine göre değişebilecek mahiyette olup hakim tarafından takdir edilir.³⁴

³³ Gümüş ve diğerleri, s.337.

³⁴ Akıntürk ve diğerleri, s.379.

3.4.Kıyas Yoluyla Uygulama

TMK m.313 ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesini özel olarak düzenlemiş olsa da maddenin son fıkrasında; bu koşullar dışında kalan durumlarda küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını düzenlemiştir. Şu halde; evlat edinme ilişkisinin kurulmasının küçüğün yararına olması gerektiği, evli kişileri kural olarak birlikte evlat edinebilecekleri, eşlerin en az beş yıldan beri evli veya her bir eşin otuz yaşını doldurmuş olmaları, MK m.308 uyarınca evlatlık ile evlat edinen arasında en az 18 yaş farkının bulunması gibi ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde uygulama alanı bulacaktır.³⁵

4. Evlat Edinme Kararı

4.1.Mahkeme Kararının Kurucu Niteliği

Eski kanun döneminde evlat edinme bir tür Aile Hukuku Sözleşmesi olarak görülmekteydi. Oysa, yürürlükteki kanunumuzda evlat edinme konusunda köklü değişikliklere gidilerek evlat edinme kurumunun sözleşmesel olduğu görüşü ortadan kaldırılmıştır. Evlat edinme ilişkisi, evlat edinen ile evlat edinilen arasında rıza ile kurulan, kanunun aradığı diğer şartların yerine getirilmesi suretiyle, evlat edinenin başvurusu üzerine mahkeme kararı ile vuku bulan hukuki ilişki olarak düzenlenmiştir. MK m.315 f.1 c.son'da evlat edinme ilişkisinin mahkeme kararı ile kurulacağı hükmüne bağlanmış olup mahkemenin vereceği karar kurucu nitelik taşıyan çekişmesiz yargı işidir. Birlikte evlat edinme kararının verilebilmesi için evli olan kişilerin şahsen başvuruda bulunmuş olması gerekir.

TMK m.315 f.1 hükmü hangi mahkemenin yetkili olduğunu düzenleme konusu yapmıştır. Tek başına evlat edinmede evlat edinenin oturma yeri, birlikte evlat edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesi yetkilidir. Ayrıca Aile Mahkemeleri evlat edinme kararının verilmesi yönünden görevlidir.

4.2.Mahkeme Tarafından Evlat Edinmenin Şartlarının Gerçekleşip Gerçekleşmediğinin Araştırılması

Evlat edinme başvurusunun yapıldığı mahkeme, evlat edinme şartlarının varlığına ilişkin ayrıntılı bir araştırma yapacaktır. Başvurunun içeriğine geçmeden önce kanunun aradığı nitelikte başvurunun bulunup bulunmadığını belirlemelidir. Bu bakımdan evli olan kişilerin birlikte talepte bulunup bulunmadığı, evlat edinme talebinde bulunan kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı incelenmelidir. Daha sonra maddi şartların varlığı belirlenmeli yani evlat edinmenin evlatlığın yararına olup olmadığı, evlat edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenip zedelenmediği araştırılacaktır. Kanunun evlat edinme ilişkisinin kurulması için öngördüğü koşulların tümü titizlikle incelenecektir. Bunlara ilave olarak yasa koyucu araştırma konusunda özel bir düzenlemeye yer vermiştir.³⁶

Evlat edinme kararının verilebilmesi için, hakim, kanunun aradığı tüm şartların

³⁵ Öztan, B. (2015). Aile Hukuku. Turhan Kütabevi, Ankara, 6. Bs., s.981-982.

³⁶ Gümüş ve diğerleri, s.340-341.

gerçekleştiğinin belirlenmesinden başka, ayrıca MK. 316 hükmünde belirtilen içerikte bir araştırma yapması gerekmektedir. MK m.316 f.1’ de evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise araştırmanın içeriğine yer verilmiştir.

Evlat edinme kararında hakime yükletilen araştırma görevi oldukça kapsamlı ve ağırdır. Hakim esaslı sayılan her türlü durumu ve koşulu araştırmak zorundadır. Hakim, araştırma yapmanın dışında evlat edinilen ile evlat edeni bizzat dinlemeli ve gerektiğinde uzman örneğin psikolog, çocuk psikiyatri veya pedagog vb. görüşünü almalıdır.

Araştırmanın içeriği kanun koyucu tarafından MK m.316 f.2 ve f.3’de belirlenmiştir. Buna göre; “Araştırmada özellikle evlât edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinenin eğitime yeteneği, evlât edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Evlât edinenin altsoyu varsa, onların evlât edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir. Evlat edinme ilişkisi ile evlat edinen ile evlatlık arasında soybağı kurulacağından ileride tafisi mümkün olmayan zararların da ortadan kaldırılması amaçlanarak kanun koyucu ayrıntılı araştırma görevini hakime yüklemiştir. Hakim, hem evlat edinen hemde evlat edinilen yönünden araştırma yapmalıdır.”³⁷

Hukukumuzda, kural olarak, evlat edinme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, evlat edinme kararının verileceği anın dikkate alınmasını öngörmektedir. Ancak, istisnai olarak başvurunun yapıldığı anı dikkate almış ve evlat edinmenin şartlarında sonradan meydana gelen değişikliklerin evlat edinme kararının verilmesini etkilemeyeceğini kabul etmiştir. TMK m.315 f.2’de Evlât edinme başvurusundan sonra evlât edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi, diğer koşullar bundan etkilenmediği takdirde evlât edinmeye engel olmayacağını hükme bağlamıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise; küçüğün başvurudan sonra ergin olması durumunda koşulları daha önceden yerine getirilmek kaydıyla küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağından bahsedilmiştir.

Ancak, başvurunun yapılmasından sonra meydana gelen ve evlat edinmeye ilişkin şartların ortadan kalkmasına sebep olan değişiklikler evlat edinme kararının verilmesine engel teşkil eder. Örneğin ergin ve kısıtlının evlat edinilmesinde başvurudan sonra evlat edinenin soybağı kurularak altsoyunun olduğu ortaya çıkması ve altsoyun muvafakatinin aranacak olması veya eşin evlat edinmeye ilişkin rızasını geri alması gibi.³⁸

5. Evlat Edinme İlişkisinin Hüküm ve Sonuçları

5.1.Ana ve Babaya Ait Hak ve Yükümlülükler

Evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla birlikte ana ve babaya ait olan hak ve yetkilerin evlat edinene geçeceği MK m.314 f.1 hükmüyle düzenleme konusu yapılmıştır. Maddede bahsedilen küçük üzerindeki hak ve yükümlülüklerin devri değil ana ve babada

son bulup evlat edinende doğması durumudur. Evli kişilerin birlikte evlat edindiği hallerde velayet hakkı her iki eşe ait olur. Eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşe, boşanmaları halinde ise çocuğun bırakıldığı eşe ait olur.

Velayet hakkının evlat edinene geçmesiyle birlikte çocuğun bakımı, eğitimi, temsil edilmesi, çocuğun mallarının yönetimi ve çocuk mallarından yararlanma yetkileri de evlat edinene geçer. Ayrıca MK m.314 f.4 hükmü uyarınca birlikte evlat edinilen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün nüfus kaydına ana ve baba adı olarak evlat edinen eşlerin adları yazılır.³⁹

5.2.Evlatlığın Ana ve Babasıyla Olan Soybağının Durumu

Evlat edinme kurumu düzenlenirken İsviçre Medeni Kanunu örnek alınarak düzenleme yapılmıştır. İMK’nda tam evlat edinme sistemi benimsenmiş olup evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla birlikte evlat edinilenin kendi ana ve babasıyla soybağı kopar ve evlatlık evlat edinenin ailesine dahil edilmiş olur.

Medeni Kanunumuz her ne kadar evlat edinmeye ilişkin İMK’nu örnek alarak düzenleme yapsa da soybağı konusunda farklı bir sonuca giderek evlat edinilenin kendi ana ve babasıyla soybağının kopmadığı sonucuna varmıştır. Evlatlığın ana ve babasıyla olan soybağının devam etmesi sebebiyle TMK m.314 f.5 hükmüne yer vermiştir. Evlatlığın miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağın kurulacağı, ayrıca evlatlıkla ilgili kesinleşmiş mahkeme kararının her iki nüfus kütüğüne işleyeceği yönünde düzenleme yapılmıştır. Evlatlık ile ana ve babası arasında soybağı ilişkisi kopmadığı için evlat edinme ilişkisi kurulduktan sonra mirasçılık ilişkisi ve karşılıklı nafaka ilişkisinin devam ettiği sonucuna varılmaktadır.⁴⁰

5.3.Evlenme Yasağı

Evlat edinme kararının mahkeme tarafından verilmesiyle birlikte, evlat edinen ile evlatlık veya onlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında kesin evlenme yasağı doğar. (MK m.129 b.3)⁴¹

5.4.Mirasçılık

TMK m.314 f.2 hükmü uyarınca, evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla birlikte, evlatlık, evlat edinenin mirasçısı olur. Evlatlık ve altsoyunun, evlat edinene kan hısmı gibi mirasçı olacağı MK m.500 f.1’de düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, evlatlık ve altsoyunun mirasçılığı tek yönlü olduğu evlat edinen ve hısımlarının, evlatlığa mirasçı olamayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda evlatlık ve altsoyu da evlat edinenin diğer hısımlarına mirasçı olamayacağı sonucuna varılmalıdır.

Daha öncede belirttiğimiz üzere, evlatlığın kendi ana ve babası ile soybağının kopmaması sebebiyle kendi ailesindeki mirasçılığı devam eder.⁴²

³⁷ Akıntürk ve diğerleri, s.380-381.

³⁸ Gümüş ve diğerleri, s.341-342.

³⁹ Yılmaz, S.Yıldırım,A.(2020). Medeni Hukuk-I. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Bs, s.262.

⁴⁰ Gümüş ve diğerleri, s.344-345.

⁴¹ Akıntürk ve diğerleri, s.385.

⁴² Tokat, H. Akkurt, S. S. Erdoğan, K. (2021). Medeni Hukuk. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Bs. s.471.

5.5.Evlatlığın Adı ve Soyadı

Evlat edinme kural olarak evlat edinilenin adına etki etmez. Fakat evlat edinen kişi evlatlığa yeni bir ad verebilir. Bu durum ana ve babanın sahip olduğu hakların evlat edinene geçmesinin doğal sonucudur. Evlat edinilen küçük, ayırt etme gücüne sahipse, ad değiştirme sırasında küçüğünde rızasının alınması gerekir. Evlatlığın ad ve soyadına ilişkin düzenleme TMK m.314 f.3 hükmünde yer almaktadır. Hüküm küçüklerin evlat edinilmesi ile erginlerin evlat edinilmesi arasında ayırım yapmıştır. . Şöyle ki; küçüklerin evlat edinildiği durumlarda, küçükler, evlat edinenin soyadını alacağı hatta evlat edinen dilerse evlatlığın adını değiştirebileceğini kabul etmiştir. Erginlerin evlat edinilmesinde ise; evlatlığın dilerse evlat edinenin soyadı alacağı, böyle bir zorunluluğa maruz kalmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ergin olan kişinin adının evlat edinen tarafından değiştirilmesi mümkün değildir.⁴³

6. Evlat Edinme İlişkisinin Sona Ermesi

6.1.Kural: Evlat Edinme İlişkisinin İptal Davası Açılarak Sona Erdirilmesi

Evlatlık ilişkisinin iptali MK m.317- 319'da "Evlatlık ilişkisinin kaldırılması" kenar başlığıyla düzenlenmiştir. Evlat edinme ilişkisi, evlat edinen ile evlatlık arasında soybağını kuran ve kanunda öngörülen şartların varlığı halinde mahkeme kararıyla kurulan bir ilişki olduğundan kanunda öngörülen sebeplerin varlığında ancak mahkeme kararıyla kaldırılma zarureti bu durumun doğal sonucudur. Evlat edinme ilişkisini kaldıran mahkeme kararı bozucu yenilik doğuran dava niteliğindeki iptal davası sonucunda verilen kararı ifade eder.

MK m.317 ve m.318 evlat edinme ilişkisinde rızası gereken kişilerin rızasının alınmaması ve evlat edinme ilişkisinin esasına ilişkin noksanlıklara yer verilmiştir.

6.2.Evlat Edinme İlişkisinin Sona Erdirilme Sebepleri

6.2.1. Rızanın Bulunmaması

MK m.317 uyarınca rızası alınması gereken kişilerden yasal sebep olmaksızın rıza alınmamışsa, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını istenebilir.

Rızası alınacak kişiler; MK m.308 f.2 uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçük, MK m.308 f.3 vesayet daireleri, MK m. 309 f.1 uyarınca küçüğün ana ve babası, ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde MK m.313 f.1 uyarınca evlat edinenin altsoyu, MK m.313 f.2 uyarınca evlat edinilenin eşi olarak sayılabilir. Saymış olduğumuz kişilerin rızası geçersiz olduğu durumda evlat edinme ilişkisinin iptali söz konusu olur. Bu duruma örnek olarak ana ve babanın rızası, çocuğun doğumundan altı hafta geçmeden alınması örnek verilebilir. Ayrıca küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen ana ve babaya rızanın aranmayacağı konusundaki karar bildirilmediği durumlarda da hal böyledir.

Kanun koyucu, rıza alınmayan kişinin menfaatine göre küçüğün memfaatini üstün tutmuştur. Bu bakımdan küçüğün menfaatinin ağır biçimde zedelenmemesi koşuluna yer

⁴³ Aydoğdu, s.564-565.

vermiştir. Her ne kadar maddede "küçük" ifadesine yer verilmiş olsa da ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde rızanın alınacağı kişilerden rıza alınmaması halinde de iptal davası açılabilecektir. İptal davası kural olarak evlat edinen ve evlatlığa karşı, evlatlığın açtığı dava ise evlat edinene yöneltilir.⁴⁴

6.2.2. Evlat Edinme İlişkisinin Kurulmasındaki Diğer Noksanlıklar

Evlat edinmenin esasa ve şekle ilişkin koşullarındaki noksanlık sebebiyle iptali MK m.318'de düzenlenmiştir. Evlat edinmenin esasa ilişkin noksanlıklardan biriyle sakatsa, cumhuriyet savcısı veya her ilgili evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebileceği maddenin birinci fıkrasında ele alınmıştır. Esasa ilişkin noksanlıklara; evlatlık ile evlat edinen arasında asgari onsekiz yaş farkının bulunmaması, evli olmayan evlat edinenin otuz yaşını doldurmamış olması, evlat edinmenin küçüğün yararına olmaması örnek olarak verilebilir. Bu sebepler ile iptal davası açma hakkı Cumhuriyet savcısına ve her ilgiliye tanınmıştır.

İptal davası açma hakkının hangi hallerde kalkacağı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Noksanlıklar bu arada ortadan kalkmış veya sadece usule ilişkin olup ilişkisinin kaldırılması evlatlığın menfaatini ağır biçimde zedeleyecek olursa iptal davası açma hakkı sona erecektir.⁴⁵

6.3.İptal Davasında Hak Düşürücü Süreler

Evlat edinme ilişkisinin ortadan kaldırılması için iptal davası açma hakkı, hak düşürücü süreye tabi olup bu süre MK m.319'da düzenlenmiştir. Hüküm; evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl ve her halde evlat edinme işlemi üzerinden beş yıl geçmekle düşeceğini öngörmekteydi. Ancak Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 tarih ve 2012/35 E., 2012/203 K sayılı kararı ile MK m.319 hükmünde yer alan evlat edinme işlemi üzerinden beş yıl geçmekle ibaresinin iptaline karar verilmiştir.⁴⁶

7. Evlat Edinme İşlemlerinde Aracılık

Küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetlerinin, ancak Cumhurbaşkanınca yetki verilen kurum ve kuruluşlarca yapılacağı, aracılık faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin hususların Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği TMK m.320'de düzenlenmiştir. Bu hükümlere dayanılarak 25.2.2009 tarihli ve 2009/14729 sayılı Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük yürürlüğe konulmuştur. Anılan tüzük evlat edinmede aracılık faaliyetleri hususunda Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunu Sorumlu kılmaktadır.

Küçükleri evlat edinmenin sağlıklı ve yasanın aradığı koşullara uygun olarak yapılması amacıyla evlat edinmeye aracı kurumlarının devlet eliyle kurulmasına karar verilmiştir. Evlat edinme kurumu kamu düzenine ilişkin sayılarak küçüklerin mağdur edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Aracılık faaliyetlerinin küçüğün yüksek yararının

⁴⁴ Gümüş ve diğerleri, s.349-350.

⁴⁵ Kılıçoğlu, s.477-478

⁴⁶ Gümüş ve diğerleri, s.352.

gözetilmesi, küçüğün temel haklarının güvence altına alınması, küçüğün kaçırılması, satılması, ticaretinin önlenmesi gibi işlevleri bulunmaktadır. Ayrıca belirtelim ki; ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde bu tür kurumların faaliyet göstermesi mümkün değildir.⁴⁷

SONUÇ

Evlat edinme ile evlat edinen ile evlatlık arasında MK m.282 f.son uyarınca soybağı kurulur. Soybağını kuran diğer haller ana ile doğum baba ile evlenme, tanıma ve mahkemekararıyla soybağının kurulmasıdır. Bu türden kurulan soybağı doğal olmasına karşın evlat edinme ile yapay bir soybağı kurulmaktadır.

Yeni Medeni Kanun, evlat edinmenin koşullarını düzenlerken evlatlığın küçük veya ergin olmasına göre farklı hükümler sevk etmiştir. Bunu yaparken, evlat edinmenin esas itibarıyla korunmaya muhtaç küçük yararına benimsenmiş bir kurum olduğunu göz önüne alarak, ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesini istisnai nitelikteki koşullara bağlamıştır. Her iki durumda da evlat edinmenin gerçekleşebilmesi için, taraflar arasında belli bir süre devam etmiş bakım ve eğitim ilişkisinin varlığını aramıştır.

Küçüklerin evlat edinilmesi bakımından altsoyun bulunmaması koşulu yasadan çıkarılırken, ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde önce bu koşul muhafaza edilmiş, daha sonra yapılan değişikliklerle erginlerin evlat edinilmesi evlat edinenin altsoyunun açık muvafakatine bağlanmıştır. Erginlerin evlat edinilmesinde evlat edinenin altsoyunun yararı evlat edinilecek erginin yararından üstün tutulmuştur. Küçüklerin evlat edinilmesinde ise, menfaatlerin dengelenmesi amacıyla diğer çocukların yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmemesi ilkesi benimsenmiştir.

Yeni Medeni Kanun, küçükler ile yetişkinlerin evlat edinilmesini her ne kadar farklı koşullara bağlasa da aynı hükümlere tabi tutmuştur. İsviçre Medeni Hukukunda tam evlat edinme prensibi benimsenirken Türk Hukuku açısından küçüğün ana ve babasıyla soybağının kopmasına izin verilmemiştir. Kanaatimce küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin Türk hukukunda da tam evlat edinme prensibinin benimsenmesi isabetli olacaktır.

Evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla birlikte ana ve babaya ait olan hak ve yetkilerin evlat edinene geçer. MK m.314 f.1’de küçük üzerindeki hak ve yükümlülüklerin devri değil ana ve babada son bulup evlat edinende doğması durumundan bahsedilmektedir. Evli kişilerin birlikte evlat edindiği hallerde velayet hakkı her iki eşe ait olur.

Evlat edinme ilişkisi kurulurken rızası alınması gereken kişilerden rıza alınmaması iptal sebebi oluşturur. Örneğin küçüğün evlat verilebilmesi için istisnai haller hariç ana ve babanın izni alınmak zorundadır. Ana ve babanın rızası evlat edinme ilişkisinin kurulabilmesi için önemli bir yere sahiptir. Rıza, yazılı veya sözlü olarak tutanağa geçirilmek suretiyle alınır. Kanuni bir dayanak olmadan ana ve babadan rızası alınmadan evlat edinme ilişkisi kurulamaz.

MK m.320’de evlat edinmede aracı kurumların oluşturabileceğini düzenlemektedir. Evlat edinme kamu düzenine ilişkin sayılarak aracı kurumların devlet eliyle kurulması gerektiği öngörülmektedir. Bu bakımdan, aracı kurumlara ağır görevler yüklenmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, T. A. (2017). *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (s. 369). içinde İstanbul: Beta Basım. 20. Bs.
- Aydoğdu, M. (2010). *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (s. 108). içinde Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Bs. ,
- Baygın, C. (2010). *Soybağı Hukuku* (s. 137-138). içinde İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Bs.
- Gençcan, Ö. U. (2011). *Aile Hukuku* (s. 1397-1398). içinde Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gümüş, M. A. (2022). *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (s. 321). içinde İstanbul: Filiz Kitabevi, 17. Bs.
- Kılıçoğlu, A. M. (2017). *Aile Hukuku* (s. 450). içinde Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Bs.,
- Öztan, B. (2015). *Aile Hukuku* (s. 981-982). içinde Ankara: Turhan Kitabevi, , 6. Bs.
- Özuğur, A. İ. (2016). *Kişî Hukuku- Velayet- Vesayet- Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler* (s. 433). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5. Bs.,
- Ruhi, A. C. (2003). *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması* (s. 23-24). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Bs.
- Tokat, H. A. (2021). *Medeni Hukuk* (s. 471). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Bs.
- Yılmaz, S. Y. (2020). *Medeni Hukuk-I* (s. 262). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Bs.

⁴⁷ Gençcan, Ö. U. (2011). *Aile Hukuku*. Yetkin Yayınları, Ankara, s.1397-1398.

TÜRK HUKUKUNDA EŞİN MİRASÇILIĞINI ORTADAN KALDIRAN HALLER

Av. İsmail Karadana

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) kimlerin yasal mirasçı olabileceği üçüncü kitap olan Miras Hukuku'nun Yasal Mirasçılar adlı birinci bölümünde belirtilmektedir. Buna göre, miras bırakanın alt soyu, ana ve babası ile bunların alt soyu, büyük anne ve büyük babası ile bunların altsoyu, miras bırakanın evlatlığı, eşi ve devlet yasal mirasçı sıfatına sahip olabilir.

Eşin mirasçılığı, yasal mirasçılık kapsamında zümre sistemini kabul eden Türk hukuk sistemi açısından bir istisna niteliğindedir. Çünkü zümre sistemi kavramı bir kişiyi ve o kişiden türeyen alt soyu ifade etmektedir¹. Bu bağlamda mirasçı sıfatına sahip olan eş miras bırakanın kök başı olduğu ya da miras bırakanın üst soylarından birinin kök başı olduğu bir zümreye dahil olduğu için değil fakat evlilik birliği sayesinde bu sıfatı elde etmektedir.

Evlilik birliği ile yasal mirasçı sıfatına sahip olan eş, bu sıfata dayanarak diğer zümredeki mirasçılarla birlikte ya da tek başına miras bırakanın mirasçısı olabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, eşin bu mirasçılığı mutlak değildir. Bazı durumlarda eş, miras bırakanın mirasçısı olmayabilir.

Hemen belirtelim ki eş her zaman için miras bırakanın yapacağı bir ölüme bağlı tasarruf işlemi ile miras bırakana atanmış mirasçı sıfatı ile mirasçı olabilir. Biz bu çalışma kapsamında eşin yasal mirasçı sıfatını sona erdiren halleri incelemekle beraber yer yer atanmış mirasçılığın sona ermesine ilişkin durumlara da değineceğiz.

1. EŞİN MİRASÇILIĞINI SONA ERDİREN HALLER

Eşin mirasçılığını sona erdiren hallerin neler olduğu Türk Hukuku'nda tek bir kanun maddesinde düzenlenmemektedir. Bu hallerin neler olduğunu saptamak için TMK'nın çeşitli hükümlerini göz önünde bulundurmak gerekir.

1.1. BOŞANMA

Eşin yasal mirasçılığını ortadan kaldıran ilk durum boşanmadır. Bu durum TMK m. 181 hükmünde ifade edilmektedir. Buna göre;

“Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.

Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarının birisinin davaya

devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.²”

Eşin, kan hısımları ile birlikte yasal mirasçı olabilmesinin sebebi daha önce de ifade ettiğimiz gibi evlilik birliğidir. TMK m. 181/1 hükmünden de anlaşılacağı üzere boşanmış eşler birbirlerinin yasal mirasçısı olamaz. Çünkü eşlerin birbirlerinin yasal mirasçısı olabilmesine olanak sağlayan evlilik birliği sona ermektedir. Ancak belirtelim ki, eşler arasında kan hısımlığı varsa sağ kalan yasal mirasçılığı tekrar gündeme gelebilir³.

Eşler evlilik birliği devam ederken bir ölüme bağlı tasarruf işlemi ile yasal mirasçılığın yanında birbirlerini mirasçı olarak da atayabilir. TMK m. 181/1 ifadesinden de anlaşılacağı üzere boşanma eşlerin yasal mirasçılığı ile atanmış mirasçılığını da boşanma sona erdirmektedir. Ancak bu durumu öngören eşler boşanma halinde de birbirlerine mirasçı olmak arzusunda iseler, boşanma işleminin birbirlerine atanmış mirasçı olmalarını engellemeyecek şekilde ölüme bağlı bir tasarruf işlemi yapmalıdırlar. Bununla birlikte boşanmaya rağmen birbirlerine mirasçı olmak isteyen eşler, boşanmadan sonra gerçekleştirecekleri bir tasarrufla da bu durumun gerçekleşmesini sağlayabilirler.

TMK m. 181 hükmünün boşanmaya ilişkin öngördüğü bir diğer ihtimal de eşlerden birinin boşanma davası devam ederken vefat etmesi halidir. Eşlerden biri, boşanma davası devam ederken ölmesi halinde, evlilik birliği boşanma ile değil fakat ölüm ile son bulmuş olacaktır⁴. Evlilik birliği ölüm ile sona erdiğinden sağ kalan eş, ölen eşin mirasçısı

² TMK m. 181/II metninde daha önce yer alan “davacı” ve “davalı” ibareleri Anayasanın 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi'nin 21.1.2010 tarihli ve 2008/102 Esas numaralı kararıyla kaldırılmıştır. Yasa koyucu daha sonra 31.3.2011 tarih ve 6217 sayılı kanunun 19. maddesi ile hükmü güncel şekline kavuşturmuştur. Yukarıda adı geçen Anayasa mahkemesi kararı için bkz. EK – 1. Ayrıca bkz. Dural ve Öz, s. 44 – 45; Hülya Taş Korkmaz, “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, 2014, 1418 – 1420.

³ Şükran Şıpka ve Ali Yaşar Çelikel, “Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2017, s. 178; Şakir Berki, “Türk Medeni Kanunda Karı Kocanın (eşin) Mirasçılığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 1, 1964, s. 322.

⁴ Zahit ve İmre, s. 50; Dural ve Öz, s. 43.

¹ Zahit İmre ve Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 16 – 17; Mustafa Dural ve Turgut Öz, **Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, 13. Baskı, İstanbul, 2019, s. 19; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 151.

olabilecektir. Ancak bu durumdan çıkarlarının zarar gördüğünü düşünen diğer mirasçılar, çıkarlarını korumak adına boşanma davasını devam ettirebilecektir. Bu madde kapsamında eşin mirasçılığının sona ermesi için miras bırakan ölmeden önce açılmış bulunan bir boşanma davasının bulunması ve bu davaya diğer mirasçılar tarafından devam edilmesi sonucunda sağ kalan eşin kusurlu olduğunun ispatlanması gerekir⁵.

Belirtmek gerekir ki TMK m. 181 hükmünün mirasçılarının boşanma davasına devam edebileceği yönündeki ifadesi bağlamında mahkemenin verecek olduğu kararın niteliği tartışmalıdır⁶. Ancak biz çalışmamızın odağından uzaklaşmamak adına bu tartışmaya değinmeyeceğiz.

1.2. EVLİLİĞİN İPTALİ

Evliliğin iptalinin gündeme gelmesi halinde eşin mirasçılığının nasıl etkileneceğine ilişkin husus TMK m. 159 hükmünde açıklanmaktadır. Madde hükmünün ifadesi şu şekildedir;

“Evlenmenin butlanını dava etme hakkı mirasçılara geçmez. Ancak, mirasçılar açılmış olan davayı sürdürebilirler. Dava sonucunda evlenme sırasında iyiniyetli olmadığı anlaşılan sağ kalan eş, yasal mirasçı olamayacağı gibi, daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları da kaybeder.”

Yukarıdaki madde metnini incelediğimizde, metinde belirtilen ilk husus evlenmenin

⁵ “Davacı erkek tarafından evlilik birliğinin sarsılması hukuki sebebine dayalı (TMK m. 166/1) boşanma davası açılmış, yargılama sırasında davacı erkek 10.02.2016 tarihinde vefat etmiş, davayı davacı erkeğin mirasçıları kusur belirlemesi yönünden (TMK m. 181/2) takip etmiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonunda verilen ilk kararda, evlilik ölümle sona erdiğinden boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına ve davacının daha ağır kusurlu olduğunun tespitine karar verilmiştir. Mahkemece verilen bu karara karşı, davacı erkeğin mirasçıları tarafından kusur belirlemesi yönünden temyiz kanun yoluna başvurulması üzerine, Dairemizin 12.09.2018 tarihli bozma ilamında davalı kadının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olup olmadığının değerlendirilmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinin hatalı olduğundan bahisle, bu yönden hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Mahkemece bozma sonrası verilen kararda, konusuz kalan boşanma davası hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve davalı kadının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olmadığının tespitine, karar verilmiştir. Mahkemece verilen bu karara karşı, davacı erkeğin mirasçıları tarafından kusur belirlemesi yönünden temyiz kanun yoluna başvurulmuştur.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davalı kadının birlik görevlerini yapmamak amacıyla sık sık evi terk ettiği, hasta ve yaşlı olan eşiyle yeterince ilgilenmediği ve eşini aşağıladığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre, davalı kadının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken, hatalı kusur belirlemesi sonucunda yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD, 2019/6584 E., 2019/10384 K., 21.10.2019 T; Dural ve Öz, s. 43; İmre ve Erman, s. 51; Şıpka ve Çelikel, s. 182 – 183.

⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dural ve Öz, s. 43 – 44; Şıpka ve Çelikel, s. 184 -185; İzzet Doğan, “Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (TMK 181. Madde)”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2006, s. 1031 – 1036; Taş Korkmaz, s. 1466 – 1470.

butlanını dava etme hakkının mirasçılara geçmeyeceği ifadesidir. Burada aslında belirtilmek istenen, mirasçılarının miras bırakanın yerine geçerek evliliğin nispi butlanına yönelik dava açamayacağıdır⁷. Çünkü TMK m. 152 hükmünde de ifade edildiği üzere mutlak butlan davası Cumhuriyet savcısı ve ilgili olan herkes tarafından açılabilir.

TMK m. 159 hükmü ikinci cümlesinde mirasçılarının evlenmenin butlanına ilişkin olarak açılmış olan davayı sürdürebileceğini belirtmektedir. Madde hükmünün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, mirasçılar nispi ya da mutlak butlana ilişkin açılmış olan davayı sürdürebilirler.

Son olarak madde hükmünden de anlaşılacağı üzere dava sonucunda eşin mirasçılığını ortadan kalkması ya da sağ kalan eş lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların kaybedilmesi eşin evlenme sırasında iyi niyetli olmadığının mirasçılar tarafından ispatlanması halinde mümkündür. Bu bağlamda nispi ya da mutlak butlana sebeplerine dayalı olarak açılmış olan davayı sürdüren mirasçılar, sağ kalan eşin evlenme anında iyi niyetli olmadığını ispatlar ise eş yasal mirasçılığın ya da varsa ölüme bağlı tasarrufun şahsına sağladığı kazandırmalardan mahrum olacaktır. Aksi ihtimalde ise eşin yasal mirasçılığı devam eder⁸.

⁷ Dural ve Öz, s. 45.

⁸ “Somut olaya gelince: mirasbırakan A.. M..’in vefat etmeden önce Üsküdar 1. Aile Mahkemesi’nin 2004/195 Esas sayılı dosyasında boşanma davası açtığı, bu dava devam ederken 28.01.2006 tarihinde öldüğü, A..’in mirasçılarından olan oğlu A.. M..’in kusur yönünden davaya devam ettiği, yapılan yargılama sonucunda davacıya TMK 181/ 2 maddesi uyarınca atfı kabil bir kusurun bulunmadığının tespitine karar verildiği ve iş bu kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, mirasbırakanın ölümünden sonra, davacı ile mirasbırakan arasında görülen boşanma davası sonuçlanmadan mirasçı A.. M.. tarafından davacı aleyhine Üsküdar 2. Aile Mahkemesi’nin 2006/738 Esas sayılı dosyasında evliliğin mutlak butlanla batıl olduğuna ve iptaline karar verilmesi istemi ile dava açıldığı ve yapılan yargılama sonucunda Mahkemenin 25/06/2009 tarih, 2009/420 sayılı kararı ile evliliğin mutlak butlanla batıl olduğunun tespitine ve evliliğin iptaline, davacının iyi niyetli olduğunun tespitine, evlenme ile kazandığı kişisel durumun korunmasına karar verildiği ve verilen bu kararın da Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Evliliğin butlanına dair karar ileriye dönük olarak sonuç doğurur; geçmişe etkili olmaz ve yukarıda da ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, 4721 sayılı TMK’nun, 159.maddesinin 2. cümlesinde, mirasçılığın devam edebilmesi için, evlilik akdinin kurulması anında eşin iyi niyetli olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır.

Bu sebeple, butlan davası sırasında eşlerden birinin ölmesinin yanı sıra eşlerden birinin ölümünden sonra butlan davası da açılmış olması durumunda da sağ kalan eşin mirasçı olması asıldır. Sağ kalan eşin evlilik akdinin kurulması anında iyi niyetli olmadığı, eşlerden birinin ölümünden sonra ilgililer tarafından açılan mutlak butlan davasında kanıtlanmalıdır. Eşlerden birinin ölümünden sonra ilgililer tarafından mutlak butlan davası açılmamışsa, sağ kalan eş evliliğin kurulması anında iyi niyetli sayılır.

Mirasbırakan 28/01/2006 tarihinde ölmüş, mirasçı A.. M.. davacı aleyhine 29/12/2006 tarihinde evliliğin mutlak butlanla batıl olduğunun tespitine ve evliliğin iptaline karar verilmesi istemi ile dava açmıştır. Bu halde, butlan davası açılmadan önce mirasbırakan öldüğüne göre davacı mirasçılık sıfatını kazanmıştır. Ayrıca, butlan davası sonucunda davacının iyi niyetli olduğunun tespitine ve evlenme ile kazandığı hukuksal durumun korunmasına karar verilmiş ve verilen bu karar kesinleşmiştir. Bu halde, evlenme sırasında iyi niyetli olduğu anlaşılan sağ kalan eş yani davacı yasal mirasçılık sıfatını korur.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece, dava ehliyeti bulunan davacının mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken davanın reddi cihetine gidilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 8. HD., 2013/14356 E., 2014/8163 K., 25.4.2014 T.

1.3. ISKAT

Türk Hukuku açısından miras bırakanın her ne kadar mirası üzerinde tasarruf etmeye hakkı olsa da bu hak sınırsız değildir. Bu sınır kapsamında kanun koyucu saklı payla sahip olan mirasçılara yani miras bırakanın alt soyu, evlatlığı ve eşini korumak istemiştir. Bu bağlamda miras bırakan bu saklı paylı mirasçıların saklı payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Ancak bu durumun bazı istisnaları mevcuttur. Bu istisnai hallerden biri de mirastan ıskattır⁹. Mirastan ıskat ya da diğer adıyla mirasçılıktan çıkarma, TMK m. 510 – 513 hükümleri arasında düzenlenmektedir.

TMK kapsamında düzenlenen mirastan ıskat iki şekilde düzenlenmektedir. Bunlardan biri cezai ıskat diğeri ise koruyucu ıskattır. Koruyucu ıskat mirasçının mirasçılık sıfatını tamamen ortadan kaldırmaması sebebiyle bu çalışma kapsamında incelenmeyecektir.

Cezai ıskata ilişkin sebepler TMK m. 510 hükmünde iki sebeple ifade edilmiştir. Bu madde hükmüne göre;

“Aşağıdaki durumlarda mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir:

- 1. Mirasçı, mirasbırakana veya miras bırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse,*
- 2. Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse.”*

Yukarıdaki madde hükmünde de belirtildiği üzere ıskat sebeplerinden ilki mirasçının, miras bırakan veya miras bırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi halidir. Bu bağlamda madde metninde belirtilen ağır bir suç ifadesini geniş

⁹ Rıza Çubukgil, “Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3 – 4, 1951, s. 596.

yorumlamak gerekir. Çünkü medeni kanundaki ağır suç ifadesi değişen durum şartlarını nitelendiren genel bir ifadedir. Bu kapsamda söz konusu ifade ceza kanununda öngörülen fiilleri ve fazlasını kapsayabilir¹⁰. Bu duruma ilişkin olarak somut olayın özellikleri ve hakimnin takdiri belirleyici olacaktır. Ancak konumuz açısından örnek vermek gerekirse eşlerin birbirine karşı Türk Ceza Kanunu kapsamında suç kabul edilen fiilleri bir ıskat sebebidir¹¹.

Cezai ıskat açısından bir diğer önemli husus ise işlenen fiilin bir sonuca ulaşmasa bile bir ıskat sebebi teşkil edebilmesidir.

Kanun açısından geniş yorumlanması gereken bir diğer husus ise miras bırakanın yakınıdır. Bu yakın kavramından durumun şartlarına göre miras bırakanın aile fertleri, akrabaları anlaşılabileceği gibi çok yakın arkadaşlık ilişkisi bulunan kimselerde anlaşılabilir.

¹⁰ “Murisin davacı oğlu ...'i, kendisine karşı olan ve aile hukukundan doğan hiçbir yükümlülüğü yerine getirmemesi, kendisini öldürmeye çalışması, eşinin cenaze töreninden sonra birçok kişinin önünde dövmesi, sürekli hakaretler etmesi, iftira atması, saygı, sevgi göstermeyen biri olması, sahte senet düzenleyerek kendisine borçlu göstermesi sebebiyle mirasçılıktan çıkardığı, vefatı halinde tüm mirasını kızları ..., ...'ya bıraktığını vasiyet ettiği görülmektedir.

Mirasbırakan ...'nin 29.06.2012 tarihli vasiyetnamede açıkladığı davacıyı mirastan ıskat sebebinin ispatı, çıkarmadan yararlanan davalı mirasçılara düşmektedir.

Davalılar, iddialarını ispat etmek için tanık dinletmiştir. Davalılar tanığı ...; "Ben davalı ...'nin imam nikahlı eşi olurum. Muris ... ile davacı ... Bey arasında kayınpederimizin cenazesinde yaşamış olduğumuz bir olay vardı. Cenazede normalde yıkandıktan sonra cenaze son kez evini ziyaret eder, adetleri böyledir. Ancak 02/10/2009 günü ... kayınpederimizin cenazesinin evine gitmesine izin vermiyordu. Bunun için herhangi bir sebep de göstermedi. Bu nedenle muris ... ile tartıştılar. Yemek esnasında kızgınlıkla 'sana yedirtmem' diye ... Bey bağırды. Buradaki kastın ... Hanımın paraları olduğunu düşünüyorum. Ayrıca ona 'Çok şerefsizsin, Allah belanı versin' gibi söylemlerde bulundu, sonra da kendisini sarsmaya başladı, hatta tokatlamaya çalıştı. Ancak muris ... kendisini koruduğu için tokadı atamadı. Bu esnada ... oğluna seslenerek "Alın şu kadını" dedi. Hatta bu olay yaşanırken bacağımın ... de olaya müdahale etmeye çalıştı. Bu nedenle kendisi de sanırım birkaç yumruk yedi. Bunun üzerine bayıldı ve hastaneye kaldırıldı. Kayıinvalidem muris ...'nin bu olay neticesinde kolu şişti. Davacı ..., annesi muris ...'yi hiç ziyaret etmezdi, bayramlarda dahi hiç ziyaret ettiğini görmedim." şeklinde beyanda bulunmuştur.

Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz. Dosyada, tanığın gerçek olmayan olayları gerçekmiş gibi ifade ettiğini kabule yeterli delil ve olgu yoktur. O halde, tanığın sözlerine değer vermek gerekir.

Bu durum karşısında Mahkemece, dinlenen tanık beyanı ile davalıların; davacının, murisin eşinin cenaze töreninden sonra murisi birçok kişinin önünde sarsıp, hakaret ettiği gibi, murise karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmediği ve böylece mirastan ıskat sebebinin ispat ettiği anlaşıldığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 3. HD, 2018/7003 E., 2019/2130 K., 14.3.2019 T.

¹¹ Erhan Günay, “Mirasçılıktan Çıkarma (TMK m. 510 – 513)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 11, S. 116, 2016, s. 122 – 123; Rıza Çubukgil, “Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 3 – 4, 1950, s. 447 – 449.

Diğer bir ıskat sebebi ise kanun metninde belirtilen, mirasçının miras bırakan ya da miras bırakanın aile üyelerine karşı hukuken yükümlü olduğu aile hukuku görevlerini önemli ölçüde yerine getirmemesi halidir.

Kanun koyucu mirasçının ağır bir suç işlemesi halinde olduğu gibi miras bırakan ve miras bırakanın aile üyelerine karşı hukuki yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde de bu yükümlülüklerin neler olduğunu net bir şekilde belirtmeyerek mevcut olayın şartlarına hakim tarafından uygulanmasını istemiştir. Bu durum mirasçının üstsoy, altsoy, kardeşleri ve eşine bakma, yardım ve saygı yükümlülüğünü ifade edebileceği gibi eşler açısından evlilik birliğinin gereklerini yerine getirme yükümlülüğünü de ifade edebilir¹². Bu çalışma bağlamında eşler açısından TMK m. 185 vd. hükümleri önem arz etmektedir. Bu kapsamda eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülüklerini yerine getirmeme, zina ya da onur kırıcı davranışlar eşler için bir ıskat sebebi oluşturabilir.

Yukarıdaki durumlar ıskat sebeplerini oluştursa da mirasçının mirastan ıskat edilebilmesi için miras bırakanın bu durumu tek taraflı bir ölümüne bağlı tasarruf işlemi yani bir vasiyetname ile belirtmesi gerekir. Aksi takdirde mirasçı, mirasçılık sıfatını sürdürmeye devam edecektir.

1.4. MİRASIN REDDİ

Mirasın reddi hususu TMK m. 605 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Mirasın reddi ile mirasçı, mirasçılık sıfatından vazgeçmektedir. TMK m. 605 hükmünde de belirtildiği üzere ret, mirasçının iradesinin bir sonucu olabileceği gibi miras bırakanın ölüm tarihinde aciz içinde olduğunun anlaşılması üzerine bir karine olarak da karşımıza çıkabilir.

¹² “Mirasbırakan, davacı eşini mirastan çıkarma sebebini 30.01.2009 tarihli vasiyetnamesinde; “Yaşlılık günlerimde bana bakacağını düşünerek 16.01.2003 tarihinde ... isimli bayanla evlendim. 2007 yılı temmuz ayında hastalanarak tedavi için İstanbul'a geldim. Akciğerlerde doku sertleşmesi teşhisi kondu ve nefes almakta güçlük çektiğim için oksijen makinası ile yaşamak zorunda kaldım. Bu zor günlerimde eşim beni yalnız bıraktı. Bir iki kez hastaneye uğrayıp kısa süreli ziyaretin dışında refakatçi olarak bir gün yanımda dahi kalmadı. “Ben senin dadın değilim çocukların baksın” diyerek beni terk edip gitti. Uzun süredir ne aradı ne de sordu. Bu nedenle bana ve evlatlarıma karşı aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal eden eşim ...'ı MK'nun 510. maddesi gereğince mirasçılıktan çıkarıyorum...” olarak açıklamıştır.

Toplanan deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacının, eş olarak mirasbırakana karşı gerekli vazifelerini yerine getirdiği, hastalığında muris ile ilgilendiği, vasiyetnameden sonra birlikte yaşadıkları, murisin , davacıya karşı açmış olduğu boşanma davasından feragat ettiği, mahkemeye sunulan feragat dilekçesi içeriği ve vasiyetnamede davacının mirasçılıktan çıkarılma sebepleri olarak belirtilen hususların davalı tarafça ispat edilemediği, bu itibarla mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olmadığı ortadadır.” Yargıtay 3. HD, 2016/9952 E., 2018/2354 K., 13.3.2018 T.

Hal böyle olunca, mahkemece; dava konusu 30.01.2009 tarihli vasiyetname ile mirasbırakan ...'ın, eş olan davacı hakkında gösterdiği sebeplerin, mirasçılıktan çıkarma sebebi sayılabilecek nitelik ve nicelikte bulunmadığı gözetilerek, TMK. nun 512. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca mirasçılıktan çıkarmanın tasarruf nisabı oranında geçerli olacağı, başka bir ifade ile davacının saklı payını isteyebileceği ve davaya tenkis davası olarak devam edilerek sonucu dairesinde hüküm tesisi gerekirken yazılı gerekçe ile vasiyetnamenin iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”

Mirasçının kendi irade beyanı ile mirası reddetmesi durumunda bu reddin hangi şekilde yapılacağı TMK m. 609 hükmünde belirtilmektedir. Buna göre;

“Mirasın reddi, mirasçılar tarafından sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanla yapılır.

Reddin kayıtsız ve şartsız olması gerekir.

Sulh hâkimi, sözlü veya yazılı ret beyanını bir tutanakla tespit eder.

Süresi içinde yapılmış olan ret beyanı, mirasın açıldığı yerin sulh mahkemesince özel kütüğüne yazılır ve reddeden mirasçı isterse kendisine reddi gösteren bir belge verilir.

Tutanağın ve kütüğün nasıl tutulacağı

Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.”

Mirasın reddi bozucu yenilik doğran bir irade açıklamasıdır. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere bu beyan yazılı veya sözlü bir şekilde yapılabilir. Ancak mirasın reddine yönelik bu açıklama herhangi bir kayda yahut şarta bağlanmamalıdır. Bu durumun tek istisnası TMK m. 614 hükmünde öngörülen sonraki mirasçı lehine rettir.

Ret yenilik doğuran bir irade beyanı olması sebebiyle, bu beyan sulh hukuk hakimine ulaşması ile birlikte hüküm doğurmaya başlar. Bu bağlamda doktrindeki bir görüş ret beyanın geri alınamayacağını ifade eder iken bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre bütün mirasçıların rızasının bulunması kaydı ile bu beyan geri çekilebilir¹³.

TMK m. 606 hükmüne göre mirası reddetmek isteyen mirasçı, miras bırakanın ölümü ve kendisinin mirasçı olduğunu öğrenmesi anından itibaren 3 ay içinde mirası reddetmelidir. Bu süre hak düşürücü bir süredir.

Mirasçının mirası reddetmesi ile mirasçı miras paylaşımı esnasında miras bırakandan önce vefat etmiş gibi kabul edilir. Bizim çalışmamız açısından mirası reddeden kişi sağ kalan eş olduğu için sağ kalan eş miras bırakan eşten önce ölmüş kabul edilir. Bu durumda sağ kalan eşin miras hakkı varsa alt soyuna yoksa zümre sisteminin esaslarına göre diğer mirasçılara pay edilir.

1.5. MİRASTAN FERAGAT SÖZLEŞMESİ

Mirastan feragat sözleşmesi TMK m. 528 – 530 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Bu sözleşme ile mirasçı, miras bırakandan alacağı bir karşılığa bağlı olarak (ivazlı) ya da karşılıksız (ivazsız) miras bırakanın mirasından ileride doğacak olan haklarından önceden vazgeçmiş olur.

İvazlı ve ivazsız feragat sözleşmeleri açısından bilinmesi gereken en önemli fark, ivazlı feragat sözleşmelerinde müstakbel mirasçının miras payını miras bırakan ile miras bırakanın ölümünden önce yapmış olduğu bir ölümüne bağlı tasarruf işlemi kapsamında aldığı kabul edilir ve bu işlemi yapan kişinin alt soyu da mirastan bir hak talep edemez. Ancak ivazsız mirastan feragat sözleşmesinde, müstakbel mirasçı tek taraflı bir ölümüne bağlı tasarruf ile ilerideki miras hakkından vazgeçtiği için bu kişinin varsa alt soyu miras üzerindeki haklarını korumaya devam eder.

¹³ Bilgi için bkz. Dural ve Öz, s. 413; İmre ve Erman, s. 367.

2. SONUÇ

Kanunun sınırlı sayıda göstermiş olduğu yasal mirasçılardan biri olan eşin miras hakkı boşanma, evliliğin butlanı, ıskat, mirasın reddi ya da mirastan feragat sözleşmesi kapsamında tamamen ortadan kalkabilecektir. Bununla birlikte sağ kalan eşin mirasçılıktan çıkarılmasını sağlayan bu sebepler belirli durumlar hariç olmak üzere atanmış mirasçı konumundaki eş için de geçerlidir.

Yukarıdaki bu ihtimaller içinde mirasın reddi ve mirastan feragat sözleşmesi sağ kalan eşin özgür iradesi aranmakla birlikte diğer haller açısından sağ kalan eşin rızasının bir önemi yoktur. Özellikle boşanma, evliliğin butlanı ya da ıskat hallerinde kanun koyucu diğer mirasçıların haklarını ve miras bırakanın bu husustaki tasarruflarını sağ kalan eşin kötü niyetli ya da kusurlu olması şartı ile korumak istemiştir.

KAYNAKÇA

- BERKİ**, Şakir: “*Türk Medeni Kanunda Karı Kocanın (Eşin) Mirasçılığı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 1964, s. 309 – 343.
- ÇUBUKGİL**, Rıza: “*Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi İskatın Hüküm ve Neticeleri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 3 – 4, 1951, s. 595 – 609.
- ÇUBUKGİL**, Rıza: “*Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3 – 4, 1950, s. 441 – 467.
- DOĞAN**, İzzet: “*Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (TMK 181. Madde)*”, Legal Hukuk Dergisi, 2006, s. 1031 – 1036.
- DURAL**, Mustafa/
- ÖZ**, Turgut: Miras Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- GÜNAY**, Erhan: “*Mirastan Çıkarma*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 116, 2016, s. 121 – 126.
- İMRE**, Zahit/
- ERMAN**, Hasan Miras Hukuku, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- SEROZAN**, Rona/
- ENGİZ**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ŞIPKA**, Şükran/
- ÇELİKEL**, Ali Yaşar: “*Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları*”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2017, s. 177 - 188.
- TAŞ KORKMAZ**, Hülya: “*Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2015, s. 1413 – 1482.

ESER SÖZLEŞMESİNDE BEDELİN BELİRLENME ŞEKİLLERİ

Av. NEVAL GÜZELBABA

A. Genel Olarak

TBK'da eser sözleşmesinde bedelin belirlenmesi açısından iki bedel türünden bahsedilmektedir. Söz konusu bu bedel türlerinden birincisi sabit(götürü) bedel (TBK m. 480); ikincisi ise yaklaşık bedeldir (TBK m.481,482). Çıkarlar bazında değerlendirildiğinde sabit bedel genellikle iş sahibi açısından uygunken yaklaşık bedel yüklenici açısından uygundur.¹ Sabit(götürü) bedelin iş sahibi açısından uygun olmasının sebebi oluşturulacak eser için iş sahibi sözleşme kurulurken ne ödeyeceğini bilmekte ve kendini buna göre ayarlayabilmektedir.² Yaklaşık bedelin yüklenici açısından daha lehe olmasının sebebi ise eserin meydana getirilme sürecinde yüklenici, kullandığı malzemeler açısından bir maliyet artışı söz konusu olursa bu artışlara karşı korunmuş olmaktadır.³

Bunlara ek olarak tarafların bedeli belirlememiş olmaları da söz konusu olabilmektedir. Bedel, taraflarca açıkça veya örtülü bir şekilde belirlenmiş de olabilir ve hatta birden fazla bedel çeşidi de taraflarca belirlenebilmektedir.⁴ Belirtildiği üzere TBK'da sabit bedel bir diğer adıyla götürü bedel ve yaklaşık bedel olmak üzere iki bedel türünden bahsedilmektedir.

B. Sabit (Götürü) Bedel

Taraflar, sözleşmede meydana getirilecek eser için ödenecek bedeli, önceden net şekilde belirlemişlerse, götürü bedel söz konusudur.⁵ Yani sonradan değişebilecek olan bir ücret götürü ücret değildir.⁶ Bir diğer deyişle ise tarafların evvelden kesin şekilde kararlaştırdıkları bedel götürü bedeldir. Örnek olarak bir inşaat sözleşmesinde taraflar yapının on milyon Türk Lirasına yapılmasını kararlaştırmışlarsa burada belirlenen bedel, götürü bedeldir.⁷ Götürü bedel, yaklaşık bedelde olduğu gibi yüklenicinin meydana getireceği eser için vereceği emeğe ve yaptığı masraflara bağlı değildir. Burada taraflarca kararlaştırılan bedel bağlayıcı niteliktedir.⁸ TBK m. 480/3'e göre eğer yüklenici daha

az masrafla ve emekle eseri meydana getirip, iş sahibine teslim ederse burada elde ettiği tasarrufu kendisine yani yükleniciye ait olur. Bu durumda iş sahibi yükleniciye bedelin tamamını ödemek durumundadır, yüklenicinin eseri daha az emek veya masrafla oluşturmasını ileri sürerek indirim yapılmasını talep edemez.⁹ Eğer taraflar bedeli götürü olarak belirlemişse ve meydana getirilecek eser tahmin edilenden fazla emek ve masraf gerektirmişse, yüklenici bunu kabullenmek durumundadır.¹⁰ Kural olarak, belirledikleri ücret ve ortaya çıkan ücret arasındaki farkı iş sahibinden talep edemez.¹¹ Bu yüzden maliyet artışlarından ortaya çıkabilecek riski yüklenici üstlenmektedir.¹² Bu açıklamalar doğrultusunda belirtmek gerekirse bir bedelin götürü bedel olabilmesi için ilk koşul meydana getirilecek eserin bedelinin önceden belirlenmiş olması iken diğer koşul ise belirlenmiş olan bu bedelin sonradan değiştirilemeyecek olmasıdır.¹³ Yüklenici, kural olarak bedelin artırılmasını isteyemese de istisnai olarak TBK m. 480/2 hükmüne göre, bedelin artırılması sağlanabilmektedir. Böylece yüklenici, eserin daha yüksek bir bedele mal olması riskini taşısa da bedel, tahmin edilen maliyetin altında kalırsa iş sahibi ile aralarında kararlaştırdıkları bedeli isteme hakkına da sahiptir.¹⁴ Dolayısıyla bazı istisnai hallerde bedel değiştirilebilir. Söz konusu ilgili kanunun 480/2 hükmü de bu istisnai hallerden biridir.

C. Yaklaşık Bedel

Taraflar, sözleşmede ödenecek bedel miktarını önceden kesin olarak belirleyebilecekleri gibi, bedel miktarını yaklaşık olarak da belirleyebilirler. İlgili kanunun 481. maddesi eser sözleşmesinde bedelin yaklaşık olarak belirlenebileceğini düzenlemiştir. Sözleşmenin bedeli, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulabilmesi açısından önem arz eder. Bu noktada iş sahibi kendini ayarlayabilmek adına eserin ne kadara mal olacağını bilmek isterken; yüklenici ise maliyet konusunda en başta öngörülemeyen olası artışlar açısından riskleri azaltmak ister.¹⁵ Eser sözleşmelerinde ifa çoğunlukla zaman almaktadır. Bu şekilde zamana yayılan bir sözleşme olması sebebiyle de yüklenicinin ortaya koyacağı eser için yapacağı masraflar en başta tam ve net olarak tespit edilemeyebilir.¹⁶ Yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, taraflar tahmini olarak bir bedel belirler fakat bu tahminlerin dayanağını oluşturan hesaplamalar ve yapılan giderler arasında fark ortaya

¹ ZEVLİLER, Aydın; GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Yayıncılık, Ankara 2016, s. 567.

² ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 566.

³ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 567.

⁴ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 567.

⁵ EREN, s. 651.

⁶ ARAL, Fahrettin; AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.427.

⁷ GÖNEN, Doruk: İnşaat Sözleşmesinde Bedel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 49.

⁸ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 567.

⁹ EREN, s. 652.

¹⁰ EREN, s. 652.

¹¹ EREN, s. 652.

¹² ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 536.

¹³ ÖZER, Tolga: Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel ve Bu Bedelin Uyarlanması, Dergi Park, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, Cilt:1, Sayı:2, s. 187. (E.T.: 10.12.2023)

¹⁴ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 537.

¹⁵ GENÇ, Melis: Türk Hukuku Bakımından Eser Sözleşmesinde Yaklaşık Bedel, Yöktez, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2023, s. 44. (E.T.:10.12.2023)

¹⁶ GENÇ, s. 45.

çıkması halinde bedel, fiilen yapılan harcamalara göre belirlenir¹⁷. Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerine yönelik yapılmış olan bir diğer tanımlama ise şu şekildedir: Tarafların sözleşmenin kurulması sırasında yaklaşık bir bedel belirleyip anlaştıkları, iş sahibinin yükleniciye yaptığı işin karşılığında ödeyeceği bedelin ise inşaat tamamlandıktan sonra netleştiği bedeldir¹⁸. Yani yaklaşık bedel söz konusu olduğunda taraflar sözleşme yapılırken eser için, ona karşılık ödenecek bedeli kesinlik olmadan belirler¹⁹. Burada, yaklaşık olarak bir bedel belirlenir, ilerleyen zamanda iş bitince keşifle belirlenecek olan bedel kararlaştırılır ve bu bedel de yüklenicinin gideri ve ortaya konan eserin değerine göre belirlenir²⁰. İlgili kanunun 482/1 madde hükmü uyarınca, eser bittiği zaman yapılan keşif sonucu belirlenen giderler, önceden belirlenen yaklaşık bedeli çok aşmışsa ve bunda iş sahibinin kusuru yoksa, iş sahibi eserin yapımı aşamasında yani eser henüz tamamlanmadan veya eserin ortaya çıkarılmasından sonra yani eser tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir. İlgili kanun 482/2 madde hükmü ise eserin iş sahibinin arsasına yapıldığı durumlarda iş sahibinin sahip olduğu hakları düzenlemektedir. Bu madde uyarınca ise eser iş sahibinin arsasına yapılmışsa, iş sahibi bedelden uygun miktarda indirim isteyebilir. Bunun haricinde yüklenici eseri henüz tamamlamamışsa iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkı da bulunmaktadır.

Yaklaşık bedelde taraflar, sözleşmede genellikle asgari bir miktar veya azami bir miktar gösterirler²¹. Yapılan işin değeri, belirlenen bu asgari veya azami sınırın altında kalsa veya üstünde olsa bile bedel bu sınır içerisinde kalır²². Örnek olarak taraflar arasında ödenecek olan miktarın 700.000 TL- 900.000 TL aralığında kararlaştırıldığı durumlarda TBK 481. Madde uyarınca gerçekleştirilen hesaplama neticesinde miktarın 950.000 TL olması halinde yükleniciye en fazla 900.000 TL ödenecektir. Veyahut ortaya çıkan meblağın 650.000 TL olması halinde yükleniciye ödenecek olan meblağ en az 700.000 TL olacaktır.

Taraflar, bedeli bu şekilde minimum-maksimum sınırlar içerisinde belirleyebileceği gibi tek bir yaklaşık bedel kararlaştırarak da belirleyebilir²³.

Yaklaşık olarak tek bir bedelin belirlenmesi, eserin meydana getirilmesi için gerekli olan masrafların önceden tespitiyle mümkündür. Bu masraf tutarını tespit edebilmek için bir keşif yapılır ve bu keşif sonucu bir bedel ortaya çıkar. Keşif sonucu belirlenen bu bedel, keşif bedelidir.²⁴ Tarafların eserin bu bedele göre yapılması konusunda netleşip netleşmemesine göre bedelin türü belirlenecektir.²⁵

¹⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 552.

¹⁸ GÖNEN, s. 140.

¹⁹ ZEVKİLER/GÖKYAYLA, s. 552.

²⁰ ZEVKİLER/GÖKYAYLA, s. 552.

²¹ EREN, s. 666.

²² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 554.

²³ BAYRAMOĞLU, s. 114.

²⁴ TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı 2. Cilt, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 280-281.

²⁵ BAYRAMOĞLU, s. 114.

Keşfin esasını oluşturan unsurlar taşınmazlar, taşınırlar, insan ve hayvanlar olabilir²⁶. Eser sözleşmelerinde yaklaşık bedelin konu olduğu bu çalışmada keşif çoğunlukla eser sözleşmelerinin bir alt dalı olan inşaat sözleşmelerinde söz konusu olmaktadır. İnşaat sözleşmelerinde konu olan keşifte ortaya çıkacak olan masraflar tespit edilip bu tespit sonucu bir rapor ortaya çıkarılarak maliyet hesabı oluşturulur²⁷. Yani eser sözleşmelerinin bir alt dalı olan inşaat sözleşmelerinde de çıkarılan bu maliyet hesabı keşif bedeli olarak vuku bulacaktır.

Keşif bedeli konusunda taraflar kesin olarak anlaşırsa götürü bedelin söz konusu olduğu bir sözleşme söz konusudur. Bedel bu şekilde kararlaştırılırsa, yüklenici eseri belirlenen bedel karşılığında meydana getirir²⁸. Yaklaşık bedel hususunda iş sahibi kararlaştırılan yaklaşık bedelin çok fazla aşılmayacağına olan inancıyla yüklenici ile bir sözleşme ilişkisi içerisine girmektedir²⁹.

TBK m. 481 sözleşmede bedelin yaklaşık olarak belirlenebileceğini düzenlediği gibi sözleşmede bedelin kararlaştırılmaması durumunu da düzenlemektedir. Bu madde hükmünce eğer sözleşmede bedel kararlaştırılmamışsa, ödenecek olan bedel, yapılan eserin meblağına ve yüklenicinin yaptığı giderine göre belirlenecektir.

II. TBK M. 482'YE GÖRE ESER SÖZLEŞMESİNDE YAKLAŞIK BEDELİN AŞILMASI

Eser sözleşmeleri, TBK'da da düzenlendiği üzere kendisinden doğan tüm borçların ifasıyla sona erebileceği gibi yaklaşık bedelin aşılması (TBK m. 482), eserin yok olması (TBK m. 483), tazminat karşılığı fesih (TBK m. 484), ifanın iş sahibi yüzünden imkansızlaşması (TBK m. 485) ve yüklenicinin ölümü ya da yüklenicinin becerisini kaybetmesi (TBK m. 486) hallerinde sona erebilir.

Eser sözleşmesinde yaklaşık bedelin aşırı olacak şekilde aşılması hususunun sonuçları söz konusu eserin iş sahibinin arsasının üzerine yapılıp yapılmamasına göre değişkenlik göstermektedir. Eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılıp yapılmaması hususu esas alınarak sözleşmenin geçmişe ya da geleceğe etki ederek sona ermesi söz konusu olacaktır.³⁰

Kanunda sözleşmenin sona ermesi başlıklı 482. Maddede belirtilen yaklaşık bedelin aşılması kavramı kapsam açısından belirsizdir ve içerik bakımından açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu bağlamda aşırı ölçüde aşılma kavramı genel bir düzenleme olan Türk Medeni Kanunu'nun³¹ 4. Maddesine başvurulacaktır.³² Bu madde doğrultusunda somut olayın özellikleri ve hâkimin takdiri söz konusu olacaktır.³³

²⁶ ALBAYRAK, Zeynep: Medeni Usul Hukukunda Keşif, Adalet Yayıncılık, Ankara 2019, s. 53.

²⁷ TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı 2. Cilt, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 281.

²⁸ BAYRAMOĞLU, s. 115.

²⁹ BAYRAMOĞLU, s. 96.

³⁰ BAYRAMOĞLU, s. 169.

³¹ 08.12.2001 Tarihli 24607 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanmıştır.

³² BAYRAMOĞLU, s. 171.

³³ BAYRAMOĞLU, s. 171.

TBK m. 482/1 hükmü eser sözleşmelerinin sona ermesinde yaklaşık bedelin aşılmasını düzenlemekte ve bu madde yaklaşık ücretin fazla aşılmasına karşı iş sahibini korumaktadır.³⁴ TBK m. 482/1 hükmüne göre, tarafların önceden belirlediği yaklaşık bedelin, iş sahibinin kusuru olmadan aşırı şekilde aşılması durumunda, iş sahibine eserin meydana getirilmesi esnasında veya eser meydana getirildikten sonra sözleşmeden dönme hakkı vermektedir. TBK m. 482/2 madde hükmü eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı durumda iş sahibinin bedelden bir miktar indirim yapılmasını isteyebileceğini ve eğer eser henüz tamamlanmamışsa yükleniciyi işe devamdan alıkoyup işin tamamlanan kısmı için hakkaniyet ölçüsünde bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebileceğini düzenlemiştir. Bu durumda eser sözleşmesinde yaklaşık bedelin aşılması hususu eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapılıp yapılmamasına göre farklı sonuçlar doğuracaktır.³⁵

Genellikle yükleniciler sözleşmeyi kurup işi alabilmek için yaklaşık keşif bedelinin hesaplanması sırasında meblağı bilerek düşük gösterebilirler ve bunun sonucu olarak iş sahibinin yüklenicilere olan güvenin boşa çıkması tehlikesi oluşabilir³⁶. Ya da yüklenicinin böyle bir kastı olmadan, yükleniciden bağımsız şekilde yanlış hesap yapılması durumu söz konusu olursa da iş sahibi zarar görebilir³⁷. TBK m. 482 hükmü, iş sahibinin karşılaşabileceği bu olası tehlikelere karşı korunabilmesi açısından önem arz eder³⁸.

A. Sözleşmeden Dönme

Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması sebebiyle sözleşmeden dönme durumu yukarıda genel hatlarıyla açıklandığı üzere TBK m. 482/1’de düzenlenmiştir. Söz konusu bu hükme göre başlangıçta belirlenen yaklaşık bedelin, iş sahibinin kusuru olmadan aşırı ölçüde aşılması halinde gerek eserin meydana getirilmesi sırasında gerek eser meydana getirildikten sonra iş sahibi sözleşmeden dönebilir. TBK m. 482/1’de belirtilen hükümde kastedilen fesih değil sözleşmeden dönmedir; bu sebeple sözleşmeden dönerek sona erdirmeye geçmişe etkili olacak şekilde sonuç doğurur.³⁹ Kanun koyucunun TBK 482. Maddenin birinci fıkrasında iş sahibinin sözleşmeden dönmesine olanak tanınması ile aynı maddenin ikinci fıkrasında iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesine olanak tanınması anlamında bilinçli bir ayırım söz konusudur. Bu iki fıkranın doğurduğu hukuki sonuçlar farklılık arz etmektedir.

İş sahibinin ilgili madde uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için bazı şartların varlığı gereklidir. Bu şartlardan ilki sözleşmenin yaklaşık bedelle kurulması, ikincisi yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması ve üçüncü şart ise bu aşımada iş sahibinin kusurunun olmaması gerekir.⁴⁰ TBK m. 482/1 hükmünde iş sahibi için tanınan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için öncelikle taraflar yaklaşık keşif bedeli belirleyip bu

bedel üzerinde anlaşma sağlamalıdır⁴¹. Yaklaşık keşif bedeli, yapılacak bir keşifle eserin tahmini ne kadara mal olacağını yani maliyetini ortaya koyacak olan bedeldir⁴². Bu sebeple yaklaşık keşif bedeli tarafların anlaştıkları eser için masraf tahminidir⁴³. Yapılacak olan bu keşif neticesinde ortaya çıkan bedel, sözleşmenin taraflarına sözleşmenin kurulması noktasında fikir vermekte ve tarafların bedel türünü belirlemesine yardımcı olmaktadır.⁴⁴

Taraflarca sözleşmede belirlenen bedelin hangi bedel türü olduğu hususu yoruma açık olabilir. Örneğin “ortalama, yaklaşık olarak, aşağı yukarı” gibi ifadeler yer alıyorsa sözleşmede yaklaşık bedelin varlığından söz edilebilmektedir. Eğer sözleşmede “kesin olarak, sabit olarak, bağlayıcı” gibi ifadeler yer alıyorsa bu noktada götürü bedelin varlığından söz edilebilmektedir.⁴⁵

Taraflar arasında yapılan sözleşmede hangi bedel türünün kararlaştırıldığı açık olmayabilir. Yani sözleşmede kararlaştırılan bedelin sabit bedel ya da yaklaşık bedel olup olmadığı hususu belirsiz kalmış olabilir. Bu konuda bir tereddütün olduğu durumlar açısından öğretide farklı fikirler söz konusudur. Böyle bir tereddütün olması halinde Tandoğan’a göre bu bedelin yaklaşık bedel kabul edilmesi gerekmekte iken Öz’e göre ise bu bedelin götürü bedel kabul edilmesi gerektiği şeklinde farklı yorumlar söz konusudur⁴⁶. Bizim de katıldığımız görüş ise Tandoğan’ın da belirttiği gibi bedel türleri anlamında bir tereddüt söz konusu olduğunda sözleşmedeki bu bedelin yaklaşık bedel kabul edilmesi gerektiği şeklindedir.

TBK m. 482/1 hükmündeki iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için diğer unsur ise yaklaşık bedelin aşırıya kaçacak ölçüde aşılması olmasıdır⁴⁷. Eserin meydana getirilmesi için yapılacak harcamanın, başlangıçta belirlenen yaklaşık bedelden aşırı ölçüde fazla olacağı anlaşıyorsa, yaklaşık bedel aşımış olur⁴⁸. Makul görülebilecek bir seviyede aşılma söz konusu ise iş sahibinin bu aşılmaya katlanması gerekir⁴⁹. Makul oranda bir aşma ile aşırı şekilde aşma arasında tolerans sınırı olarak adlandırılan bir sınır vardır⁵⁰. Tolerans sınırını geçen yani tolerans sınırının üzerindeki aşmalar aşırı şekilde aşma olarak kabul edilir⁵¹. Burada bir tolerans sınırının varlığının kabul edilme sebebi kesin maliyet tutarının tam olarak ve net şekilde belirlenmesindeki zorluktur⁵². Burada

³⁴ GENÇ, s. 43.

³⁵ EREN, s. 670.

³⁶ ARAL/AYRANCI, s. 432.

³⁷ GÖNEN, s. 157.

³⁸ ARAL/AYRANCI, s. 432.

³⁹ TANDOĞAN, s. 288.

⁴⁰ ARAL/AYRANCI, s. 435.

⁴¹ ARAL/AYRANCI, s. 436.

⁴² BAYRAMOĞLU, s. 125.

⁴³ KOCAAĞA, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 210. (Naklen: BAYRAMOĞLU, s. 126.)

⁴⁴ ARAL/AYRANCI, s. 435.

⁴⁵ GENÇ, s. 71.

⁴⁶ GENÇ, s. 72.

⁴⁷ ARAL/AYRANCI, s. 436.

⁴⁸ EREN, s. 669.

⁴⁹ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 572.

⁵⁰ BAYRAMOĞLU, s. 170; TANDOĞAN, s. 283.

⁵¹ BAYRAMOĞLU, s. 170.

⁵² KAPLAN, İbrahim: Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu (Mimarlık Sözleşmesi), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1983, s. 146 (Naklen: BAYRAMOĞLU, s. 171.)

%10'luk bir tolerans sınırının mevcudiyeti kabul edilmektedir⁵³. Yaklaşık keşif bedelinin üzerine çıkılmasının ne noktadan sonra aşırı ölçüde kabul edilerek TBK m. 482'den yararlanılmasını sağlayabileceği konusunda sözleşmede bir düzenleme olmaması halinde ise, somut olay baz alınarak çözüme ulaşılmaya çalışılacaktır⁵⁴.

İş sahibinin kanunda belirtilen sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için gerekli olan bir diğer unsur ise bu aşırı oranda aşılmaya iş sahibi kendisi sebep olmamalıdır. Her ne kadar madde hükmünde yalnızca “iş sahibinin kusuru olmaksızın” ifadesi yer alsa da iş sahibinin kusuru olmadan aşırı oranda aşılmaya sebebiyet veren davranış ve fiilleri kanunda 482. madde hükmündeki hakkın kullanımını engeller⁵⁵. İş sahibi yaklaşık bedelin aşılmasına sebep olmasa bile bu bedelin aşırı şekilde aşılmasını açıkça veya zımni olarak kabul ederse sözleşmeden dönme hakkından yararlanamayacaktır⁵⁶. İş sahibinin göz yumması yüzünden yapılan aşırı masraf sonucunda sözleşmeden dönme hakkı yoktur⁵⁷. Çünkü sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için iş sahibinin kusurunun olmaması gerekmektedir.

Yüklenici, yaklaşık bedelin aşırı şekilde artacağını fark ettiği an özen borcu gereği iş sahibine bu durumu haber vermelidir⁵⁸. Bu bildirimle aşırı bedel artışından haberdar olan iş sahibi, artışa rağmen sözleşmeden dönme hakkını kullanmazsa artık bedeli kabul etmiş sayılacağından sözleşmeden dönme hakkı kalmayacaktır⁵⁹.

B. Eserin İş Sahibinin Arsasının Üzerine Yapılması

İlgili kanunun m. 482/2 hükmü, eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı durumda ne olacağını düzenlemektedir. Sözleşmenin konusunu iş sahibinin arsasının üzerine yapılacak olan bir eser oluşturuyorsa TBK m. 482/2 hükmünce, iş sahibi yaklaşık bedelin aşırı oranda aşılması halinde bedelden uygun bir miktarın düşürülmesini isteyebileceği gibi; eserin henüz tamamlanmaması halinde, iş sahibi yükleniciyi işe devamdan alıkoyup, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebilmektedir.

Eserin, iş sahibinin arsasının üstüne yapıldığı haller için özgülünen bu düzenlemenin amacı, iş sahibinin taşınmazı veya arsası üzerine yapılan eserin, yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılması sebebiyle sözleşmeden dönülmesi halinde arazinin bütünleyici parçası haline gelip iş sahibinin mülkiyeti olan alanda kalmış olmasıdır⁶⁰. Yüklenicinin eser için yapmış olduğu masrafların yaklaşık bedeli aşırı şekilde aştığı veya aşacağına anlaşıldığı durumlarda iş sahibinin kullanabileceği iki hakkı bulunmaktadır. Biri iş sahibinin, yüklenicinin iş görme faaliyetinin durdurulmasını isteyip eserin tamamlanan bölümü için hakkaniyete uygun bir

bedel ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi iken bir diğeri eserin tamamlanmasını bekleyerek bedelden uygun bir miktarın düşürülmesini talep etmektir⁶¹. Burada iş sahibi açısından hangi hakkı kullanmak istiyorsa ona göre seçimlik hak söz konusudur⁶². TBK m. 482/2 hükmünün kullanılabilmesi için yukarıda belirtilen TBK m. 482/1 hükmündeki şartların burada da gerçekleşmesi gerekir⁶³.

1. İş Sahibinin Bedelde İndirim Yapılmasını Talep Etmesi

TBK m. 482/2'ye göre iş sahibinin sahip olduğu ilk imkân, TBK m. 481'e göre hesaplanacak olan bedelden uygun bir miktarın düşürülmesini istemektir⁶⁴. İş sahibi, söz konusu yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı zamanda veya bu bedelin aşılabileceğinin anlaşıldığı zamanda yüklenicinin söz konusu eseri tamamlamasını bekleyip anlaşıldıkları bedelden indirim yapılmasını talep etme hakkına sahiptir⁶⁵. Bedelde indirimin amacı, iş sahibinin yaklaşık bedelin aşılmasını makul bir oranda kabul etmesi düşüncesiyle, yüklenicinin yaklaşık bedele uyacağını belirtmesine rağmen yüklenicinin faaliyeti esnasında aşırı şekilde aşmayı gerçekleştirmesinden kaynaklanmaktadır⁶⁶. Bedelin düşürülmesini talep etme hakkı yenilik doğuran bir haktır⁶⁷. Yenilik doğuran hak vasfında olan bedelden uygun miktarın düşürülmesini talep etme hakkı, iş sahibinin karşıya yönelteceği tek taraflı irade beyanıyla kullanılır⁶⁸. Bu noktada iş sahibi, ancak tolerans sınırını geçen aşmalar için bedelin düşürülmesini talep edebilir⁶⁹. Çünkü, iş sahibi yaklaşık bedelin tolerans sınırına kadar aşılması durumunu, bu ihtimali en baştan kabul etmektedir⁷⁰.

Öğretide adil bir paylaşım yapılabilmesi adına tolerans sınırının üstündeki aşmanın taraflara yarı oranda bölüştürülmesi gerektiği belirtilmektedir⁷¹. Ancak hâkim TMK m. 4'e göre somut olayın tüm özelliklerini baz alarak ve takdir yetkisini kullanarak düşürülecek bedeli belirleyecektir⁷². İndirilmiş olan bedel, durumun niteliği ve iş sahibinin üstlendiği riske bağlı olarak dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak şekilde iş sahibini zor duruma sokuyorsa bu bedel daha da indirilebilir. Bunun gerçekleşmesi için yüklenicinin aşırı şekilde aşılmayla ilgili bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması gerekmektedir.⁷³

⁶¹ BAYRAMOĞLU, s. 267.

⁶² EREN, s. 670.

⁶³ BAYRAMOĞLU, s. 268.

⁶⁴ GÖNEN, s. 194.

⁶⁵ GENÇ, s. 112.

⁶⁶ TANDOĞAN, s. 294.

⁶⁷ GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 2011, s. 979. (Naklen: BAYRAMOĞLU, s. 280.)

⁶⁸ GÖNEN, s. 194.

⁶⁹ BAYRAMOĞLU, s. 281.

⁷⁰ BAYRAMOĞLU, s. 281.

⁷¹ BAYRAMOĞLU, s. 281.

⁷² BAYRAMOĞLU, s. 283.

⁷³ BAYRAMOĞLU, s. 284

⁵³ TERCIER, Pierre/ FAVRE, Pascal G.: Les Contrats Specilux, 4. Edition, Zürich 2009, s. 3725.(Naklen: ARAL/AYRANCI, s. 436.)

⁵⁴ GÖNEN, s. 162.

⁵⁵ EREN, s. 669.

⁵⁶ TANDOĞAN, s. 286.

⁵⁷ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 572.

⁵⁸ BAYRAMOĞLU, s. 198.

⁵⁹ ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 77.

⁶⁰ GÖNEN, s. 190.

Eser tamamlandıktan sonra iş sahibi, yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasından ötürü sözleşmeyi feshedemez ama bedelin indirilmesini isteyebilir⁷⁴. Çünkü TBK m. 482/2’de belirtilen fesih hakkı, eserin tamamlanmadığı durumlar için öngörülmüştür.

Eğer iş sahibi, aşan bedeli ödemeyi kabul ediyorsa bedel indirimi talep edememektedir⁷⁵.

2. İş Sahibinin Sözleşmeyi Fesih Hakkı

TBK m. 482 hükmü uyarınca yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığı veya aşılabileceğinin anlaşıldığı zamanda iş sahibi, yüklenicinin iş görme faaliyetini durdurmasını talep ederek eserin tamamlanan bölümü için hakkaniyete uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir. Eğer eser tamamlanmışsa, iş sahibi sözleşmeyi feshedemez⁷⁶. İş sahibi sözleşmenin feshi hakkını eser henüz tamamlanmadan kullanabileceği için, bu yöndeki iradesini eserin yapımı devam ederken aşırı masraflardan haberi olduğu an, gecikmeksizin karşı tarafa açıklamalıdır⁷⁷. Aksi halde yani iş sahibi durumdan haberdar olmasına rağmen sessiz kalırsa, sözleşmeyi fesih hakkını kullanamaması durumuyla karşı karşıya kalabilir⁷⁸. Eser sözleşmelerinin türü olan inşaat sözleşmeleri bakımından belirtilmelidir ki; henüz oturma izni alınmamış olsa bile, inşaatın fiziken tamamlanıp oturma izni almaya elverişli hale gelmiş olması, sözleşmenin feshi hakkının ortadan kalkması için yeterlidir⁷⁹. İlgili kanunun m. 482/1’de “dönebilir” şeklinde bir ibare varken, yine aynı maddenin ikinci fıkrasında “feshedebilir” şeklindeki ibareye yer verilmiştir. İş sahibinin sözleşmeden dönmesiyle sözleşme geçmişe yönelik sonuç doğururken, fesih hakkını kullanmasıyla sözleşme ileriye yönelik sonuç doğuracaktır⁸⁰.

TBK m. 482 hükmü uyarınca sözleşmeyi fesheden iş sahibi yükleniciye, işin tamamlanan kadrlık kısmı için hakkaniyete uygun bir bedel ödemelidir. Bu noktada önemli olan husus, iş sahibinin fesih hakkını kullandıktan sonra, eserin o ana kadar tamamlanan kısmı için yükleniciye ödeyeceği hakkaniyete uygun bedelin ne şekilde tespit edileceğidir⁸¹. Taraflar bu konuda anlaşamazsa, iş sahibinin yükleniciye fesih anına kadar yapılan işler karşılığında ödeyeceği bedeli, hâkim takdir yetkisini kullanarak belirleyecektir⁸².

Hakkaniyete uygun bedelin belirlenmesinde çeşitli yöntemlere başvurulabilmektedir. Bunlardan ilki yüklenicinin yapılan kısma ilişkin masraflarının tam olarak ödenmesi, diğeri yaklaşık bedelin yapılan kısmın bütün esere olan oranı kadarının ödenmesi ve son olarak iş sahibinin zenginleştiği miktarın karşılığının ödenmesidir⁸³. Doktrinde bazı yazarlar

bedelin belirlenmesinde ilk metodun uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁴. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre hâkim sadece bu yöntemle göre yani fesih anına kadar tamamlanan kısmın iş sahibinin malvarlığında yarattığı artışı baz alarak da bir miktar belirlememelidir⁸⁵. Çünkü bu yöntem, kusuruyla yaklaşık bedelin aşırı oranda aşılmasına sebep olmayan yüklenicinin aleyhine sonuç doğurur⁸⁶. Yüklenicinin yaklaşık bedelin aşılmasında kusuru hafif ise yapılan kısmın bütün esere olan oranı kadarı verilebilir⁸⁷. Yaklaşık bedelin aşılmasında yüklenicinin herhangi bir kusuru yoksa yaptığı işlerin ve ortaya çıkan masrafların karşılığı verilmelidir⁸⁸. Fakat bu bedel TBK m. 484’te belirtilen tam tazminat bedeli kadar olamaz⁸⁹. TBK m. 484’teki tazminat, yapılan işler ve yüklenicinin tüm zararlarının karşılığı iken, TBK m. 482/2’deki hâkim tarafından takdir edilecek olan hakkaniyete uygun bedel, sadece yüklenicinin yaptığı işlerin karşılığıdır⁹⁰.

Dolayısıyla hakkaniyete uygun bedel miktarının belirlenmesinde hâkimin bu yöntemlerden hangisini uygulayacağı hususu, yüklenicinin yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılmasındaki kusur derecesine, aşan miktarı ödeyecek olan iş sahibinin bu ödemedene ne kadar etkileneceğine, aşırı şekilde aşılmanın gerçekleşeceğinin önceden anlaşılıp anlaşılmamasına göre farklılık gösterecektir⁹¹.

Ek olarak kanundaki m. 482/2 hükmü, eserin iş sahibinin arsasının üzerine yapıldığı durumları belirttiği için bu hüküm arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanabilirmiş gibi görünse de söz konusu madde yaklaşık ücretle yapılan eserlere yönelik olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanmaz⁹². Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye ait olacak arsa payları oluşturulacak eser karşılığındaki bedel olduğu için sabit ücret söz konusudur⁹³. Diğer bir deyişle sabit ücretin söz konusu olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine, yaklaşık bedelin söz konusu olduğu TBK m. 482 hükmü uygulanamayacaktır.

⁷⁴ BAYRAMOĞLU, s. 284.

⁷⁵ ÖZ, s. 78.

⁷⁶ EREN, s. 671.

⁷⁷ GÖNEN, s. 196.

⁷⁸ GÖNEN, s. 196.

⁷⁹ ÖZ, s. 78.

⁸⁰ BAYRAMOĞLU, s. 275.

⁸¹ GÖNEN, s. 197.

⁸² GÖNEN, s. 198.

⁸³ BAYRAMOĞLU, s. 277.

⁸⁴ GAUCH, s. 977. (Naklen: BAYRAMOĞLU, s. 277)

⁸⁵ GÖNEN, s. 198.

⁸⁶ GÖNEN, s. 198.

⁸⁷ BAYRAMOĞLU, s. 278.

⁸⁸ BAYRAMOĞLU, s. 278.

⁸⁹ GAUCH, s. 977. (Naklen: BAYRAMOĞLU, s. 279.)

⁹⁰ BAYRAMOĞLU, s. 279.

⁹¹ BAYRAMOĞLU, s. 278.

⁹² ŞAHİN, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 126.

⁹³ ŞAHİN, s. 126.

MİRAS SÖZLEŞMELERİ

BURCU ULUSOY ÇANI

GİRİŞ

Miras sözleşmesi, şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olup, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğurması maksadıyla yapılmaktadır. Miras sözleşmesi ölüme bağlı tasarruf olmasının yanında gerçek anlamda bir sözleşmedir. Bu bakımdan miras sözleşmesi, vasiyetnameden farklı bir işleve sahiptir. Miras sözleşmesinin konusu mirasbırakanın terekesi olup sözleşmenin yapılmasıyla birlikte mirasbırakanın terekesi yükümlülük altına girer.

Miras sözleşmesi şekle bağlı bir sözleşme olup ancak iki şahitin katılımı ile birlikte resmi vasiyetname şeklinde kurulabilir. Şekil şartına uyulmadan yapılan miras sözleşmesi geçersizdir. Miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin tam ehliyetli olması zorunludur. Miras sözleşmesi yapıldığı sırada mirasbırakanın tam ehliyetli olması yeterli olup sonradan meydana gelen değişiklikler sözleşmenin geçerliliğini etkilemez.

Kanunumuzda miras sözleşmesi olumlu miras sözleşmesi ve mirastan feragat sözleşmesi olarak ayrıma tabi tutulmuştur. Mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli bir malını sözleşme yaptığı kişiye veya üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeye olumlu miras sözleşmesi denilmektedir. Olumlu miras sözleşmesi ile mirasbırakan, mirasçı atamakta veya vasiyet alacaklısı belirlemektedir. Mirastan feragat sözleşmesi ise; mirasbırakan ile muhtemel mirasçı arasında yapılan muhtemel mirasçının miras hakkından tamamen veya kısmen vazgeçmesini konu alan sözleşmedir. Mirastan feragat sözleşmesi çeşitli saiklerle yapılmaktadır. Muhtemel mirasçı, mirastan feragat sözleşmesini bir karşılık olarak yapabileceği gibi bir karşılık almadan da yapabilir.

Miras sözleşmesinin iki taraflı hukuki işlem olmasından dolayı; sona erdirebilmek için kural olarak tarafların anlaşması gerekir. Ancak bazı istisnai hallerde tek taraflı olarak sözleşmeden dönmede mümkündür. Şöyle ki; sağlараarası bir edim yerine getirme borcu altına giren mirasbırakanın, yükümlülük altına girdiği edimi yerine getirmediği durumlarda, muhtemel mirasçı tarafından sözleşmeden dönülebileceği gibi, irade sakatlıklarına dayanarak da sözleşmeden dönmek mümkündür.

MİRAS SÖZLEŞMESİ

1. Genel olarak

Kanunumuzda iki tür şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf bulunmaktadır. Bunlar; vasiyetname ve miras sözleşmesi olup bunların haricinde herhangi bir ölüme bağlı tasarruf tipi mevcut değildir. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türleri hukukumuzda numerus clausus olarak düzenlenmiştir¹.

Bir kimsenin ölümünden sonra hüküm doğurması için yaptığı sözleşmeye miras sözleşmesi denilmektedir. Miras sözleşmesi şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden biridir. Miras sözleşmesi yapma kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılmasıdır. Miras sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlemdir. Şöyle ki; sözleşme yapmak isteyen tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının açıklanmasıyla kurulur ve sözleşmenin taraflarını etkiler. O halde, miras sözleşmesi yaparak ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi, tek taraflı olarak sözleşmeden dönemez².

Miras sözleşmesinin konusu mirasbırakanın terekesidir. Mirasbırakanın terekesi sözleşmenin yapılmasıyla birlikte yükümlülük altına girer. Hukukumuzda, miras sözleşmesinin resmi şekilde ve sözleşmeyi yapan kişinin tam ehliyetli olması şartı aranmaktadır³ Miras sözleşmesi niteliği itibarıyla ölüme bağlı bir sözleşme olduğundan miras payının mirasçı tarafından devrini düzenleyen TMK m.677-678 hükümlerinin miras sözleşmesine uygulanması mümkün görünmemektedir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi miras sözleşmesinin en yaygın örneklerinden olup bu sözleşme ile bir taraf diğerine ölünceye kadar bakmayı, diğer taraf ise ölümünden sonra belirli bir mal bırakmayı üstlenmektedir. Bu durumda, sağlараarası hukuki işlem ile ölüme bağlı hukuki işlem iç içe geçmiş haldedir⁴.

2. Miras Sözleşmesi ile Vasiyetname Arasındaki Farklılıklar

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf kavramına dahil olan hukuki işlemler, kanunumuzda sınırlı sayıda (numerous clausus) olup, bunlar vasiyetname ve miras sözleşmesidir. Aynı çatı altında toplanan bu iki hukuki işlem arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle miras sözleşmesinin sözleşme olduğu gerçeği unutulmamalıdır. Bu bakımdan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının mevcudiyeti aranmaktadır.

Geçerli bir miras sözleşmesinden bahsedebilmek için tarafların resmi memurun önünde hazır olması, iradelerini birbiri ardına sözlü veya yazılı olarak açıklamaları, memur ve iki tanığın önünde sözleşmenin okunarak imzalanması gerekmektedir. Vasiyetname ise

¹ Erman, H., İmre, Z. (2015). Miras Hukuku. İstanbul: D&R Yayınları. Bs.1. s.55.

² Antalya, G. (2021). Miras Hukuku Cilt III. Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.5. s.188-189.

Erişim Adresi: <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=90875> Erişim Tarihi: 4.12.2023.

³ Öztan, B. (2017). Miras Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi. Bs. 8. s. 241.

⁴ Ruhi, C., Ruhi, A.C. (2023). *Vasiyetname ve Miras Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.3 s. 68-69. Erişim Adresi: <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=104834> Erişim Tarihi: 7.12.2023

tek taraflı bir hukuki işlem olup sözleşme değildir. Vasiyetname için tarafların karşılıklı iradelerine ihtiyaç yoktur. Mirasbırakanın tek taraflı iradesinin oluşması yeterlidir. Her ne kadar miras sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunlu olsa da vasiyetname el yazılı, resmi veya bazı hallerde sözlü olarak dahi yapılabilir.

Miras sözleşmesi iki taraflı hukuki işlem olma özelliğinden dolayı kural olarak tarafların anlaşmasıyla sona erer. Ancak bazı hallerde sözleşmenin tek taraflı irade beyanıyla ortadan kaldırılması (TMK m.546/II, m.547) mümkün olup bazı hallerde ise kendinden sona ermektedir (TMK m.548). Vasiyetname ise ölümün gerçekleştiği ana kadar her zaman tek taraflı irade beyanıyla geri alınabilir⁵.

Diğer bir farklılık ise ehliyet noktasında kendini göstermektedir. Vasiyetname düzenleyebilmek için, ayırt etme gücüne sahip ve 15 yaşını doldurmuş olmak yeterliken miras sözleşmesi yapabilmek için tam fiil ehliyeti gerekmektedir.

3. Miras Sözleşmesinin Şekli

Miras sözleşmesi şekle bağlı bir sözleşme olup TMK m.545 hükmü miras sözleşmesinin şeklini düzenlemektedir. Hüküm, miras sözleşmesinin tek bir kuruluş şekli olduğunu, ancak iki şahitin katılımı ile birlikte resmi senet ile kurulacağını düzenlemiştir. Miras sözleşmesinin resmi senet ile kurulması hususu vasiyetnameye benzemektedir. Ancak miras sözleşmesi düzenlenirken sözleşmenin iki taraflı hukuki işlem olması sebebiyle sözleşmenin düzenlendiği sırada iki tarafında hazır bulunması gerekir. Şekil şartına uyulmadan yapılan miras sözleşmesinin geçersizliği her zaman ileri sürülebilir.

Miras sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için; sözleşmenin tarafları sözleşme kurmaya yönelik iradelerini ve bu iradelerinin içeriklerini aynı anda noter huzurunda açıklamalıdır. Noter, tarafların beyanlarına uygun sözleşmeyi hazırlar ve taraflara okuması için verir. Bu esnada tarafların hazır olması sözleşmenin geçerlilik şartıdır. Taraflar okuma yazma bilmiyorsa, noter veya üçüncü bir kişi sözleşmeyi taraflara okuyabilir. Her iki tarafta noterin ve tanıkların önünde sözleşmeyi imzalaması gerekmekte olup bu husus sözleşmenin geçerlilik koşuludur⁶.

Görüldüğü üzere miras sözleşmesi resmi yazılı geçerlilik koşuluna tabidir. Miras sözleşmesi noter tarafından re'sen düzenlenir. Ayrıca tanıklara ilişkin düzenlemeye katılma yasağına ilişkin TMK m.536 hükmü aynen geçerlidir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2018/6442 Esas, 2019/3674 Karar, 24.4.2019 Tarihli kararında; davacı taraf miras sözleşmesinin açılıp okunması talebi ile başvurmuş, yerel mahkeme miras sözleşmesinin açılıp okunmasını ve vasiyetnameden bu şekilde el çekilmesi kararı verilmiştir. Hüküm mirasçı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay tarafından; Mirastan feragat sözleşmesi ve kapsamı Türk Medeni Kanunu'nun 528 ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiş olup, miras sözleşmesinin bir çeşididir. TMK'nın 545. maddesi uyarınca miras sözleşmesinin geçerli olabilmesi için resmi vasiyetname

şeklinde yapılması zorunludur. (Yargıtay İ. B. K. 11.02.1959 tarih 16/14 sayılı Kararı) Vasiyetnamenin açılması ise TMK'nın 596. Maddesinde düzenlenmiş olup vasiyetname açılırken sulh hakimince izlenmesi gereken usul belirtilmiştir. Miras sözleşmesinin ve bu kapsamda yer alan mirastan feragat sözleşmesinin "resmi vasiyetname şeklinde yapılması hususu yalnızca" geçerlilik şekline ilişkin olup, mirastan feragat sözleşmelerinin vasiyetnamelerdeki usul doğrultusunda açılıp okunacağına ilişkin kanunda bir hüküm bulunmadığı gibi noterde düzenlenmiş olan mirastan feragat sözleşmesinin mirasbırakanın ölümü halinde sulh hakimine gönderilmesine dair de bir düzenleme söz konusu değildir. Bu açıklamalar doğrultusunda mahkemece talebin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulmasına karar verilmiştir⁷

4. Ehliyet

Miras sözleşmesinde ehliyet koşulu vasiyetnameden farklılık arz etmektedir. Ehliyete ilişkin hüküm TMK m. 503'de yer almakta olup kişinin miras sözleşmesi yapabilmesi için ayırt etme gücüne haiz, kısıtlı olmama ve ergin olma şartlarının bir arada bulunması gerekir.

Ehliyet şartı, terekesi üzerinde tasarrufta bulunan kişi bakımından aranmaktadır. Malvarlığı üzerinde herhangi bir etkisi olmayan, kendisine sadece mal bırakılan veya mirasçı tayin edilen kişi bakımından kanunda aranan ehliyet şartlarının bulunması zorunlu değildir. ⁸ Bu sebeple, ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf ile ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf farklı ehliyet rejimine tabidir. Ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın ehliyeti az öncede belirttiğimiz üzere kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup TMK m.503 hükmünde yer almaktadır.

Miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin tam ehliyetli olması zorunlu olup bu halin tasarrufun yapıldığı ana mevcudiyeti aranır. Yani, kişinin ölüme bağlı tasarruf yaptıktan sonra ehliyetini kaybetmesi durumunda miras sözleşmesinin geçerliliği etkilenmeyecektir. Mirasbırakan sıfatıyla sözleşmeye taraf olan kişinin, tam ehliyetli olması için aranan şartlardan ilki, ergin olma halidir. Mirasbırakanın erginliği ne şekilde kazandığının önemi olmayıp, ergin kabul edilmesini sağlayan tüm yollar burada geçerlidir. Tam ehliyetli olması bakımından bir diğer ve en önemli şart ise; ayırt etme gücüne sahip olması durumudur. Ayırt etme gücünün varlığı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Ayırt etme gücüne sahip olan kimse, ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu farkında ve bu tasarrufunun ne anlama geldiğini, sonuçlarını anlaması ve buna uygun hareket etmesi gerekir. Son şart ise; kısıtlı olmama halidir. Kısıtlanma sebepleri Medeni Kanunumuzda sınırlı sayıda düzenlenmiş olup kişi ayırt etme gücüne sahip ve ergin olsa dahi akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyarıcı madde bağımlılığı gibi sebeplerden biriyle kısıtlanmışsa miras sözleşmesi yapamaz⁹.

⁵ Avcı Braun,, C., Tekben, T. (2022). *Miras Sözleşmesinde Tarafların Ehliyet Durumu ve Ehliyetsizliğe Bağlı Hukuki Sonuçlar*. Türk-Alman Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 4(2), s.419-420. Erişim Adresi: <https://pdf.trdizin.gov.tr/> Erişim Tarihi: 17.12.2023

⁶ Öztan, s. 243-244.

⁷ <https://proxy.dogus.edu.tr:2158/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2018-6442-k-2019-3674-t-24-4-2019> Erişim Tarihi : 19.12.2023

⁸ Ruhi, s.70

⁹ Avcı Braun,, s.437-439.

5. Miras Sözleşmesinin Çeşitleri

Miras sözleşmeleri çeşitli şekillerde tasnif edilmekte olup en önemli ayırım olumlu ve olumsuz miras sözleşmesi ayrımıdır. Olumlu miras sözleşmesi TMK m. 527 hükmünde, olumsuz miras sözleşmesi ise TMK m.528 hükmünde düzenlenmiştir¹⁰.

5.1.Olumlu Miras Sözleşmesi

Mirasbırakan, sözleşme yaptığı kişiye veya üçüncü bir kimseye mirasını veya belirli malını bırakma yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeye olumlu miras sözleşmesi denilmektedir¹¹. Olumlu miras sözleşmesinin konusu esas itibarıyla mirasçı atama veya belirli mal bırakma vasiyeti oluşturmaktadır. Ancak miras sözleşmesi tüm bunlarla sınırlı değildir. Tarafların iradelerinin uyuşması ile yapılabilecek yükleme, paylaşma ve tasfiye kurallarını belirleme gibi hususlar da miras sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir. Tartışmalı olmakla birlikte vakıf kurmak, vasiyeti yerine getirme görevlisi atamak gibi tek taraflı iradeyle gerçekleştirilecek hususlarda miras sözleşmesinin içeriğini oluşturabilir¹².

Olumlu miras sözleşmesi yapan mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarrufta bulunabilir. Ancak terekesine yönelik tasarrufları miras sözleşmesiyle bağdaşır nitelik taşıması gerekir. Aksi halde miras sözleşmesindeki yükümlülükleriyle bağdaşmayan tasarruflarına karşı itiraz edilebilir (TMK m.527)¹³.

Miras sözleşmesiyle yapılan mirasçı atama ile bağdaşmayan tasarrufların iptal edilebilmesi için mirasbırakanın malvarlığını eksiltmeyeceğine dair ayrı bir taahhütte bulunmuş olması gerekir. Ancak, mirasbırakanın kasti olarak malvarlığını önemli ölçüde azalttığı hallerde tazminat ödemek zorunda kalır.

Mirasbırakan, miras sözleşmesiyle belirli mal vasiyetinde bulunduğu hallerde, sözleşmeyle bağdaşmayan tasarruflarda bulunursa, taahhüde gerek olmaksızın son hukuki işlemi iptal edilebilir. Ancak bu kural, vasiyetin konusuna göre değişmektedir. Şöyle ki; vasiyet konusu misli mal olduğu hallerde, bu mal terekede mevcut olmasa dahi, mirasçılar tarafından temin edilerek vasiyet alacaklısına teslim edilmek zorundadır¹⁴.

Mirasbırakan olumlu miras sözleşmesi düzenleyerek mirasçı ataması yaptığı durumlarda, mirasçı atanmış kişi külli halef olur. Ancak miras sözleşmesi ile atanmış mirasçı saklı paylı mirasçı olmadığından miras payı halefiyet yoluyla alt soya geçmez. Belirli mal bırakıldığı durumlarda ise, lehine mal bırakılan kişi cüzi halef durumuna gelir ve bunun sonucu olarak mirasbırakanın ölümünden sonra tereke üzerinde doğrudan hak sahibi olmayıp kişisel bir talep hakkına sahip olur¹⁵.

¹⁰ Akkurt, S.S., Erdoğan, K., Tokat, H. (2023). *Medeni Hukuk Temel Bilgiler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs. 4. s. 806. Erişim Adresi:

<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=122037> Erişim Tarihi: 7.12.2023.

¹¹ Keskin, A.D., Demircioğlu, H.R. (2023). *Medeni Hukuk- II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.3 s.240-241. Erişim Adresi: <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=88530> Erişim Tarihi: 4.12.2023

¹² İnan, A.N., Ertaş, Ş., Albaş, H. (2022). *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.11. s.211-212. Erişim Adresi: <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=95136> Erişim Tarihi: 17.12.2023

¹³ Günay, E. (2021). *Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.3. s. 269.

¹⁴ İnan, s.286.

¹⁵ Ruhi, s.71.

Taraflar olumlu miras sözleşmesi ile üçüncü kişi yararına tasarrufta bulunabilir. Bu durumda miras sözleşmesinin taraflarının dışında yararlanan bir kimse bulunmaktadır. Bu durumda, sözleşme uyarınca yararlanan kimse bekleme durumu kazanır. Üçüncü kişi mirasçı olarak atanabileceği gibi kendisine belirli mal da bırakılabilir. Örnek vermek gerekirse; eşler aralarında yapacakları miras sözleşmesiyle eşlerden birinin önceki evliliğinden olan çocuğu mirasçı olarak atanması veya terekedeki belirli bir malın diğer eşin çocuğuna bırakılmasını kararlaştırabilirler.

Miras sözleşmesini her iki taraf bakımından bağlayıcı ölümüne bağlı tasarruf şeklinde yapılabileceği gibi taraflardan sadece birinin terekesi üzerinde de yapılabilir. Tek taraflı miras sözleşmelerinde, sadece tek bir taraf ölümüne bağlı tasarruf yapmakta, diğer taraf, bu tasarrufu kabul ederek yararlanan sıfatını alır ve vasiyet alacaklısı veya atanmış mirasçı durumuna gelir. Miras sözleşmesinden yararlanan kimse bu yararlanmaya karşılık herhangi bir yükümlülük altına girmeyebilir. Bu durumda tek taraflı ivazsız miras sözleşmesinin varlığı kabul edilir. Ancak mirastan yararlanan kimse, bu kazandırmaya yönelik sağlararası bir edimde bulunmayı taahhüt ettiği durumda tek taraflı ivazlı miras sözleşmesinden bahsedilir.

Miras sözleşmesine taraf olan mirasçı veya belirli mal bırakılan kimse de mirasbırakanı kendisine mirasçı olarak atayabilir. Bu durumda iki taraflı miras sözleşmesinin varlığından bahsedilir. İki taraflı miras sözleşmesinde, birbirinden bağımsız iki miras sözleşmesi tek bir sözleşmede birleşmiştir¹⁶.

5.2.Olumsuz Miras Sözleşmesi (Mirastan Feragat Sözleşmesi)

5.2.1. Genel Olarak

Olumsuz miras sözleşmesi, miras sözleşmesinin bir türü olup TMK m.528 ve devamında yer alan hükümler ile düzenlenmiştir. TMK m.528 uyarınca, mirasbırakan mirasçısı ile ivazlı veya ivazsız olarak mirastan feragat sözleşmesi yapabileceği, mirastan feragat edenin, mirasçılık sıfatını kaybedeceği, bir karşılık sağlanarak feragat eden kimsenin aksi öngörülmedikçe, feragat edenin alt soyu içinde sonuç doğuracağı hükme bağlanmıştır¹⁷. Mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ve muhtemel mirasçı arasında imzalanan ve feragat edenin muhtemel miras hakkından kısmen veya tamamen vazgeçmesini konu alan bir sözleşmedir¹⁸. Feragat eden mirasçı, muhtemel miras hakkından vazgeçmesi nedeniyle mirasçı sıfatını kazanamaz¹⁹. Feragat eden, mirastan hak sahibi olamayacağı gibi mirasbırakanın tereke borçlarından da sorumlu olmaz²⁰.

Feragat eden, mirastan feragat sözleşmesiyle aslında birşeyden feragat etmemekte, beklenen bir haktan yani muhtemel mirasçılık hakkından peşinen vazgeçmektedir. Kaldı ki, feragat edenin, ileride mirasçı olup olmayacağı mirasbırakan ölmeden belli değildir.

¹⁶ Öztan, s.246-247.

¹⁷ Ruhi, s.71.

¹⁸ Eren, F., Yücer Aktürk, İpek. (2020). *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin. Bs.3. s.183.

¹⁹ Baygın, C. (2005). *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*. Ankara: Seçkin. Bs.1 s.117.

²⁰ İşgüzar, H. (2003). *Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler*. Ankara: Yetkin. Bs.1. s.51.

Bu bakımdan, feragat eden, miras payının elinden alınmasına yalnızca rıza gösteren konumunda olduğunun kabulü gerekmektedir²¹.

Yargıtay 1.H.D. 2022/2476 E., 2022/5976 K. 21.9.2022 tarihli kararında konu olayda taraflar evlilik öncesinde, noter huzurunda mirastan feragat sözleşmesi yapmaktadır. Henüz doğmamış olan bir miras hakkından vazgeçilemeyeceği Yargıtay uygulamalarıyla da isabet olduğu, feragat tarihi itibari ile mirasçı sıfatının olmadığı, o halde, noterde düzenlenen feragat sözleşmesinin TMK m.528 anlamında bir feragat sözleşmesi olmadığı gibi doğmamış haktan feragat edilemeyeceği, bu beyana hukuki sonuç bağlanamayacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir.

O halde, mirastan feragat sözleşmesi, ivazlı veya ivazsız olarak mirasbırakan ile muhtemel mirasçı arasında akdedilen ve ileride doğması muhtemel miras payından tamamen veya kısmen vazgeçmeyi konu alan sözleşmedir. Vazgeçilen miras hakkı olmayıp, ileride doğması muhtemel olan hak olduğudur.

Mirastan feragat sözleşmesinin tarafları mirasbırakan ve muhtemel mirasçı olup feragatin tek taraflı veya iki taraflı olmasının bir önemi yoktur. Mirastan feragat sözleşmesi bir karşılık sağlanarak veya karşılıksız olarak yapılabilir. Her iki halde de feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder. Bu durumda sözleşme ile mirasçının terekeyle bağlantısı ortadan kalkar. Muhtemel mirasçı, mirastan mirasbırakan lehine değil de bir üçüncü kişi lehine vazgeçtiği durumlarda ortada mirastan feragat sözleşmesinden bahsedilemez. Bu durumda miras hakkının temlik sözleşmesi gündeme gelir.

Mirastan feragat sözleşmesini yapan muhtemel mirasçı, saklı paylı mirasçı olması gerekir. Aksi halde mirastan feragat sözleşmesinin bir önemi kalmayacaktır. Mirasbırakan, dilediği zaman saklı paylı olmayan mirasçısını mirastan yoksun bırakacağı ortadadır. Mirastan feragat sözleşmesinin önemi, saklı paylı mirasçının dahi mirastan yoksun bırakılabildiğindedir²².

5.2.2. Mirastan Feragat Sözleşmesinde Şekil

Mirastan feragat sözleşmesi miras sözleşmesinin bir türü olduğundan mutlaka resmi vasiyetname şeklinde yapılmalıdır (TMK m.546). Sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Şekle uyulmadan yapılan mirastan feragat sözleşmesi geçersizdir.

Mirastan feragat sözleşmesi yapılması kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması olduğundan temsilci veya vekil aracılığıyla yapılamaz. Ayrıca iki taraflı hukuki işlem niteliğinde olan feragat sözleşmesinden mirasbırakan tek taraflı olarak dönemez. Ancak mirastan feragat sözleşmesi tarafların fesih anlaşmasını yazılı olarak yapmasıyla mümkündür.²³

²¹ Avcı Braun,, s.416.

²² Ruhi, s.71-72.

²³ Günay, s.271-272.

5.2.3. Mirastan Feragat Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları

Mirastan feragat sözleşmesi, sağlararası kurulan miras hukuku sözleşmesidir²⁴. Mirastan feragat sözleşmesi, tüm miras sözleşmeleri gibi karşılıklı yapılabileceği gibi karşılıksızda yapılabilir. Muhtemel mirasçı, ivazsız mirastan feragat sözleşmesinde, herhangi bir karşılık almadan bu sözleşmeyi yapmaktadır. Bu gibi durumlarda hukuka ve ahlaka aykırılık ya da irade sakatlığı hallerinin gündeme gelmesi mümkündür.

İvazlı olarak mirastan feragat eden mirasçı ise bu feragatin karşılığında bir edim elde eder. İvazlı mirastan feragat sözleşmesiyle mirasbırakan, sağlararası bir edim yükümlülüğü altına girer. Mirasbırakan, taahhüt ettiği edimi yerine getirmese, feragat eden mirastan feragat sözleşmesinden dönebilir.

Mirastan feragat sözleşmesi gerçek anlamda bir ölüme bağlı tasarruf sayılamayacağı görüşü yaygındır. Şöyle ki mirastan feragat eden kimse, daha sağlığında olası miras payını gözden çıkarmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, mirasçının gelecekteki miras payını şimdiden gözden çıkardığı sağlararası hukuki işlem diyebiliriz. Ancak mirasbırakan açısından bakıldığında, mirastan feragatin ölüme bağlı bir tasarruf olduğu gerçeğinden uzaklaşamayız. Çünkü, mirasbırakanın feragat sözleşmesini imzalayarak, tıpkı mirastan çıkarmada yaptığı gibi, ölüme bağlı olarak terekesini etkilediği ortadadır.

Mirastan feragat sözleşmesinin hukuksal sonucu ise, mirastan bir karşılık olarak veya karşılıksız olarak feragat eden kimse, iskat olunan, mirastan yoksunluğa uğrayan, erken ölen veya mirası reddeden mirasçı gibi, mirasçı sıfatını ve bu sığata bağlı hak ve borçlardan kurtulur (TMK m.528/II).²⁵

Mirastan feragatin altsoya etkisine bakıldığında; ikili ayrıma gidilmesi gerektiği sonucuna varılacaktır. Şöyle ki; Muhtemel mirasçı feragatinin karşılığını daha mirasbırakan ölmeden almışsa yani ivazlı bir feragat vuku bulmuşsa, aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı müddetçe feragat muhtemel mirasçının altsoyunu içinde sonuç doğurur (TMK md.528/III). Ancak taraflar feragat sözleşmesinin muhtemel mirasçının altsoyunu etkilemeyeceğini kararlaştırabilir. Mirastan feragat sözleşmesinin karşılıksız olarak yapıldığı durumlarda ise altsoyun mirasçılığı aksi kararlaştırılmadıkça etkilenmez. O halde, feragat sözleşmesi yapan mirasçı, mirasbırakandan önce ölmüş kabul edilir.

5.2.4. Feragatin Hükümden Düşmesi

Lehine feragat yapılan kişinin, mirasbırakandan önce ölmesi, mirası reddetmesi, mirasçılıktan çıkarılması veya yoksun olması gibi mirasçı olmadığı hallerde TMK m.529 f.1 uyarınca feragat hükümden düşer. Bu gibi hallerde, feragat eden kimse yine miras hissesini alabilir.

İvazlı mirastan feragat sözleşmesi yapıldığı hallerde TMK m.529 f.1 hükmünün uygulanabilirliği tartışmalı olup bazı yazarlar tarafından uygulanamayacağı, feragat sözleşmesinin geçerli olduğunu savunurken diğer bazı yazarlar kanunun lafzına bakıldığında, ivazlı feragat sözleşmelerine de uygulanacağını kabul ederler. İnan'a göre;

²⁴ Antalya, G. (1999). *Mirastan Feragat Sözleşmesi*. İstanbul: Alkım. s. 61.

²⁵ Serozan, R., Engin, B.İ. (2022). *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.8. s.390. Erişim Adresi: <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=103769> Erişim Tarihi: 7.12.2023

ivazlı feragatte, feragatin hükümden düştüğü durumlarda, alınan karşılık, denkleştirme tabi bir kazandırma gibi sağlararası karşılıksız kazandırma biçiminde değerlendirilmesi gerekir.

İvazsız feragatte; feragat edenin yerine, halefiyet kuralı gereğince, altsoyu geçer. Bu bakımdan, ivazsız feragat sözleşmesi yapıldığı hallerde, feragatin kimin lehine olduğu açıklanmamış olsa dahi TMK m.528 f.3 uyarınca feragat edenin yerine altsoyu geçeceği için TMK m.529 f.2²⁶ bu durumda uygulanamaz²⁷.

5.2.5. Tenkis

TMK md.565’de tenkise tabi kazandırmalar düzenlenmekte olup, maddenin ikinci fıkrasında miras hakkının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmaların da tenkise tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. O halde, mirasbırakan ile yapılan mirastan feragat sözleşmesi neticesiyle elde edilen karşılık, diğer saklı paylı mirasçıların saklı payını aşan kısmı tenkis hükümlerine tabi olur.

Benzer bir düzenleme TMK md.573’de yer almakta olup mirasbırakan, mirastan feragat eden mirasçıya, sağlığında terekenin tasarruf edilebilir kısmını aşan edimlerde bulunmuşsa; diğer mirasçılar bunun tenkisini isteyebilirler. Bu durumda, mirastan feragat edenin sadece saklı payını aşan miktar tenkise tâbi olur.

Mirastan feragat eden, tenkis talebiyle karşılaştığında TMK m.574’de yer alan seçimlik haklardan birini kullanabilir. Bu hüküm uyarınca; mirastan feragat eden, terekeye bir malı veya bir değeri geri vermekle yükümlü kılınırsa, tenkise tabi olan değeri geri verebileceği gibi almış olduklarının tamamını geri vererek mirastan feragat etmemiş gibi paylaşmaya katılabilir²⁸.

6. Miras Sözleşmesinin Yorumu

Miras sözleşmesi, iki taraflı irade beyanıyla kurulduğundan; sözleşmenin yorumunda da kural olarak güven prensibi geçerlidir. Güven prensibi uyarınca; miras sözleşmesi yapılırken iradelerinin ne olduğu hususu üzerinde durulmaktansa, tarafların içinde bulunduğu hal ve şartlara göre beyana ne anlam verilmesi gerektiğidir. Miras sözleşmesiyle içinde vasiyetin yer aldığı, üçüncü kişi yararına bir sözleşme dahi barındırabilir. Bu bakımdan, yorum meselesi ortaya çıkar. Üçüncü kişi lehine yapılan kazandırmanın vasiyet mi yoksa miras sözleşmesine dahil edilip edilmediği yorum yapılarak çözüme kavuşturulabilir. Eğer üçüncü kişi lehine yapılan ölüme bağlı tasarruf miras sözleşmesiyle bağlantılıysa bu durumda miras sözleşmesine dahil olduğunu söyleyebiliriz. Böyle bir bağlantının kurulamadığı durumlarda üçüncü kişi lehine yapılan tasarrufun tek taraflı bir hukuki işlem olduğu sonucuna varılmalıdır²⁹.

²⁶ TMK madde 529/2: Mirastan feragat sözleşmesi belli bir kişi lehine yapılmamışsa, en yakın ortak kökün altsoyu lehine yapılmış sayılır ve bunların herhangi bir sebeple mirasçı olamaması hâlinde, feragat yine hükümden düşer.

²⁷ İnan, s.294. (Erişim Tarihi: 17.12.2023)

²⁸ Ruhi, s.73-74.

²⁹ Öztan, s.260.

7. Miras Sözleşmesinin Sona Ermesi

Miras sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlem olması sebebiyle kanun koyucu, sözleşmeden dönme, sözleşmenin yükümlülük ve borçlarından kurtulmayı daha sıkı şartlara bağlamış ve ayrıntılı düzenleme konusu yapmıştır. Miras sözleşmesini sona erdiren haller TMK md.546-549 hükümleriyle düzenlenmiştir. Medeni kanunumuzda bu haller sınırlı olarak sayılmıştır.

7.1.Miras Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi (İki Taraflı Fesih)

TMK md.546’da miras sözleşmesinin tarafların yazılı anlaşmasıyla her zaman ortadan kaldırılabilceği düzenlenmiştir. Her ne kadar kanunumuz, miras sözleşmesinin düzenlenmesini sıkı şekil şartlarına tabi tutmuş olsa da aynı sözleşmenin tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesini sadece yazılı şekle tabi tutmuştur³⁰. Kanun koyucu, ispat kolaylığı açısından yazılı şekli miras sözleşmesinin sona erdirilmesinde yeterli görmüştür. Ancak tarafların, miras sözleşmesinin sona erdirilmesinde anlaşarak, resmi şekle başvurmalarında herhangi bir engel yoktur. Tarafların anlaşmasıyla miras sözleşmesinin sona erdirilmesi için yazılı şekil yeterli olsa da sözleşmenin bazı maddelerinin veya bir kısmının değiştirilmesi için yazılı şekil yeterli değildir. Taraflar değişiklikler için, tıpkı esas sözleşmede olduğu gibi, resmi vasiyet hakkındaki şekil şartlarına tabidir. Miras sözleşmesini yazılı anlaşma ile sona erdirmeye hakkı yalnızca sözleşmenin taraflarına aittir. Tarafların mirasçıları veya sözleşmede lehine tasarrufta bulunan üçüncü şahsın yazılı anlaşma ile sözleşmeyi sona erdirmeye imkanları yoktur³¹.

7.2.Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı İle Sona Erdirilmesi (Tek Taraflı Fesih)

Tek taraflı irade beyanı ile miras sözleşmesinin feshedilmesinde, miras sözleşmesi geriye yürüyerek tamamen veya kısmen ortadan kalkar. Miras sözleşmesinin tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi MK md.546/II ve MK md.547’de iki ayrı türe yer verilmiştir³². 7.2.1. Miras Sözleşmesinin Mirasbırakanın Tek Yanlı İrade Beyanıyla Sona Ermesi (Feshi) Miras sözleşmesinin mirasbırakanın tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi MK md.546/II’de düzenlenmiştir. Söz konusu madde mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birinin bulunması durumunda sözleşmeyi sona erdiren hallere yer vermiştir³³. Miras sözleşmesine taraf olan mirasçı, mirasçılıktan çıkarma sebebini oluşturan bir davranışta bulunduğu, mirasbırakan tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Mirasçı, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davranışı sözleşme yapıldıktan sonra ve mirasbırakanın kendisine karşı yapılmalıdır. MK md.546/II hükmü açıkça mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davranışın mirasbırakanın kendisine yapılmış olması gerektiğini söylese de mirasbırakanın yakınlarına karşı ağır suç işlemesini de kapsayıp kapsamadığı öğretide tartışma konusu olmuştur. Ağır basan görüş, mirasbırakanın kendisine karşı işlenmiş olması gerektiğine ilişkindir.³⁴

³⁰ Günay, E. (2016). *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları*. Ankara: Seçkin. Bs.1 s.225.

³¹ İnan, s.211-212.

³² Öztan, s.264.

³³ Günay, s.284.

³⁴ Öztan, s.264.

Mirasbırakan, miras sözleşmesini ancak vasiyetnameler için kanunda öngörülen şekillerden biri ile tek taraflı olarak ortadan kaldıracabileceğini aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlemiştir. Bu durumda, fesih beyanı, el yazısı, resmi ve şartları varsa sözlü vasiyetname şekli ile yapılmadıkça geçerli olamaz.

Mirasbırakan tek taraflı fesih hakkını kullandığında, tazminat talebi ile karşılaşmayacağı açıktır. Ancak, diğer taraftan sözleşme neticesinde bir yarar elde etmişse sözleşmenin ortadan kaldırılması sebebiyle elde ettiğini geri vermekle yükümlüdür. Aynı şekilde sözleşmenin diğer tarafı da sözleşme sebebiyle bir karşılık almışsa aldıklarını geri vermekle yükümlüdür³⁵.

7.2.2. Her İki Tarafa Da Tek Yanlı Dönme Hakkı Tanınması

7.2.2.1.Sağlararası Edimin İfa Edilmemesi Nedeniyle Dönme

Miras sözleşmesinden dönmeye ilişkin bir diğer sebep ise MK md.547’de düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca; Miras sözleşmesi uyarınca sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan taraf, bu edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya güvenceye bağlanmaması durumunda sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Bu maddede öngörülen sebep gerçekleşince Borçlar Kanunun m.106-108 hükümleri uyarınca sözleşmeden dönme gerçekleştirilir. Dönme, geçmişe etkili olarak sonuç doğurur. Söz konusu madde ivazlı miras sözleşmeleri için geçerlidir. Yani maddenin uygulanabilirliği, ivazlı olumlu miras sözleşmesi ile ivazlı mirastan feragat sözleşmesi bakımından geçerlidir³⁶

MK md.547’de tarafların borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönebileceğini düzenlemiştir. O halde, Olumlu miras sözleşmesinde mirasbırakan, mirastan feragat sözleşmesinde mirasçı tek taraflı dönme hakkını kullanmadan önce, ihtarda bulunarak edim borçlusunu temerrüde düşürmeli (BK md.117) ve borcun ifası için uygun bir süre vermelidir (BK m.123)³⁷.

Miras sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması sebebiyle ve yararlanan kişinin taahhüt ettiği edimleri yerine getirmemesi sebebiyle sözleşmeden dönülmesi pek olağandır. Aslında burada borçlar hukuku anlamında sözleşmeden dönme söz konusudur. Miras sözleşmesinden dönebilmek için sözleşmenin her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması dışında mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmasına rağmen, mirasçının, mirasbırakanın sağlığında hüküm ve sonuç doğuracak bir edimi yüklenmiş olması gerekir. Ayrıca, mirasbırakan tarafından bu edimler talep edilmiş buna rağmen mirasçı tarafından yüklenilen edimler ifa edilmemiş olması gerekir. Tüm bu şartların varlığı halinde, mirasbırakan, tek taraflı olarak sözleşmeden dönebilir³⁸.

7.2.2.2.İrade Bozukluğu Hallerinde

İradeyi sakatlayan nedenlerin varlığında TMK m.504³⁹ uyarınca her iki tarafta sözleşmeyi iptal edebilir⁴⁰. Gerek miras sözleşmesine taraf olan muhtemel mirasçı gerekse mirasbırakan irade sakatlığı hallerine dayanarak miras sözleşmesinin iptalini talep edebilir. Tarafların miras sözleşmesini iptal edebilmesi 1 yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır⁴¹.

7.3.Miras Sözleşmesinin Kendiliğinden Hükümsüzlüğü

7.3.1. Mirasçının Mirasbırakandan Önce Ölmesi

Miras sözleşmesi yapıldıktan sonra, mirasbırakan ölmüşse, sözleşmenin tek taraflı irade beyanıyla ortadan kaldırılması mümkün değildir. Ancak miras sözleşmesine taraf olan atanmış mirasçı veya kendisine belirli mal bırakılan kimsenin mirasbırakandan önce ölmesi halinde, miras sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği TMK md.548’de düzenleme konusu yapılmıştır. Atanmış mirasçının veya kendisine belirli mal bırakılan vasiyet alacaklısının mirasçıları kendileri yerine geçemeyeceğinden miras sözleşmesinden beklenen hak kazanılamaz. Aynı zamanda, mirasbırakan da, vasiyet alacaklısını veya atanmış mirasçının ifa edeceği edimi mirasçılarından talep edemez⁴².

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, mirasbırakandan önce ölen kimsenin mirasçıları, mirasbırakandan, sözleşme uyarınca elde ettiği ölüm tarihindeki zenginleşmeyi geri isteyebilir (TMK md.548/II). İlgili maddenin her iki fıkrası da emredici nitelikte olmayıp, aksine anlaşma yapılması mümkündür. Bu nedenle, atanmış mirasçının veya vasiyet alacaklısının mirasbırakandan önce ölmesi halinde, kimin onların yerine geçeceği yönünde bir düzenleme yapılabileceği gibi, zenginleşmenin mirasçılar tarafından istenemeyeceği kararı da verilebilir⁴³.

7.3.2. Boşanma ve Butlan Kararıyla Miras Sözleşmesinin Sona Ermesi

Boşanma veya evliliğin butlanına karar verilmesi halinde, eşler arasındaki miras sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu sonuç, MK md.181 düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; Boşanan eşler, bu sıfatla birbirinin yasal temsilcisi olamazlar ve boşanmadan önce yapılan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler. Ayrıca, boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de ölüme bağlı tasarruflar geçersiz olur. Başka bir deyişle kusurlu olan eş bakımından miras sözleşmesi kendiliğinden hükümden düşer.

Eşlerden biri evliliğin butlanına ilişkin olarak dava açmış, dava devam ederken

³⁵ İnan, s.213-214.

³⁶ Çınar, Ö. (2007). *Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanıyla Sona Erdirilmesi*. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. S.12. s.224. Erişim Adresi: <https://www.ajindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423905019.pdf> Erişim Tarihi: 17.12.2023.

³⁷ Serozan, s.330

³⁸ Ruhi, s. 75-76

³⁹ Madde 504- Mirasbırakanın yanıltma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisi altında yaptığı ölüme bağlı tasarruf geçersizdir. Ancak, mirasbırakan yanıltıldığını veya aldatıldığını öğrendiği ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulduğu günden başlayarak bir yıl içinde tasarruftan dönmediği takdirde tasarruf geçerli sayılır.

⁴⁰ Günay, s.228.

⁴¹ İnan, s. 215.

⁴² Öztan, s. 268.

⁴³ İnan, s. 216.

eşlerden biri ölmüş ise, ölen eşin mirasçıları davaya devam edebilir (MK md.159). Mirasçılar, evlenme akti yapılırken sağ kalan eşin iyi niyetli olmadığını ispat ederse, sağ kalan eş ile ölen eş arasında yer alan ölüme bağlı tasarruflar hükümden düşer⁴⁴.

SONUÇ

Türk Medeni Kanununda şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar sınırlı olarak düzenlenmiştir. Bunlar; vasiyetname ve miras sözleşmesidir. Miras sözleşmesi, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurmasını istediği tasarrufları konu alır. Kısaca; miras sözleşmesinin konusu, mirasbırakanın terekesidir. Miras sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte mirasbırakanın terekesi yükümlülük altına girer.

Miras sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Miras sözleşmesi şekle bağlı bir sözleşme olup resmi vasiyet şeklinde düzenlenmesi gerekir. Bu bakımdan; taraflar, iradelerini memur önünde sıra ile açıklamaları ve düzenlenen sözleşmenin iki tanık ve memur katılımı ile okunarak sözleşmenin taraflarının imzalanmasıyla kurulur. Miras sözleşmesini vasiyetnameden ayıran en önemli özellik budur. Şöyle ki vasiyetname yazılı, resmi hatta bazı durumlarda sözlü olarak yapılabilirken miras sözleşmesi sadece resmi şekilde düzenlenmektedir. Diğer bir ayrım ise ehliyet bakımındandır. Miras sözleşmesini yaparak ölüme bağlı tasarrufta bulunan kimsenin tam ehliyetli olması gerekirken vasiyetname yapabilmek için ayırt etme gücüne haiz ve 15 yaşını doldurmuş olmak yeterlidir.

Miras sözleşmesi çeşitli tasnifler yapılmış olsa da en önemli ayrım olumlu miras sözleşmesi ile olumsuz miras sözleşmesi ayrımıdır. Her iki sözleşme de karşılıklı yapılabileceği gibi karşılıksız olarak da yapılabilir. Olumlu miras sözleşmesi, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile sözleşmenin tarafına veya üçüncü bir kimseye mirasını veya belirli bir malını bıraktığı sözleşmedir. Miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi tasarrufta bulunabilir; ancak miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruflarına itiraz edilmesi mümkündür. Olumsuz miras sözleşmesi başka bir deyişle mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ile muhtemel mirasçı arasında yapılan, muhtemel mirasçının miras hakkından kısmen veya tamamen vazgeçtiği sözleşmedir. Mirastan feragat sözleşmesinin altsoya etkisi sözleşmenin ivazlı olarak yapılıp yapılmamasına bağlıdır. Mirastan feragat sözleşmesinin hukuksal sonucu ise, mirastan bir karşılık olarak veya karşılıksız olarak feragat eden kimse, ıskat olunan, mirastan yoksunluğa uğrayan, erken ölen veya mirası reddeden mirasçı gibi, mirasçı sıfatını ve bu sığata bağlı hak ve borçlardan kurtulur.

Miras sözleşmesi, gerçekte bir sözleşme olması nedeniyle yorumlanmasında, güven prensibi üzerinde durulmaktadır. Şöyle ki, miras sözleşmesinin yorumlanmasında, tarafların içinde bulunduğu koşulların dikkate alınarak yorum yapılması daha doğru sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır.

Miras sözleşmesinin sona ermesi TMK m.546-549 hükümleriyle düzenlenmiştir. Miras sözleşmesi, tarafların yazılı anlaşmasıyla her zaman ortadan kaldırılabilir. Her ne

kadar kanunumuz, miras sözleşmesinin düzenlenmesini sıkı şekil şartlarına tabi tutmuş olsa da aynı sözleşmenin tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesini sadece yazılı şekle tabi tutmuştur. Kanun koyucu, ispat kolaylığı açısından yazılı şekli miras sözleşmesinin sona erdirilmesinde yeterli görmüştür. Ayrıca; kanunumuz, miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönülmesini de mümkün kılmaktadır. Şöyle ki; TMK m.546 f.2 uyarınca mirasçı atanan veya kendisine mal bırakılan, mirasbırakana karşı mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu hallerde, mirasbırakan tek taraflı olarak sözleşmeden dönebilir. Ayrıca her iki tarafta irade sakatlığı hallerine veya sağlararası edimin ifa edilmemesi sebebiyle tek taraflı olarak dönme hakkını kullanabilir.

Miras sözleşmesinin kendiliğinden hükümden düşmesi; mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi ve boşanma veya butlan kararıyla miras sözleşmesinin sona ermesi şeklinde meydana gelir. TMK m.548 uyarınca; miras sözleşmesine taraf olan atanmış mirasçı veya kendisine belirli mal bırakılan kimsenin mirasbırakandan önce ölmesi halinde, miras sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Boşanma veya evliliğin butlanına karar verilmesi halinde ise, eşler arasındaki miras sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği TMK m.181 hükmünden kaynaklanmaktadır.

⁴⁴ Öztan, s. 269.

KAYNAKÇA

- (2023, 12 19). <https://proxy.dogus.edu.tr:2158/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2018-6442-k-2019-3674-t-24-4-2019> adresinden alındı
- Akkurt, S. E. (2023). *Medeni Hukuk Temel Bilgiler* (s. 806). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs. 4. .
- Antalya, G. (1999). *Mirastan Feragat Sözleşmesi* (s. 61). içinde İstanbul: Alkım.
- Antalya, G. (2021). *Miras Hukuku Cilt III* (s. 188-189.). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.5. .
- Avcı Braun, ., C. (2022). Miras Sözleşmesinde Tarafların Ehliyet Durumu ve Ehliyetsizliğe Bağlanan Hukuki Sonuçlar. *Türk-Alman Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 4(2), 419-420.
- Baygın, C. (2005). *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (s. 117). içinde Ankara: Seçkin. Bs.1.
- Çınar, Ö. (2007). Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanıyla Sona Erdirilmesi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.12., 224.
- Eren, F. Y. (2020). *Türk Miras Hukuku* (s. 183). içinde Ankara: Yetkin. Bs.3.
- Erman, H. İ. (2015). *Miras Hukuku* (s. 55). içinde İstanbul: D&R Yayınları. Bs.1. .
- Günay, E. (2016). *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları* (s. 225). içinde Ankara: Seçkin. Bs.1 .
- Günay, E. (2021). *Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi* (s. 269). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.3.
- İnan, A. E. (2022). *Miras Hukuku* (s. 211-212). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.11.
- İşgüzar, H. (2003). *Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler*. (s. 151). içinde Ankara: Yetkin. Bs.1.
- Keskin, A. D. (2023). *Medeni Hukuk- II* (s. 240-241). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.3.
- Öztan, B. (2017). *Miras Hukuku* (s. 241.). içinde Ankara: Turhan Kitabevi. Bs. 8. .
- Ruhi, C. R. (2023). *Vasiyetname ve Miras Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar* (s. 68-69). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.3 .
- Serozan, R. E. (2022). *Miras Hukuku* (s. 390). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık. Bs.8.

YARGITAY İÇTİHATLARI KAPSAMINDA MİRİS MUVAZAASI, DENKLEŞTİRME VE TENKİS KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Av. İSMAİL KARADANA

GİRİŞ

Miris muvazaası, mirasta denkleştirme ya da eski adıyla iade ve tenkis davaları, miras bırakanın ölmesi ile mirasta hakkının ihlal edildiği düşünen mirasçıların, hakkını geri almak için başvurabileceği hukuki birtakım mekanizmalardır. Ancak bu mekanizmaların nasıl ve nerde kullanılacağı, kimlerin kullanabileceği ve işlevleri arasındaki farkların uygulamada fazla bilinmemesi ya da somut olayın özelliklerinin karmaşık bir yapıda olması bazı hak kayıplarına neden olabilmektedir. İşbu yaşanan karışıklıklara bir nebze osun ışık tutabilmek amacıyla, bu çalışmada birtakım içtihatlar kapsamında yukarıda adı geçen mekanizmalara ilişkin açıklamalarımız yer almaktadır.

I. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 12.10.1988 TARİH, 1988/326 E. VE 1988/785 K. SAYILI KARARI

1. Uyuşmazlık Konusu

Davacı taraf, davalı taraf ile ortak miras bırakanı olan Ferit'in 22.5.1981 gününde öldüğünü, Ferit'in sağlığında 1085 sayılı parselin intifa hakkını saklı tutarak çıplak mülkiyetini davalı tarafa hibe ettiğini ve bu işlemi diğer mirasçılardan mal kaçırmak kastı ile yaptığını, iddia ederek bu taşınmazın terekeye iade edilmesini, iadenin mümkün olmaması halinde ise tenkise karar verilmesini mahkemeden talep etmiştir.

Davalı taraf, kendisinin miras bırakanı sağlığında yardım etmesi sebebi ile miras bırakanın minnet borcunu yerine getirmek amacıyla dava konusu taşınmazı bağışladığını ileri sürerek, miras bırakanın dava konusu işlemi diğer mirasçılardan pay kaçırmak maksadı ile yapmadığını ifade etmiş ve bu bağlamda davanın reddini talep etmiştir.

2. Yargı Aşamasında Verilen Kararlar

2.1. Urla Asliye Hukuku Mahkemesi, 81/123 E., 1986/33 K., 12.03.1981 T. Kararı

Yerel mahkeme, olayda miras bırakanın dava konusu taşınmazı davalıya iade edilmeme kaydıyla kazandırma bulundugunu, davalı tarafın ispat edemediğini ifade ederek bunun sonucunda dava konusu taşınmaz malın miras payına mahsuben verildiğini kabulünün gerekeceği gerekçesiyle davacı tarafın talebini kabul etmiştir.

2.2. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1986/11694 E., 1987/1812 K., 05.03.1987 T. Kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin kararını aynen şu gerekçe ile bozmuştur; "Mirasta iade davasında teberru (kazandırma) fûrua (altsoya) yapılmış olsa bile davacı kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığını ispatla yükümlüdür. Bu

şartın subuta ermesi halinde, işbu teberrunun terekeye iade edilmemek kaydı ile yapıldığını ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. (MK. 603/2). İfade olunan bu ikili ispat problemi olayımızda söz konusu değildir. Şöyle ki: davalı bile kendisine miras payına mahsuben bir kazandırma yapıldığını ileri sürmemiş, aksine miras bırakana sağlığında yardım sebebi ile minnet borcunu yerine getirmek üzere, dava konusu taşınmazı kendisine bağışladığını ileri sürmüş, toplanan delillerde bu doğrulanmıştır. O halde davanın reddi icap ederken az önce açıklanan gerçekler göz önünde tutulmadan iadeye karar verilmesi isabetsizdir. Bir an için azınlıkta kalan görüşün ileri sürdüğü gibi, fûrua yapılan kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığı yolunda kanuni bir karinenin varlığı kabul edilse bile, karinelerin aksini ispat etmek mümkündür. Toplanan deliller ise karineyi ortadan kaldırmaya yeterlidir. Öte yandan taşınmazın intifa hakkı saklı tutularak kamu mülkiyetinin devredilmiş olması da miras payına mahsuben bir kazandırma olmadığını göstermektedir. Şu durumda davanın reddi zorunludur. Açıklanan yönler gözetilmeden iadeye karar verilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır.”

Özel Daire’nin yukarıdaki gerekçesine dayanarak vermiş olduğu bozma kararına karşı yerel mahkeme önceki kararında direnmiştir.

2.3. Hukuk Genel Kurulu, 1988/326 E., 1988/785 K., 12.10.1988 T. Kararı

Yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu’nun (HGK) önüne gelmiştir. Bu kapsamda HGK yerel mahkeme ile yargıtay hukuk dairesi arasındaki tartışmaya ışık tutmak amacıyla önce mirasta iade hükümleri kapsamında ispata ilişkin birtakım açıklamalarda bulunmuş ardından mevcut olaya ilişkin olarak mirasta iade hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmiştir. Çünkü mirasta iade hükümlerinin uygulanabilmesi için miras bırakanın yasal mirasçısına yaptırdığı kazandırmanın sağlararası bir kazandırma niteliğinde olması gerekmektedir. Ne var ki, HGK, dava konusu kazandırmanın bir ölümüne bağlı tasarruf olduğunu bu yüzden mirasta iade hükümlerinin değil tenkis hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiş, tenkis hükümlerine ilişkin delillerin toplanıp incelenerek, bu incelemeye göre bir karar verilmesi üzerine yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

3. Hukuki Uyuşmazlık

Hukuki uyuşmazlık, miras bırakanın davalı mirasçısı lehine yapmış olduğu kazandırmanın MK m. 608 hükmü kapsamında denkleştirmeye tabi olup olmadığına ve bu madde kapsamında ispat yükümlülüğünün kimde olduğu ile ispatın ne şekilde yapılması gerektiğine ilişkindir.

4. Değerlendirme

Dava konusu uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için denkleştirme ve tenkis kavramları arasındaki farkın ve denkleştirme kapsamında ispat yükünün kimde olduğu ile ispat yükünü taşıyan tarafın ispatı ne şekilde yapabileceğinin anlaşılması gerekmektedir.

4.1. Denkleştirme

Mirasta denkleştirmeye ilişkin hükümler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 669 – 675 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Bu kurum eski TMK m. 603 – 610 hükümleri arasında düzenlenmekteydi.

Mirasta denkleştirme ya da eski adıyla iade kavramı, miras bırakanın sağlığında mirasçılardan birine yapmış olduğu kazandırmanın, miras bırakanın ölümüyle terekeye tekrar dönerek mirasçılar arasında yapılan paylaşımda bu kazandırmanın da hesaba katılmasını ifade etmek için kullanılmaktadır. Mirasta denkleştirme ile kanuni mirasçılardan miras bırakanın sağlığında elde ettiği kazandırmayı almamış olsaydı doğacak olan duruma dönüşmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu kanuni mirasçılar arasındaki eşitsizliği olabildiğince gidermeye çalışmaktadır¹.

TMK m. 669 hükmü mirastan denkleştirmenin genel çerçevesini belirtmektedir. Buna göre;

“Yasal mirasçılar, miras bırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler.

Miras bırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi miras bırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir.”

Miras bırakanın mirasçılara yapmış olduğu bütün kazandırmalar denkleştirmeye tabi değildir. Bir kazandırmanın denkleştirmeye tabi olabilmesi için TMK m. 669 hükmünün çizmiş olduğu çerçeve kapsamında gerekli şartları taşınmalıdır. Bu bağlamda bir kazandırmanın denkleştirmeye tabi olabilmesi için taşıması gereken şartlar şunlardır;

- Miras bırakan tarafından mirasçısı lehine karşılıksız bir kazandırma bulunmalıdır. Bu kazandırma malvarlığı aktifinin artırılması şeklinde kendini gösterebileceği gibi pasifin azaltılması şeklinde de görülebilir. Ayrıca yapılan karşılıksız kazandırma işlemi bir bağış olabileceği gibi ahlaki bir ödevin ifası da olabilir².
- Miras bırakanın yapmış olduğu kazandırma işlemi sağlararası bir işlem olmalıdır. Aksi takdirde söz konusu işlem denkleştirmeye tabi olmayacaktır³.
- Yapılan kazandırma işlemi miras bırakanın kendi malvarlığından yapılmalıdır. Bu bağlamda miras bırakanın bir üçüncü kişinin malvarlığından yapmış olduğu kazandırma işlemi de denkleştirmeye tabi olmayacaktır⁴.

¹ Bedia Güleş, “Türk Miras Hukukunda Denkleştirme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 134, 2018, s. 357; Zahit İmre / Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 512 – 513; Mustafa Dural / Turgut Öz, **Miras Hukuku**, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 319; Erhan Günay, “Mirasta Denkleştirme (İade) Davası”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 100, 2014, s. 207; Aydın Tekdoğan, “Mirasta Denkleştirme (İade) ve Tenkis Davaları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 139, 2018, s. 105.

² Güleş, s. 378; İmre ve Erman, s. 524; Dural ve Öz, s. 331 – 332; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası, s. 208.

³ Güleş, s. 378; İmre ve Erman, s. 524; Dural ve Öz, s. 332; Günay, Mirasta Denkleştirme (İade) Davası, s. 208

⁴ Güleş, s. 381; İmre ve Erman, s. 525 – 526.

- TMK m. 669 hükmü kapsamında bir kazandırmanın denkleştirmeye tabi olabilmesi için, kazandırmanın, yasal mirasçıya yapılmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda altsoy, eş, anne – baba ve bunların alt soyu, büyük anne ve büyük baba ile bunların alt soyu ve devlet yasal mirasçılardır. Ancak belirtmek gerekir ki, sadece kanun kapsamında yasal mirasçı olmak yeterli değildir. Lehine kazandırmada bulunulan kişi, miras bırakan öldüğü sırada mirasçı olabilmelidir. Şöyle ki, miras bırakan öldüğünde alt soyu yaşıyor ise anne ve babası miras bırakanın mirasından faydalanamayacaktır. O halde aynı örnek kapsamında miras bırakanın anne ya da babasına veya ölümü halinde mirastan faydalanması mümkün olmayan diğer mirasçılarından biri lehine yapmış olduğu kazandırma da denkleştirmeye tabi değildir⁵. Bununla birlikte mirası reddeden veya mirasçılık sıfatını kaybeden kişilerin almış olduğu kazandırmalar da denkleştirmeye tabi değildir. Fakat mirası reddeden yahut mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçının yerine geçen mirasçılar, paylarında meydana gelen artış ile orantılı olmak üzere denkleştirme ile yükümlüdürler. (TMK m. 670)

- Son olarak yapılmış olan kazandırmanın mirasçının miras payına mahsuben yapılmış olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile miras bırakan, yapmış olduğu kazandırmayı, daha sonra mirasçısının miras payı kapsamında hesaplanması ve kazandırmanın bu paydan indirilmesi için yapmalıdır⁶.

Mirasta denkleştirmenin şartları bağlamında yapılan bir kazandırmanın miras payına mahsuben yapıp yapılmadığı hususunda miras bırakanın iradesi büyük önem taşımaktadır. Şayet miras bırakanın söz konusu kazandırmanın denkleştirmeye tabi olup olmayacağı hususunda bir irade beyanı mevcut değil ise TMK m. 669/II hükmü dikkate alınacaktır. Bu hükme göre, miras bırakanın alt soyu lehine çeyiz, bir malvarlığı alması veya kuruluş sermayesi vermesi ya da bir borçtan kurtarması gibi yapmış olduğu kazandırmalar, miras bırakanın aksi yönde bir irade açıklaması olmadığı sürece, denkleştirmeye tabidir⁷. Bu bağlamda söz konusu hüküm iki karine ortaya koymaktadır. Bu karinelere ilki, altsoy mirasçılara ilişkindir ve yukarıda izah edildiği üzere miras bırakanın aksi yönde bir irade beyanı olmadığı sürece alt soy lehine yapılan kazandırmalar denkleştirmeye tabidir. Kanun hükmünde sadece alt soy mirasçılardan bahsedilmesi diğer yasal mirasçılara ilişkin ikinci bir karinenin varlığına işaret etmektedir. Bu karineye göre, miras bırakan tarafından alt soy mirasçılar dışındaki yasal mirasçılar lehine yapılan kazandırmalar, aksine bir irade beyanı olmadığı sürece, denkleştirmeye tabi değildir.

Denkleştirmeye ilişkin olarak TMK m. 669/II hükmünün getirmiş olduğu karineler kapsamında, karinenin aksini ispat için miras bırakanın irade beyanı yeterli olup, bu irade beyanı herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu bağlamda karinenin aksini ispatlamak isteyen kişinin miras bırakanın aksi yönde bir irade beyanının varlığını ispatlaması yeterlidir. Nitekim yukarıda verilen karar kapsamında da hem yargıtay hukuk dairesi hem de HGK yazılı bir irade beyanına gerek olmadığı, olay kapsamında miras bırakanın dava konusu taşınmazın çıplak mülkiyetini mirasçısına devretmekle birlikte intifa hakkını saklı tutması fiilinde bir irade beyanı olarak değerlendirilebileceğini beyan etmiştir.

⁵ Güleş, s. 381 – 382.

⁶ Güleş, s. 382 - 383; İmre ve Erman, s. 526; Dural ve Öz, s. 332 - 333; Günay, s. 208.

⁷ Güleş, s. 383; Dural ve Öz, s. 333.

4.2. Tenkis

Kanun koyucu, hukuk sistemi kapsamında bazı mirasçıları diğerlerine nazaran daha çok korumuştur. Öyle ki, bu mirasçılar miras bırakanın tasarruflarından dahi korunmuştur. Kanun koyucu, kanunun saklı paylı mirasçılar olarak adlandırdığı bu mirasçıların saklı payının miras bırakan tarafından ihlal edilmesi halinde, bu mirasçıların haklarını koruyabilmesi için birtakım düzenlemelerde bulunmuştur. İşte saklı paya sahip bu mirasçıların, kanundan doğan bu saklı paylarını koruması için getirilen düzenlemeler tenkis hükümleri olarak anılmaktadır. Mirasçıların haklarını korumak için tenkis hükümlerinden faydalanarak açtığı dava ise tenkis davası olarak anılmaktadır.

Tenkis davasının konusu, TMK m. 560/I hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre;

“Saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler.”

Yukarıda anılan kanun hükmü kapsamında tenkis davasının konusunu, miras bırakanın, yapmış olduğu sağlararası veya ölüme bağlı tasarruf işlemleri ile saklı paylı mirasçıların saklı payının ihlal etmesi halinde, ihlal edildiği oranda saklı paylı mirasçıların payları oluşturmaktadır.

Tenkis davası hukuki niteliği itibari ile yenilik doğuran bir davadır. Bu davada saklı payı ihlal edilen saklı paya sahip mirasçılar lehine, yapılan ihlalle orantılı bir şekilde miras bırakana ait bir takım malvarlığının veya belirli bir miktarda paranın verilmesi yönünde hüküm kurulur⁸.

Tenkis davasına açmaya saklı payı ihlal edilen mirasçı açmaya yetkilidir. Bu dava ölenin son yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinde açılır.

4.3. Denkleştirme ile Tenkis Arasındaki Farklar

- Denkleştirme davasının konusunu, mirasçıların miras paylarını elde etme talepleri oluşturur iken tenkis davasında konu saklı paya sahip olan mirasçıların, saklı paylarını elde etmelerine yönelik bir taleptir.

- Mirasta denkleştirme hükümleri tamamlayıcı nitelikte olmakla birlikte denkleştirmeye ilişkin tasarruflarda miras bırakanın iradesi ön plana çıkmaktadır. Bu durumun tersine tenkis hükümleri ise emredici niteliktedir.

- Mirasta denkleştirme yalnızca miras bırakan tarafından yapılan sağlararası tasarruflar ile mirasçılar arasındaki eşitsizliği gidermeye yönelik olmasına rağmen, tenkiste saklı paya ilişkin eşitsizliğe sağlararası tasarruflara ek olarak ölüme bağlı tasarruflar da sebep olabilir ve tenkis ile bu eşitsizlik giderilir.

- Denkleştirme hükümlerinden bütün kanunî mirasçılar yararlanabilir iken, tenkis hükümlerinden sadece saklı paya sahip mirasçılar yararlanabilir. Ayrıca tenkis davasını TMK m. 562 hükmü kapsamında saklı paylı mirasçıların alacaklıları ve iflas masası da şartların gerçekleşmesi halinde açabilirler.

- Denkleştirme borçluları kanunî mirasçılardır fakat tenkis talebinin ileri sürüleceği kişilerin

⁸ İmre ve Erman, s. 261; Dural ve Öz, s. 276; Erhan Günay, “Mirasta Tenkis (İndirim) Davası”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 105, 2015, s. 65; Aydın Tekdoğan, “Sağlararası Tasarrufların Tenkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 133, 2017, s. 87.

kanunî mirasçı olması gerekmez, kazandırma yapılan üçüncü bir kişi de tenkisle yükümlü olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, “*Kazandırmayı alan kanuni mirasçı mirası reddederek iadedden kurtulabildiği halde tenkisten kurtulamaz*”.

- Tenkis davası yenilik doğuran bir davadır. Denkleştirme davasının niteliği ise öğretide talep içeriğine göre belirlenmektedir. Buna göre, sadece denkleştirme alacağının varlığının tespitine yönelik bir dava varsa tespit davası, denkleştirme konusunu paylaşırma prosedürü yönünden de elde etmeye yönelik bir dava varsa ifa davası söz konusudur.

- Denkleştirme talebi yalnızca mirasın paylaşılması aşamasında ileri sürülebilir. Tenkis talebi ise bir yıllık nispi ve on yıllık mutlak hak düşürücü süreye tabidir (TMK m. 571).

5. Sonuç

Yukarıda ele alınan HGK kararı bağlamında yerel mahkeme ve yargıtay dairesi arasında meydana gelen uyuşmazlık konusu, miras bırakanın sağlığında davalı mirasçı lehine yapmış olduğu kazandırmanın denkleştirmeye tabi olup olmadığı hususunda toplanmakla birlikte HGK farklı bir noktaya dikkat çekmektedir. Buna göre miras bırakan tarafından yapılan kazandırma, şekil özellikleri itibarı ile denkleştirme davasının değil ama tenkis davasının konusunu oluşturabilir.

İlk olarak tenkis ve denkleştirme kavramları kapsamında kararı inceleyecek olursak, HGK’nın da belirtmiş olduğu üzere miras bırakan tarafından davalı mirasçı lehine yapılan kazandırma ölüme bağlı bir tasarruf işlemi ile yapıldıysa, dava konusu kazandırma denkleştirmenin konusunu oluşturamaz. Çünkü denkleştirme ancak sağlararası kazandırmaları konu almaktadır.

Ancak mevcut durum yukarıda belirtilenin aksine bir sağlararası kazandırmaya ilişkin olsaydı, bu durumda yapılan kazandırma işlemi kapsamında miras bırakanın iradesi esas alınacaktı. Bu ihtimal kapsamında, dava konusu olayda miras bırakanın iradesini açıklamış olduğu yazılı bir beyan olmamakla birlikte miras bırakanın bir irade açıklamasının olmadığını da söyleyemeyiz. Çünkü davalı tarafında ileri sürdüğü üzere, miras bırakan söz konusu kazandırmayı mal kaçırmak kastı ile yapmakla birlikte bu kazandırma karşılıksız bir kazandırma değildir. Bu hususa ilişkin en büyük kanıt ise miras bırakanın yapmış olduğu kazandırmada mülkiyet hakkını davalıya devretmesi ile intifa hakkını saklı tutmuş olmasıdır.

Sonuç olarak dava kapsamında, yapılan kazandırma ölüme bağlı bir tasarrufa konu olması sebebiyle tenkis hükümlerine tabidir. Ancak sağlararası bir kazandırma da olsaydı, dava konusu kazandırma denkleştirme hükümlerine tabi olmayacaktı. Bu sebeple HGK’nın yerel mahkemenin direnme kararını bozması kararı, yerinde bir karardır.

II. YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ’NİN 25.05.2016 TARİH, 2014/17033 E. VE 2016/6418 K. SAYILI KARARI

1. Uyuşmazlık Konusu

Davacı, ortak miras bırakanlarının dava konusu 3357 parsel sayılı taşınmazı 3. kişiden satın aldığını ve davalıların murisi olan oğlu, 18 yaşını tamamladığında onun adına tescil ettirdiğini, amacının kız çocuğunu miras hakkından yoksun bırakmak olduğunu ileri

sürerek davalıların murisi adına olan tapu kaydının iptali ile miras payı oranında adına tesciline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar, murislerinin kardeşlerine her zaman destek olduğunu, gözleri görmeyen ve çalışmayan kök miras bırakanları da her zaman yardım ettiğini ayrıca yaşadığı yerde 3. kişiden taşınmaz satın almasının normal olduğunu belirtip davanın reddini talep etmişlerdir.

2. Yargı Aşamasında Verilen Kararlar

Yerel mahkeme, muvazaa iddiasının kanıtlandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar vermiştir. Bu karar üzerine davalılar vekili kararı temyiz etmiştir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, dosya içeriği ve toplanan delillerden, 1917 doğumlu miras bırakanın 08.12.1960 tarihinde öldüğünü, geriye kızı olan davacı ile kendisinden sonra 29.12.2004 tarihinde ölen oğlundan olma torunları davalılar ile dava dışı mirasçıların kaldığını, dava konusu taşınmazın davalıların murisinden elde ettiği bir payının bulunmadığının anlaşıldığını ve bu bağlamda muris muvazaası ve somut olayın özellikleri dikkate alındığına muris muvazaasının mevcut olmadığı ancak şartlarının varlığı halinde tenkis hükümlerinin uygulanabileceği fakat davacı tarafın tenkise ilişkin bir talebi de bulunmadığı için yerel mahkemenin davayı reddetmesi gerekirken yanlıgı bir değerlendirme ile yazılı hüküm kurmasını doğru bulmamış ve bozma kararı vermiştir.

3. Hukuki Uyuşmazlık

Hukuki uyuşmazlık, davalıların murisi adına tescil edilmiş olan dava konusu taşınmazın davacı ile davalıların kök miras bırakanları tarafından davalıların murise lehine mirastan mal kaçırma maksadıyla yapılan bir muvazaalı işlem sonucu elde edip etmediğine ilişkin muris muvazaası tartışmasıdır.

4. Değerlendirmeler

4.1. Muris Muvazaası

Muvazaa kavramı, Türk Hukuku’nda tarafların üçüncü kişileri yanıltmak amacıyla kendi gerçek iradelerini yansıtmayan ve herhangi bir sonuç doğurmayan danışıklı ya da hileli işleri belirtmek için kullanılmaktadır.

Öğretide mutlak muvazaa ve nispi muvazaa olmak üzere iki türü bulunan muvazaaya, Yargıtay’ın 01.04.1974 tarih ve ½ sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile muris muvazaası da eklenmiştir. Bu bağlamda muris muvazaası, nispi bir muvazaa türü olmakla birlikte aldatılmak istenen kişiler murisin birtakım mirasçıları olması sebebi ile bu isimle anılmaktadır.

Miras bırakan, çeşitli kararlarda ve eserlerde de belirtildiği üzere, erkek evladı kız evlattan üstün tutması, birden fazla evlilik gerçekleştirmiş olması, ailevi ya da psikolojik birtakım sebeplere dayanarak diğer mirasçılarını miras hakkından yoksun bırakmak uğruna muvazaalı işlemler yapabilmektedir (Uyar Hatipoğlu, 2017: 111). Bu işlemler genelde, miras bırakanın malvarlığının bir kısmını ya da tamamını bazı mirasçıları lehine temelde bağışlamak niyetiyle, satış işlemi olarak göstermesi şeklinde gerçekleşmektedir.

Muvazaalı satış işlemin ispatı ile görünürdeki satış işlemi hükümsüz hale gelecektir.

Ancak bu işlemin ardına saklanmış olan bağışlama işlemi geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumun tek istisnası taşınmaz satışlarıdır. Çünkü taşınmazlar kapsamında mülkiyet veya diğer aynı haklara ilişkin tüm tasarruf işlemlerinde olduğu gibi gizlenen bağışlama sözleşmesinin de TBK m. 288/II bağlamında resmi şekilde yapılması gerekir. Bu durumun miras hukuku açısından pratikteki önemi şudur, taşınırılar için yapılan muvazaalı işlemlerde gizlenen bağışlama sözleşmesini yönelik bir şekil şartı söz konusu olmadığı için bağışlama işlemi geçerliliğini koruyacaktır. Bu ihtimalde yapılan bağışlama saklı paylı mirasçılarının saklı payını ihlal ediyorsa mirasçılar tenkis talebinde bulunabilir. Ancak taşınmazlara yönelik yapılan muvazaalı işlemde resmi şekil şartına uyulmadığı için gizlenen bağışlama sözleşmesi de geçersiz olacaktır⁹. Bu ihtimale sadece muvazaanın ispatlanması yeterlidir. Mirasçılarının ayrıca bir tenkis talebinde bulunmasına gerek yoktur.

5. Sonuç

Bilindiği ve 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere, miras bırakanın asıl amacı bağış olduğu halde, mirasçısından mal kaçırmak için tapu sicilinde satış suretiyle yapmış olduğu devirlerde görünürdeki satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizlenen bağış sözleşmesi ise şekil eksikliği yönünden geçersizdir. Ancak, taşınır eşyalar bakımından miras bırakanın sağlığında, gerek 3.kişiden parasını ödeyerek almak suretiyle ve gerekse tarafından yaptığı bağış niteliğindeki kazandırmaların, mirasçılarının saklı paylarını zedelenmiş olması halinde tenkise tabi olacaktır.

Dava konusu olayda, davalıların murisinin 3. kişiden elde ettiği taşınmaz bakımından ise muvazaalı bir işlem söz konusu değildir. Hal böyle olunca, Yargıtay'ın da haklı olarak verdiği karar üzerine, muris muvazaasına dayalı davanın reddi gerekmektedir. Yargıtay hukuk dairesi gerekçesinde bu durumu şöyle ifade etmektedir; *“01.04.1974 tarih, 1/2 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararının uygulama yerinin bulunmadığı ve muris muvazaasına ilişkin iddianın dinlenemeyeceği, koşullarının varlığı halinde 4721 sayılı TMK m. 560 – 571’de öngörülen tenkis davasına konu edilebileceği açıktır. Oysa davada tenkis isteği bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı iptal ve tescil istekli davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.”*

⁹ “Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçıların, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medeni Kanunun 507 ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağına”, **Yargıtay 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK**; İmre ve Erman, s. 295; Günay, s. 71; Aydın Tekdoğan, “Muris Muvazaası Nedeniyle Açılan Tapu İptal ve Tescil Davaları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 146, 2018, s. 93 - 94; Murat Topuz, “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2016, s. 711 – 713.

KAYNAKÇA

- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut (2019) Miras Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- GÜLEŞ, Bedia (2018) “Türk Miras Hukukunda Denkleştirme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 134.
- GÜNAY, Erhan (2014) “Mirasta Denkleştirme (İade) Davası”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 100, s. 207 - 212.
- GÜNAY, Erhan (2015) “Mirasta Satış Görünümüyle Mal Kaçırma Davası (Tapulu Taşınmazlarda Muris Muvazaası)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 107, s. 70 - 83.
- GÜNAY, Erhan (2015) “Mirasta Tenkis (İndirim) Davası”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 105, s. 65 - 75.
- İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan (2017) Miras Hukuku, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul.
- TEKDOĞAN, Aydın (2018) “Mirasta Denkleştirme (İade) ve Tenkis Davaları “, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 139, s. 105 - 114.
- TEKDOĞAN, Aydın (2018) “Muris Muvazaası Nedeniyle Açılan Tapu İptal ve Tescil Davaları“, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 146, s. 88 - 101.
- TEKDOĞAN, Aydın (2017) “Sağlararası Tasarrufların Tenkisi “, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 133, s. 86 - 100.
- TOPUZ, Murat (2016) “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, s. 700 – 727.
- UYAR HATİPOĞLU, Zeynep (2017) “Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Miras Bırakanın Asıl İradesinin Tayini”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 36, s. 109 – 135.

6102 SAYILI TİCARET HUKUKUNDA “REASÜRANS (MÜKERRER SİGORTA) VE KAPSAMI”

Stj. Av. HÜSEYİN YILMAZ

1.REASÜRANSA GİRİŞ

1.1.Reasüransın tanımı ve bazı reasürans terimleri

Reasürans, en kısa tanımı ile, sigortacının sigortalanması dolayısıyla da riskin dağıtılmasıdır. Kelime anlamı, tekrar sigorta, mükerrer sigorta, sigortacının sigortasıdır.

Türk Ticaret Kanunu, Madde 1403, 1. Fıkrasında reasürans için; “**Sigortacı, sigorta ettiği menfaati, dilediği şartlarla, tekrar sigorta ettirebilir**”demektedir.

2.Fıkra ise; “**Reasürans, sigortacının, sigorta ettirene karşı borç ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz. Sigorta ettirene, tekrar sigorta yapana karşı, doğrudan dava açmak ve istemde bulunma haklarını vermez**” demektedir.

Sigortacılık faaliyetinin iç işleyişinde uygulama alanı bulan reasürans işlemi bir poliçenin arkasındaki güvence süreçlerinin oluşumunu sağlayan temel basamaktır. Kendi içerisinde de farklı anlaşmalar ve riskin kapasitesinin dağılımını belirleyen ilkeler ışığında Zincir halkasını tamamlayan bir yapı bir organizasyon birliği olarak karşımıza çıkmaktadır.

İnsan yaşamını iş faktörüyle birleştiği her alanda kaçınılması gereken temel konu riskin varlığıdır. Sigortacılık, sürdürülebilir hayat ve hayat dışı alanlarda Riskin kendisini satın alan ve buna karşılık güvence veren bir iş modelidir. Beklenen odur ki riskin gerçekleşmemesi lakin riskin her koşulda varlığına devam ettiği göz önünde bulundurulduğunda riskin karşılığındaki bedelin bir an önce ödenerek insan/iş yaşamı maddi anlamda olumsuz etkilenmeyecek sonuçlar doğurmak amacıyla dünya sistemi haline gelmiş bir yapının ürünüdür reasürans.

Sigortacı: Sigorta teminatını sigortalıya taahhüt eden ve sigortalıya karşı sorumluluğun tamamını üstlenen sigorta şirketi.

Sedan Şirket : Sigortalıya karşı üstlendiği sigortanın bir kısmını veya tamamını, reasürans (mükerrer) sigortası yoluyla devreden şirket. (Sigorta şirketi riskin bir kısmını veya tamamını devrettiği için Sedan şirket olarak anılmaktadır.)

Reasürans: Sigorta edilmiş riskin, belli bir kısmının veya tamamının yeniden sigorta edilmesidir. Sigorta şirketleri, teminat verdikleri rizikolarda büyük hasarların aynı zamana gelme ihtimaline karşı, hasar ödemelerinde sıkıntıya düşmemek için, reasürans anlaşmaları yaparlar.

Sesyon (Devir): Sedan şirketin, reasürans konusu yaptığı kısım veya miktarı, reasüröre devretmesi.

Reasürör : Poliçeden doğan sorumluluğun bir kısmını, sedandan reasürans yoluyla devralan şirket.

Broker: Sigortalıyı veya sigorta veya reasürans şirketini temsil ederek, tarafları bir araya

getiren, sözleşmeden önce gerekli çalışmaları yürüten, sözleşmenin uygulanması ve hasar gerçekleştiği takdirde tazminatın ödenmesine yardımcı olan tarafsız ve bağımsız davranmak zorunda olan sigorta ve reasürans piyasasının profesyonel araçlarıdır.

Retrosesyon: Reasürans yoluyla devralınan sorumluluğun kısmen veya tamamen başka bir şirkete devredilmesi.

Reasürans komisyonu: Sedan şirketin üretim giderleriyle, bir kısım genel giderlerinin karşılanması amacıyla, reasüröre devrettiği prim tutarı üzerinden aldığı komisyon.

Kar komisyonu: Genellikle bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmalarında, dönem sonu itibarıyla reasürör tarafından sağlanan net karın, sedana iade edilen bölümü.

Reasürans primi: Sedan tarafından bölüşmeli otomatik reasürans anlaşması reasürörüne ödenen reasürans primi, ilke olarak sigortalının orijinal sigorta poliçesi uyarınca sigorta şirketine ödediği primin bir yüzdesidir. Reasüröre devredilen sorumluluğun, teminatın tamamına olan oranı ne ise, sigortalının ödediği primin o orandaki bölümü, reasürans primi olarak reasüröre devredilir.

Riziko: Sigorta konusu şey, değer.

Saklama payı (Konservasyon, Retansiyon): Şirketin üstlendiği teminat üzerinden, herhangi bir reasüransa başvurmaksızın, kendi üzerinde tuttuğu net kısım.

İhtiyari reasürans anlaşmaları (Fakültative-İsteğe bağlı, seçimlik reasürans): Her sigorta konusu(riziko) için, sedan ve reasürör arasında yapılacak anlaşmaya uygun olarak yapılan reasürans devrini içeren anlaşmalardır.

Otomatik reasürans anlaşmaları (Trete reasüransı) : Başlangıçta saptanan koşullar çerçevesinde reasürörün, sedana belirli bir süre için otomatik teminat sağladığı anlaşmalar.

Bölüşmeli veya bölüşmesiz olarak yapılan, otomatik reasürans anlaşmasıdır.

Bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmaları: Kotpar ve Eksedan reasürans anlaşmalarını ifade eder.

Kotpar (Belirli paylı reasürans anlaşmaları - Quota Share): Reasüröre, düzenlenen her poliçeden, önceden belirlenmiş bir limit içerisinde ve sabit bir orana göre devir yapılmasına olanak veren bölüşmeli otomatik bir reasürans anlaşmasıdır.

Eksedan(Aşkın bedel reasürans anlaşmaları / Surplus): Önceden belirlenmiş bir limiti geçen sorumlulukların sedan tarafından reasüröre devri ve reasürörün de bunları kabul zorunluluğu olan bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmasıdır (tretesidir).

Hasar fazlası anlaşması(Excess of Loss): Belirli bir miktarı geçen hasarların teminat altına alındığı, bölüşmeli olmayan reasürans anlaşması.

Hasar oranı fazlası anlaşması (Stop loss, Excess of Loss Ratio): Belirli bir süre içindeki hasar oranının belirli bir yüzdeyi geçmesi halinde devreye giren reasürans anlaşması.

Karşılıklı iş alış verişi (Reciprocity): Sedanın, devrettiği işlere karşılık reasürörden iş alması.

Pool (Havuz) anlaşmaları: Hasarların tamamen ya da kısmen üye şirketler tarafından ortaklaşa paylaşıldığı reasürans düzenlemeleri.

Dilim (Plen, Line): Sedan şirketin konservasyonuna eşit bir miktarı (veya değeri) ifade eder ve Eksedan şeklindeki bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmalarının azami kapasitesinin tayinine yarar.

Teminat belgesi (Cover note): Reasürör tarafından verilen teminatın koşullarını gösteren ve reasürör veya aracı (reasürans brokeri) tarafından düzenlenip imza edilen belge.

Asgari ve depo primi: Hasar fazlası reasürans anlaşmalarında, sedanın teminat bedeli olarak reasüröre yaptığı asgari ön ödeme.

Birikim (Kümü): Belirli bir rizikonun gerçekleşmesi sonucunda çok sayıda sigorta konusunun birlikte etkilenmesi durumu.

Run-Off: Reasürans anlaşması sona erdiğinde, portföydeki rizikoların doğal sona eriş tarihlerine kadar reasürörün sorumluluğunun devam etmesini öngören hesaplama sistemi.

Clean-cut: Reasürans anlaşmasının sona ermesi halinde, reasürörün cari rizikolar ve muallak hasarlarla ilgili sorumluluğunun da aynı anda sona erdirilmesini öngören hesaplama sistemi.

Koasürans: Bir rizikonun birden fazla sigortacı tarafından ortaklaşa teminat altına alınması. Birden çok sigorta şirketi aynı poliçe üzerindeki riskleri aralarında bölüşerek sigortalıya teminat verirler. Her koasürör, poliçe sahibine karşı kendi hissesi oranında sorumludur.

Aralarındaki temel fark; koasürans riskin birincil paylaşımını, reasürans ise, riskin ikincil paylaşımıdır.

1.2.Reasüransın işlevleri

Reasüransın toplumun sosyal yaşamında ve ekonomik yaşamındaki değerleri şöyle özetlenebilir;

1.2.1.Rizikonun yayılması:

Tıpkı belirli bir tehlikeye doğrudan uğraması olası kişilerin, sigorta yoluyla zararlarını toplum içinde aynı tehlikeye uğramaları olası diğer kişilere yaymaları gibi, sigorta şirketleri de üstlendikleri rizikoları, reasürans aracılığı ile yayma yoluna giderler. Hiçbir sigortacının portföyü, “Büyük Sayılar Kanunu”nun işlemesine olanak sağlayacak çeşitlilik ve zenginlikte değildir. Oysa bir sigortacının karlı bir portföy elde edebilmesinin yolu, kabul ettiği işlerin, nitelik ve tutar bakımından, aynı türden (homojen) bir yapıya kavuşmasından geçer. Bu da ancak, devamlı olarak bir reasürans alışverişiyle mümkündür.

1.2.2.Sigortacının iş kabul kapasitesinin artması: Reasürans yoluyla sigorta şirketi, hem büyük rizikoları kabul olanağına kavuşur, hem de belirli bir sigorta dalında kabul ettiği işlerin bir kısmını otomatik olarak reasüröre devredip, o sigorta dalında daha çok poliçe düzenleyerek, genel kabul kapasitesini artırır. *Sigorta toplu içinde dayanışmayı gerekli kılar. Bireylerin ve işletmelerin dayanışmasını sağlamakla ulusal bazda dayanışma, huzur ve güven inşa edilmiş olur. Reasürans sistemi ile oluşturulan bu dayanışma uluslararası düzeye taşınır.* Böylece sigorta şirketi, bir yandan kendi mali gücünün izin verdiğinden daha fazla iş kabul edebilirken, öte yandan da, yukarıda sözü edilen “Büyük Sayılar Kanunu”na işlerlik kazandırmış olur.

1.2.3.Sigortacının iş kabul esnekliğinin artması: Bazen sigortacılar, normal koşullar altında kabul etmeyecekleri, ancak rekabet, vb. gibi nedenlerden dolayı teminat vermek

zorunda kaldıkları rizikolarla karşılaşabilirler. Böyle durumlarda da sigortacı, reasürans sayesinde, daha esnek bir iş kabul politikası izleyebilir.

Diğer taraftan, bir sigorta şirketi, kendisi bakımından yeni olan bir sigorta türü veya bölgeyi daha iyi tanıyabilmek için reasüransı kolay ve masrafsız bir yol olarak kullanabilir.

1.2.4.Sigorta şirketinin mali yapısının desteklenmesi: Özellikle yeni ve nispeten küçük, gelişmekte olan bir şirket, reasürörün mali desteğine ihtiyaç duymaktadır. Yasal zorunluluk olan “Kazanılmamış Primler Karşılığı” ayrılması yükümlülüğü ile yıl içinde üretim ve hasarları ödemek zorunda kalmış olan şirket için, ağır bir yük oluşturur. Bundan kısmen kurtulabilmenin tek yolu ise, sigorta şirketi, üstlendiği rizikoların bir bölümünü otomatik olarak reasüröre devretmesini öngören, bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmalarına başvurmaktadır. Böylece, reasüröre devredilen işlere ilişkin hasar payın ek olarak, alınacak reasürans komisyonu, üretim ve yönetim giderlerine katkıda bulunur.

Reasüransın bir başka yararı da, hasar oranında göreceli bir istikrar sağlayabilmesidir. Hasar taleplerinde, bir yıldan öbürüne görülebilecek dalgalanmaların, sigorta şirketinin mali yapısı üzerindeki olumsuz etkileri, iyi ve kötü yıllar arasındaki fark, reasürans yoluyla törpülenerek giderilir. Böylece sigorta şirketi, birkaç yılda bir gerçekleşen dönemsel karakterdeki rizikolar için, yıl sonlarında karşılık ayırmaktan kurtulmuş olur.

Reasüransın, sigorta şirketinin mali yapısına bir diğer katkısı da, sigortacının, sigortalıların hasar taleplerini karşılayabilmek için, sürekli nakit bulundurarak, kaynaklarını bağlı tutmasına gerek bırakmamasıdır. Sigortacı, özellikle, reasürans anlaşmalarında yer alan “peşin hasar” uygulamasından yararlanarak, ivedi nakit gereksinimini reasürörden karşılayabilir.

1.2.5.Birikim(kümü) fazlasının yol açabileceği büyük ölçekli (katastrofik) hasarların kontrolü: Çeşitli sigorta dallarında değişik sigortalılara verilen sigorta teminatlarının, bir araya gelerek birikim (kümü) oluşturması ve böyle durumlarda ortaya çıkabilecek hasarların, sigortacıyı, tek tek poliçeleri düzenlerken öngördüğünden çok daha yüksek bir sorumluluğun altına sokması durumu söz konusudur. Örneğin, Yangın sigortalarında büyük alış veriş merkezleri, Nakliyat sigortalarında gümrük depoları, Oto Kasko sigortalarında otoparklar bu tür birikim(kümü) durumlarına örnektir. Doğal afetler ve kargaşalık, halk hareketleri gibi rizikolar, geniş bir alanı ilgilendirdiğinden, tek bir olay bir çok poliçeyi etkiler. Ayrıca aynı olayda, değişik sigorta dallarındaki poliçelerin de etkilenmesi söz konusu olabileceğinden, bir sigorta dalındaki zararı, diğer dalların karıyla karşılamak olanağı da ortadan kalkabilir. Bu birikimin olumsuz etkilerini, ancak reasürans yoluyla giderebilir.

1.2.6.Reasürörden sigortacıya teknik bilgi aktarımı: Reasürörler, değişik sigorta şirketleri ve piyasalarla çalışmanın bir sonucu olarak, zaman içinde, önemli bir bilgi ve deneyim birikimine sahip olurlar. İş kabulü, hasar önleme, özel rizikolar, hasarların tasfiyesi ve sigorta şirketi personelinin eğitimi gibi konularda, reasürör, bu birikimini sigorta şirketine aktararak teknik yardımda bulunur.

Öte yandan, sigorta şirketleri, özellikle yeni bir iş alanına girerken, arkalarında bu konuda deneyimli bir reasürörün teknik desteğini görmek isterler.

1.2.7.Reasürans Anlaşmalarının Temel yaklaşımları: *Belirtilen yapısı ile reasürans, sigorta şirketlerinin belirli bir riskliliği aşan sigorta sözleşmelerine taraf olmaktan kaçınmalarının ve bu nedenle primleri yükseltmelerini önüne geçerek, üstlendikleri riskleri yönetmelerine katkı sağlamaktadır. Riskin bölünebilir olması branş bazında yapılan poliçe üretiminde toplam tutardan etkilenen hasar oranlarında tüm habitatın etkilenme derecesinin hafifletilmesi ilke olarak benimsenen yaklaşım türüdür.*

1.3.Reasüransın tarihi gelişimi

Elde bulunan belgelere göre ilk reasürans anlaşması bir nakliyat reasüransıdır ve 1370 tarihini taşır. Cenova'dan Sluys'a kadar olan nakliyatın, tehlikeli görünen Kadiz-Sluys arası, sigortacı tarafından başka başka bir sigortacıya reasüre edilmiştir.

Reasüransa ilişkin ilk yasa, Fransa kralı 14.Luis'in 1681 tarihli fermanıdır.

18. yy oldukça sık uygulanan reasürans, 19. yy başında sigortacılığa tamamen yerleşmiştir. Bütün bu ilk reasüranslar, tek tek risklerin bir bölümünün devri anlamında "ihtiyari" reasürans metodu ile yapıla gelmiştir. Sigortacılığın gelişmesi, iş hacminin büyümesi, sigortacının otomatik olarak yararlanabileceği devamlı bir reasürans metodunun varlığını gerektirmiş ve buradan "trete" reasüranslarına geçilmiştir.

Reasürans uygulamaları, uzun süre, tek tek rizikoların reasüransı biçimindeki ihtiyari reasürans şeklinde yapılmıştır. Sanayi devriminden sonra, bölüşmeli otomatik trete reasüransı başlamıştır. İlk trete reasürans uygulaması 1821 tarihlidir.

İngiltere'de deniz sigortalarına ilişkin reasürans işlemleri, spekülatif amaçlarla kullanılmaları nedeniyle, 1746-1864 yılları arasında yasaklanmıştır. Bu durum, koasürans uygulamasını ve Lloyd's'un gelişmesini teşvik etmiştir. Bu ülkede reasürans şirketlerinin kurulup gelişmesi zaman almış ve 1907 tarihinde kurulan, Mercantile & General reasürans şirketi ile gelişme gösterebilmiştir.

İlk reasürans alış verişleri, birbirinin rakibi durumundaki sigortacılar arasında gerçekleştirilmiştir. Ancak bu durum, tarafların fiyatlandırma ve iş kabul yöntemlerinin rakipleri tarafından öğrenilmesine yol açtığı için, bundan vazgeçilmiş ve sigorta şirketlerince, kapasitelerini aşan işleri devredebilecekleri reasürans şirketleri oluşturulmaya başlanmıştır. İlk örnekler Almanya'da 1843 yılında kurulan Weseler Reasürans şirketi ile İsviçre'de 1863 yılında kurulan Swiss Reasürans şirkettir.

Daha sonraki aşama da ise, bağımsız reasürans şirketleri kurulmaya başlanmıştır. Bu konudaki ilk örnek, 1852 yılında Almanya'da kurulan, Köln Reasürans şirkettir.

Türkiye'de sigorta şirketlerinin faaliyeti, 1872 yılında başladığı kabul edilmektedir. 1929 yılında Milli Reasürans T.A.Ş. kurulmuştur. 1945'de Destek Reasürans, 1979'da İstanbul Reasürans, 1980'de Halk Reasürans şirketleri kurulmuştur. Günümüzde faaliyet gösteren Milli Reasürans T.A.Ş dışındaki diğer üç şirket, 1990'lı ve 2000'li yıllarda tasfiye edilmiş veya faaliyetini durdurmuştur.

1.4.Sigortanın ve reasüransın genel prensipleri

1.4.1.Sigortalananabilir menfaat prensibi : *Teminat altına alınan zarar oluştuğunda, sigortalının mali açıdan kayba uğrama durumunda olmasını ifade eder. Bir sigorta sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, sigortalının, rizikonun gerçekleşmesi halinde parayla ölçülebilir belli bir menfaatinin zarar görmesi gerekir. Reasürans işleminde de, sigortalananabilir menfaat prensibi, reasüransa konu olan sigorta sözleşmesinin devamı olarak, başta yer alır.*

Malın mülkiyeti sigortalananabilir menfaati destekleyebilir; çünkü malın sahipleri, mal hasar veya zarar görünce mali açıdan kayba uğrayacaklardır. Potansiyel yasal sorumluluk da, sigortalananabilir menfaati destekleyebilir. Örneğin; bir kuru temizleme firmasının müşterilerin mallarında sigortalananabilir bir menfaati vardır.

Sigortalananabilir menfaat ilişkisi olanlar; malın sahibi, kiracısı, ipotek alacaklısı, rehin alacaklısı, emanetçi, yeddi emin, vakıf, evli eşler, vb. Menfaat ilişkisi, poliçe vadesi süresince devam etmelidir.

1.4.2.Azami iyiniyet prensibi: Sigortacı ile reasürörü arasındaki ilişkinin temelinde iyiniyet yatar. Buradaki "azami" ifadesi, sözleşmenin gerçekleştirilmesi anında, tarafların karşılıklı olarak birbirlerine, risk hakkında bildikleri her türlü bilgiyi iletmeleri anlamında, sonsuz ve sınırsız bir iyiniyeti ifade etmek için kullanılmaktadır.

Sır saklama öğretisi de azami iyi niyet prensibini destekler. Sır saklama, sigorta alıcısının sigorta için sigorta şirketini maddi bir gerçeği açığa çıkarmasına yönelik maksatlı bir fiildir. Taahhüt öğretisi de, azami iyi niyet prensibini yansıtır. Taahhüt, bir beyanın sigorta sözleşmesinin bir parçası olup, sözleşmeyi yapan tarafından her açıdan doğru olduğuna güvence verilmesidir.

1.4.3.Yakın sebep prensibi: Hasarı doğuran bir veya birden çok sebep olabilir. Yakın sebep, bunların içinde, hasarın oluşmasındaki en etkin olanı, en ağır basanıdır. Olay zincirinde kırılma olmamalıdır. Hasar olayının oluşumunda, sondan başa doğru, olay örgüsü tanımlanır. Yakın sebep, zaman olarak en son olan değil, durum olarak en etkin olanıdır.

1.4.4.Tazminat prensibi: Bütün reasürans anlaşmaları, birer tazminat anlaşmasıdır. Reasürans anlaşmasına yol açan bütün sigorta sözleşmeleri, hayat sigortalarında olduğu gibi tazminat sözleşmesi olmasa dahi, hayat reasürans anlaşmaları da, birer tazminat sözleşmesidir. Buradaki genel prensip, reasürörün, reasürans sözleşmesinde yazılı azami limite kadar, sigortacının zararını tazmin etmesidir.

Sigortacının, sigortalısına teminat dışı nedenlerden dolayı yaptığı **lütuf ödemeleri (ex-gratia)** reasürörü bağlamaz. Ancak, reasürans anlaşma metninde "sigortacının tüm ödemeleri reasürörü bağlar" şeklinde ifadeler varsa, reasürör tüm ödemelerde sigortacıyı takip eder.

1.4.5.Halefiyet prensibi: Her durumda, sigortacının hasarda rücu yolu ile ya da başka şekillerde, ileride elde edebileceği ve nihai zararını azaltıcı her türlü maddi menfaatten,

reasürör de aynen yararlanır. Dolayısıyla reasürörün, nihai maddi zararı azaltıcı, her türlü tedbiri, sigortacıdan isteme hakkı vardır.

Sigortanın genel prensipleri, aynen reasürans anlaşmalarında da geçerlidir. Bu prensiplerin hepsi aynı derecede önemli ve bir zincirin halkaları gibi, birbirlerini tamamlayıcı niteliktedirler.

1.5.Reasürans yöntemleri (türleri)

Öncelikle “ yabancı bir kavramın, Türk hukuku kurallarına göre kapsamını ve anlamını tayin etmek güçtür. Bu nedenle, reasürans sözleşmelerinde kullanılan yaygın ifadelerin Türkçe karşılıklarının tespit edilmesi, bu hususta birden fazla öneri olması hâlinde, reasürans sözleşmelerine ilişkin terminolojinin oluşması açısından bu önerilerin değerlendirilmesi ve mümkün olduğu ölçüde bir standart oluşturulması önem arz etmektedir. Türk hukuku açısından yabancı kavramların Türkçe karşılıklarının tespiti, aynı zamanda sözleşmelerin geçerliliği açısından da önem taşıyabilir. Çünkü 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun md. 1’e göre, Türkiye’de yapılan reasürans sözleşmelerinin Türkçe hazırlanması gerekmekte olup başka bir dilde hazırlanan sözleşmelerin geçersizliği ileri sürülebilmektedir. Esasen Yargıtay içtihadına ve öğretiyeye göre, işin niteliği gereği Türkçe sözleşmelerde yabancı dildeki kavram veya teknik şartların kullanılması 805 sayılı Kanuna aykırı görülmemektedir. Ancak tarafların birden fazla dilde sözleşme hazırladığı ve Türkçe nüshasının olduğu durumlarda 805 sayılı Kanun md. 3 Türkçe nüshanın esas alınacağını öngörmektedir.”

Tehlikeyi ve olası hasarı çeşitli sigortacılar arasında dağıtmanın başlıca **dört ana yolu** vardır. Bunlar;

1)İhtiyari (Seçimlik, Facultative) reasürans.

2)Otomatik reasürans anlaşmaları (Trete reasüransı).

a)Bölüşmeli (Orantılı , Proportional) reasürans anlaşmaları;

-Kotpar (Belirli paylı, Quota Share) anlaşması.

-Eksedan (Aşkın bedel , Surplus) anlaşması.

b)Bölüşmesiz (Orantısız, Non-Proportional) reasürans anlaşmaları;

-Hasar fazlası anlaşması (Excess of Loss- X/L).

-Hasar oranı fazlası anlaşması (Stop Loss/ Excess of Loss Ratio- E/L Ratio)

3)Karşılıklı iş alış verışı (Reciprocity)

4)Pool anlaşmaları (Havuz, Pooling)

2. İHTİYARİ (SEÇİMLİK- FACULTATIVE) REASÜRANS YÖNTEMİ

2.1.Genel bilgiler

İhtiyari reasürans yöntemi, uygulana gelen en eski reasürans yöntemidir. Bugün yerini büyük ölçüde Bölüşmeli Otomatik Reasürans ve Hasar Fazlası anlaşmalarına bırakmış olmakla beraber, sigorta şirketlerine hala etkili bir şekilde fayda sağlamaya devam etmektedir.

Bu yöntemde, sedan işi verip vermemekte, Reasürör de, işi kabul edip etmemekte serbestir. İki taraf da, tam bir seçme özgürlüğü içindedir. Reasürör, riziko ile ilgili tüm

bilgileri Sedan’dan ister. Sedan, ne kadar “saklama payı, konservasyon” tutacağını, reasüröre bildirir. Bu reasürör için çok önemlidir. Çünkü, eğer sedanın saklama payı düşük ise, nedeni araştırılmalıdır.

İhtiyari reasürans yönteminde, sigortalının sigortacı ile ilişkisi ne ise, sedanın reasürör ile ilişkisi de aynı niteliktedir. Reasürör, sedanın bir ihtiyari reasürans teklifini, tıpkı sigorta şirketinin, bir sigorta yaptırma teklifini incelemesi gibi inceler ve uygun görürse kabul eder. “Azami iyi niyet” prensibi, bu reasürans yönteminde, tam bir uygulama alanı bulur.

2.2.İhtiyari reasüransa başvurulmasının nedenleri

-Sedan’ın trete kapasitesinin yetmediği veya dolduğu veya ek reasüransa ihtiyaç duyulan yüksek bedelli risklerin teminat altına alınması durumunda.

-Trete dışında kalan işlerde (Örneğin, Sedan tekne dalında çalışmıyor ise).

-Tehlikeli ve alışılmadık risklerde.

-Trete reasüransı sağlanamadığı durumlarda.

-Şirketler arasında, karşılıklı iş alış verışı sağlamak amacıyla

2.3.İhtiyari reasüransın yarar ve sakıncaları

İhtiyari reasüransın yararları:

-Büyük rizikolarda, küçük sigorta şirketlerine ek kapasite sağlar.

-Sigorta şirketini, büyük zararlardan koruyarak, portföyünde denge sağlar.

-Karşılıklı iş alış verışı sayesinde, diğer şirketlerden iş alır.

-Teminat vermek zorunda kaldığı müşterisini kırmamış ve müşterisini kaçırmamış olur.

İhtiyari reasüransın sakıncaları:

-Tek tek her bir rizikoya uygulandığı için, zaman alıcı ve masraflıdır.

-Rizikonun plasmanı (yerleştirilmesi) yapıncaya kadar, müşteri kaçabilir.

-Yenilemede de, aynı işlemler tekrar eder.

-Reasürans komisyonu, trete reasüransından daha düşüktür.

Not: İhtiyari reasürans işlemi tamamlanmadan, sigortalıya poliçe kesinlikle verilmemelidir.

2.4. Bülten/Slip

Reasürör’ün kendisine önerilen ihtiyari reasürans işini kabul etmesi, Sedan’ın hazırlayacağı bir belge üzerine imza atması ile geçerlilik kazanır. Bu belgeye, “Reasürans Bülteni” ya da “Slip” denir. **Bülten /Slip’de olması gereken asgari bilgiler şunlardır:**

-Sedan şirketin adı ve adres detayları,

-Sigortalının adı ve adres detayları,

-Sigortalı riskin özellikleri (Tekne, yük, bina, işyeri, yol, varış yeri, vb.),

-Sedan şirketin poliçe numarası,

-Sigorta bedeli (Bina, muhteviyat, demirbaşlar, emtia ayrı ayrı belirtilmelidir.),

-Sedanın saklama payı,

- Prim, fiyat (net veya brüt),
- Teminat verilen rizikolar, varsa ek teminatlar,
- Teminat süresi,
- Reasürör hissesi,
- Reasürans komisyonu,
- Hasar geçmişi (var ise).

İhtiyari reasürans'da yenileme her yıl yapılır. Varsa değişiklikler bildirilir. Teminatın uzatılması, yenilenmesi anlamına gelmez.

Reasürör, hasar ödemelerinde, orijinal poliçe şartlarına uyacağını ifade eder. Bültende lütuf ödemesi ile ilgili bir madde yoksa, reasürörü bağlamaz.

Saklama payı ve ihtiyari reasürans teminat çeşidi aynı olmalıdır. Örneğin, yangın teminatı olan bir rizikoda saklama payı sadece binayı, ihtiyari reasürans da binadaki emtiayı konu edinemez.

2.5.Geçici Poliçe (Cover Note)

Reasürör, teklif edilen riski kabul etmesinden sonra, sedana geçici poliçe (Cover Note) gönderir. Cover Note'da olması gereken bilgiler şunlardır;

- Sigortalının adı ve adres bilgileri,
- Sigortanın konusu,
- Orijinal sigorta bedeli,
- Verilen teminat,
- Teminat süresi,
- Reasürans primi,
- Reasürans komisyon oranı,
- Reasürör tarafından teminat altına alınan oran veya miktar,
- Orijinal koşullar.

2.6.İhtiyari reasürans işleminin çalışması

Örnek: Sedan şirket, sigorta bedeli 20 milyon TL olan endüstriyel riski, yangına karşı sigortalayacaktır. Kendi üzerinde bıraktığı saklama payı %10 yani 2 milyon TL'dir. Prim oranı %01, yıl içinde meydana gelen hasar tutarı 4 milyon TL olsun. Sedan şirket, saklama payının dışındaki kısmı üç şirkete paylaştırsın. Reasürör payları ve dağılım aşağıdaki gibi olacaktır;

Sigorta bedeli: 20 milyon TL

Prim Tutarı: 20 milyon x %01= 20 bin TL

Yıl içinde meydana gelen hasar toplamı: 4 milyon TL

Reasürans	Oranı (%)	Sigorta Bedeli (TL)	Prim (20 bin TL)	Hasar (4 MilyonTL)
Sedan	%10	2.000.000.-TL	2.000.-TL	400.000.-TL
Milli Re.	%40	8.000.000.TL	8.000.-TL	1.600.000.-TL
Münih Re.	%30	6.000.000.-TL	6.000.-TL	1.200.000.-TL
Swiss Re.	%20	4.000.000.-TL	4.000.-TL	800.000.-TL
Toplam	%100	20.000.000.-TL	20.000.-TL	4.000.000.-TL

3.BÖLÜŞMELİ OTOMATİK REASÜRANS ANLAŞMALARI (ORANTILI TRETE REASÜRANSI / PROPORTIONAL TRETE)

3.1.Genel bilgiler

-Bu reasürans anlaşmasında, her iki taraf içinde zorunluluk vardır. Sedan "iş vermiyorum", reasürör de "iş almıyorum" diyemez.

-Reasürörün rizikodaki payı ne ise, prim ve hasara da aynı oranda katılır.

-Seçim özgürlüğü iki taraf içinde sınırlıdır. Sedan işin iyisini tutup, kötüsünü reasüröre devredemez. İş ne ise, onu devreder. Reasürör ise, işi beğenmediğini ileri sürerek riski almıyorum diyemez.

-Riski seçme hakkına sahip olmayan reasürör, bir anlamda Sedanın şirket ve iş politikasını kabulleniyor demektir.

3.2.Kotpar anlaşmaları (Belirli Paylı Reasürans anlaşmaları / Quota Share)

En eski ve en basit bölüşmeli, orantılı trete reasüransı yöntemidir. Teknik olarak, koasürans sisteminden türemiş bir bölüşmeli otomatik reasürans yöntemidir. Sedan tarafından kabul edilen bütün sigortaların, önceden kararlaştırılmış bir oran dahilinde reasüröre devri ve reasürörün de bu devri kabul zorunluluğu vardır.

Reasürör, söz konusu oran dahilinde, sedanın düzenlediği poliçelerle ilgili olarak meydana gelebilecek hasarlara katılırken, aynı oranda orijinal prime, öngörülen reasürans komisyonu düşüldükten sonra hak kazanır.

Reasürans anlaşmasında ayrıca, riziko başına azami sorumluluk tutarı da belirlenir. **Örneğin**, "Herhangi bir riziko itibarıyla 1 milyon USD'yi geçmemek üzere, sigortalı her bir rizikonun %20'si" ifadesiyle, Kotpar reasürörünün, herhangi bir riziko bakımından azami sorumluluğunun 200.000.-USD (1.000.000.- x %20= 200.000.-) olduğu belirtilmektedir.

Kotpar anlaşmasının işleyişine ilişkin örnekler:

Örnek: 1: Kotpar Tretesinin koşullarının aşağıdaki gibi olduğunu varsayalım;

-Tretenin azami limiti her bir poliçede 500.000.-TL

-Sedanın saklama payı her bir poliçede % 20

-Saklama payından artı kalan %80'in dağılımı ise şöyledir; Reasürör (A) %50, Reasürör (B) %30 olarak iki reasürör arasında paylaştırılmıştır.

Police 1: Sigorta bedeli 300.000.-TL, poliçe primi 500.-TL, Poliçenin yıl içindeki hasarı 50.000.-TL'dir.

Yukarıdaki Kotpar tretesi şartlarına göre, poliçenin sorumluluk, prim ve hasar açısından, Sedan ve Reasürörler arasındaki paylaşımı aşağıdaki gibidir;

	Oran (%)	Sorumluluk (300.000.-TL)	Prim (500.-)	Hasar (50.000. TL)
Sedan	%20	60.000.-	100.-	10.000.
Reasürör(A)	%50	150.000.-	250.	-25.000.
Reasürör(B)	%30	90.000.-	150.-	15.000.-
Toplam	%100	300.000.-	500.-	50.000.

Police 2: Sigorta bedeli 600.000.-TL, Poliçe primi 1.000.-TL, yıl içindeki hasarı 200.000.-TL'dir.

Yukarıdaki Kotpar tretesi şartlarına göre, poliçenin sorumluluk, prim ve hasar açısından, Sedan ve Reasürörler arasındaki paylaşımı aşağıdaki gibidir;

Bu örnekte, diğer örnekten farklı olarak, sigorta bedeli, Kotpar tretesi limitini 100.000.-TL aşmaktadır. Bu nedenle, öncelikli olarak, trete limiti üzerinden sorumluluk paylaşılacak ve bunun sonucunda, poliçe bedeli üzerinden toplam sorumluluk oranları bulunacaktır. Böylece poliçe primi ve ödenen hasarı, hesaplanan toplam oranlar üzerinden paylaşılacaktır. Limitin üzerinde kalan tutarı (100.000.-TL) ise Sedan, kendi üzerinde tutabileceği gibi, İhtiyari Reasürans yöntemiyle de riski devredebilir. İhtiyari reasürans anlaşmasını, Kotpar reasürörleri ile de yapabilir. Anlaşırlarsa ayrıca reasürör aramaya gerek yoktur.

Sorumluluğun paylaşımı : İlk olarak 500.000.-TL'lik kısım, Kotpar tretesinin otomatik teminatı gereği paylaşılır.

Sedan	500.000.-TL x %20= 100.000.-TL
Reasürör (A)	500.000.-TL x %50= 250.000.-TL
Reasürör (B)	500.000.-TL x %30= 150.000.-TL

Toplam sorumluluğun dağılımı	(600.000.-TL)	Oranlar (%)	Prim (1.000.TL)	Hasar (200.000.)
Sedan	100.000.- / 600.000.- =	% 16,7	167.-	33.400.-
Reasürör (A)	250.000.-/ 600.000.- =	% 41,6	416.-	83.200.-
Reasürör(B)	150.000.-/ 600.000.- =	% 25,0	250.-	50.000.-
Diğer Reasürans	<u>100.000.-/ 600.000.- =</u>	<u>% 16,7</u>	<u>167.-</u>	<u>33.400.-</u>
Toplam	<u>600.000.-</u>	<u>% 100</u>	<u>1.000.-</u>	<u>200.000.-</u>

Kotpar anlaşmalarının uygulama alanı:

- Sigorta şirketi, yeni bir sigorta türüne veya yeni bir piyasaya girmek istediğinde, iş veya piyasa hakkında, yeterli deneyim ve iş hacmi sağlayana kadar, Kotpar en ideal sistemdir.
- Dolu ve sorumluluk sigortaları gibi, yıldan yıla hasar oranlarının farklılık gösterdiği sigorta türlerinde uygun bir reasürans yöntemidir.
- Sedan şirketin karşılıklı iş alış verişi (reciprocity) girmek istediği durumlarda, kotpar reasüransı kullanılabilir.
- Kötü sonuçlar veren sigorta şirketleri, ancak bu yöntem ile reasürans yapabilir.

Kotpar anlaşmasının olumlu yönleri:

- İki taraf için de, kader birliği ve güven duygusu vardır.
- Anlaşmanın yürütülmesi ve hesaplaşma basit ve gideri azdır.
- Reasürör, her rizikonun belirli bir yüzdesini alacağından, sedanın reasürör aleyhine seçimi ile karşılaşmaz ve dengeli bir portföye sahip olur.
- Sedan, daha yüksek oranda reasürans komisyonu, kar komisyonu ve prim rezervi tutarak, mali desteğe kavuşur.

Kotpar anlaşmasının sakıncalı yönleri:

- Her rizikodan hisse vermek zorunda olan Sedan, iyi rizikolarda daha fazla üzerinde tutamaz.
- Sigorta bedelinin %'si üzerinden reasüröre devir yapıldığından, çeşitli rizikolar itibarıyla saklama payındaki tutarlar çok farklıdır ve saklama payı portföyü benzer(homojen) değildir.
- Sedan, hasarlarda, hasar oranını düşürme olanağı bulamaz. Çünkü, bütün rizikolar, reasüröre aynı oranda devredilmektedir.
- Sedanı birikim (kümü) tehlikesine karşı koruyamaz.

3.3.Eksedan anlaşmaları (Aşkın bedel reasürans / Surplus)

Eksedan anlaşmalarında (tretelerinde), önceden belirlenmiş bir limiti geçen sorumlulukların sedan tarafından reasüröre devri ve reasürörün de bunları kabul zorunluluğu vardır. Devir ve kabul, belirlenen esaslar içerisinde, otomatik olarak gerçekleştirilir.

Reasürör, üstlendiği tutarın, teminatın tümüne olan oranı dahilinde, rizikoya ilişkin prim ve hasara katılır. Sedan şirketin saklama payı, üzerinde tutması gereken tutarı ifade eder ve Eksedan anlaşmasının kapasitesinin belirlenmesine temel oluşturur. Anlaşmanın kapasitesi, sedanın saklama payına eşit olan ve "dilim (Plen/Line)" adı verilen tutarların sayısı ile ölçülür.

Örneğin, saklama payı 100.000.- ve dilim sayısı da 10 ise, Eksedan anlaşmasının kapasitesi (100.000 x 10= 1.000.000.-) 1 milyon olarak ifade edilir.

Kotpar anlaşmasından farkı: Kotpar anlaşmasında her bir rizikonun belirli bir yüzdesi reasüröre devredilir. Eksedan anlaşmasında ise, belirlenmiş bir limiti (dilim, plen, line) geçen sorumluluklar, reasüröre devredilir.

Benzerliği ise; devir ve kabul, belirlenen esaslar dahilinde, zorunlu ve otomatik olarak gerçekleşir.

Örnek 1: Eksedan anlaşması koşulları aşağıdaki gibidir;

Sedanın saklama payı : 50.000.-TL

Dilim sayısı : 10

Eksedan tretesinin kapasitesi : 50.000.- x 10 = 500.000.-TL

Police bilgileri:

Sigorta bedeli : 800.000.-TL

Prim : 1.000.-TL

Yıl içinde hasar tutarı : 40.000.-TL

<u>-Sorumluluğun paylaşımı (800.000.-TL'nin dağılımı)</u>	<u>Sorumluluk oranları (%)</u>
Sedan : 50.000.-TL (Saklama payı)	(50.000.-/800.00.-) % 6,25
Reasürör (A) :500.000.-TL (50.000.- x 10 dilim= 500.000.-)	(500.000./800.000)%62,50
Diğer Reasürans :250.000.- (Tretenin dışında kalan kısım)	(250.000/800.000) %31,25
Toplam 800.000.-TL	%100,0

<u>Prim paylaşımı (1.000.-TL)</u>		<u>Hasar paylaşımı (40.000.-TL)</u>
Sedan	(1.000.- x %6,25) 62,50.-	(40.000.- x %6,25) 2.500.-
Reasürör (A)	(1.000.-x %62,50) 625,00.-	(40.000.- x %62,50) 25.000.-
Diğer Reasürans	(1.000.-x %31,25) 312,50.-	(40.000.-x %31,25) 12.500.-
Toplam	%100 1.000.-	%100 40.000.-

Örnek 2: Sedan şirket üstlendiği sivil rizikoları(konut poliçelerini), 10 dilimlik 1. Eksedan, 5 dilimlik 2.Eksedan anlaşmasıyla korumaktadır. Saklama payı (konservasyonu) 50.000.-TL 'dir. Aşağıdaki örnek poliçelerin sigorta bedelleri, sedanın saklama payı ve oranı ile reasüröre devredilen tutarlar ve oranları şöyledir;

<u>Riziko</u>	<u>Sigorta Bedeli</u>	<u>Saklama Payı</u>	<u>Saklama %</u>	<u>1.Ekse-dan Payı ve %</u>	<u>2.Eksedan Payı ve %</u>
A	40.000.-	40.000.-	%100	-- --	-- --
B	100.000.-	50.000.-	% 50	50.000.- %50	-- --
C	400.000.-	50.000.-	% 12,50	350.000.- %87,50	-- --
D	800.000.-	50.000.-	% 6,25	500.000.- %62,50	250.000.- % 31,25

Yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere, A poliçesi sedanın saklama payı olan 50 bin liranın altında kaldığından, sorumluluk tamamen (%100) sedanın üzerinde kalmaktadır. B ve C poliçelerinde ise, 1.Eksedana da, otomatik olarak, saklama payının üzerindeki tutar devredilmektedir. İlk üç poliçede 2.Eksedana devir yapılmasına gerek kalmamıştır. D poliçesinde ise 2. Eksedana da sorumluluk devredilmiştir. Eğer poliçelerden birinde, poliçe tutarı bu örneğimizdeki verilere göre 800.000.-TL'yi aşmış olsaydı, aşan kısım Sedana geri döner veya diğer reasürans yöntemleriyle sorumluluk devredilirdi.

Not: Eksedan anlaşmalarında, sigorta bedeli, sedanın saklama payını aşmıyor ise, reasüröre iş devredilmez.

Eksedan anlaşmalarında, Sedan değişik riziko sınıfları bakımından, farklı saklama payları tutmak ister. Bu nedenle Eksedan tretelerinde değişik miktarlarda saklama payı bulunur. Hasarı en düşük olacağı düşünülen rizikolar 1. Sınıf, daha çok tehlikesi olanlar 2. Sınıf, daha da kötü rizikolar 3.4. 5. vs. şeklinde sınıflandırılır. Sedan, 1.sınıf iyi rizikolarda yüksek saklama payı, 2.'de daha az, 3. ve 4.'de ise, çok daha az saklama payı tutar.

Örnek 2:

Gemi Yaşı	Bina cinsi	Riziko sınıfı	Riziko tutarı	Saklama payı	Reasürans payı	Re. %
0-5	Tam kagir	1.	1.000.000.- TL	800.000.-TL	200.000.- TL	%20
5-10	Adi kagir	2.	1.000.000.- TL	600.000.-TL	400.000.- TL	%40
10-20	Ahşap	3.	1.000.000.- TL	400.000.-TL	600.000.- TL	%60

Trete dengesi ve 1., 2., 3. Ek Sedan Treteleri (1st, 2nd, 3rd, Surplus)

Trete dengesi, tretenin sağladığı prim gelirinin, tretenin azami sorumluluk limitine oranıdır. Tretenin azami sorumluluk limiti miktarındaki bir hasarın, treteden elde edilecek prim gelirinden, ne kadarını yok edeceğinin saptanması, bize o tretenin dengesi hakkında bir fikir verebilir.

Eksedan trete sisteminin üst üste işleyecek şekilde 1., 2., 3. olarak düzenlenmesi de mümkündür. Normal olarak fazla kapasite sağlamak için, bunların reasürörlerinin farklı olması arzu edilirse de, 2. ve özellikle 3. eksedan treteleri, çoğu zaman prim- sorumluluk ilişkisi bakımından dengesiz olacağından, reasürör bulmak zorlaşır. Bu nedenle de, 1. Eksedan tretesinin desteği gerekli olur. İşleyiş bakımından, 1. Eksedanın 2. ve 3.'ye karşı, 2.'nin 3.'ye karşı önceliği vardır. Saklama payını geçen rizikolar, sırasıyla önce 1. Eksedan teretesine verilmeli, artan kısım varsa 2.eksedana ve sonra da 3.eksedana devir yapılmalıdır. Atlama yapılamayacağı gibi, eksedanlar arasında, farklı saklama payı miktarlarına göre uygulama da söz konusu olamaz.

Örnek 3: Endüstri riskleri için, Eksedan tretesi şartlarının, aşağıdaki gibi olduğunu varsayalım;

Sedanın saklama payı (konservasyonu/ retansiyonu) :	200.000.- TL
1.Eksedan trete limiti: 20 dilim/plen	(20 x 200.000.-= 4.000.000.-TL)
2.Eksedan trete limiti: 10 dilim/plen	(10 x 200.000.-= 2.000.000.-TL)
Toplam trete kapasitesi.....	6.200.000.-TL
Eksedan anlaşması yapılan reasürörler	1.Eksedan payı 2.Eksedan payı
Milli Reasürans	%50 %50
Münih Reasürans	%30 %20
Swiss Reasürans	%20 %20
SCOR Reasürans	% 0 %10
	%100 %100

Police bilgileri:

Sigorta bedeli (Tekstil fabrikası):	7.000.000.-TL
Poliçe primi :	10.000.-TL
Hasar(Poliçe süresi içinde) :	500.000.-TL

Sorumluluğun paylaşımı	Sorumluluğun oranı (%)
Sigorta bedeli : 7.000.000.-TL	
Sedanın saklama payı: 200.000.-TL	200.000 / 7.000.000= % 2,85
Kalan: 6.800.000.-TL	
1.Eksedan tretesi: 4.000.000.-TL	4.000.000/7.000.000= %57,15
Kalan: 2.800.000.-TL	
2.Eksedan tretesi: 2.000.000.-TL	2.000.000/ 7.000.000= %28,58
Kalan:800.000.-TL	
Diğer reasürans: 800.000.-TL	800.000 /7.000.000= %11,42
0	%100,00

Reasürörler	1.Eksedan payı(4.000.000.-TL)	2.Eksedan payı (2.000.000.-TL)
Milli Re.	4.000.000 x %50= 2.000.000.-	2.000.000 x %50= 1.000.000.-
Münih Re.	4.000.000 x %30= 1.200.000.-	2.000.000 x %20= 400.000.-
Swiss Re.	4.000.000 x %20= 800.000.-	2.000.000 x %20= 400.000.-
SCOR Re.	(Payı yok)	2.000.000 x%10= 200.000.-
	4.000.000.-	2.000.000.-

Primin paylaşımı (10.000.-TL)

Sedan	: 10.000.- x % 2,85=	285.-TL
1.Eksedan tretesi	: 10.000.- x % 57,15=	5.715.-TL
2.Eksedan tretesi	: 10.000.- x % 28,58=	2.858.-TL
Diğer reasürans	: 10.000.- x % <u>11,42=</u>	<u>1.142.-TL</u>
	<u>%100</u>	<u>10.000.-TL</u>

Reasürörler	1.Eksedan payı (5.715.-TL)	2.Eksedan payı (2.858.TL)
Milli Re.	5.715 x %50= 2.857,5	2.858 x %50= 1.429
Münih Re.	5.715 x %30= 1.714,5	2.858 x %20= 571,6
Swiss Re.	5.715 x %20= 1.143	2.858 x %20= 571,6
SCOR Re.	(Payı yok)	2.858 x %10= <u>285,8</u>
	<u>5.715.-TL</u>	<u>2.858.-TL</u>

Hasarın paylaşımı (500.000.-TL)

Sedan	: 500.000.- x % 2,85=	14.250.-TL
1.Eksedan tretesi	: 500.000.- x % 57,15=	285.750.-TL
2.Eksedan tretesi	: 500.000.- x % 28,58=	142.900.-TL
Diğer Reasürans	: 500.000.- x % <u>11,42=</u>	<u>57.100.-TL</u>
	<u>%100</u>	<u>500.000.-TL</u>

Reasürörler	1.Eksedan tretesi (285.750.-TL)	2.Eksedan tretesi (142.900.-TL)
Milli Re.	285.750 x %50= 142.875	142.900 x %50= 71.450
Münih Re.	285.750 x %30= 85.725	142.900 x %20= 28.580
Swiss Re.	285.750 x %20= 57.150	142.900 x %20= 28.580
SCOR Re.	(Payı yok)	142.900 x %10= <u>14.290</u>
	<u>285.750.-TL</u>	<u>142.900.-TL</u>

3.3.1. Eksedan anlaşmalarında EML, PML uygulaması

PML: Possible Maximum Loss (Mümkün azami hasar)

MPL: Maximum Possible Loss (Azami mümkün hasar)

MPL. Maximum Probable Loss (Azami ihtimal dahilindeki hasar)

EML: Estimated Maximum Loss (Tahmini azami hasar)

Bu kavramların hepsi aynı şeyi ifade eder. “**İhtimal dahilinde**” ile “**Mümkün**”(Probable-Possible) kelimelerinin yarattığı kavram kargaşasından kurtulmak için, yaygın olarak kullanılan **EML(Tahmini Azami Hasar)** kavramı kullanılacaktır. Bununla; “**tek bir riskin uğrayabileceği hasardan dolayı, sigortacının ödeyebileceği azami tazminat miktarı tahmin edilerek, saklama payının ve treteye yüklenebilecek azami miktarın bu tahmine dayalı olarak tespit edilmesi**” kastedilmektedir.

Yukarıdaki tahminlerden amaçlanan, rizikoda meydana gelebilecek hasarı tahmin etmektir. Sedan şirket, saklama payının tespitinde bu tahminlerden de yararlanmaktadır. Bu tür risk analizleri, aynı zamanda trete kapasitesini otomatik olarak yükseltmektedir.

Örnek: Sedanın Eksedan tretesinde, endüstriyel risklerle ilgili saklama payının 1 milyon TL olduğunu ve tretenin 10 dilimlik olduğunu varsayalım. Poliş bedelinin 30 milyon TL ve EML hasar tahmin analizi sonucunun da %20 olduğunu varsayalım.

Sedanın üzerinde tuttuğu saklama payı, bu riskte, EML analizi yapıldığı ve en fazla %20 (0,20) hasar olabilir tahmininde bulunduğu için, 100/20= 5 kat artar. Yani bu poliçe için saklama payı ; 1 milyon TL x 5 =5 milyon TL’ye yükselir.

Kapasite artışı: 1 milyon / 0,20= 5 milyon TL

Kapasite artışı Formülü= Saklama payı / EML oranı.

Yukarıdaki poliçe örneğinde, Eksedan tretesine yükleyebileceği normal tutar, 1 milyon x 10 dilim= 10 milyon TL iken, EML analizi sayesinde otomatik olarak, 5 milyon x 10= 50 milyon TL’ye yükselmiş olur.

Eksedan anlaşmalarının olumlu yönleri;

- Sedan, **konservasyonunda eş büyüklükte (homojen) riskler tutar.** Böylece “**Büyük Sayılar Kanunu**”nın işlemlerini sağlar.
- Sedan, Kotpar tretesinde olduğu gibi, her rizikoyu reasürörüyle paylaşmak zorunda olmadığından (saklama payını aşmıyorsa) **daha çok primi kendi bünyesinde tutar.**
- Sedan, **iyi rizikolarda daha yüksek saklama payı tutacağından**, trete sonuçları daha iyi olacaktır.

Eksedan anlaşmalarının sakıncalı yönleri;

- Bu anlaşmaların yürütülmesi daha çok emek ve zaman gerektirdiğinden, biraz daha masraflıdır. Ayrıca karmaşıklık, uygulamada hata ve anlaşmazlıklara neden olabilir. (Günümüz de, bilgi işlem makineleri sayesinde, bu sakıncalar büyük ölçüde ortadan kalkmıştır.)
- Reasürör açısından, nispeten iyi olmayan riskleri devralma söz konusudur.
- Sedan açısından bir sakıncası ise, reasürans komisyonu, Kotpar’a göre daha azdır.

3.4.Bölüşmeli otomatik reasüransın özel biçimleri

3.4.1.İhtiyari- Zorunlu reasürans anlaşmaları (Facultative-Obligatory)

- Bu anlaşma türünde reasürans devri, sedan için ihtiyari (isteğe bağlı) iken, reasürör için yapılan devri kabul zorunluluğu vardır.
- İhtiyari-Zorunlu’da (FAC-OBLIG), reasürörün üst limiti tespit edilir.
- Bu anlaşmalara, genellikle Sedan’ın mevcut Eksedan anlaşmalarından sonra başvurulur.
- Eğer Sedan’ın İhtiyari-Zorunlu anlaşması yoksa, İhtiyari reasüransa gitmesi gerekir.
- Eksedan tretelerinin kapsamına girmeyen veya Eksedan tretesi için arzu edilmeyen rizikolarda başvurulur.
- Böylece Sedan, bir yandan İhtiyari reasüransa başvurup zaman kaybetmeden reasürans ihtiyacını karşılarken, diğer yandan da, ek kapasite elde etmiş olur.
- Genellikle İhtiyari- Zorunlu anlaşmaların muhatabı Broker’lerdir. Bu nedenle, Broker seçiminde titiz davranılmalıdır.

Bu reasürans anlaşmalarında reasürörün sorumluluğunun üst sınırı, ya eksedan tretelerinde olduğu gibi, sedanın saklama payının bir katı olarak ya da **belirli bir tutar olarak ifade edilir.** Özellikle ikinci durumda bu tür anlaşmaların **Açık Teminat (Open Cover)** olarak adlandırıldığı da görülmektedir.

Yukarıdaki özel anlaşmalar, reasürör açısından, pek tercih edilen çekici anlaşmalar değildir. Çünkü aleyhte seçin (anti-selection) ile karşı karşıya kalır. Büyük Sayılar Kanunu çalışmaz.

Sonuç olarak, İhtiyari-Zorunlu reasürans anlaşmaları, daha çok taraflar arasındaki güven duygusunun kuvvetli olduğu durumlarda veya yeni bir şirket ve piyasaya giriş olanağı yaratmak amacıyla başvuru bir reasürans türüdür. Günümüzde bu tip anlaşmalara nadiren rastlanılmaktadır.

3.4.2.Kotpar-Eksedan karışımı reasürans anlaşmaları

Özellikle yeni faaliyete geçmiş sigorta şirketleri, hem büyük rizikoları teminat altına almak hem de mali bünyelerini güçlendirmek istediklerinde, Kotpar ve Eksedan reasürans yöntemlerinin bir arada kullanıldığı, bir reasürans düzenlemesine giderler. Bu anlaşmanın işleyişinin nasıl olduğunu, örnekle açıklayalım.

Örnek: Sedanın azami saklama payı : 20.000.-TL’dir. Aynı zamanda sigorta şirketi, tutarı 560.000.-TL’ye kadar olan rizikoları kabul olanağına sahip olmak istemektedir. Bunun için aşağıdaki koşulları taşıyan bir Kotpar/ Eksedan karışımı anlaşması yaptığını varsayalım;

- Herhangi bir riziko itibarıyla 80.000.TL’yi aşmamak üzere sigortalı her bir rizikonun %75’i oranında bir kotpar tretesi.

- Sigorta şirketinin brüt saklama payı olan 80.000.TL’yi aşan işler için 6 dilimlik bir Eksedan tretesi.

Üç ayrı riziko(poliçe) itibarıyla, sigorta şirketinin reasürans dağılımı şöyle olacaktır;

Poliçe	Teminat	Net Saklama Payı ve %’si	Kotpar ve %’si	Eksedan ve %’si
A	60.000.-TL	15.000.-TL (%25)	45.000.-TL(%75)	--
B	300.000.-TL	20.000.-TL (%6,67)	60.000.-TL(%20)	220.000.-(%73,33)
C	560.000.-TL	<u>20.000.-TL (3,57)</u>	60.000.-TL(%10,71)	480.000.-(%85,72)
Toplam saklama payı 55.000.-TL				

Böylece sigorta şirketi, sadece Kotpar veya sadece Eksedan yöntemiyle gerçekleştiremeyeceği genişlikte bir iş kabul kapasitesi yaratmakta ve daha fazla poliçe primini üzerinde tutarak, mali bünyesini güçlendirmektedir.

-Eğer Sedan yukarıdaki verilere göre sadece Kotpar anlaşması yapmış olsaydı, durum aşağıdaki gibi olurdu.

Poliçe	Teminat	Net Saklama Payı ve %'si	Kotpar ve %'si
A	60.000.-TL	2.142.-TL (%3,57)	57.858.-TL (%96,43)
B	300.000.-TL	10.710.-TL (%3,57)	289.290.-TL(%96,43)
C	560.000.-TL	20.000.-TL (%3,57)	540.000.-TL(%96,43)
Toplam saklama payı 32.852.-TL			

-Eğer Sedan, 560.000.-TL'lik kapasite elde etmek için sadece bir Eksedan anlaşması yapsaydı durum şöyle olurdu;

Sedanın saklama payı :20.000.-TL

Trete limiti : 27 dilim (plen)

Bu durumda, 27 dilim gibi çok sayıda dilim olacağından, böyle bir trete de iç dengeden yoksun olacağı için, reasürörlere çekici gelmeyecektir.

3.5.Bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmalarının ortak hükümleri

Bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmalarının trete metinleri (wordings) , sedan ve reasürör arasındaki reasürans sözleşmesinin temelini oluşturur.

Uluslararası bir yapısı ve rizikoların farklılığı dikkate alındığında, çok çeşitli trete metinleri olması doğaldır.

Tipik bir bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmasında, değişmeyen ortak özellikler şunlardır;

-Anlaşma türü (Kotpar, Eksedan veya ikisinin karışımı), kapsamı, süresi, başlangıcı ve sona ermesi, tarafların yükümlülükleri, hesaplama, vb. konuları içeren genel hükümler yer alır. Ayrıca bir çok anlaşmada da, sözleşmenin taraflarına ve anlaşmanın niteliğine özel, “terete limitleri, komisyon oranı, vb.” hususlar, genel hükümlere ekli bir cetvelde gösterilir.

3.5.1.Anlaşmanın kapsamı ve içeriği

Bu anlaşmalarda yer alan ve çalıştırıcı kloz (operative clause) adı verilen bir hükümle, sedan reasüröre iş devretmeyi, reasürör de işi almayı kabul eder.

Kotpar anlaşmalarında, devir oranı ve riziko başına azami sorumluluk tutarı belirlenir.

Eksedan anlaşmalarında, saklama payı ve dilim sayısı ile teminat üst limiti belirlenir.

Reasürans ile korunan sigorta dalı, açık olarak yazılır(Kaza, Nakliyat, Yangın, vb.).

Anlaşmada yuvarlak sözler olmamalı ve istisnalar mutlaka belirtilmelidir.

Savaş ve nükleer rizikolar teminat dışı bırakılmalıdır.

Coğrafi alan, birikim(kümü)l durumunu izleme amacıyla, mutlaka yazılmalıdır.

Portföy dengesini bozucu rizikolar için sedanın, ihtiyari reasüransa başvurabileceği ve hasar fazlası anlaşmasına başvurabileceği, reasüröre bildirilmelidir.

3.5.2.Reasürörün sorumluluğunun başlaması

Kural olarak reasürörün sorumluluğu, sedanın ki ile birlikte, aynı anda, otomatik olarak başlar.

Bir kotpar anlaşmasında sedanın poliçeyi imzalaması, bir eksedan anlaşmasında ise, saklama payının aşılması koşulu ile, yine poliçenin imzalanması ile birlikte, reasürörün sorumluluğu başlar.

Sesyon işlemleri tamamlanmadan hasar olursa, “azami iyi niyet çerçevesinde” reasürör, hissesine düşen hasarı öder.

Herhangi bir rizikonun, sedan tarafından, reasüröre devrinin hata veya ihmal sonucu yapılmamış olması halinde, olayın yaşandığı anda, hasar meydana gelmiş olsa bile, gerekli düzeltme yapılır ve sanki hiç hata olmamış gibi, reasürör rizikonun başlangıcından itibaren sorumlu olur.

3.5.3.Reasürans primi

Sorumluluğun paylaşımında esas alınan yüzdeler oranında, sedan ve reasürörler, orijinal sigorta poliçesinin primini paylaşırlar. Reasüröre devredilen sorumluluğun, teminatın tamamına oranı ne ise, sigortalının ödediği primin o orandaki bölümü, reasürans primi olarak, reasüröre devredilir.

Primin hesabında vergi durumu söz konusu ise, net prim değil de brüt prim söz konusu ise, mutlaka ayrıntılı olarak belirlenip, net primlere eklenebileceğinin bildirilmesi gerekmektedir.

Prim paylaşımında bir istisna, deniz sigortalarında görülür. Örneğin; bir tekne sigorta poliçesinde hem tam zıya hem de kısmi hasarlar için teminat verilirken, sadece “tam zıya” için reasürans koruması yeterli görülmüş ise, bu durumda reasürans priminin, orijinal prime oranı, reasüre edilen teminatın, toplam teminata oranından daha düşük bir yüzde olarak gerçekleşecektir.

Prim gelirleri:

Başlıca üç tür prim geliri vardır. Bunlar;

3.5.3.1.Yazılmış prim geliri (Written premium income): Poliçenin başlangıç tarihinin ait olduğu yıla ilgili prim geliridir. Burada hem yeni poliçeler, hem de yenilenen poliçeler için , ait olduğu yıl önemlidir. Bu poliçelere ait zeyilnamelere isabet eden primler toplama eklenir. İptaller ise, prim toplamından düşülür. Kısaca, poliçenin başlangıç tarihi hangi yıla ait ise, o yıla ait prim geliridir.

3.5.3.2.Kazanılmış prim geliri (Earned premium income): Bir poliçenin, herhangi bir yıla ait kazanılmış primi, poliçeye ait toplam prim gelirinin ne kadarının o yıla ait olduğunun hesaplanması ile bulunur.

Hesaplama şekli: Poliçenin ilgili yılda geçen süresi / Poliçenin toplam süresi x Poliçe primi

Örnek: 01 Eylül tarihli, bir yıl vadeli bir poliçenin, tretenin sona erme tarihi olan 31 Aralık tarihine kadar geçen süre(burada 8 aydır) ile ilgili prime, kazanılmış prim ve önümüzdeki trete süresine isabet eden prime de kazanılmamış prim denir. Primi 1.000.-TL olan bir poliçenin, yukarıdaki vadeye göre kazanılmış primi şöyle hesaplanır;
31 Aralık- 01 Eylül= 121 gün (Poliçenin ilgili yılda geçen süresi)
 $121 / 365 \times 1.000.-TL = 331,5.-TL$ (İlgili yıla ait kazanılmış prim geliridir)

3.5.3.3.Hesaba alınmış prim geliri (Accounted Premium income): O yıl içinde tahsil edilmiş prim geliridir. İlgili yılda kayıtlara giren bütün primlerin toplamıdır. Poliçe tarihlerine bakılmaz.

Reasürans anlaşmalarında hesaplar kapandıktan sonra, ne zaman reasüröre bildirileceği ve ne şekilde hesaplar üzerinde anlaşma sağlanacağı ve yine tahakkuk eden prim veya hasarların (karşılıklı olarak) ne zaman ödeneceği, geç ödenmesi halinde uygulanması öngörülen başkaca bir durum (faiz,vb.), çok açık olarak belirtilir. Ayrıca, hesaplama esas olacak para biriminin, açık olarak kayıt altına alınması zorunludur. Eğer yabancı para birimi hesaplara esas olacaksa, hangi kurun uygulanacağını da belirtilmesi gereklidir.

3.5.4.Reasürans anlaşmalarında komisyon

Bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmalarında reasürör şirket, sedana bazı giderlerinin karşılanması amacıyla “reasürans komisyonu” öder. Ayrıca, tretenin dönem sonunda kar etmesi halinde ise “kar komisyonu” ödenmesi öngörülebilir.

3.5.4.1.Reasürans komisyonu

Sedana, trete reasürörü tarafından bir komisyon ödenir. Bu komisyonun, üretim giderleri, tretenin yürütülmesi giderleri ve bir kısım vergi giderlerinin karşılığı olduğu kabul edilir.

Reasürans komisyonunun tespitinde temel etken, reasüransa devredilen işlerin gösterdiği karlılık durumudur. Devredilen işlerin karlılığı yüksek olduğu ölçüde sedanın, reasürans komisyonunu yüksek tutma olanağı doğar. Aksi halde ödenecek komisyon, sedanın asgari giderlerini bile karşılayamayacak bir düzeye inebilir.

Eğer bir retrosesyon anlaşması söz konusu ise (reasürans yoluyla alınan sorumluluğun devri), reasürans komisyonunun belirlenmesi farklı bir şekilde olabilir. İşin reasüransını kabul eden şirkete maliyetine ek olarak, örneğin %2 ile %3 arası ek komisyon alınır. Böylece, şirketin yaptığı giderlerin, bu ek komisyon ile karşılandığı kabul edilir.

Reasürans komisyonu, mutlaka anlaşma metninde yer almaktadır. **İki temel yöntem vardır. Bunlar;**

-Sabit oranlı komisyon (Flat komisyon)

Sedan ve reasürörün, reasürans primi üzerinden hesaplanmak koşuluyla, sabit bir yüzde üzerinde anlaşmalarıdır. Primin bir yüzdesi olarak hesaplanan komisyon, sedana ve ilgili ülkeye bağlı olarak değişiklik gösterir. %15-20 gibi düşük oranların yanında, %45-50 gibi oranlara da rastlanır. Ödenecek komisyonun tam miktarı, genellikle çok büyük oranda, sedanın giderlerine bağlıdır. Buna göre sedan, öngörülen bu sabit yüzdenin primle çarpılması sonucu elde edilecek komisyon tutarını, primden düşükten sonra, kalan tutarı reasüröre devreder.

Örneğin;

Prim (iade ve iptaller düşüldükten sonra): 1.000.-TL

Komisyon oranı : %25

$1.000.- \times \%25 = 250.-TL$ $1.000. - 250. = 750.-TL$ (Sedanın reasüröre devredeceği prim)

Uygulamada az rastlanan bir durum da, sabit oranlı komisyona ek olarak, yıl içinde tretenin hasar oranının belirli bir yüzdenin altında kalması koşuluyla, ek komisyon ödenmesi kararlaştırılabilir. Örneğin, hasar oranı %60, %50, %40 altında ise, sırasıyla %3, %5, %7 gibi ek komisyon konusunda taraflar anlaşabilirler.

-Değişken oranlı komisyon,(Eşel komisyon-Sliding scale commission)

Bu yöntem de, yıl içinde gerçekleşen hasar oranları dikkate alınarak komisyon hesaplanır. Böylece karlı portföy devreden sedan ödüllendirilir, kötü sonuç veren sedan, cezalandırılmış olur.

Değişken oranlı komisyonda, **hangi hasar oranları için ne kadar komisyon uygulanacağı, reasürans anlaşmasında, aşağıdaki örnek tablodakine benzer şekilde gösterilir;**

Hasar oranı	Komisyon oranı
%34 veya daha düşük ise	%50
%35 “ “ “	%49,5
%36 “ “ “	%49
%37 “ “ “	%48,5
%38 “ “ “	%48
%39 “ “ “	%47,5
%40 “ “ “	%47
%41 “ “ “	%46,5
%42 “ “ “	%46
%43 “ “ “	%45,5
%44 “ “ “	%45
%45 “ “ “	%44,5
%46 “ “ “	%44
%47 “ “ “	%43,5
%48 “ “ “	%43
%49 “ “ “	%42,5
%50 “ “ “	%42
%51 “ “ “	%41,5
%52 “ “ “	%41
%53 “ “ “	%40,5
%53’den yukarı ise,	%40

Görüldüğü gibi komisyon oranı, %50 ve %40 uç değerleri arasında, hasar oranına göre değişme gösterir. **Genellikle, hasar oranındaki her %1’lik artmaya karşılık, reasürans komisyonu yüzdesi %0,5 ila %1’lik bir azalış gösterir.**

Yıl içinde meydana gelecek hasarlar belli olmadığı için, anlaşma ile başlangıçta “Geçici komisyon- Provisional commission” oranı tespit edilir (örneğin %40 gibi) ve uygulanır. Yıl sonunda, hasar oranları belli olduğunda, çizelgedeki oranlara göre ayarlama yapılır.

Hasar oranının hesaplanma yöntemleri:

Bütün tretelerde hasar oranı ile neyin kastedildiği açıklanmaktadır.

(A)“Hesap Yılı”(Accounting Year) esasına göre “HASAR ORANI”; gerçekleşen hasarın, kazanılmış prime bölünmesiyle bulunur.

(Hesap Yılı: İlgili poliçe ne zaman düzenlenmiş olursa olsun, belirli bir yıl içinde alınan prim ve ödenen hasarlar söz konusu ise.)

Gerçekleşen Hasar: İlgili yılda ödenen hasar + İlgili yıl sonundaki muallak hasar karşılığı – Bir önceki yıldan devreden muallak hasar karşılığı

Kazanılmış Prim: İlgili yıl primi + Bir önceki yıldan devreden kazanılmamış primler karşılığı - İlgili yıl kazanılmamış primler karşılığı

Hasar Oranı= Gerçekleşen hasar(Incurred Losses) / Kazanılmış prim(Earned premiums)

Hasar Oranı: Ödenen hasar + Muallak hasar – Devreden muallak hasar

Prim + Geçen yılın prim rezervi – Bu yılın prim rezervi

Örnek: Bir eksedan anlaşmasının belirli bir yıldaki primi 1.000.000.-TL, ödenen hasarlar 350.000.-TL, kazanılmamış primler karşılığı (caririzikolar karşılığı) 250.000.-TL, yıl sonunda muallak hasar karşılığı 200.000.-TL’dir. Bir önceki yıldan devreden kazanılmamış primler karşılığı 100.000.-TL, devreden muallak hasar karşılığı 300.000.-TL’dir.

Bu rakamları, yukarıdaki formüle uyguladığımızda;

Gerçekleşen hasar: 350.000. + 200.000. – 300.000.= 250.000.-TL

Kazanılmış Prim: 1.000.000. + 100.000.–250.000.= 850.000.-TL

Hasar Oranı: 250.000.- / 850.000.- = 0,2941 =%29,41

Sonuç: Yukarıdaki tabloya göre, hasar oranı %34’den daha düşük çıktığından(%29,41), komisyon oranı %50 olarak uygulanır.

(B) “İş Yılı”(Underwriting Year) esasına göre “HASAR ORANI”; Ödenen ve Muallak hasar toplamının, yazılan primlere bölünmesiyle bulunur.

(İş Yılı: Reasürörün anlaşma dönemi içinde sedan tarafından düzenlenen ve kendisine devredilen poliçelerle ilgisinin, anlaşma dönemi sona erse bile, devam etmesi söz konusu ise.)

Hasar Oranı= Ödenen hasar + Muallak hasar / Yazılan prim

Komisyon hesabı, ilgili yılın sona ermesinden en az bir sonra yapılacağı için, kazanılmamış primler karşılığı söz konusu değildir. Bir iş yılının kapatılması sürecinin, o iş yılı ile ilgili bütün prim ve hasar ödemeleri tamamlanana kadar devam edeceği göz önüne alınırsa, her hesap yılı sonunda, önceki iş yıllarına ilişkin komisyonlar, o hesap yılı içindeki o iş yılına ait hareketlere göre yeniden ayarlanacaktır.

Önceden bir komisyon tespit edilir ve yıl içinde o komisyon oranı üzerinden hesap görülür. Yıl sona erdiğinde kesin hasar oranı bulunduktan sonra, komisyonlar arasındaki fark reasürörden alınır veya reasüröre geri iade edilir.

Örnek:

Geçici komisyon oranı : %42

Kesin komisyon oranı : %45

Kazanılmış prim : 1.000.000.-TL

1.000.000.- x %45= 450.000.-TL (Kesin komisyon tutarı)

1.000.000.- x %42= 420.000.-TL (Geçici komisyon tutarı)

Komisyon ayarlaması.. 30.000.-TL (Bu fark, reasürör tarafından, sedana ödenecektir.)

Bu örnekte, yıl sona erdiğinde, bulunacak “Hasar Oranı” ile kesin komisyon oranı belirlendiğinde, eğer kesin komisyon oranı düşük çıksaydı, aradaki fark, reasüröre iade edilecekti.

Yıllar içindeki “HASAR ORANLARI” değişiklik gösterebilir. Yıllar içindeki iniş- çıkışları törpülemek için, komisyon tablosundaki, en yüksek ve en düşüğü aşan kısımlar, belirli bir süre, daha sonraki yıllara devredilebilir. Böyle bir anlaşma yapılabilir.

Örnek: Azami hasar oranı %50'nin üzerindeki hasarların, son iki yıla devredilmesini öngören bir anlaşma yapıldıysa;

1.YIL: Hasar Oranı= Gerçekleşen Hasar / Kazanılan Prim= 2.000.000.-TL / 3.500.000.-TL= %57,14 (Hasar oranı, anlaşmadaki değişen oranlı komisyon tablosuna göre %53'ün üzerinde olduğundan, uygulanması gereken komisyon oranı %40'dır.)

Bir sonraki yıla devredilmesi gereken zarar tutarı şöyle hesaplanır;

Hesaplanan hasar oranı : %57,14

Tablodaki azami hasar oranı : %53,00

Fark.... % 4,14

3.500.000.-TL(prim) x % 4,14= **144.900.-TL (2.yıla devredilecek zarar)**

2.YIL: Hasar Oranı= 1.500.000.-TL / 4.000.000.-TL= %37,5

Hasar Oranı= Ödenen hasar + Muallak hasar / Yazılan prim=

=1.500.000.-TL +144.900.-TL / 4.000.000.-TL = %41,12

İkinci yıl için %37,5 oranı yerine, yeniden düzeltilmiş sonuç olan, %41,12 oranı karşılığı, komisyon tablosundaki **%46,5 komisyon oranı dikkate alınır.**

Eğer, ikinci yıl hasarlar fazla olup da, hasar oranı yüksek çıksaydı, zarar 3.yıla devredilirdi.

Zararın devredileceği yıl sayısı, iki yıldan daha az veya çok olabileceği gibi, devir işlemi, zarar tamamen eritilene kadar da sürebilir.

Reasürans anlaşmasında, zararların yanında, karların da devri kararlaştırılmış ise, doğal olarak, kötü yıllardaki reasürans komisyonu oranlarının yukarıya çekilmesi sonucunu doğuracaktır.

3.5.4.2. Kar komisyonu (Profit commission)

Sedanın devrettiği işlerin karlı olması halinde, reasürörün bu kardan, sedana belli oranda pay vermesidir. Buna bir çeşit “Hasarsızlık indirimi” de denebilir.

Kar komisyonunu hesaplayabilmek için, öncelikle reasürörün Kar/Zarar hesabını çıkarmak gerekmektedir. Kar/Zarar hesabını oluşturan kalemleri inceleyelim;

Gelir kalemleri:

(+)İlgili yılın primi,

(+)Bir önceki yıldan devreden prim rezervi (prim depo iadesi /salınan prim depo),

(+)Bir önceki yıldan devreden muallak hasar karşılığı (hasar depo iadesi / salınan hasar depo),

(+)Faiz (Tutulan rezervlerden doğan),

(+)Varsa sovtaj.

Gider Kalemleri:

(-)Reasürans komisyonu,

(-)Ödenen hasarlar,

(-)İlgili yılın prim rezervi (tutulan depo primi),

(-)İlgili yılın muallak hasar rezervi (tutulan hasar depo),

(-)Reasürörün giderleri,

(-)Varsa önceden devreden zarar.

Gelir kalemleri toplamının, gider kalemleri toplamından fazla olması halinde, aradaki olumlu fark, kar komisyonu hesaplamasına temel oluşturur.

-Kar komisyonu da, “Hesap Yılı” veya “İş Yılı” esasına göre hesaplanabilir.

-Kar komisyonu da. “Sabit Oranlı” veya “Değişken Oranlı” esasa göre hesaplanabilir.

Dikkat edilmesi gereken kurallar:

-Normal reasürans komisyonu ve kar komisyonunun ikisi birden “Değişken Oranlı” olamaz.

-Biri “sabit” diğeri “değişken” olabilir.

-Her iki komisyon “sabit” olabilir.

Kar komisyonunun uygulama şekilleri:

-Sabit komisyon yöntemi,

-Ortalama yöntemi(Averaj yöntemi), (son üç yılın ortalaması alınarak hesaplanabilir),

-Zararın yıllara dağıtılarak eritilmesi yöntemi,

-Basamak kar komisyonu hesaplama yöntemi,

-Karın prime oranı veya Hasar Oranına göre kar komisyonu hesaplaması.

3.5.5.Hasara ilişkin hükümler

-Sedanın hasar ödemelerinde, kural olarak mutlak yetkisi vardır. Reasürör sedanı takip eder.

-Anlaşma dışı hasarların ödenmesi veya fazla ödenmesi, reasürörden istenemez.

-Lütuf ödemeleri(ex-gratia) tretede yoksa, reasürör ödeme yapmaz.

-Hasar ekspertizi, mahkeme giderlerine reasürör, payı oranında katılır.

-Sovtaj ve rücu sonucu gelen tutardan, reasürör de, payı oranında yararlanır.

-Reasürör, peşin hasarları, sedanın birikmiş borcu varsa onu düşerek hemen öder.

-Sedan hasarı ödemedi, reasüröründen avans talebi olamaz. Aynı anda ödeme yapılabilir.

-Muallak hasarların, sedan tarafından, trete yılının bitimini izleyen belirli bir süre içinde, reasüröre bildirilmesi esastır.

3.5.6.Hesaplaşma düzeni

Sedanın, reasürörünü, kendisine devrettiği işlere ilişkin prim, komisyon, hasar, prim-hasar karşılıkları, vb. gibi konularda bilgilendirmesi gerekmektedir. Sedan ve reasürör arasındaki hesaplaşma, ilke olarak, dönemsel esasa dayanır. Dönemsel hesaplaşma, üçer aylık dönemler(trimestr-quarter),altı aylık dönemler(sömestr-half year), yıllık ve hatta aylık hesaplaşmayla da karşılaşılmaktadır.

Reasürans anlaşmasında öngörülen, belirli sınırı aşan bir hasarın, sedan tarafından, dönem hesabının kapatılıp, reasüröre gönderilmesini beklemeden, reasürörden derhal istenebilmesi olanağı vardır. Önemli olan, peşin hasara konu olan tutarın, dönemsel hasar

rakamı içinde de gösterilmesi ve eğer ödenmişse, iadesinin yapıldığının saptanması ve böylece reasürörden iki kez tahsili olasılığına karşı, dikkatli olunmasıdır.

Para türü (Currency clause) ile ilgili olarak, hesapların, her para için ayrı ayrı mı yoksa tek bir para türüne çevrilip, bunun üzerinden mi hesapların tutulacağı konusunun, baştan anlaşma metnine açıkça yazılması gerekmektedir.

Bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmalarında, kararlaştırılması gereken bir diğer önemli konu da, kayıtların tutulma ve düzenlenmesinde, “İş Yılı” yönteminin mi yoksa “Hesap Yılı” yönteminin mi temel alınacağına, trete de açıkça yazılması gerekmektedir.

-İş yılı yöntemi: Daha çok sigorta süresi 12 ayı aşan ve Nakliyat, Havacılık, İnşaat/ Montaj, Sorumluluk sigortaları gibi, prim ve özellikle hasar ödemelerinin, uzun zamana yayıldığı işlerde kullanılır. Bu yöntem de, **poliçenin düzenlendiği yıl (iş yılı) önem taşır.** Reasürörün, anlaşma dönemi içinde, sedan tarafından düzenlenen ve kendisine devredilen poliçelerle ilgisi, anlaşma dönemi sona erse bile devam eder. Bu poliçelere ilişkin primleri alır ve hasarlardan da payı oranında sorumludur.

Dolayısıyla, belirli bir iş yılının kar/zarar durumu, ancak bu iş yılına ilişkin bütün prim ve hasar ödemelerinin sona ermesinden sonra ortaya çıkar.

-Hesap yılı yöntemi: Prim ve hasar ödemelerinin kısa sürede sonuçlandığı Yangın ve Hırsızlık gibi sigorta dallarının hesaplaşma düzeninde kullanılır. **İş yılı ne olursa olsun, belli bir trete yılı içindeki prim ve hasar ödemelerini temel alır.**

3.5.7.Kazanılmamış primler karşılığı / Prim rezervi

Poliçelerin başlangıç tarihleri, yıl içinde değişik tarihlerde başlar. Bu nedenle, 31 Aralık itibarıyla kapatılan yılın prim rakamlarının bir kısmı henüz kazanılmamıştır. Kazanılmamış primleri karşılamak üzere sigortacı, yıl sonunda “Kazanılmamış primler karşılığı” adı altında bir yedek prim rezervi ayırır.

Kazanılmamış primler karşılığının ayrılması için hesap yöntemleri;

-“Gün esasına göre” karşılık ayırma. 5684 sayılı yeni Sigortacılık Kanununun 16 maddesinde belirtilen yöntem, **öncelikle her bir poliçe için “Gün Esasına” göre karşılık ayrılmasıdır.**

Ayrıca, sigorta sözleşmesinin süresi boyunca üstlenilen risk düzeyi ile kazanılan primlerin zamana bağlı dağılımının uyumlu olmadığı kabul edilen sigorta branşlarında, bu karşılık için riskin zaman içinde farklı şekilde oluşumunu dikkate alan, içeriği Müsteşarlıkça belirlenen hesap yöntemleri kullanılır. Bu yöntemlerden bazıları aşağıda özetlenmiştir;

-“1/8 Yöntemi”. Ancak, gün esasına göre karşılık hesaplaması mümkün olmayan reasürans ve retrosesyon işlemlerinde, “Sekizde bir”(1/8) esasına göre, kazanılmamış primler karşılığı ayrılması mümkündür. Burada 3’er aylık dönem(trimestr) dikkate alınarak hesaplanır. **Üçer aylık dönemlerde elde edilen primler, 1/8, 3/8, 5/8, 7/8 ile çarpılarak, yıl sonu itibarıyla kazanılmamış primler hesaplanmış olur.**

Örnek:

1.üç aylık dönem	30.000.000.-TL	$\frac{30.000.000.TL \times 1/8 = 3.750.000.-}{TL}$
2.üç aylık dönem	20.000.000.-TL	$\frac{20.000.000.TL \times 3/8 = 7.500.000.-}{TL}$
3.üç aylık dönem	15.000.000.-TL	$\frac{15.000.000.TL \times 5/8 = 9.375.000.-}{TL}$
4.üç aylık dönem	40.000.000.-TL	$\frac{40.000.000.TL \times 7/8 = 35.000.000.-}{TL}$
Toplam....	105.000.000.-TL	55.625.000.-TL

1/8yöntemine göre,örneğimizde,yıl sonunda elde edilen prim gelirinin,55.625.000.-TL’lik kısmı, kazanılmamış primler karşılığı olarak ayrılacaktır.

-“1/24 Yöntemi”. Belirli bir ay içinde reasüröre devredilen poliçelerin, ayın ortasında başladığı ve bu poliçelerin, bir yıllık bir süre için düzenlendiği varsayımından hareketle, yıl sonunda, yılın her aya ilişkin primden ne kadarının, “kazanılmamış primler karşılığı” olarak ayrılacağı, ay primi her 15 güne ilişkin 1/24 ve katlarıyla çarpılarak bulunur. Örneğin, Ocak ayına ilişkin primin, yıl sonuna gelindiğinde, poliçenin 15 Ocak’ta başladığı var sayıldığına göre, 1/24’lük kısmı “ kazanılmamış” nitelikte kalacaktır. Şubat ayına ilişkin primin de, 31 Aralık tarihinde 3/24’lük bölümünün karşılık olarak ayrılması gerekecektir. **Hesaplama bir yıllık bir dönem için yapıldığında aylık yazılan primler, 1/24, 3/24, 5/24.....23/24 gibi kazanılmayan bölüm ile çarpılarak, kazanılmamış primler karşılığı hesaplanır.**

Bu yöntemde, eğer prim üretimi, yılın son aylarında daha yüksekse, karşılık artacak, buna karşılık prim üretimi yılın ilk aylarında yoğunluk gösteriyorsa, yıl sonuna varıldığında, bu prim büyük ölçüde hak edilmiş olacağından, kazanılmamış primler karşılığı düşecektir.

-“1/2 ya da %50 Yöntemi.” 6’şar aylık iki dönem dikkate alınarak hesaplama yapılır.

-Bir başka yöntem, reasürans priminin belli bir yüzdesinin, karşılık olarak, sedanın üstünde tutmasıdır. Bu oran örnek olarak, yangın ve kaza dalında %40 dolayında, tekne sigortalarında bir yıllık süre karşılığı %50, emtia sigortalarında bir sefere ait süre çok kısa

olduğundan %10 dolayında olabilir.

Tretenin sona ermesinden itibaren, devam eden poliçelerden doğacak hasar talepleri, bu karşılık hesabından karşılanır. Burada kalan varsa, dönem sonunda reasüröre iade edilir.

Sedan, bankada tuttuğu “kazanılmamış primler karşılığı” için, reasüröre “faiz” öder. Çünkü tutulan prim rezervi, reasürörü bir yatırım aracından yoksun bırakmaktadır.

3.5.8. Muallak hasar karşılığı / Hasar rezervi / Hasar deposu (Loss Reserve)

Sigorta şirketinin yıl sonunda hesaplarını kapatırken, muallakta kalan hasarlarından, reasürör de payı oranında sorumludur. Muallak hasar karşılığı uygulamasının yer aldığı tretelerde, bu karşılık, genellikle reasürans anlaşmasının yenileme tarihi itibarıyla belirlenir ve muallak olarak gösterilen hasar rakamının %90 ya da %100’ne eşit bir tutar sedan tarafından karşılık olarak tutulur. Bazı tretelerde, üçer aylık dönemlerde karşılık tutarının gözden geçirilerek, yeniden belirlenebileceği de öngörülebilir.

Yıl sonunda tekrar muallakta kalan hesaplar değerlendirilir ve yıl içinde gerçekleşmiş hasar ödemeleri dikkate alınarak, karşılık tutarı yeniden belirlenir.

Yıl sonunda karşılık üzerinden, reasürör lehine bir faiz uygulanması hükmü ve bu faizin oranı da yer alır.

Muallak hasar karşılığı, sedan tarafından nakit tutulabileceği gibi, reasürör tarafından sedan lehine kredi mektubu düzenlemesi de kararlaştırılabilir.

3.5.9. Anlaşmazlıkların çözümü /Tahkim

Reasürans anlaşmalarında yer alan maddelerden biri de tahkimdir. Reasürans ilişkilerinde taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çözümü için genellikle, yargıya başvurmak yerine Tahkim yöntemi kullanılır. Bölüşmeli otomatik reasürans tretelerinde yer alan tahkime ilişkin klotda, **tahkimin yeri, hakemlerin nasıl ve kimlerde seçileceği, seçim sürecinde uyulması gereken süreler, hakemler kurulunun kararlarını nasıl alacağı belirlenmektedir.**

3.5.10. Reasürans anlaşmasının sona ermesi

Bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmaları genellikle, 12 aylık süreler için öngörülür ve bu süre içinde düzenlenen ve yenilenen poliçeleri kapsar. İki taraf anlaşmayı sona erdirmek istemedikçe, otomatik olarak 12 ay daha yenilenir. Ancak, her yıl bitiminden 3 ay önce, her ihtimale karşı taraflar birbirlerine “İptal İhbarı” (Not of cancellation) yollarlar. Bunu yaparak, iki taraf da serbest kalmış olur. Fesih ihbarı ile her iki tarafa, kendi açılarından anlaşmayı yeniden değerlendirme fırsatı verilir ve geçici niteliktedir.

Böylece taraflar;

- Anlaşmayı aynı şartlarla yenileyebilirler,
- Anlaşmada uygun göcekleri değişiklikleri yapabilirler,
- Veya anlaşmayı tamamen fesih edebilirler.

Bu olağan bir sona eriştir. Olağanüstü hallerde, anlaşma süresinin sonu beklenmeden de fesih yapılabilir. Olağanüstü durumlarda anlaşmanın derhal ve otomatik olarak sona ereceği

de öngörülebilir. **Erken fesih halleri şunlardan dolayı olabilir:**

-Tretenin yürütülmesi, yasal veya fiili bir durum sonucu olanaksız hale gelebilir. Yasal bir düzenlemeyle, sigorta konusu yasaklanabilir. Kambiyo mevzuatında yapılan bir değişiklikle yurt dışına ödeme durdurulabilir.

-Taraflardan birinin, ödeme güçlüğüne düşmesi, ödenmiş sermayesinin tamamını veya bir kısmını yitirmesi, tasfiyeye uğraması, çalışma ruhsatının iptal edilmesi ya da askıya alınması veya koşula bağlanması.

-Tretenin taraflarından birinin, başka bir şirket tarafından satın alınması, başka bir şirketin denetimine geçmesi ya da yönetimde önemli bir değişiklik geçirmesi veya bir kayyum idaresine verilmesi.

-Taraflardan birinin bulunduğu ülkenin, herhangi bir ülke ile silahlı çatışmaya girmesi, iç savaş çıkması ya da kısmen veya tamamen başka bir ülke tarafından işgal edilmesi.

-Taraflardan birinin, tereteden doğan yükümlülüklerini yerine getirememesi, erken feshi gerektiren hallerdendir.

Reasürans anlaşmasının sona erdirilmesinden sonra ortaya çıkan ana sorun, anlaşmanın sona eriş tarihinde, yürürlükte olan rizikoların ne olacağıdır. Bu sorunu çözmek için iki yöntem geliştirilmiştir.

-Run-off (Doğal sona eriş) yöntemi: Orijinal poliçenin vadesinin sona erme tarihine kadar, reasürörün sorumluluğunun devam etmesidir. Uzun vadeli, Nakliyat, Mühendislik ve Sorumluluk sigortalarında, hasarlar ve primler uzun süreli olduğu için, Run-off uygulanabilir.

-Clean-cut (Portföy devri/Portföy giriş-çıkışı) yöntemi: Doğal sona eriş beklemek belki yıllarca süreceğinden ve çok sayıdaki poliçelerin takibi güç olacağından, çok daha basit bir yöntem bulunmuş ve portföy devri uygulanmaya başlamıştır. Portföy giriş- çıkışlarıyla yürütülen clean-cut yönteminde, her yılın reasürörü, reasürans anlaşmasıyla ilgili olduğu dönem süresince sorumluluk taşır. Clean-cut yöntemi, vadesi en fazla bir yıl olan Yangın ve Kaza dalları gibi mal sigortalarında, kolaylıkla uygulanabilmektedir.

Portföy devri, “kazanılmamış primler karşılığının” önceki reasürörün sorumluluğundan yıl sonunda alınarak, yeni reasüröre ilk üç aylık hesaplarda devredilmesidir.

Trete ile ilişkisi kesilen reasürör, primin, kazanılmamış primler karşılığı olarak görülen tutarını geri verir ve devam eden rizikolara ilişkin sorumluluktan kurtulur. **Buna “Portföy çıkışı” denir.**

Kazanılmamış primler karşılığı olarak görülen bu tutarı sedan, yeni reasürörün ilk üç aylık hesaplarına aktarır ve **“Portföy girişi”** olarak reasürörü alacaklandırır.

Eğer trete sonuçları çok kötü ise, yeni reasürör bu sorumluluğu almak istemezse, o zaman Runn-off yöntemi uygulanır.

Hasar portföyü: Tretenin feshi sırasında, muallak durumdaki hasarlara ilişkin bir tutarın topluca eski reasürörden alınması yoluyla, eski reasürörün sorumluluğu sona erdirilir. Buna “Hasar Portföyü” denir.

Hasar portföyü, genellikle muallak hasarların bir yüzdesi olarak hesaplanır. Sigorta dallarına göre taraflarca önceden belirlenir. Hasar portföyü, muallak hasarların %90’ı, %100’ü veya %110’u alınarak hesaplanır. Yüzde tespitinde sedanın alışkanlığı dikkate

alınır. Muallak hasar rakamlarını şişiren sedan için %90 yeterli olur.

4.BÖLÜŞMESİZ OTOMATİK REASÜRANS ANLAŞMALARI (ORANTISIZ TRETE REASÜRANSI)- (NON-PROPORTIONAL TRETE)

Sedan ve reasürör arasındaki paylaşım, hasarlara göre değişebiliyorsa, bu tür anlaşmalara, bölüşmesiz veya orantısız trete anlaşmaları denir. Bölüşmesiz reasürans anlaşma yöntemlerini, bölüşmeli reasürans yöntemlerinden ayıran en önemli özellik, reasürörün sadece reasüransa konu olan poliçelerin hasarlanması durumunda devreye girmesi ve sigorta bedellerinden ziyade, sigortalı risklerin uğrayabileceği hasarlarla ilgili olmasıdır. Bu anlaşmalarda, sorumluluk, prim ve hasarlar, önceden tespit edilmiş olan belli oranlarda paylaşılmaz. Yalnızca reasüransa tabi olan poliçelerin uğrayabileceği hasarlar, önceden üzerinde anlaşılmış bir tutarın veya oranın aşılması halinde, reasürörün sorumluluğu söz konusudur. Günümüzde doğal afetler, her on yılda bir neredeyse bir kat daha artış göstermektedir. Hasar fazlası anlaşmaları, sedanı bu tip büyük ve yıkıcı hasarlara karşı korumaktadır. Aşağıda başlıca iki yöntem incelenecektir. Birincisi, Hasar Fazlası yöntemi, diğeri ise onun bir türevi olan, Hasar Oranı Fazlası yöntemidir.

4.1.Hasar fazlası reasüransı (Excess of loss- X/L)

Hasar Fazlası reasüransı, klasik bölüşmeli reasürans yöntemlerinden tamamen farklıdır ve sahip olduğu bir takım üstünlükler nedeniyle, özellikle 1920'lerden başlayarak, büyük gelişme göstermiştir. Sistemin özü, 1880 yılında, Londra'da Lloyd's da çalışan bir broker tarafından ortaya konulmuştur.

Kotpar ve Eksedan gibi klasik reasürans anlaşması türlerinin yeterli olamadığı bazı portföylerde, sigorta şirketinin gereksinimine değişik açılardan cevap verebilir.

-Özellikle birikim(kümü) durumlarında ve katastrofik olaylarda sedanı korumada, bölüşmeli otomatik reasürans türlerine göre çok daha etkilidir.

-Az sayıda personel ile işletilir ve işleyişi basit olduğundan sedana emek ve zaman tasarrufu sağlar.

-Bir veya birkaç sigorta dalının tamamına uygulanabilir. Ender olarak tek bir riziko için de uygulanabilir.

-Prim, reasürör tarafından saptanmakta ve sedanın sigortalıdan aldığı primle hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır.

-Reasürans komisyonu yoktur. Çünkü, bu anlaşmalarda sedan sigorta edilmektedir. Sedandan prim alınır.

-Reasürör, sedan şirketin priminin belirli bir kısmı karşılığında, ortaya çıkan hasarların, önceden saptanmış bir tutarı geçen bölümünü karşılamayı üstlenir.

-Reasürörün sorumluluğu, hasarın, önceden belirlenmiş bir miktarı aşmasıyla başlar. Sedanın net saklama payı, anlaşma süresince değişmez.

-Reasürörün sorumluluğunun üst sınırı, reasürans anlaşmasında belirlenir.

-Sovtaj geliri olduğu durumlarda, bu en uçtan (en sondan) başlayarak dağıtılır.

Örnek (1): Sedan şirketin net saklama payı, yani bir hasar halinde ödeyecek olduğu tutar 1 milyon TL, Hasar Fazlası reasürörü tarafından sağlanan teminat da, bu tutarı aşan 2 milyon TL'ye kadar hasarları ödemeyi karşılayacak olsun. Bu durumda hasar 1 milyonu aştığı anda, reasürörün sorumluluğu başlar ve ilave 2 milyona kadar olabilecek hasarı öder. Daha büyük hasar gerçekleşirse, fazlalıklar sedana geri döner.

Olay	Hasar tutarı	Sedanın net saklama payı	Reasürörün payı	Sedana geri dönen
1	800.000.-TL	800.000.-TL	--	--
2	2.200.000.-TL	1.000.000.-TL	1.200.000.-TL	--
3	3.500.000.-TL	1.000.000.-TL	2.000.000.-TL	500.000.-TL

Hasar fazlası anlaşmalarında, reasürörlerin verdiği teminatlar, genellikle birbirini izleyen “dilim, kademe (layer)”ler olarak adlandırılmakta ve şirketin hasar olasılığına göre, üç, dört veya beş dilimi bulabilmektedir. Sedanın net saklama payını (deductible, priority) izleyen birinci dilimin yetersiz kalması halinde, ikinci dilim devreye girmekte, onu da geçen hasar olursa, üçüncü, dördüncü, beşinci dilimlere geçilmektedir. Özetle, hasar fazlası teminatı, farklı dilimlere ayrılarak, her dilim kendi kapasitesini tam olarak kullandıktan sonra, diğer dilime geçilmektedir. Bu şekilde, çok dilimli bir hasar fazlasının işleyişini, bir örnekle açıklayalım;

Örnek(2): Sedanın net saklama payının 400.000.-TL olduğu bir Hasar Fazlası anlaşmasında, dilimler aşağıdaki gibi düzenlenmiştir.

1.Dilim (1st Layer):	400.000.- TL üzeri	600.000.-TL
2.Dilim (2nd Layer):	1.000.000.-TL üzeri	1.500.000.-TL
3.Dilim (3rd Layer):	2.500.000.-TL üzeri	3.500.000.-TL
4.Dilim (4th Layer):	6.000.000.-TL üzeri	10.000.000.-TL
5.Dilim(5th Layer):	16.000.000.-TL üzeri	20.000.000.-TL

Olay	Hasar tutarı	Saklama payı	1.Dilim	2.Dilim	3.Dilim	4.Dilim	5.Dilim
1	1.500.000.-	400.000.-	600.000.-	500.000.-	--	--	--
2	5.000.000.-	400.000.-	600.000.-	1.500.000.-	2.500.000.-	--	--
3	30.000.000.-	400.000.-	600.000.-	1.500.000.-	3.500.000.-	10.000.000	14.000.000

Hasar Fazlası reasüransının olumlu ve olumsuz yönleri:

Olumlu yönleri:

- Sedanı, kümül ve katastrofik olaylarda, bölüşmeli tretelere göre, çok daha etkili korur.
- Hasar Fazlası yöntemi sayesinde, sedan şirket saklama payını yüksek tutarak, daha çok prim geliri elde eder.
- Anlaşmanın yönetilmesi giderleri, her iki taraf için de çok azdır. Çünkü işleyişi çok basittir.

Olumsuz yönleri:

- Bu anlaşmalarda, komisyon, depo primi, faizi gibi konular olmadığından, bölüşmeli tretelere oranla, sedana mali kaynak yönünden yardımcı olmaz.
- Primlerde hesaplama, belli aralıklarla yapılmadığı için, genelde peşin ödeme söz konusudur.
- Tespit edilen hasar limitlerinin aşılması halinde, sedan şirket ek prim ödeyerek, yeniden teminat satın alması da, ayrı bir mali külfet getirir.

4.2.Hasar Fazlası anlaşmasının türleri ve uygulama biçimleri

Uygulamada iki tür hasar fazlası anlaşması görülmektedir.

4.2.1.Çalışan (Working X/L) veya Riziko başına hasar fazlası

Çalışan hasar fazlası anlaşmalarında, sedanın hasardaki Net Saklama Payı, öyle bir düzeyde tutulur ki, çok büyük olmayan hasarların bile X/L anlaşmasını etkilemesi olanaklıdır. Bu anlaşmaların, sedanın bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmalarının yerini aldığı da görülmektedir. Burada esas olan, bir rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelen hasarın reasürörle de paylaşılmasıdır.

Sedan şirketin , daha çok, küçük ve sıradan işler için düşündüğü bu yöntem, **tretenin yürürlük süresi içinde çok fazla sayıda işlev kazandığı ve sıkça tekrarlandığı için**, aynı zamanda bu hasar fazlası anlaşmasına, “**Çalışan Hasar Fazlası**”da denmektedir.

Burada sedan şirketin, uzun yıllar itibarıyla ödediği, saklama payına isabet eden hasarların gözden geçirilerek, bir olayda meydana gelebilecek hasar için, sağlıklı net saklama payını saptamak gerekmektedir. Riziko başına çalışan bu anlaşmada, trete süresi içinde tekrarlanacağından, net saklama payını da, o düzeyde tutmak

gerekir. Düşük tutulan saklama payı nedeniyle, reasürörün hissesi artacağından, primi de o oranda fazla olacaktır.

4.2.2.Katastrofik (Catastrophic X/L) veya Olay başına hasar fazlası

Sedanı, denetimi olanaksız, felaket niteliğindeki, deprem, fırtına, kasırga, hortum, sel, vb. gibi hasarlara karşı teminat altına alır. Bir hasar fazlası anlaşmasında birinci dilim, risk başına, diğer dilimler de katastrof yani olay başına düzenlenebilir.

Burada önemli olan, anlaşmada hem tek bir riskin hem de neyin bir “olay” olduğunun açıkça belirtilmesi konusudur. Uygulama da, neyin bir tek risk olduğu, sedanın takdirine bırakılmış olsa da, yine de reasürörle görüş birliği içinde olmak gerekir.

Örnek: 300.000. üzeri 700.000. teminat veren, riziko başına esaslı, bir hasar fazlası reasürans anlaşmasında, tek bir olayda ödenecek teminat tutarı 2.100.000. ile sınırlandırılmıştır. Bir fırtına sonucunda her biri 1 milyon tutarında 5 adet rizikonun tamamen kayba uğradığı varsayılmıştır. Bu olayda, eğer reasürans anlaşmasında “**Olay Limiti**” öngörülmemiş olsaydı durum, aşağıdaki gibi olacaktır;

Toplam hasar:	5 x 1.000.000 = 5.000.000.-
Sedan’ın üzerinde kalan :	5 x 300.000 = 1.500.000.-
Reasürör’e düşen:	5 x 700.000 = 3.500.000.-

Oysa, “Olay Limiti” konduğunda, durum şöyle olacaktır;

Toplam hasar:	5 x 1.000.000 = 5.000.000.-
Sedan’ın üzerinde kalan :	2.900.000.-
Reasürör’e düşen:	2.100.000.-

Görüldüğü gibi, hasar fazlası reasürörünün sorumluluğu sınırlandırıldığı için, toplam hasarın kalan bölümü olan 2.900.000.- sedan tarafından yüklenilmektedir.

Hasar fazlası anlaşmalarında özel uygulamalar:

- Hasar fazlası anlaşmaları, özellikle Kasko ve Mali Sorumluluk sigortalarında, söz konusu sigorta dalının bağımsız ve tek reasürans biçimi olabilir.

-Hasar fazlası anlaşmalarının diğer bir uygulaması da, sigorta dalının ana reasürans uygulaması olan, bölüşmeli anlaşmaların arkasında ve ikinci derecede bir teminat sağlamasıdır.

-“**Şemsiye Koruması-Umbrella Cover- Clash Cover**” adı verilen uygulamada, katastrofik X/L’ den bir adım daha ileri gidilir ve belirli bir sigorta dalı için teminat sağlamakla kalmayıp, **sedanın belirli bir olayda, değişik sigorta dalları bakımından, üzerinde kalan net hasarlar toplamının korunması amaçlanır.**

- “**Müşterek Korunma-Common Account Protection**” ile **sedanın net saklama payı korunduğu gibi, bölüşmeli reasürans anlaşması reasürörleri de, teminat altında tutulur.**

4.3.Hasarın belirlenmesi yöntemleri

Hasarın belirlenmesinde, üç ana yöntem uygulanmaktadır.

4.3.1.Poliçenin düzenlenme tarihini esas alan yöntem (Policies Issued)

Burada esas olan, poliçenin normal süresinin sona ermesine kadar, reasürörün sorumlu tutulmasıdır. Tretenin yürürlük süresi içinde düzenlenen ve yenilenen poliçelerin hasarları teminat altına alınmakta, ancak hasar fazlası anlaşmasının süresi bitse bile, poliçelerin vadelerinin bitimine kadar olacak hasarlarını ödemekle yükümlü olacaktır.

Zor ve karışık bir yöntemdir ve hasarın temizlenmesi yıllar sürebilir. Bunu önlemek için “anlaşmanın sona ermesinden itibaren 12 ay ile sınırlandırılabilir”. Sedan ikinci yıl başka bir reasüröre giderse, ikinci bir saklama payı ayırmak zorunda kalır.

4.3.2.Hasarın oluş tarihini esas alan yöntem (Losses Occurring)

Burada poliçenin düzenlenme tarihi yerini, hasarın oluş tarihine bırakmaktadır. Anlaşmanın süresi içinde meydana gelen hasarlar, reasürör tarafından ödenmektedir. Bu yöntem ile, yukarıdaki sakıncalar ortadan kaldırılmakta ve poliçenin düzenlenme veya yenileme tarihine bakılmadan, anlaşma süresi içinde meydana gelen hasarlar, reasürörün sorumluluğunda olmaktadır. **En yaygın kullanılan yöntemdir. Uygulanması basittir. Portföy giriş-çıkışı yoktur.**

Olumsuz yönleri ise; sedanın teminatsız kalma olasılığıdır. İkinci yılda X/L reasürörü bulamazsa, sıkıntı yaşar. Eski reasüröre ek prim ödeyerek, devam eden Kazanılmamış Primler Karşılığını yüklenmesini isteyebilir.

4.3.3.Hasarın öğrenilmesi(Losses Discovered) veya Talebin yapılmasını esas alan yöntem (Claims Made)

Özellikle sorumluluk sigortalarında kullanılan bir çok poliçe türü, sigortalıyı, tazminata neden olan olay eski tarihli olsa bile, poliçe dönemi içinde ortaya çıkan veya talep konusu olan hasarlara karşı, teminat altına alır. Örnek olarak, asbest kaynaklı hasarlar

verilebilir. Çok kullanılan bir yöntem değildir. Reasürörler için çok olumsuz bir yöntemdir.

4.4.Hasar oranı fazlası yöntemi (Stop Loss / Excess of Loss Ratio / S/L)

-Hasar oranı fazlası reasüransı yöntemi, sedanı, ilgili sigorta dalının yıl sonundaki hasar oranının, belirli bir yüzdeyi aşması esasına bağlanmıştır.

-Teminat tek tek hasarlarla ilgili değildir. İlgili sigorta dalının, yıl sonundaki hasar oranı belirli bir yüzdeyi aşmadıkça, reasürör sorumlu olmaz. Amaç, sedanın portföyünü dengede tutmaktır.

-Belirlenen oran bir kez aşıldıktan sonra, meydana gelen bütün hasarlar, büyüklüklerine, bakılmaksızın, teminat limiti içinde kalmak koşuluyla, reasürör tarafından karşılanırlar.

-Teminat limiti de, ilke olarak, brüt net primin bir yüzdesi biçiminde belirlenir.

-Bu anlaşmalarda, sağlıklı bir sonuç elde edebilmek için, “brüt net prim gelirinin” nasıl hesaplanacağını, açık olarak tretede tarif edilmesi gerekir. **Brüt net prim gelirinin mutlaka, “kazanılmış primler” olması gerekmektedir.**

-**Kazanılmış Primler deyiminden; İlgili yılın primleri (+) bir önceki yıldan devreden kazanılmamış primler (-) ilgili yılın kazanılmamış primleri anlaşılmalıdır.**

-Taraflar, sedan şirketin, trete süresi içerisinde kazanabileceği, brüt primi tahmin etmek durumundadırlar. Bu tahmini prim geliri, stop loss fiyatının belirlenmesine temel oluşturur. Stop Loss anlaşmalarına, genelde primlerin alt ve üst yüzdeleri ile birlikte, mutlak rakamlar da yazılır. Tahmini prim gelirinin daha sağlıklı olabilmesi için, anlaşmalarda, aşağıdaki ifadeler de rastlanmaktadır. **Örneğin;**

“Brüt net prim gelirinin %80’ne veya 8 milyon TL’yi (hangisi daha yüksekse) aşan toplam hasarlar üzerine, brüt net prim gelirlerinin %150’si veya 15 milyon TL’sine (hangisi daha düşükse) kadar.”

“Hangisi daha yüksekse” ifadesi ile Reasürör, prim tahminlerinin, düşük tutarda gerçekleşme olasılığına karşı, ancak 8 milyondan sonraki hasarlara katılabileceğini belirtmekte, **“hangisi daha düşükse”** ifadesi ile de, sorumluluğunu 15 milyon TL’ye kadar toplam hasarla sınırlamaktadır.

-**Hasardan anlaşılması gereken; ödenen hasarlar (+) muallak hasarlar (-) bir önceki yıldan devreden muallak hasarlar anlaşılmalıdır.**

-**(Hasar / Prim)** Hasar tutarının, kazanılmış prim tutarına oranı, hasar yüzdesini vermektedir. -Stop loss anlaşmaları da, diğer hasar fazlası anlaşmaları gibi, kademeli olarak, yani dilimler şeklinde düzenlenebilir.

-Stop Loss reasüransı, Dolu sigortasında, paket olarak verilen konut poliçelerinin korunmasında, Ferdi Kaza dallarında sık kullanılmaktadır.

Örnek (1): Hasar Oranı Fazlası anlaşmasında, Hasar oranının, sedanın o yıl içinde elde ettiği brüt net primlerinin %80’nini aşması halinde %130’a kadar teminat sağlanıyor. Prim geliri 30.000.000.-TL, hasar 18.000.000.-TL ise, sedan ve reasürörün payı aşağıdaki gibi olacaktır;

-Hasar / Prim : 18.000.000.- / 30.000.000.= %60 (Hasar oranı %80’in altında kaldığı için reasürörün sorumluluğu yoktur ve ödeme yapmaz.)

-Eğer hasar 27 milyon olsaydı, durum aşağıdaki gibi olurdu;

Hasar / Prim : 27.000.000.- / 30.000.000.= %90 (30.000.000.- x %80= 24.000.000.- Sedan)
(30.000.000.- x %10= 3.000.000.-Reasürör)
27.000.000.-TL

-Eğer hasar 45 milyon olsaydı, durum aşağıdaki gibi olurdu;

Hasar / Prim : 45.000.000.- / 30.000.000.= %150 (30.000.000. x %80=24.000.000.- Sedan)
(30.000.000. x %50=15.000.000.Reasürör)
(30.000.000. x %20= 6.000.000.-Sedan)
%150 45.000.000.-

Not: Bu hesaplamalarda dikkat edilmesi gereken bir konu da, hasar oranı bulunduktan sonra yüzdelerin, primle çarpılması gerekmektedir. Hasarla çarpılmayacaktır.

Örnek (2): Sedanın ilgili yıl içinde elde edeceği brüt net prim gelirinin %80'nini aşan toplam hasarlar üzerine, bu primlerin %140'na kadar Birinci kademe, %140'nı aşan hasarlar, bu primlerin %210'a kadar ikinci kademeye, reasürörün teminat sağladığı bir Stop Loss tretesinde, prim 20 milyon, hasar ise 50 milyon TL'dir.

Sedan ve Reasürörün hasar paylaşımları aşağıdaki gibidir;

Hasar / Prim:50.000.000 / 20.000.000= % 250

Sedan : 20.000.000 x %80= 16.000.000.-

1.Kademe Stop Loss : 20.000.000 x %60= 12.000.000.-

2.Kademe Stop Loss : 20.000.000 x %70= 14.000.000.-

%210 42.000.000.-TL

Sedana iade : 20.000.000 x % 40 8.000.000.-TL

Toplam..... % 250 50.000.000.-TL

-Stop Loss anlaşmalarında, bir **“koasürans”** durumu da olabilir.Bu tür reasürans anlaşmalarında, sedanın hasardaki net saklama payını oluşturan hasar oranını geçen hasarların, belirli bir kısmının da, yine sedan tarafından karşılanması öngörülebilir. Bunun gerekçesi ise, sedanın stop loss anlaşmasının kapsamına giren hasarlarda da **%10-15 gibi bir menfaat ilişkisinin bulunması halinde, hasar ödemelerinde daha özenli davranacağı ve rehavete kapılmayacağı varsayımıdır.** Bu durum, küçük fakat çok sayıda hasarın meydana geldiği portföylerde sıkça görülür.

Örnek(3): Hasar oranının, sedanın o yıl içinde elde ettiği brüt net prim gelirlerinin %80'ini aşması halinde %120'ye kadar, %90 oranında teminat sağlanmaktadır. İlgili yıl primi 15 milyon, hasar da 21 milyondur. Hasarın taraflar arasındaki paylaşımı aşağıdadır;

Hasar / Prim :21.000.000.- / 15.000.000.= %140

Sedan: 15.000.000. x %80= 12.000.000.- (Sedan)

Reasürör : (15.000.000. x %40) x %90= 6.000.000. x %90= 5.400.000.- (Reasürör)

Sedan (Reasürörün üzerindeki %40'ın %10'u): 6.000.000. x %10= 600.000.- (Sedan)

Sedan: 15.000.000. x %20= 3.000.000.- (Sedan)

21.000.000.-TL

Stop Loss' ta Reasürörün alacağı prim;

Hasar Fazlası Oranı (Stop Loss) yönteminde, teminatı veren reasürörün, bu teminat karşılığında sedan şirketten talep edeceği primin, koruma altın alınan sigorta dalındaki, net saklama payı primlerinin belli bir yüzdesi olabileceği gibi, mutlak bir tutar da olabilir. Örneğin; Sedanın brüt net prim gelirinin %3'ü yada 1 milyon TL gibi.

Reasürör, başlangıçta alacağı prim, bir Minimum Depo Primi ya da Depo Primi şeklinde tespit edebilir. Yıl sonunda, Sedanın kesinleşmiş primleri belli olduğunda, fiyat ile primler çarpılarak, kesin Stop Loss primi bulunur. Arada fark varsa, bu borçlu taraf tarafından ödenir.

4.5.Hasar fazlası anlaşmalarının ortak hükümleri /özellikleri

Hasar fazlası anlaşmalarında, bölüşmeli reasürans anlaşmalarında olduğu gibi, tarafların gereksinmelerine ve piyasaların uygulamalarına göre, farklı kalıplar “Wording”ler kullanılmaktadır.

4.5.1.Teminatın kapsamı ve süresi

-Teminatın süresi, genelde 01 ocak- 31Aralık arasını kapsayacak şekilde 12 aydır. Bu süre içinde meydana gelen hasarları kapsar.

-Hasar ödemelerinin kapsamının belirlenmesinde kullanılan iki yöntem; Poliçenin düzenleme tarihi ve hasarın oluş tarihi yöntemleridir. Bunların hangisinin geçerli olacağı, trete metinlerinde yazılır.

-Tek bir sigorta dalını kapsayacağı gibi, tüm sigorta dallarını kapsayan anlaşmalar da yapılabilir. (Şemsiye teminatı- Umbrella Cover)

-Kapsadığı coğrafi bölge belirtilir.

-“Riziko başına” mı, ya da “Hasar başına” mı teminat alındığı belirtilir.

-Reasürörün sorumluluk sınırını belirten istisnalar vardır. Katastrofik yapıdaki sigortalar grubu için, reasürörden önceden izin almak gerekir ki, prim buna göre belirlenebilsin. Ayrıca, portföyde, katostrof poliçeler yeterli sayıya ulaşmamış ise, reasürör açısından tehlike oluşturabilir.

-Tüm poliçeler teminat altındadır. Sadece, sedanın Hasar Fazlası (X/L) anlaşması niteliğindeki kabulleri teminat dışıdır.

-Savaş ve nükleer riskler teminat dışıdır.

-Bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmaları için geçerli olan sona erme halleri, Hasar Fazlası için de geçerlidir.

4.5.2. Nihai net hasar (Ultimate net loss)

Reasürör, sadece sedanın net saklama payını aşan hasarlarla ilgilenmekte olduğuna göre, Nihai Net Hasar kavramı tanımlanmalıdır. Hasar Fazlası reasürörünün, bir hasarla ilgilenmesi için, sedan açısından Nihai Net Hasarın, net saklama payını aşması gerekmektedir. Bu kavramın belirlenmesinde, aşağıdaki esaslar dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır;

-Bir olayın neden olduğu hasarların karşılanması için, yapılan bütün ödemelerin toplamı saptanmalıdır.

-Dava ve takip giderleri ile olaya ilişkin olarak yapılan bütün giderler, hasar ödemeleri niteliğindedir.

-Hasarın araştırılmasında kullanılan, sedanın maaşlı personelinin giderleri dahil edilmez.

-Sovtaj, hasar bedelinden düşülür.

-Sedanın başka reasürans anlaşmaları varsa ve bunlarda bir katılım sağlanıyor ise, bunlar hasar toplamından düşülür.

Olay(Event) kavramı: X/L sözleşmesinde, "Olay" veya "bir olay" teriminden ne anlaşılması gerektiğinin baştan belirlenmesi büyük önem taşır. X/L sözleşmesi, genellikle, sedanı, bir olayın neden olduğu durumlar veya kazalar sonucu doğan ağır hasarlara karşı korumaktadır.

-Reasürör, sedanı, "aynı nedenden" ileri gelen gelen sorumluluklara karşı korumak niyetini taşımaktadır ve bu nedenle de "Yakın sebep" ilkesi sedanın sorumluluğunu belirleyecektir.

-Ürün Sorumluluk Sigortalarında, sedanın çeşitli poliçelerden gelen üçüncü şahıs talepleriyle karşılaşması halinde, "Olay"ın tespiti konusunda sorunlar yaşanabilir. Bu durumda, tüm üçüncü şahıs taleplerini bir arada değerlendirmeye olanak veren "Aggregate Liability Extension" klozları kullanılmaktadır.

-“Olay” kavramına X/L sözleşmelerinde sınırlar konabilir. Örneğin, sel hasarlarında, belli bir nehir yatağı veya su kaynağı esas alınabilir ve bunun neden olduğu sel hasarları, tek bir “olay” olarak kabul edilebilir. Ayrıca “süre klozu (hours clause)” genellikle doğal afetler için kullanılmaktadır. Örneğin; 72 veya 168 saat gibi süreler içinde meydana gelen hasarların, tek bir “olay” kabul edilmesi gibi.

-Sedan, herhangi bir hasarı mahkemeye taşıyacak ise, reasürörünü haberdar etmelidir.

Hasar Fazlası (X/L) ile Bölüşmeli Reasürans birlikte varsa: Hasar Fazlası anlaşması, sedanın net saklama payına uygulandığı için, hasarın sadece saklama payı tutarını aşması yetmez, aynı zamanda sedanın üzerinde kalan net hasar tutarının, bu saklama payını aşması gerekir.

Örnek: Sedanın net saklama payı 5 milyon TL üzerinde 10 milyon TL olan bir X/L anlaşması olduğunu varsayalım. Hasar tutarı : 6 milyon TL olsun. Bunun 4 milyon TL’si Bölüşmeli reasürörden alınıyor ise, bu durumda önce Bölüşmeli reasürörden hasar ödenir.

Kalan 2 milyon TL ise, 5 milyon TL’yi aşmadığı için, X/L reasürörü “ Net Saklama Payı -Net Retained Lines” klotuna göre ödeme yapmaz.

-Eğer X/L teminatı sedan ve bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmasını birlikte koruyor ise (Common account protection), o zaman ilgili klot da, bu olguya göre düzenlenir.

-Eğer diğer reasürörler, kendilerine düşen hasar paylarını ödemezler ise (ne sebeple olursa olsun) ve X/L’ye devreden hasar fazlalaşırsa, bu durum X/L reasürörünü ilgilendirmez. X/L reasürörü, kendi limitleri içinde sorumludur.

-Hasar tutarı belli olunca derhal X/L reasürörüne bildirilir ve sedan derhal reasürörden ödeme talep eder. Nihai Net Hasar kesinleştikten sonra, gerekli ayarlama yapılır. Fazla alınmış ise iade edilir, eksik alınmış ise, reasürörden fark istenir.

4.5.3.İstikrar cümlesi-klozu (Stability- Index Clause)

Sorumluluk sigortalarında olduğu gibi, hasarın oluş tarihi ile ödeme tarihi arasında uzun süre geçebilir ve enflasyon nedeniyle, hasar tutarı çok yüksek rakamlara ulaşabilir.

Bu artış, bölüşmeli reasürans anlaşmalarında sedan tarafından, X/L’de ise, reasürör tarafından karşılanır. Bu olumsuzluğu önlemek için, X/L sözleşmelerine “Hayat Pahalılığı Endeksi” konulabilir. Formülü şöyledir;

Düzeltilmiş Ödeme Tutarı= Gerçek Ödeme Tutarı x Temel Endeks / Ödeme Tarihi Endeksi

Örnek: 600 bin TL üzerinde 2 milyon TL’lik koruma sağlayan bir X/L anlaşmasında, Temel Endeks: 100 olarak alınmaktadır. Gerçekleşen bir hasara ilişkin, çeşitli ödemeler aşağıdaki gibidir;

<u>Gerçek Ödeme Tutarı</u>	<u>Ödeme Tarihi Endeksi</u>	<u>Düzeltilme İşlemi</u>	<u>Düzeltilmiş Ödeme Tutarı</u>
400.000.-TL	110	400.000 x100/110=	363.636.-TL
600.000.-TL	130	600.000 x100/130=	461.538.-TL
800.000.-TL	160	800.000 x100/160=	500.000.-TL
1.800.000.-TL			1.325.174.-TL

Başlangıçta 600.000.-TL olarak belirlenmiş net saklama payı, yukarıdaki hasar örneği için, ödeme tarihi endeksi de dikkate alınarak, aşağıdaki gibi yeniden belirlenecektir.

Formül: Sedanın ödemesi gereken tutar(saklama payı) x Gerçek ödeme tutarı / Düzeltilmiş ödeme tutarı

$$=600.000 \times 1.800.000 / 1.325.174 = 814.987.-TL$$

Hasar fazlası reasürörünün sorumluluğu ; 1.800.000 – 814.987 = 985.013.-TL olacaktır. Eğer bu hasar fazlası anlaşmasında, istikrar klozu olmasaydı, reasürörün sorumluluğu; 1.800.000 – 600.000 = 1.200.000.-TL olacaktı.

4.5.4. Para birimi dalgalanmaları klozu (Currency Fluctuations Clause)

Hasar fazlası reasürans anlaşmasında, temel alınan para biriminden, farklı bir para birimi ile ifade edilen hasarlarda, reasürörün sorumluluğu belirlenirken, anlaşmada yer alan net saklama payı ve teminat limitlerinin, reasürans anlaşmasının başlangıcında yürürlükte olan kur üzerinden ilgili para birimine çevrileceği kararlaştırılmaktadır. Bu işlem için, hasarın meydana geldiği tarihteki kur da kullanılabilir.

Ayrıca, sedanın net saklama payını aşan ve farklı para birimiyle ifade edilen hasar fazlası tutarı da, ödeme tarihinde yürürlükte olan kur üzerinden, anlaşmada kullanılan para birimine çevrilir.

4.5.5. Hesaplaşma düzeni

Hasar fazlası anlaşmalarında, bölüşmeli reasürans anlaşmalarından farklı olarak, hesaplaşma düzeni son derece basit ve düşük maliyetlidir.

Hasar fazlası reasürans(X/L) anlaşmasının primi:

-Dönem için öngörülmüş sabit bir prim tutarı şeklinde kararlaştırılabilir. (Katastrofik nitelikli ya da piyasaya yeni giren veya küçük bir portföyü olan sedanları koruyan X/L anlaşmalarında rastlanılır)

-Sedanın dönem priminin bir yüzdesi olarak da belirlenebilir.(Uygulamada yaygın kullanılır)

Uygulamada yaygın kullanılan, sedanın teminat kapsamına giren işlerdeki prim gelirinin belli bir oranının “Hasar Fazlası Reasürans Fiyatı” olmasıdır. Bu fiyat, sabit bir yüzde olabileceği gibi, değişken nitelikli de olabilir.

Hasar Fazlası reasüransı (X/L) priminin hesaplanmasının, üç yöntemi vardır. Bunlar;

-İş yılı prim geliri (Written premium income) : Sedanın belirli bir yıl içinde başlayan ya da yenilenen poliçelerinin primleridir. O yıl tahsil edilse de edilmese de, o yılın primi sayılır.

-Kazanılmış prim geliri (Earned premium income): “ Prim x poliçenin o yıl içinde geçen süresi / poliçenin toplam süresi” formülü ile bulunur.

-Hesap yılı prim geliri (Accounted premium income): Başlangıç tarihi ne olursa olsun, belirli bir yıl içinde sedanın hesaplarına girmiş primlerin toplamıdır.

Sedanın yıllık prim gelirlerinin birleşimi bakımından türleri;

-Brüt prim geliri(Gros premium income-GSI): Sedanın yıllık priminden iade ve iptallerin düşülmesiyle bulunur.

-Brüt net prim geliri (Gros net peimium income-GNPI) :Sedanın brüt prim gelirinden, ihtiyari veya diğer reasürans anlaşmalarına verilen primler düşüldükten sonra bulunan tutardır.

-Net prim geliri (Net premium income): Sedanın brüt net prim gelirinden, sedanın üretim giderlerini düştüğten sonra kalan tutardır.

Sedanın prim gelirinin tam olarak ne kadar olacağı, yıl sonunda belli olacağından, başlangıçta bir tahmin yapılır ve buna göre bir yüzde uygulanır. Yıl sonunda gerçek prim geliri ortaya çıktığında, ayarlama yapılır. Hasar fazlası reasürans anlaşmalarında, sedanın bir ön ödeme yapması (depo primi) uygulaması benimsenmiştir.

Yenileme (reinstatement) ve yenileme primi (reinstatement Premium):

Bir hasar halinde, verilen teminatın hasar tutarı kadar azaldığı ve yenilenmesi gerektiği varsayılır. Bu yenileme karşılıksız olabileceği gibi, bir ek prim karşılığı da olabilir.

Teminat tutarının, kaç kez yenilenebileceği, X/L anlaşmasında kararlaştırılır. Ayrıca, yenileme priminin, %50- 100-200 gibi bir orana konu olması da, belirlenmesi gereken diğer bir konudur. Yenileme primi, ödenen tutar ve/veya süre bakımından oransal olabilir.

Yenileme primi, ilgili yıl içinde depo primi üzerinden hesaplanıp, reasürörün ödeyeceği hasar tutarından düşüldükten sonra, yıl sonunda sedanın gerçek prim geliri üzerinden ayarlama yapılır. **Uygulamada yenilemeler, daha çok “olay başına” anlaşmalarda yapılmaktadır.**

Örnek: 01 Ocak- 31 Aralık dönemini kapsayan bir hasar fazlası reasürans anlaşması 1 milyon üzeri 2 milyon lira teminat sağlamaktadır. Depo primi 400 bin lira, reasürans fiyatı da %6’tür. Her biri %100 ek primle olmak üzere iki yenileme yapılabilecektir. 20 Ekim günü 1,5 milyon liralık hasar meydana gelir.

Reasürörün hasardaki payı: 1.500.000 – 1.000.000 = 500.000.-TL’dir.

Yıl içinde yenileme priminin hesabı: (500.000 / 2.000.000) x (72 / 365) x 400.000= 19.726.-TL (Hasar ödemesi sonucu, teminatta ortaya çıkan 500.000.-TL’lik eksilmenin primi reasüröre ödenecektir.)

Eğer yenileme, %50 ek prim koşuluna bağlansaydı, bu primin yarısı ödenecekti.

Yıl sonunda sedanın prim gelirinin 10 milyon lira olarak gerçekleşmesi halinde, yıl içinde hesaplanan yenileme primi, aşağıdaki gibi ayarlanacaktır;

$$10.000.000 \times \%6 = 600.000.-TL \text{ (Ayarlama yapılmış depo primi)}$$

$$(500.000 / 2.000.000) \times (72 / 365) \times 600.000 = 29.589.-TL \text{ (Ayarlama yapılmış yenileme primi)}$$

$$29.589 - 19.726 = 9.863.-TL \text{ (Reasüröre ödenen yenileme primi ayarlama farkı)}$$

Hasar fazlası reasürans anlaşmalarının büyük çoğunluğunda, sedana tanınan

yenileme hakkı sayısı sınırlı olmaktadır. Bu nedenle, güvence açısından, hasar fazlası anlaşmasının başlangıcında, ortada hasar yokken, mevcut yenilemelerin tükenmesi halinde devreye girecek bir “**Yedek Teminat (Back-up Cover)**” , makul fiyatlarla satın alınabilir.

Hasar fazlası anlaşmalarında, ilke olarak, **kar komisyonu** uygulaması görülmez. Ancak, bazı yıllarda kapasite bolluğu ve rekabet, bu ilkenin yumuşamasına ve özellikle yüksek primli anlaşmalarda, bir prim iadesi yoluna gidilmesi uygulamasına yol açmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bütün muallak hasarlar temizlendikten ve ilgili yıl hesabı tamamen kapandıktan sonra bir prim iadesi ya da kar komisyonunun söz konusu olabileceğidir.

4.5.6.Hasar fazlası reasürans anlaşmalarında fiyatın belirlenmesi

Hasar fazlası anlaşmaları, sedanın bünyesinde kalan net hasarı korumaktadır. Bu nedenle primin belirlenmesinde, yine sedana ait gerçek prim miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Primin belirlenmesinde en önemli husus, sedanın net saklama payı düzeyi ile reasürörün sorumluluğunun miktarıdır.

Primin belirlenmesinde, diğer önemli husus, saklama payının miktarı ve reasürörün sorumluluğundan başka, temin edilen rizikoların cinsleridir.

Hasar fazlası anlaşmalarında (X/L) reasürör, verdiği teminat karşılığında alacağı primi, başlıca iki yoldan belirler. Bunlar;

- **Geçmiş yılların istatistik sonuçlarına göre (Experience rating):** Bu yöntemde, geçmiş yıllar itibarıyla elde edilmiş prim gelirleri, hasarların adedi ve tutarları tespit edilir. Sağlıklı fiyat için, en az son beş yıllık istatistiklerden yararlanılır.

- **Taşınilan sorumluluk esasına göre (Exposure rating):** Bu yöntemde reasürör, sorumlu olduğu rizikolarla ilgili, sedandan prim almasıdır. Reasürör, sorumluluğun hangi bölümünü taşıyorsa, doğal olarak o bölümün hasarlarından da sorumlu olacaktır. Bu nedenle o kısma isabet eden poliçe primlerinin de kendisinin olması gerekir. Bu yöntemle ilgili olarak fiyat belirlemek için, sedan şirketin “ **Risk Profili**” diye adlandırılan bilgileri hazırlaması gerekmektedir. Risk profilinde; sigorta bedelleri değişik dilimlere ayrılmakta, her dilime isabet eden poliçe sayısı tespit edilmekte ve ortalama sigorta bedelleri ile ortalama prim gelirleri de yer almaktadır.

5.KARŞILIKLI İŞ ALIŞ VERİŞİ VE POOL (HAVUZ) ANLAŞMALARI

5.1.Karşılıklı iş alış verişi

Bir şirketin reasürans yoluyla devrettiği işe karşılık, aynı hacim ve nitelikte iş istemesinden doğmuştur. Temel amaç, bir portföydeki kötü sonuçların, bir diğer portföydeki iyi sonuçlarla dengelenmesidir. Karşılıklı iş alış verişi ile rizikonun yayılmasının daha etkin bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için, bu alış verişin ayrı piyasalarda çalışan ve farklı içerikli portföylere sahip şirketler arasında yapılması gerekir.

Karşılıklı iş alış verişi uygulamasına yol açan başlıca nedenler şunlardır:

-Sigorta şirketlerinin doğrudan işlerinden –reasürans devirlerinden sonra- üzerlerinde kalan net saklama payı primini, karşılıklı iş alış verişi yoluyla devrildikleri prim yardımıyla

arttırmak istemeleri,

-Büyük sayılar kanununun işlemlerini sağlayacak ve dolayısıyla sonuçları daha istikrarlı yapacak zenginlikte bir portföye kavuşma isteği,

-Şirketin prim hacmini artırarak, üretim giderlerinin ve genel giderlerin, net prime oranını düşürme çabası,

-Başka sigorta piyasalarına, karşılıklı iş alış verişi yoluyla, gider yapmadan ve zahmetsizce girme olanağı,

-Diğer sigorta şirketlerinin anlaşma şartları ve reasürans uygulamaları hakkında, bilgi sahibi olabilme olanağı.

Sakıncaları ise;

-Karşılıklı çalışan iki şirketten birinin verdiği işler, sürekli olarak diğerinden daha kötü sonuçlar veriyorsa, söz konusu iş alış verişi uzun süreli olmayacaktır.

-Sigorta şirketleri arasında yaygın biçimde uygulanacak karşılıklı iş alış verişi, bu şirketlerin profesyonel reasürans şirketlerinin deneyim ve bilgisinden yararlanma olanağını kısıtlar. Karşılıklı iş alış verişi, sigorta ve reasürans şirketleri arasında yapılabileceği gibi, brokerler aracılığı ile de yapılabilir.

5.2.Pool (Havuz) anlaşmaları

Pool anlaşmaları yolu ile, bir grup şirket, anlaşma konusu işlerini bir merkezde toplarlar ve böylece oluşan portföyün, yine belli kurallar çerçevesinde kendi aralarında paylaştırılmasını öngörürler. Böylece, önceden belirlenen esaslar uyarınca, üyelerin yazdıkları işler, otomatik bir biçimde, adeta bir havuzda(pool) toplanır ve prim ile hasar, üyeler arasında paylaştırılır.

Her üyenin pool'e ne kadar iş vereceği, hasarın nasıl bölüştürüleceği, reasürans anlaşmalarında belirtildiği gibi, burada da yer alır. Rizikonun özelliğine göre, tüm işlerin pool'e devri yapılabileceği gibi, her şirket öncelikle üzerinde bir saklama payı tuttuktan sonra kalan bölümleri de, yine belli bir limite kadar pool'e devredebilmektedir.

Sistemin esası, rizikonun, yeterli sayıda üye arasında karşılıklı iş alış verişi ile paylaşılması olup, uygulama, bu esas çerçevesinde, geniş bir esnekliğe sahiptir. Üyelerin Pool'e devrettikleri işler, kendi sesyonları da dahil olmak üzere, tekrar üyelere yapılacak retrosesyona temel oluşturur. Pool, bir anlamda, üyeleri arasında işleri dağıtan bir reasürans brokeri gibi çalışır.

Pool anlaşmaları, belirli bir riziko türünü (petrol platformları, nükleer rizikolar, vb.) kapsayabileceği gibi, tek bir sigorta dalını (yangın, nakliyat, tarım, vb.) ya da değişik sigorta dallarını da kapsayabilir. Bu reasürans türü, özellikle, çok tehlikeli ve büyük rizikoların reasüransında etkin bir yöntemdir. Her üye, küçük paylarla oldukça geniş bir portföye katılmakta ve çok büyük rizikoları tanıma ve değerlendirme olanağı elde etmektedir. Buna örnek olarak, Havacılık ve Atom Pool'leri verilebilir.

Reasürans Pool'leri ulusal sınırlar içinde çalışabilecekleri gibi, bölgesel ya da bölgeler arası düzeyde etkinlik gösteren Pool uygulamaları da vardır.

Bir reasürans Pool'ünün, esas olarak, kar etmesi beklenmemekte ise de, portföyün

dengelenmesi ve makul bir süre içinde elde edilecek sonuçların, üyelerin tümünün sonuçları ile paralellik göstermesi Pool'ün amaçlarından biridir. Pool anlaşmalarının bir işlevi de, üyelerinin işlerinin sonuçlarında, bir yıldan öbürüne ortaya çıkabilecek dalgalanmaları dengelemektir.

Reasürans Pool'ünün temel karar organı, Pool'ün ana politikasını saptayan, üyelerin hak ve yükümlülüklerini belirleyen ve Pool'ün diğer organlarını seçen Genel Kurul'dur. Pool'ün günlük işlerini ise Genel Kurul tarafından belirlenen Yönetici yürütür. Önemli konulardaki kararlar, yine Genel Kurul tarafından seçilen teknik bir kurul tarafından alınır. Pool'ün Yöneticisi, üyelerin hissedar olarak katıldıkları bir reasürans şirketi ya da kuruluşu olabileceği gibi, yönetim, deneyim sahibi herhangi bir üye tarafından da üstlenilebilir.

Pool anlaşmaları, Büyük Sayılar Kanunu'nun gereğini yerine getirebilmekte ve üyeleri için rizikonun dağılmasına olanak sağlamaktadırlar. Fakat yine de Pool işleri için ek bir reasürans korumasına gerek duyulabilir. Genellikle "Hasar Fazlası" biçiminde gerçekleşen bu reasürans korumasının maliyeti, üyelerce karşılanır.

6.ÇEŞİTLİ SİGORTA DALLARINDA REASÜRANS UYGULAMALARI

6.1.Yangın Sigortalarında reasürans

Yangın sigortaları uygulamasında, sadece yangın rizikosuna karşı değil, ek teminatları ile birlikte, geniş bir riziko grubuna teminat verilmektedir. Yangın sigortalarının bu özelliği, sedan ve reasürör açısından, birikim (kümü) tehlikesini gündeme getirmektedir.

Yangın sigortalarında, bölüşmeli otomatik ve hasar fazlası reasürans anlaşmaları geniş uygulama alanı bulurlar.

Bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmalarında, Eksedan yöntemi, Kotpar yöntemine göre, çok daha yaygın uygulanmaktadır.

Hasar fazlası reasürans anlaşmaları da, Yangın rizikolarının reasüransında, sıkça karşılaşılan bir reasürans türüdür. Hem "çalışan" hem de "katastrofik" hasar fazlası reasüransı, uygulamada yaygın olarak kullanılan yöntemlerdir.

Yangın sigortaları uygulamasında, saklama payının sigorta bedeline değil de, Tahmini Azami Hasar (EML:Estimated Maximum Loss) kavramına dayandırılması, çok sık raslanan bir durumdur.

6.2.Nakliyat Sigortalarında reasürans

Nakliyat sigortaları, diğer sigorta türlerine göre, önemli farklılıklar gösteren bir daldır. Nakliyat rizikolarının değerlendirilmesinin özel bir uzmanlık gerektirmesi, bunların reasüransında sedan şirketin personeli ile iş kabul politikasının önemini artırır.

Nakliyat sigortalarında, bölüşmeli otomatik reasürans ve hasar fazlası reasürans anlaşmaları yaygın olarak kullanılır. Eksedan anlaşmaları, Kotpar'a göre daha geniş uygulama alanı bulmaktadır. Yük rizikolarına ilişkin eksedan anlaşmalarında, birikim tehlikesine karşı, yer itibarıyla bir limit öngörülebilir. Bu tür anlaşmalarda, sedanın saklama payı ve trete limitleri, genellikle "gemi başına" olarak belirlenir. Saklama payları, çoğu kez, geminin tipi, sınıfı ve yaşına göre değişebilir.

Hasar Fazlası reasürans anlaşmaları, hasarın belirlenmesi bakımından "poliçenin

düzenlenme tarihi" ya da "hasarın oluş tarihi" esaslı olarak yapılabilir ve ikincisi, daha yaygın uygulama alanı bulmaktadır.

Hasar Fazlası anlaşmaları, "gemi başına" veya "olay başına" esaslı olabilir. "Olay başına" esaslı daha yaygın bir yöntemdir.

6.3.Kaza Sigortalarında reasürans

Kaza sigortalarında, reasürans açısından önemli bir ayırım ölçüsü, hasara yol açan olayın meydana geldiği tarih ile hasarın tasfiyesi arasındaki sürenin "kısa" ya da "uzun" olmasıdır. Hırsızlık, Ferdi Kaza sigortalarında, söz konusu süre oldukça kısa iken, Sorumluluk sigortalarında hasarın tasfiyesi çok zaman alabilir ve bu ayırım, adı geçen rizikoların reasüransında, farklı yaklaşımlar gerektirir.

6.3.1.Ferdi Kaza Sigortaları

Bir çok durumda, verilen teminat sedanın saklama payı içinde kalmakla birlikte, sporcu, sanatçı, vb. kişiler için düzenlenen yüksek bedelli poliçeler ya da birikim(kümü) durumları için reasürans gereksinimi doğabilir.

Yüksek bedelli Ferdi Kaza sigortaları ile birikimin öngörülebildiği durumlarda, bölüşmeli otomatik reasürans treteleri uygun bir yöntemdir. Buna karşılık, birikimin öngörülemediği hallerde, olay başına hasar fazlası anlaşması, sedanın gereksinimini karşılayacaktır.

6.3.2.Hırsızlık Sigortaları

Hırsızlık Sigortaları, genellikle, çoğunu sedanın kendi üzerinde tutabileceği küçük rizikolardan oluşan bir portföydür. Sedanın saklama payını, değişik riziko grupları(sivil-ticari-sınai) açısından, farklı olarak belirleyebileceği bir "Eksedan anlaşması" bu sigorta türü için daha uygun bir yöntemdir. Eğer portföy, belirli bir büyüklüğün üzerinde ise, çalışan bir "Hasar Fazlası" anlaşması da söz konusu olabilir.

6.3.3.Mühendislik Sigortaları

Özellikle İnşaat ve Montaj Tüm Riskler (All Risks) sigortalarında, sigorta bedelleri, birbirlerinden çok farklı büyüklükte oldukları için, önce uç değerlerin İhtiyari Reasürans yoluyla törpülenmesi, daha sonra da tercihen Eksedan tipi bir bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmasına başvurulması, uygun bir yöntemdir.

Geniş portföye sahip olmayan sigorta şirketleri için, Eksedan tretesi ile birlikte, birikimi(deprem, fırtına, sel, gibi) koruyan ve "olay başına" devreye giren "katastrofik" bir Hasar Fazlası anlaması da kullanılabilir.

6.3.4.Kara Taşıtları Kasko / Mali Sorumluluk Sigortaları

Bu sigorta türünde, sigorta bedelleri, genellikle sedanın saklama payı içinde kalır ve reasüransa gereksinim duyulmaz. Reasürans gereksinimi duyulması halinde (yeni kurulan sigorta şirketleri, vb. gibi) Kotpar reasüransı uygun bir yöntemdir. Diğer yandan, doğal afet, garaj/otopark yangını, feribot kazası ya da zincirleme trafik kazalarında, çok

sayıda aracın aynı anda etkilenmesi tehlikesi vardır. Bu olasılığa karşı en iyi çözüm, “olay başına” devreye girecek “katastrofik” bir Hasar Fazlası anlaşması olacaktır.

6.3.5.Hayvan Hayat ve Tarım Sigortaları

Her iki dalda da, katastrofik riskler söz konusu olduğundan, Stop Loss koruması ile desteklenmiş Kotpar treteleri ya da sadece Stop Loss anlaşmaları, en uygun reasürans biçimidir.

6.3.6.Kredi Sigortaları

En yaygın kullanılan yöntem Kotpar anlaşmalarıdır. Ayrıca, ekonomik durumdaki genel bozulmanın, çok sayıda “alıcıyı” aynı anda etkileyeceği düşüncesiyle, sedanın saklama paylarını koruyan bir Hasar Fazlası da düzenlenebilir.

6.3.7.Sorumluluk Sigortaları

Bu sigorta türünün reasüransında zaman zaman bölüşmeli otomatik reasürans treteleri kullanılmaktaysa da, reasürans koruması, daha çok Hasar Fazlası anlaşmaları ile sağlanır.

6.3.8.Havacılık Sigortaları

Birçok sigorta şirketi için havacılık sigortaları, düzenli olarak teminat verilen ve bir portföy oluşturan rizikolar değildir. Bu nedenle, bu tür rizikolar sigorta edildiğinde, reasürans gereksinimi İhtiyari Reasürans yoluyla karşılanır.

Yüksek değerli rizikoların reasüransında, bölüşmeli otomatik reasürans anlaşmaları, her zaman istenilen kapasiteyi sağlaması söz konusu olmadığından, İhtiyari ve /veya Hasar Fazlası reasüransına da gerek duyulabilir. Hasar Fazlası anlaşmalarının, bu sigorta dalında, havaalanı/hangar gibi yerlerdeki birikim(kümü) tehlikesine karşı da sedanın net saklama payını koruyucu bir işlevi vardır.

Bazı ülkelerde, havacılık rizikolarının Reasürans Pool’leri aracılığı ile reasüre edilmesi yoluna da gidilmektedir.

6.4.Hayat Sigortalarında Reasürans

Bu sigorta dalında, reasüransa başvurulmasındaki temel amaç, sigorta şirketini tazminat ödemelerindeki olağandışı dalgalanmalara karşı korumaktır. Bu dalda, İhtiyari Reasürans olabileceği gibi, bölüşmeli otomatik reasürans treteleri de yaygın olarak kullanılır ve sedan için, zaman ve işgücünden tasarruf sağlar.

Bunlardan Kotpar treteleri, çoğunlukla yeni kurulan şirketler ya da yeni girilen iş türleri için uygundur. Eksedan treteleri, daha yaygın kullanım alanı bulmaktadırlar. Hayat sigortacısının genellikle tek bir eksedan tretesi olur ve bu tretenin kapasitesini aşan işler için, İhtiyari plasman yoluna gidilir. Ancak, geniş portföye sahip şirketlerde, eğer yeterli sayıda büyük riziko varsa, ikinci, üçüncü eksedan treteleri de düzenlenebilir.

Hayat sigortaları dalında, Hasar Fazlası anlaşmaları, sedanın ana reasürans koruması olarak değil fakat, bölüşmeli otomatik reasürans tretelerine, birikim(kümü) teşkil edecek durumlar için, yardımcı olarak kullanılabilirler.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- 1-“Reasürans Ders Notları” – Öğr. Gör. Halil GÜLMEZ –B.U.Ü. Sosyal Bilimler M.Y.O.
- 2- <https://avys.omu.edu.tr/storage/app/public/msolmaz/122251>
- 3- “Reasürans Sözleşmelerine İlişkin İlkeler” (Principles Of Reinsurance Contracts – (Pricl)) Çerçevesinde Sigorta Şirketinin (Reinsured) Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi” - Dr. Öğretim Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR – Dergi Park Yayınları - ORCID: 0000-0003-0467-1517
- 4- “Reasürans Notları” - Çetin ALANYA - İstanbul 1991 – sayfa 7-13.
- 5- “Temel Sigortacılık”- Prof. Dr. Fatih TANK – A.Ü. Uygulamalı Bilimler Fakültesi
- 6- “Reasürans Sözleşmelerinde Kavram Sorunu Ve Öneriler” - Arş. Gör. Hakan KOÇAK - Hacettepe HFD, 12(2), 2022, 1888-1915
- 7- “Sigortacılık Eğitim Merkezi – SEGEM” - Broker tanıtım ve işlevleri - <https://www.segem.org.tr/broker.asp>

YASAMA SORUMSUZLUĞU

STJ. AV. DERYA EĞİLMEZ

Yasama sorumsuzluğu parlamenterlerin, yasama faaliyetiyle alakalı olarak kullandığı oylardan, yaptığı konuşmalardan ve izhar ettiği düşüncelerden dolayı hukuki ve cezai takibata uğramamasıdır. Aslında bu durum temsili demokrasilerde vatandaş ile temsilcisi arasındaki “temsili vekâlet” ilişkisinin de doğal bir sonucudur. Zira temsilcilerin, milli iradeyi Meclise tam anlamıyla yansıtabilmesi için güçlü bir korumaya ihtiyacı bulunmaktadır. Ülkemizde bu koruma, bütün hukuk normlarının üzerinde olan Anayasa ile güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 83.maddesinde “yasama dokunulmazlığı” kenar başlığı altında yer alan yasama sorumsuzluğu, aynı madde içinde yasama dokunulmazlığı ile birlikte düzenlenmiştir.

Yasama dokunulmazlığı, milletvekillerini asılsız ve keyfi ceza kovuşturmaları ile tutuklamalara karşı koruyan bir bağımsızlıktır. Bilhassa iktidarın, bertaraf etmek istediği muhalif milletvekillerini keyfi ve sebepsiz ceza kovuşturmalarıyla Meclis çalışmalarından uzaklaştırmasını önlemeye çalışır. Yasama sorumsuzluğu ise milletvekilinin, herhangi bir korku ve baskı hissetmeksizin düşüncelerini açıklamasına imkân verir. Her iki kurumun hukuki nitelikleri ve amaçları birbirinden farklı olsa da nihai hedefleri kamu yararadır.

Temelinde Yasama Meclisi üyelerinin ifade özgürlüğünü koruma amacı güden yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin düşüncelerini çekinmeden açıklamasına, gerekli eleştirileri korkmadan yapmasına, hükümeti denetleme araçlarını cesurca kullanmasına ve yaptığı faaliyetleri kamuoyu ile paylaşmasına destek olur.

Mamafih böyle bir koruma olmasaydı vekiller, haklarında ceza ve hukuk davası açılacağı endişesiyle görevlerini yapamaz hale gelirdi. Ülkemizde milletvekillerinin Meclis çalışmalarıyla alakalı söylediği sözler hakaret ve küfür içerse dahi ceza davası açılmamaktadır. Bugüne kadar açılmış bir ceza davası da henüz olmamıştır. Ancak hukuk davaları hakkında aynı şeyi söylemek pek mümkün değildir. Anayasa'nın “sorumlu tutulamazlar” şeklinde açık lafzına rağmen, hukuk davaları yönünden konunun çözümü yargı yerlerine bırakılmıştır.

Dolayısıyla söylediği sözler sebebiyle ceza davası açılmayan milletvekili aleyhine tazminat davası açılabilir. Bu hususa ilişkin doktrin ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmamaktadır. Zira doktrinde yasama sorumsuzluğu mutlak ve fakat yasama dokunulmazlığı nispi karaktere sahip bir bağımsızlık olarak kabul edilmektir. Son yıllarda yasama sorumsuzluğunun mutlaklığı da tartışılmaktadır. Çünkü milletvekili aleyhine tazminat davası açılmasının yanı sıra o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclis Genel Kurulunca aksi yönde karar alınması ve görüşmelerin dışarıda tekrarının yasaklanması, sorumsuzluk kapsamında kabul edilen sözlerin siyasi parti kapatma davalarında delil olarak kullanılması, özellikle muhalefetteki milletvekillerinin eleştirisi ve irade beyanlarının Anayasanın 14.maddesinde belirtilen hallere uyduğundan bahisle dokunulmazlığının kaldırılması ve yargılamanın önünün açılması gibi durumlar yasama sorumsuzluğunun hem mutlaklığı hem de amacı ile çelişmektedir.

İki bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı açıklanarak yasama sorumsuzluğunun kapsamına giren hususlara değinilmiştir. Hukuki ve Cezai Sorumsuzluk başlığı altında ise Meclis çatısı altında sarfedilen hakaret ve sövme içeren sözlerin tazminat ve ceza hukuku bakımından değerlendirmesi yapılmıştır. Yasama sorumsuzluğunun koruma amacıyla bağdaşmayan ve dolayısıyla mutlaklığı ile çelişen durumların örnek Yargıtay kararlarıyla irdelenerek ortaya konulması ise ikinci bölümde ele alınmıştır.

1.1. Yasama Bağımsızlığı Çerçevesinde Yasama Dokunulmazlığı ve Yasama Sorumsuzluğu

1.1.1. Yasama Bağımsızlığı

Halkın temsilcisi konumundaki milletvekillerinin görevlerini serbestçe, gereği gibi yapabilmeleri, iktidarın ve diğer güçlerin baskısından korunmaları¹ amacı ile kendilerine yasama bağımsızlığı(yasama ayrıcalığı, parlamenter bağımsızlık) denen bazı ayrıcalıklar tanınmıştır.

Yasama meclisi üyelerine tanınan yasama ayrıcalıkları, milli iradeyi temsil eden milletvekillerinin temsilcilik görevini her türlü korku ve baskıdan emin olarak yerine getirebilmeleri hasebiyle düzenlenmiştir.² Bu güvenceler, parlamento işlevlerinin etkili bir şekilde ifası adına gerekli olan güçler, haklar ve imtiyazların toplamını ifade eder. Yasama meclisi üyelerinin, yasa koyma ve müzakere edebilme fonksiyonlarını korumak ve yürütmeye fonksiyonunun kamu yararına uygun,³ dengeli bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak, parlamenter muafiyetlerin başlıca amacını oluşturur.⁴

¹ Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, 19. B., Turhan Kitabevi y., Ankara, 2013, s.201.

² Gökhan Kalağan, “Parlamenter Sistemde Yasama Meclisi Üyelerine Tanınan Ayrıcalıklar”, **SDÜSBED**, S.4,İsparta, 2006, s.75. Bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/215636>,(E.T.: 14/11/2020).

³ Geçmiş dönemlerde iktidar sahipleri kendilerine muhalif çalışma yapılmasını önlemek için meşru olmayan yollara başvurmuş ve milletvekillerinin yasama faaliyetine katılımını engellemiş, yasama organına dilediklerini yapmışlardır. Tüm bu sebeplerle parlamenterlerin yasama faaliyetini korkusuz ve rahat bir ortamda icra edebilmesi için kamunun menfaati gerekçesiyle yasama organı üyelerine belirli imtiyazlar tanınmıştır. Bkz. Atilla Özer,**Anayasa Hukuku**, 7. B., Gazi Kitabevi y., Ankara,2016, s.257.

⁴ Murat Saltuk Bilgili/Muhammet Emin Ruhi: “1982 Anayasası'nda Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Usulü”, **EBYÜSBD** C.11, S.1, Erzincan, 2018, s.70.Bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/erzisosbil/issue/37685/435631>, (E.T.: 26/11/2020).

Yasama bağıışıklığı, Anayasa'nın eşitlik ilkesine⁵ aykırı olarak milletvekillerini özel ve ayrıcalıklı kılmak adına getirilmiş kişisel bir imtiyaz olmayıp bir haktır⁶ ve halkın temsilcisi sıfatından kaynaklanan “milletin vekili” statüsüne tanınmış bir koruma aracıdır. Bu sayede yasama görevinin kamu yararına uygun biçimde ve gereği gibi yerine getirilmesi sağlanarak yasama faaliyeti de korunmuş olmaktadır⁷.

1961 ve 1982 Anayasalarında “yasama dokunulmazlığı” kenar başlığı altında yer alan yasama bağıışıklığı veya muafiyeti, yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı olmak üzere amaçları ve hukuki nitelikleri birbirinden oldukça farklı iki kurumu

⁵ Eşitlik ilkesi doktrinde mutlak ve nispi olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmıştır. Mutlak eşitlik, kanunların ayırım gözetmeksizin herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Mutlak eşitlik veya hukuksal eşitlik olarak adlandırılan bu ilke kişisel ve özel durumlar önem taşımaz çünkü kişilerin bir hukuksal kişilik olmasından dolayı yasalar önünde eşit sayılması gerektiği kabul edilir. Nispi eşitlik ise mutlak eşitliğin aksine aynı ya da benzer durumda olan kişiler arasında eşitliğin sağlanmasıdır. Yani farklı statüde bulunanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesini ihlal etmeyecek, kişilerin hak ve yükümlülükleri, ödevleri, sorumlulukları yaptıkları işe göre değişebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tevfik Sönmez Küçük, **Parlamentar Dokunulmazlıklar**, Legal y., İstanbul, 2019, s.66,67. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çeşitli içtihatlarında, nispi eşitliğe vurgu yaparak bu ilkenin uygulanmasının “kanun önünde eşitlik ilkesine” aykırılık oluşturmayacağını ifade etmiştir: “*Kanun önünde eşitlik ilkesi, herkesin, her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır. Kimi yurttaşlar için haklı nedenlere dayanarak veya bunların durumlarındaki farklılığın doğurduğu zorunluklar dolayısıyla ayrı kurallar konulması halinde eşitlik ilkesinin zedelenmesinden söz edilemez.*” Bkz. Anayasa Mahkemesi, T.:13.04.1976, E.: 1976/3, K.: 1976/23 Sayılı Kararı. AMKD, S.14,Ankara,1977,s.166.https://www.anayasa.gov.tr/media/4933/kd_14.pdf, (E.T.: 11/04/2021). “*Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi, 'yasa önünde eşitlik' olup herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukukî durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, 'eşitlerin eşitliği' anlamındadır. Farklı durumlarda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani 'eşit olmayanların eşitsizliği' eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.*” Bkz. Anayasa Mahkemesi, T.:27.09.1988, E.:1988/7, K.:1988/27 Sayılı Kararı. AMKD, S.24,Ankara,1989,s.421.https://www.anayasa.gov.tr/media/4943/kd_24.pdf, (E.T.: 11/04/2021). “*Anayasa'nın 10. maddesindeki, eşitlik ilkesiyle aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara, değişik hukuksal durumda olanların ise farklı kurallara bağlı tutulması öngörülmektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Başka bir anlatımla, durum ve konumlarındaki farklılıkların doğurduğu zorunluluklarla, Anayasa'da öngörülen kamu yararı ya da başka nedenlere dayanarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.*” Bkz. Anayasa Mahkemesi, T.: 24.6.1993, E.: 1992/29, K.: 1993/23 Sayılı Kararı. Bkz. AMKD,C.1, S.35, Ankara,2000,s.52.https://www.anayasa.gov.tr/media/4962/kd_35_1.pdf, (E.T.:11/04/2021).

⁶ Yazar, imtiyaz ve hak arasındaki ayrımı şu şekilde açıklamaktadır: İmtiyaz, bir vazifeye tekabül etmeyen müstesna bir vaziyet ve menfaat teşkil eder, hak yahut salâhiyet ise, bir vazifenin ifası için sahibine kanunen tanınmış bir imkân ve müsaade demektir. Bkz. Ali Fuat Başgil, “Teşrii Masuniyet Meselesi(Teşkilatı Esasiye Kanunumuzun 17.Maddesi Üzerinde Etüd),”**İÜHFM**, İstanbul, C.7, S.1, 1941,s.8. Bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9159/114742>, (E.T.:08/02/2021).

⁸ İstiklal Yaşar Vural/ Burak Koçak, Türk Anayasa Hukuku, Hukuk y., Ankara, 2020, s. 247.

içermektedir.⁸ Yasama dokunulmazlığı, 1982 Anayasası'nın 83'ncü maddesinin⁹ iki, üç, dört ve beşinci fıkralarında, yasama sorumsuzluğu ise birinci fıkrasında düzenlenmiştir ancak maddenin kenar başlığı olan “yasama dokunulmazlığı” ile ilgili fıkraları kapsayan yasama dokunulmazlığını karıştırmamak gerekir. Çünkü kenar başlık şeklinde düzenlenen “yasama dokunulmazlığı”, 83'ncü madde de yer alan yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığını içerecek şekilde kullanılmakta bu durum da kavram karmaşasına neden olmaktadır. Dolayısıyla yasama bağıışıklığı(yasama muafiyeti, parlamenter bağıışıklık) yasama dokunulmazlığına göre daha geniş kapsamlı olup hem sorumsuzluk hem de dokunulmazlık kurumunu içermektedir.

Yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin oy, söz ve düşünce özgürlüklerini korurken, yasama dokunulmazlığı, milletvekillerini asılsız ve keyfi ceza kovuşturmalarına ve tutuklamalara karşı korumaktadır.¹⁰ Üyelerin yasama fonksiyonunu serbestçe yerine getirebilmeleri amacıyla tanınan bu bağıışıklıklar¹¹ birbirini tamamlar niteliktedir. Sorumsuzluk olmadan dokunulmazlık veya dokunulmazlık olmadan sorumsuzluk kurumu tek başına hedeflenen koruma zırhını oluşturamayacağı için milletin temsili görevi nakıs kalacak ve şüphesiz amaçlanan kamu yararı da hedefine ulaşamayacaktır.

Yasama bağıışıklıklarının kaynağı İngiltere olup burada gelişerek başka ülkelere yayılmıştır¹². Ülkemizde ise ilk olarak 1876 Kanun-i Esasi'de yer almıştır. Osmanlı Devleti'nin ilk anayasası olan Kanun-i Esasi'de,¹³ yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı kurumları için ayrı düzenlemelere gidilmiştir. Yasama sorumsuzluğu Meclis-i Umumi¹⁴ üyelerinin hepsine tanınmışken yasama dokunulmazlığı seçimle iş başına

⁸ Metin Feyzioğlu, “Yasama Dokunulmazlığı”, AÜHFD, C.42, S.1-4, 1992, Ankara, s.24. Bkz.<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/629627>, (E.T.: 13/11/2020).

⁹ “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.//Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.//Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.//Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.//Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.”*

¹⁰ Ayhan Döner, “Parlamentar Bağıışıklıklar”, **EBYÜHFD**, C.8, S. 1-2, Erzincan,2004,s.55. Bkz.<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=1185>, (E.T.: 27/12/2020).

¹¹ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 24. B., Beta y., İstanbul, 2020,s. 447.

¹² Teziç, s. 448.

¹³ Seda Dunbay, **Türk Parlamento Tarihinde Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı**, On İki Levha y., İstanbul, 2013, s.46.

¹⁴ Meclis-i Umumi, iki ayrı meclisten teşekkül etmiştir. Meclislerden birincisi Heyet-i Mebusan olup, üyeleri Osmanlı vatandaşları arasından, her 50.000 erkek için bir milletvekili seçilir ve seçimler dört yılda bir yapıldı. Meclisin diğer kanadını oluşturan Heyet-i Ayan üyeleri ise Meclis-i Mebusan'ın üye sayısının üçte birini geçmeyecek şekilde padişah tarafından ömür boyu bu göreve seçilirlerdi. Halil Cin/ Gül Akyılmaz,**Türk Hukuk Tarihi**, Sayram y.,12. B., Konya, 2020, s. 552.

gelen Meclis-i Mebusan üyelerine tanınmıştır. 1921 Anayasa'sı hariç diğer Anayasalarımızda yer alan yasama bağıışıklığı, Kanun-i Esasi'nin aksine yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığını tek bir madde içinde düzenlemiştir.

1.1.2.Yasama Dokunulmazlığı

Geçici dokunulmazlık, nispi dokunulmazlık, yasama dokunulmazlığı(teşrii masuniyet) veya parlamenter dokunulmazlık, meclis üyelerinin yani milletvekilleri ile 1961 (Any, m.105/3) ve 1982(Any,m.112/4) Anayasaları gereği milletvekili olmayan bakanların,¹⁵ yasama görevinin yerine getirilmesi ile ilgisi bulunmayan bazı fiillerinden ötürü meclisin izni olmaksızın kovuşturulamaması demektir.¹⁶ Sorumsuzluk kurumunda olduğu gibi dokunulmazlığın da amacı milletvekillerinin temsil görevini engelleme olmaksızın kesintisiz yerine getirebilmesini sağlamaktır. Özellikle yürütme organınca tahrik edilebilecek keyfi ceza kovuşturmalarının önüne geçerek milletvekillerinin geçici süreliğine de olsa görevlerinden uzaklaştırılmasını engellemeyi amaçlar.¹⁷

Dokunulmazlığın, günümüzde de temel işlevi, aslında muhalefetteki milletvekillerini korumaya yöneliktir.¹⁸ Milletin temsilcisi sıfatını taşıyan vekillerin görevi yasa yapmakla sınırlı olmayıp, yürütme faaliyetini denetledikleri de düşünülürse dokunulmazlık kurumunun hele de muhalefet konumundaki milletvekilleri için oldukça önemli bir koruma aracı olduğu muhakkaktır.

Anayasa ile tanınmış dokunulmazlık kurumu olmasaydı, yasama meclisinde çoğunluğu oluşturan iktidar vekilleri, siyasi nüfuzlarını kullanmak suretiyle veya siyasi bir takım tuzaklarla muhalefet konumundaki milletvekillerinin yasama faaliyetine katılmasını engellemek, onları kontrol altında tutmak hatta siyasi arena dışına itmek amacıyla¹⁹ bir suç soruşturmasını bahane ederek, tutulmalarına veya mahkemeler tarafından tutuklanmalarına²⁰ zemin hazırlayabilirlerdi. Milli iradenin mecliste tam anlamıyla tecellisine engel olacak bu tarz teşebbüslerin önüne geçme amacına hizmet eden yasama dokunulmazlığı, biri muhakeme engeli diğeri infaz engeli olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.²¹

¹⁵ Feyzioğlu, “bakanların yasama değil yürütme görevi olduğunu dolayısıyla bakanların sahip olduğu dokunulmazlığa yasama dokunulmazlığı denilmesinin doğru olmadığını, bakanların dokunulmazlığının “bakanlık dokunulmazlığı” olduğunu,112.maddede bakanların yasama dokunulmazlığına sahip olduklarının belirtildiğini ve bunu, bakanlık dokunulmazlığının hukuki sonuçlarının yasama dokunulmazlığı ile aynı olduğu ve kaldırılmasının da yasama dokunulmazlığının kaldırılması usulüne tabi olduğu şeklinde yorumlamak gerektiğini” ifade etmektedir. Bkz. Feyzioğlu, s.26.

¹⁶ Murat Sevinç, **Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları**, Kırilangıç y., Ankara, 2004, s. 111.

¹⁷ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 20. B., Yetkin y, Ankara, 2020 s. 283.

¹⁸ Teziç, s. 456.

¹⁹ Levent Gönenç/Ozan Ergül, “1982 Anayasası’na Göre Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı” s.1-6.Bkz.http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/yasa_sor_yasa_dok.pdf, (E.T.:04/11/2020).

²⁰ Kemal Gözler, “Yasama Dokunulmazlığı (Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi)”, **AÜSBFD**, C.56, S. 3, 2001, s. 74.Bkz.<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3102/42918>, (E.T.: 15/11/2020).

²¹ Feyzioğlu, s. 22.

1.1.3.Yasama Sorumsuzluğu

Yasama meclisi üyelerinin yani milletvekillerinin, meclis içinde ve dışında, meclis çalışmalarıyla alakalı olarak kullandığı oylar, ifade ettiği düşünceler ve yaptığı konuşmalardan ötürü sorumlu olmaması, meclis dışındaki bir organ tarafından sorumlu tutulamaması anlamına gelen yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin ifade hürriyetini koruyarak endişeden uzak, bağımsız bir şekilde yasama faaliyetini yerine getirme amacına hizmet eder.²²

Müzakerelerin yürütüldüğü parlamentoda, görelî hakikate ulaşmak için argüman ile karşı argümanın tartışıldığı münakaşalı bir süreç yaşanır.²³ Hararetli tartışmaların yaşandığı böyle bir süreçte milletvekilinin savunduğu görüşü rahatlıkla ifade edebilmesi, çekinmeden konuşabilmesi esastır. Ancak söylediği sözlerden ötürü herhangi bir zamanda soruşturma veya kovuşturmaya uğrayacağının endişesini taşırsa temsil ettiği vatandaşın sesini duyuramaz, görevini layıkıyla yapamaz ki böyle bir durum meclise geliş amacıyla da bağdaşmaz. Yasama sorumsuzluğuyla amaçlanan, milletvekilini imtiyazlı ve üstün biri haline getirmek değil kamu yararını sağlamaktır.²⁴

1982 Anayasası’nın “yasama dokunulmazlığı” kenar başlıklı 83.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenen yasama sorumsuzluğu,²⁵ milletvekilinin Meclis çalışması sırasında kullanmış olduğu oyları, sarf ettiği sözleri ve Mecliste açıkladığı düşünceleri dolayısıyla bunlar suç niteliği taşısa dahi Meclis dışında herhangi bir makam tarafından sorumlu tutulamamasıdır. Yasama Meclisi üyelerinin, Mecliste ortaya koyduğu oy, söz ve düşüncelerinin dışarıda tekrarı da sorumsuzluk kapsamındadır. Tek şart, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclis Genel Kurulunca başka bir karar alınmamış olmasıdır.

Milletvekilinin, Meclis çalışmalarına katılması ve temsil ettiği vatandaşın sesi olabilmesi için düşündüğünü ifade edebilmesi oldukça önemlidir. Zaten sorumsuzluğun tanınmasından maksat, millet iradesinin hiçbir etki altında kalmadan onu temsil eden vekiller tarafından kullanılmasını sağlamaktır.²⁶ İşte bunun içindir ki oyunu dilediğince kullanabilmeli, hükümeti denetleme vazifesini korkusuzca yerine getirebilmeli, gördüğü aksaklıkları rahatlıkla söyleyebilmeli ve tüm bunları yaparken de hukuki, cezai veya mali bir kovuşturmaya maruz kalmayacağından emin olmalıdır.²⁷

Yasama sorumsuzluğu, milletvekillerini ayrıcalıklı ve özel bir statüye yerleştirme

²² Döner, s. 50.

²³ Carl Schmitt, **Parlamenter Demokrasinin Krizi**, (Çev.: Emre Zeybekoğlu) 4. B., Dost y., Ankara, 2017, s.72.

²⁴ Kalağan, s.76.

²⁵ 1982 Anayasasının 83.maddesinin 1.fıkrasındaki yasama sorumsuzluğuna ilişkin düzenleme şu şekildedir: “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.”

²⁶ Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5.B, Beta y., İstanbul, 2018, s.207.

²⁷ Teziç, s.448; Kadir Aktaş, **TBMM Uygulaması Anlatımıyla Yasama Dokunulmazlığı**, Adalet y., Ankara, 2009, s.43.

amacıyla onların şahsına tanınmış bir kurum olmayıp,²⁸ parlamento üyelerini iktidarın veya özel şahısların soruşturma ve tazyiklerinden koruyarak²⁹ aynı zamanda parlamentonun bağımsızlığını da güvence altına almaktadır.³⁰ Görüldüğü üzere yasama sorumsuzluğu bir yandan milletvekilinin Meclis çalışmaları sırasındaki oy ve söz hürriyetini korurken diğer yandan da parlamentonun kolektif hürriyetini korumaktadır. Böylece Parlamento, herhangi bir makamın tavsiye ve sınırlamalarıyla bağlı olmaksızın istediği konuyu görüşebilmekte, kendi usul ve işlemlerini yapabilmekte,³¹ üyeleri üzerinde disiplin yetkisine sahip olabilmektedir.³² Bu noktada milletvekillerinin yasama faaliyetine katılma konusunda sahip olduğu subjektif kamu hakkı ile parlamentonun kolektif hürriyeti bir bütün olarak görülmelidir. Çünkü milletvekilinin üyesi olduğu parlamentonun kolektif hürriyeti bulunmuyorsa yani kendi usul ve işlemlerini kendisi belirleyemiyor, istediği meseleyi

²⁸ Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*Anayasanın yasama sorumsuzluğu kuralıyla, Meclis çalışmalarında ulusal istencin en iyi biçimde yansıtılması bakımından Milletvekillerinin görevlerini hiçbir etki altında kalmadan yapabilmeleri için kişiliklerine bağlı özel bir koruma getirildiğini...*” ifade ederek, yasama sorumsuzluğunun milletvekilinin kişiliğine bağlı bir koruma sağladığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, T.:16/01/1998, E.: 1997/1, K.: 1998/1, Bkz. **AMKD**, C.2,S.34,Ankara,1999,s.1019. https://www.anayasa.gov.tr/media/4961/kd_34_2.pdf,(E.T.: 10/04/2021).

²⁹ 2/1028 esas numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin Anayasa Komisyonunda yapılan teklifin geneli üzerindeki görüşmelerde Hükümet adına söz alan Adalet Bakanı Bekir Bozdağ, bu durumu şu cümlelerle ifade etmiştir: “...Yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığının varlık nedeninin milletvekillerinin yasama görevini her türlü korkudan, baskıdan, tehditten ari bir şekilde, özgürce yapabilmelerini temin etmek olduğu, Parlamentonun; iktidarın, yargının, güç odaklarının veya başka merkezlerin baskısından uzak ve özgür bir biçimde yasama faaliyetlerine katkı vermesi ve yürütmeyi etkin bir biçimde denetlemesi için böylesi bir anayasal korumaya ihtiyacı olduğu,.....” Bkz. Anayasa Komisyonu Raporu, T.: 02/05/2016, E.:2/1028, K.:4,s.14, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss313.pdf>, (E.T.: 10/04/2021). Yine Yasama Dokunulmazlığı konusunda kurulan Meclis Araştırması Komisyonu tarafından hazırlanan 10/70 Esas numaralı rapora muhalefet şerhi koyan milletvekilleri(Yakup Kepenek, Atilla Kart, Muharrem Kılıç, Mehmet Ziya Yergök) bunu şöyle ifade etmiştir: “Bu sorumsuzluğun bir ayrıcalık olmadığı, milletvekillerinin ve özellikle muhalefet milletvekillerinin, iktidara karşı korunmasının güvencesini sağladığı açıktır.” Bkz. Yasam Dokunulmazlığı Konusunda Kurulan (10/70) Esas Numaralı Meclis Araştırma Komisyonu Raporu, 2004, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss332m.htm>, (E.T.: 03/04/2021).

³⁰ Akman Akyürek, **Parlamentoların Yasama Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki ve Cezai Sorumlulukları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 1989, s.20.

³¹ Akyürek, s.20; Yüksel Yalova, **Türkiye Örneğinde Yasama Dokunulmazlığı Kavramı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE., İstanbul, 1994. s.26.; Faruk Bilir, Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Nobel y., Ankara, 2001, s. 102.

³² Akyürek,s.26, Küçük, s.19; Meclisin kendi kurallarını kendisinin belirleyeceği ilkesi Türk Anayasa geleneğine 1924 Anayasası ile girmiştir. Mezkur Anayasanın görüşmeleri sırasında Giresun mebusu Hakkı Tarık Bey, Anayasa tasarısında Meclis kolluk işlerinin bizzat Meclis tarafından düzenleneceğine bir hüküm bulunmadığını fark etmiştir. Yalnız içtüzükle yapılacak düzenlemenin güvenceyi azaltacağını ileri sürmüş ve 1924 Anayasasına eklenen 30.madde ile TBMM’nin kendi kolluk işlerini düzenleyip yürüteceği hükme bağlanmıştır. Bkz. Sevinç, s. 19, dpn.11.

görüşüp tartışmıyor, şartları oluşmasına rağmen üyelerine disiplin cezası veremiyorsa o vakit milletvekiline oy ve sözlerinden dolayı tanınmış olan sorumsuzluk, uygulama alanı bulamayacaktır.³³

Milletvekillerine tanınan sorumsuzluk koruması ile amaçlanan, kamu yararının eksiksiz ve doğru gerçekleşmesini sağlamaktır.³⁴ Zira sağlanan bu koruma sayesinde, parlamentoda sınırlı sayıda üyesi bulunan muhalefet partisi milletvekilleri ve bağımsız vekiller iktidarı eleştirebilir, düşüncelerini rahatça dile getirebilir,³⁵ parlamento iradesinin oluşumuna etkide bulunabilir,³⁶ milletin çıkarlarını korumak adına vicdanlarının sesini dinleyerek kendilerini özgürce ifade edebilirler.³⁷ Nitekim ifade edilen hususları Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında özet bir şekilde tekrarlamıştır.³⁸

Milletvekillerinin söz, ifade ve oy hürriyetinin korunmasındaki nihai amaç kamu yararıdır. Bunun içindir ki eşitlik ilkesine aykırı kabul edilebilecek bir bağışıklıkla yararlanırlar. Özbudun’a göre, “milletvekilinin kendisine sağlanan bu bağışıklık sayesinde yasama görevini daha iyi yapabilmesindeki kamu yararı, bağışıkların eşitlik ilkesini ihlal etmesindeki kamu zararından daha büyüktür.”³⁹ Neticede milletvekilinin de yasama faaliyetini ifa ederken kullandığı oy, ifade ettiği düşünce ve sözlerin ilham kaynağı, temsil ettiği vatandaşların güven ve esenliğini sağlama amacı olacaktır.⁴⁰

İşte bunun içindir ki oyunu dilediğince kullanabilmeli, hükümeti denetleme vazifesini korkusuzca yerine getirebilmeli, gördüğü aksaklıkları rahatlıkla söyleyebilmeli ve tüm bunları yaparken de hukuki, cezai veya mali bir kovuşturmayla maruz kalmayacağından emin olmalıdır.⁴¹

³³ Küçük,s.20.

³⁴ Özbudun,s.281.

³⁵ Şükrü Karatepe, **Türk Anayasa Hukuku**, 2.B., Savaş y. Ankara, 2018. s.235.

³⁶ Türkan Yalçın, “Yasama Sorumsuzluğu”,**TBDD**, S. 2, Ankara, 1992, s. 215,216. <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m1992-19922-992>, (E.T.: 20/11/2020).

³⁷ Ömer Keskinsoy, **Yasama Sorumsuzluğu**, Turhan y., Ankara, 2007,s.79.;Mehmet Ali Aybar, “Teşrii Masuniyet,” **İÜHF**, C. 3, 1937, s.9.

³⁸ Keskinsoy,s.79,dpn.200. Anayasa Mahkemesi, 22/05/1987’de verdiği bir kararında “...Milletvekilinin, yasama işleriyle ilgili olarak Meclis’te kullandığı oylar, söylediği sözler, ileri sürdüğü düşünceler nedeniyle yasama organı dışında herhangi bir makam tarafından sorumlu tutulmaması anlamına gelen ve 83. maddenin birinci fıkrasında yer alan “sorumsuzluk” un amacı, ulusal iradenin tam bir serbestlikle açıklanmasıyla birlikte görevin tam bağımsızlıkla yerine getirilmesinin güvenceye alınmasıdır.”Bkz. AYM, T.: 22/05/1987, E.:1986/13, K.:1987/12, Sayılı Kararı. <https://www.kazancihukuk.com/>, (E.T.: 10/04/2021). Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da benzer ifadelerle yer vermiştir: “...yasama sorumsuzluğu kurumunun amacı, ulusal iradenin tam bir serbestlikle açıklanması ve milletvekilliği görevinin tam bağımsızlıkla yerine getirilmesinin güvenceye alınmasıdır. Ayrıca Mahkeme’ye göre bu kurum yasama organı üyelerinin görevlerini özgür, bağımsız, endişesiz yerine getirmelerini sağlamak için öngörülmüştür.” Bkz. AYM, T.:22/06/2001, E.: 1992/, K.: 2001/2 Sayılı Kararı, **AMKD**, C.2,S.37,s.979. <https://www.anayasa.gov.tr/media/4862/aymkd37cilt2.pdf>, (E.T.: 10/04/2021).

³⁹ Özbudun,s.281.

⁴⁰ Aybar,s.9.

⁴¹ Teziç, s.448;Aktaş, s.43.

1.2.Yasama Sorumsuzluğunun Kapsamı

1.2.1.Yasama Sorumsuzluğunun Kaldırılmaz Olması

Yasama sorumsuzluğunun, Meclis kararı ile veya her hangi bir makam tarafından kaldırılması, askıya alınması⁴² ve milletvekilinin bundan kendi iradesiyle feragat etmesi mümkün değildir.⁴³ Hâlbuki yasama dokunulmazlığı, sorumsuzluktan farklı olarak TBMM tarafından kaldırılabilir, Anayasada belirtilen durumlarda Meclis kararı olmaksızın ilgili üye tutulabilir, sorguya çekilebilir, tutuklanabilir ve yargılanabilir yani nispi ve geçici bir nitelik taşımaktadır.⁴⁴

Sorumsuzluğun kaldırılmaz oluşuna dair doktrinde aksi bir görüş mevcut değildir. Ancak 24.06.1957'de Kırşehir milletvekili O. Bölükbaşı'nın Mecliste söylediği hakaret içerikli sözler üzerine yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı, sorumsuzluk kapsamındaki sözler yüzünden dokunulmazlığı kaldırıldığı gerekçesiyle doktrinde oldukça eleştirilmiş hatta Kıratlı tarafından "sorumsuzluğun kaldırılması kararı" olarak değerlendirilmiştir.⁴⁵ Teziç'de "sorumsuzluk kapsamındaki sözlerden ötürü yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının sorumsuzluk kurumunun niteliğiyle bağdaşmadığını ve hiçbir hukuki temelini olmadığını zira sorumsuzluğun hukuken kaldırılmasının mümkün olmadığını, böyle bir işlemin eski tabirle "yoklukla malul olduğunu"⁴⁶ ifade etmiştir.

Ülkemizde kaldırılması mümkün olmayan yasama sorumsuzluğu Finlandiya, Danimarka, Yunanistan, Macaristan, Letonya, Litvanya, Polonya ve Hollanda'da bazı özel usullerle kaldırılabilmesi mümkündür. İngiltere'de sorumsuzluğun kaldırılabilmesi Hakaret Yasası'nın yaptırıma bağladığı bazı eylemlerin söz konusu olduğu durumlarda mümkün olabilmektedir. Yine Almanya'da iftira niteliğindeki hakaretler bakımından sorumsuzluk söz konusu değildir dolayısıyla kaldırılmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır.⁴⁷

1.2.2.Yasama Sorumsuzluğunun Sürekli Olması

Yasama sorumsuzluğunun sürekli olmasından kasıt milletvekilinin Meclis çalışmaları sırasında söylediği sözler, açıkladığı görüşler ve kullandığı oylar sebebiyle üyeliği sona erse dahi hayatı boyunca sorumlu tutulamayacağı herhangi bir hukuki veya cezai takibata uğramayacağıdır.⁴⁸ Yasama dokunulmazlığı milletvekillerini Meclis üyesi oldukları sürece koruyan bir bağımsızlık olmasına rağmen sorumsuzluk ömür boyu süren bir koruma

sağlamaktadır.⁴⁹ Sorumsuzluk koruması milletvekili sıfatının kazanılmasıyla başlamakta ve bu sıfatın sona ermesinden sonra da devam etmektedir.⁵⁰ Nitekim bu süreklilik milletvekilinin bağımsızlığı için de zorunludur. Çünkü yasama görevi bittikten sonra soruşturma veya kovuşturmayla uğrama ihtimali altında bulunan bir vekilin tam bağımsızlık ve serbestlik içinde yasama fonksiyonunu yürüttüğünü söylemek mümkün değildir.⁵¹

Bilindiği gibi milletvekillerinin Meclis çalışmaları sırasında söylediği hakaret ve sövme içeren sözleri cezai takibata konu edilememekte ancak hukuk davası açılabilir. Her ne kadar sorumsuzluk müessesesinin sürekli olduğu kabul edilmiş olsa da milletvekilliği sıfatı sona erdikten sonra tazminat davası açılması mümkündür. Zira haksız fiil sebebiyle tazminat istemi TBK 72. madde hükmüne göre "zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır."⁵² Dolayısıyla bir milletvekili, bir başka üyenin Meclis kürsüsünde kendisine hakaret ettiğinden, sövdüğünden veya iftira ettiğinden bahisle üyelikleri sona erdikten sonra bile iki ya da on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde tazminat davası açabilecektir. Bu durumda ceza davaları yönünden sorumsuzluk korumasının ömür boyu sürdüğü söylenebilirse de hukuk davaları yönünden on yıllık zamanaşımı süresinin dikkate alınması gerekmektedir. Şöyle ki, 2018'de seçilmiş bir milletvekilinin 2020 yılında Mecliste yaptığı konuşmasından dolayı şahsına hakaret edildiği iddiasıyla bir başka vekil tarafından on yıl içinde yani 2030 yılına kadar tazminat davası açılabilir.

1.2.3.Yasama Sorumsuzluğunun Kamu Düzeninden Olması

Yasama sorumsuzluğu milletvekilinin şahsına tanınmış bir ayrıcalık olmayıp yasama fonksiyonunun layıkıyla yapılabilmesi için hizmete bağlı zorunlu bir güvencedir.⁵³ Amaç milletvekillerinden müteşekkil hukukun üstünde imtiyazlı bir sınıf yaratmak değil doğrudan doğruya milletin temsili şeklindeki kamu yararının kusursuz olarak icrasına imkân sağlamaktır.⁵⁴ Yani kamu yararı için konulmuştur, kamu yararı ise ancak Meclisin bağımsız bir şekilde çalışmasıyla sağlanır. Mecliste ifade hürriyetinin kısıtlanması kamunun sesinin kısılması⁵⁵ ve kamunun ifade hürriyetine müdahale edilmesi demektir.

Bunun sonucu olarak Yasama Meclisi üyesi sorumsuzluktan vazgeçemez veya sorumsuzluktan faydalanmayacağına dair herhangi bir taahhütte bulunamaz.⁵⁶ Zira

⁴² Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 1.B., s.863; Yalçın, s.237.

⁴³ Döner, s.54.

⁴⁴ Ergun Özbudun, "Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları," *TBB*, S.59, Ankara, 1971, s.111. Bkz. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-156>, (E.T.: 25/11/2020).

⁴⁵ Bkz. Kıratlı'dan nakleden Makbule Karakelle, *1982 Anayasasına Göre Yasama Bağımsızlıkları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE., Ankara, 2016. s.45.

⁴⁶ Bkz. Teziç, s.456,dpn.57; Akyürek, s.189.

⁴⁷ Osman Can/Duygu Şimşek Aktaş, "Yasama Sorumsuzluğunun İşlevsizleştirilmesi," *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13, S. 145, Ankara, 2018, s. 68 <https://te.b-ok.as/book/3604361/9af7c8>, (E.T.: 18/02/2021).

⁴⁸ Karakelle, s.45.

⁴⁹ Hikmet Tülen, "Yasama Sorumsuzluğunun Mutlaklığı Üzerine Düşünceler," *EBYÜHFD*, C. 3, S. 1, Erzincan, 1999, s. 118, <https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=746>, (E.T.: 25/11/2020). s.118.

⁵⁰ Yasama sorumsuzluğu Danimarka ve Letonya'da parlamenterlerin görev süresiyle sınırlıdır. Litvanya'da süre bakımından sınırsızlık yalnızca parlamentoda sarf edilen sözler ve kullanılan oylar için geçerlidir. Polonya'da görev süresi ile sınırlıdır ancak görev süresi bittikten sonra da parlamenterler aleyhine doğrudan takibata geçilmesi mümkün değildir. Bkz.Can/Aktaş, s.67.

⁵¹ Yalova, s.50.

⁵² Keskinsoy, s.166.

⁵³ Akyürek, s.190.

⁵⁴ Keskinsoy, s.163.

⁵⁵ Yalçın, s.238

⁵⁶ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 1.B., s.863; Yalova, s.50.

sorumsuzluk, milletvekillerinin şahsi hallerden doğan ve kendi hür iradeleriyle geçersiz kılınabilecekleri sübjektif bir hukuki durum değildir.⁵⁷ Sorumsuzluk kapsamındaki sözlerinden dolayı aleyhine açılmış davada milletvekili, her zaman sorumsuzluk def'inde bulunabileceği gibi mahkeme hâkiminin bu durumu resen dikkate alması ve davayı reddetmesi gerekmektedir.⁵⁸

Sorumsuzluğun kamu düzeninden olmasının diğer bir sonucu da Yasama Meclisi üyesinin her hangi bir kişi veya gruptan emir ve direktif alamayacak olmasıdır. Çünkü milletvekili ile seçmenleri arasında emredici vekâlet değil milli temsil ilişkisi vardır ve böyle bir durum milletvekilinin bütün milletin temsilcisi olduğu prensibine aykırı düştüğü gibi yasama sorumsuzluğunun amacıyla da bağdaşmayacaktır.⁵⁹

1.2.4. Hukuki ve Cezai Sorumsuzluk

Yasama sorumsuzluğunu düzenleyen Anayasa'nın 83.madde lafzı dikkate alındığında 1.fıkranın sonunda yer alan “*sorumlu tutulamazlar*” cümlesi “hiçbir şekilde sorumlu tutulamazlar” şeklinde mutlak bir ifade olarak anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere doktrin ve yargı kararlarında yasama sorumsuzluğu mutlak ve fakat yasama dokunulmazlığı nispi kabul edilmektedir. Sorumsuzluğun mutlak olmasının sonucu, hukuki ve cezai takibata karşı koruma sağlaması yani milletvekilinin, yasama fonksiyonunun yerine getirilmesiyle ilgili oy, söz ve düşünce açıklamaları, içerikleri bakımından suç teşkil etse bile cezai kovuşturma yapılamaması⁶⁰ ve hukuk davası yoluyla tazminat talebinde bulunulamamasıdır.⁶¹ Zira milletvekilinin söz hürriyeti, açılacak tazminat davalarıyla veya yalnızca kendisine dava açılabilmesiyle sınırlandırılacak olursa bundan zarar gören bizzat kamunun yani temsil edilen vatandaşların kendisi olacaktır.⁶²

Ancak ülkemizde, hukuki sorumsuzluğun yasama sorumsuzluğu kapsamına girip girmediği tartışmalıdır.⁶³ Tülen, yasama sorumsuzluğunun “mutlak” olarak nitelendirilmesini pek isabetli bulmamaktadır. “ Zira mutlak kelimesinin sözlükte kayıtsız, şartsız anlamına geldiğini ve bu nedenle mutlaklığın, milletvekillerinin Meclis çalışmaları sırasındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden dolayı cezai ve hukuki yaptırımlara uğramamaları hatta Meclis tarafından disiplin cezası dahi verilmemesi şeklinde anlaşılacağını” ifade etmektedir.⁶⁴ Hâlbuki yargı kararları bunun aksini söylemektedir. Çünkü yargı kararlarında benimsenen genel görüş, hakaret ve sövme

⁵⁷ Keskinsoy, s.164.

⁵⁸ Akyürek, s.190; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, I.B., s.863; Yalçın, s.238; Teziç, s.456.

⁵⁹ Yalova, s.51.

⁶⁰ Döner, s.54.

⁶¹ Aysun Üsreşler, **1982 Anayasasına Göre Yasama Meclisi Üyelerinin Dokunulmazlığı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE., İstanbul, 1986. s.70; Yalova, s.49; Karakelle, s.43; İsmail Ergüneş, **Yasama Sorumsuzluğu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2006, s.112; Feyzioğlu, s.25; Akyürek, s.185; Güveyi, s.317.

⁶² Can/ Aktaş, s. 66.

⁶³ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. B., Ekin y. Bursa, 2019, s.549.

⁶⁴ Tülen, s. 119.

sebebiyle ceza davası açılmasa da hukuk davası açılabilmesi yönündedir ve bu durum Tülen'i haklı çıkarmakta, yasama sorumsuzluğunun mutlaklığına gölge düşürmektedir.

Yargıtay içtihatları da, yasama sorumsuzluğunun hukuki ve cezai korumasıyla ilgili olarak farklılık göstermektedir. Yargıtay Ceza Daireleri, milletvekilinin Meclis çalışmalarıyla alakalı söylediği sözler suç unsuru içerse dahi bu sözlerin sorumsuzluk kapsamına girdiğini kabul etmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise, vermiş olduğu kararlarında yasama faaliyetiyle ilgisi bulunmayan sözlerden dolayı manevi tazminat istenebileceğini belirtmektedir.⁶⁵ Mamafih Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararlarını ikili bir ayırım yaparak değerlendirmek daha doğru olacaktır. Zira Meclis dahilinde gerçekleşen ve manevi tazminat istemine sebep olan sözler sebebiyle açılmış davaların bir kısmı yasama sorumsuzluğu bağlamında incelenirken bir kısmı eleştiri ve ifade özgürlüğü bağlamında incelenmekte ve dolayısıyla verilen kararlar farklı olmaktadır.

1.2.4.1.Meclis Çalışmalarındaki Hakaret ve Sövme İçeren Sözler

Yine üzerinde durulması gereken bir diğer husus milletvekilinin, Meclis çalışmalarıyla alakalı sözlerinin sövme ve hakaret içermesi durumudur. Bu durum aslında yasama sorumsuzluğu kurumunun en ihtilaflı konusudur. Zira Anayasanın tanımı, “TBMM üyelerinin, Meclis çalışmalarında kullandıkları oy ve söyledikleri sözlerden ve ayrıca Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmağı sürece bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamayacakları” şeklindedir. Görüldüğü üzere söylenen sözler ve ileri sürülen düşüncelere ilişkin herhangi bir sınırlama söz konusu değildir, söz ve düşünce ifadesinin dışarıda tekrarına ilişkinse yalnızca o oturum Başkanlık Divanının aksi yönde karar alması durumunda bir kısıtlama söz konusu olacaktır. Bunun dışında hakaret içeren, onur kırıcı ifadelerin kullanılmayacağına veya bu tür ifadelerin yaptırıma tabi olduğuna dair her hangi bir ifade bulunmamaktadır.⁶⁶

Bu tür söylemlerin ceza hukuku yönünden “hakaret davası” ve özel hukuk yönünden haksız fiil özelliğinden dolayı “tazminat davası” olmak üzere iki tür yaptırımı bulunmaktadır.

1.2.4.1.1.Hakaret ve Sövmenin Tazminat Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Hakaret ve sövme içeren sözler, kişilik hakkını hedef alarak kişinin şeref, haysiyet ve itibarını zedelemektedir. Kişilik hakları insana, insan olması sebebiyle ve onun korunması için tanınan haklar topluluğudur.⁶⁷ Kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı, onur ve haysiyeti, sırları, sesi vb. bu haklardan bazılarıdır. Kişiliği oluşturan unsurların teker teker sayılması mümkün olmayıp çağın gereklerine göre yeni unsurlar eklenebilmektedir.⁶⁸ Bu nedenle kanun koyucu sürekli değişen koşullara göre yeniden bir düzenleme yapmak

⁶⁵ Dönmez, s.67.

⁶⁶ Örneğin, 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası 46.maddede yer alan düzenlemeyle, hakaret içeren söylemlerin sorumsuzluk kapsamında olmadığını açık olarak ifade ve kabul etmiştir.

⁶⁷ Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 39. B., Turhan y., Ankara, 2014, s.274

⁶⁸ M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 13.B., Filiz y., İstanbul, 2013, s.190.

yerine, Türk Medeni Kanunun (TMK) 24.maddesinde⁶⁹ kişilik haklarının kapsamını genel olarak açıklamıştır. Dolayısıyla kişilik haklarının tanımı ve hangi hakkın korumaya değer olduğunun tespiti de hakimın takdirine ve doktrine bırakılmıştır. Kanun koyucu TMK m.24 ile saldırıdan korunma şeklini ifade etmiştir. Keza, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 58⁷⁰ ile paralel bir düzenleme getirmiş ve kişilik haklarının zedelenmesi halinde manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesine ilişkin dava açılabilirliğini ifade etmiştir. Kanun koyucunun bu tutumu doğrultusunda uygulama ve doktrin de, bu hakların kişinin özel yaşamı, beden bütünlüğü, şerefi, haysiyeti, onuru, saygınlığı, sesi, resmi adı, sağlığı, özel yaşamının gizliliği, ekonomik hareket serbestliği gibi değerler olduğu tespit etmiştir. Bu değerler, bir bütün olarak kişiliği oluşturmaktadır.⁷¹ Kişilik hakkı etkisini, kişiliğe her hangi bir saldırıda bulunulması halinde kendini gösterir ve hakkın sahibine saldırıda bulunulmamasını isteme yetkisi verir. Bu yetki mutlak bir hakka dayanır ve kişiliği oluşturan unsurların her biri bu korumanın kapsamına girerek korumadan faydalanır.⁷²

Sosyal kişiliğin bir parçası olan şeref ve haysiyet kişinin sahip olduğu temel değerlerden biridir. Bu nedenle kişinin şeref ve haysiyetine yapılacak haksız bir saldırı onun manevi varlığını zedeleyebilir.⁷³ Kişilik hakkının ihlali sözleşmeye aykırılıktan veya hukuka aykırı bir eylemden kaynaklanabilir.⁷⁴ Hukuka aykırı davranış ile ortaya çıkan sorumluluğun en önemli özelliği, kaynağı ne olursa olsun sonuçta bir tazminat borcu doğuracak olmasıdır.⁷⁵ Ancak belirtmek gerekir ki kişilik hakları mutlak bir karaktere⁷⁶ sahip olduğu için kişilik hakkı ihlalinin oluşması, fiilin kusurlu bir hareket ile işlenmesine bağlı değildir. Bir başka ifadeyle hukuka aykırı fiili işleyen kişinin kusuru olmasa da kişilik

hakkı ihlali oluşabilir. Bununla beraber kusur, kişilik hakkı ihlalinin dolaylı tazminat sorumluluğunun doğması hususunda aranacak bir unsur niteliğindedir.⁷⁷

Keza TBK m.49, “kusurlu ve hukuka aykırı bir davranış ile başkasına zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu” ifade etmiştir. Görüldüğü üzere, haksız fiil sorumluluğu, genel olarak failin kusurlu olmasına ve fiilin hukuka aykırı olmasına dayandırılmıştır.⁷⁸ Haksız fiil ile beraber zarar veren ve zarar gören arasında önceden hukuki bir ilişki bulunmasa bile zararın tazmini borcu doğmaktadır.⁷⁹ Bir fiile “haksız fiil” diyebilmek için, hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağı olmak üzere dört unsura sahip olması gerekmektedir.⁸⁰

Haksız fiilin ilk unsurunu fiil teşkil etmektedir, zaten ortada bir fiil olmasa herhangi bir zarar da olmayacaktır. Kastedilen fiil, bir şeyi yapmak, bir harekette bulunmak gibi icrai mahiyette(olumlu) veya bir harekette bulunmamak şeklinde ihmali mahiyette(olumsuz) olabilir.⁸¹ Fiilin hukuka aykırı olmasından anlaşılan ise fiilin, zarar gören değeri korumak amacıyla hukuk tarafından getirilen bir kurala aykırı olmasıdır. Yani zarar ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağının bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde mağdurun görmüş olduğu zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağı bulunsun bile, mağdurun zarara uğraması ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı kurulamıyorsa, haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyecektir.⁸² Mamafih hukuk düzeni bazı hallerde faile, başkasının hukuki alanına müdahale hak ve yetkisi verir ki bu tür durumlarda fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkar. Bunları, kanunun verdiği yetkinin kullanılması, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, mağdurun rızası, meşru müdafaa, zorunluluk hali, gerçek vekâletsiz iş görme şeklinde başlıklandırmak mümkündür.⁸³

Haksız fiilden dolayı tazminat borcunun doğması için gerekli bir diğer unsur, zararın meydana gelmesi yani tazminat talebinde bulunan kişinin zarara uğramasıdır. Zarar geniş anlamda maddi ve manevi zararı, dar anlamda maddi zararı kapsamaktadır. Maddi zarar, zarar verici fiil sebebiyle kişinin mal varlığında iradesi dışında oluşan azalmadır.⁸⁴ Manevi zararsa, haksız fiil dolayısıyla kişinin maruz kaldığı bedeni ve manevi ıstırap, hayat zevklerinde azalma, acı, huzursuzluk duygularının yoğunluğudur. Burada manevi zarardan daha çok manevi üzüntünün telafisi söz konusudur.⁸⁵

⁶⁹ Türk Medeni Kanunu m.24, “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”/Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” Bkz. Saibe Oktay Özdemir/Gülçin Elçin Grassinger, **Türk Medeni Kanunu & Türk Borçlar Kanunu**, 5.B.,Beta y.,İstanbul,2017,s.11.

⁷⁰ Türk Borçlar Kanunu, m.58, “ Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.”/Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.” Bkz. Özdemir/Grassinger,s.377.

⁷¹ Öykü Özyürek, **Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat**, İstanbul Bilgi Üniversitesi SOBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,2019,s.3.

⁷² Oğuzman/Seliçi/Özdemir,s.190.

⁷³ Öztan,s.279.

⁷⁴ Özyürek,s.4.

⁷⁵ İlke Açıkan, **Yasama Sorumsuzluğunun Tazminat Sorumluluğu Bakımından Sınırları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE., Ankara, 2010.,s.45.

⁷⁶ Yargıtay bir kararında kişilik hakkını şöyle tanımlamıştır: “Kişilik hakkı, kişinin kendi özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır. Genel hukuk sistemi içinde ihlalleri manevi tazminat talebine yol açan kişilik hakları TC. Anayasası, Borçlar Kanunu, Medeni kanun ve bu iki yasa dışındaki diğer yasalarda düzenlenen hükümlerle korunur.” Bkz. Yargıtay 4.HD, T. 20.02.1996, E. 1996/10488,K. 1996/857 Sayılı Kararı, <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.:12/05/2021).

⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir,s.191.

⁷⁸ Funda Çelebi, “Haksız Fiil Sorumluluğu (Unsurlar, Tazminat, Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller, Zamaşımı, Yargılama),” Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, 2012, s.13. Bkz. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Kitaplar/doc/SUNGURBEY20142.pdf>, (E.T.:03/05/2021).

⁷⁹ Ali Naim İnan/ Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. B., Seçkin y., Ankara, 2014,s.381.

⁸⁰ Fatma Burcu Savaş, “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı,” **TBBT**, S.74,Ankara,2008,s.122.Bkz. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-74-387>, (E.T.: 03/05/2021).

⁸¹ İnan/Yücel,s.382.

⁸² Funda Çelebi,s.14.

⁸³ İnan/Yücel,s.387.

⁸⁴ Funda Çelebi,s.18.

⁸⁵ İnan/Yücel,s.401.

Haksız fiilde kusur, failin fiil ile olan manevi bağına ortaya koyan ve tazminat sorumluluğunun doğumuna sebep olan sübjektif ve manevi bir unsurdur. Borçlar hukukunda tazminat sorumluluğunun doğması için mutlaka kusur şartı aranmaz ancak yasama sorumsuzluğu yönünden bir milletvekilinin Meclis çalışmalarıyla ilgili oy, söz ve düşünce açıklamasının kusursuz sorumluluk esaslarına dayandırılması pek mümkün olamayacağı için yasama sorumsuzluğu kapsamında ele alınan haksız fiiller kusur sorumluluğu bağlamında incelenmektedir.⁸⁶ Dolayısıyla kişinin haksız fiilinden sorumlu olabilmesi için kusur ehliyetine sahip olması gerekir ki bu da bir kimsenin yapmış olduğu eylem veya fiilin mahiyet ve sonucunu anlayabilecek ve bu anlayışa uygun davranabilecek fikri ve zihni olgunluk durumunu ifade etmektedir.⁸⁷ Yani kısaca failin kusurundan söz edebilmek için ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir.⁸⁸

Haksız fiilde tazminatı doğuran son unsur illiyet bağı olup, davranış ile zararlı sonuç arasındaki sebep sonuç ilişkisidir. Diğer bir ifadeyle faile tazmin mükellefiyetinin yüklenebilmesi için oluşan zarar ile fiil arasında mantıki ve uygun nedensellik bağının bulunması, hayatın olağan akışı içerisinde fiilin bu zararı meydana getirmeye uygun olması gerekmektedir.

Haksız fiile ilişkin tüm şartlar gerçekleştiği takdirde artık tazminat sorumluluğu doğabilecektir. Acaba Meclis çalışmaları sırasında söylenen sözlerin tazminat davasına konu edilemeyeceğini çünkü hem ulusal bir görevin yerine getirildiğini hem de kamu yararı amacına hizmet ettiğini söylemek mümkün müdür? Bilindiği üzere her ikisi de hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler olup kamusal yarar aynı zamanda yasama sorumsuzluğunun da en önemli amacını oluşturmaktadır. Zira Anayasanın milletvekillerine sağladığı korumanın altında yatan nedenlerden birisi de kamu yararı amacına hizmet etmektir. Ancak Yargıtay bu konuya ilişkin kararlarında, “hakaret içeren sözlerin kişisel kinin etkisiyle söylenmiş, yasama çalışmasıyla ilgisi bulunmayan, ulusal bir görevin yerine getirilmesi ve kamu yararı amacına hizmet etmeyen sözler” olduğunu ve zarar görenin tazminat talep edebileceğini kabul etmektedir.⁸⁹ Mamafih hakaretin karşılıklı olması veya haksız bir fiile tepki olarak gerçekleşmesi durumunda hakim tazminata hükmetmeyebilir. Nitekim Yargıtay, milletvekili davalının TBMM Genel Kurulu'nun 09. 11. 2012 günü yapılan toplantısında, bir yasa görüşmesi sırasında kürsüden yaptığı konuşmayı keserek “Haysiyetsiz de sensin, şerefsiz de sensin” demek suretiyle kişilik haklarını ihlal ettiğini belirterek manevi tazminat talep eden davacı vekilin davasını, “her iki tarafın siyasi kişiliklerinin olduğu, sarf edilen sözlerin sert eleştiri mahiyetinde olduğu, davacının konuşmasıyla haksız tahrikte bulunduğu, davalının da aynı sözlerle davacıya

karşılık verdiği ve bu haliyle de sözlerin davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği” gerekçesiyle reddetmiştir.⁹⁰

Benzer bir başka olay da TBMM'nin 12.06.2012 tarihli birleşiminde gerçekleşmiştir. Şırnak milletvekili H.. Kaplan konuşma yaparken davacı S. Aksoy'un “*Bağırma, Bağırma!*” diye seslenmesi üzerine davalı H.Kaplan, “*Konuşma Lan!*” diye cevap vermiş, davacının tekrar “*Bağırma öyle!*” demesi üzerine davalı “*Terbiyesiz herif!*” “*...bağıracağım da kafana da kakıla kakıla vuracağım,*”“*Terbiyesizlik etme oradan!,*” “*Saygısız! Senin tutuklu milletvekillerin varken, 8 arkadaşın, sen nasıl böyle terbiyesizlik edip konuşabilirsin? Utanmaz?*” sözleriyle karşılık vermiştir. İlk derece mahkemesinin tazminata hükmettiği davada Yargıtay, “*....davalı tarafından sarf edilen sözlerin, konuşmasının sık sık kesilmesine tepki olarak söylendiği ve eleştiri sınırlarını aşan küçültücü ve hakaret niteliğinde olmadığı, kaba söz olarak değerlendirilebileceği ...*” gerekçesiyle⁹¹ ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Görüldüğü üzere Yargıtay tazminat istemli hukuk davalarında hakaretin karşılıklı olması, tahrik olması, haksız fiile tepki olarak gerçekleşmesi gibi unsurları dikkate almakta ve böyle bir durumda tazminata hükmedilmemesi kararı verebilmektedir.

1982 Anayasası'nın 83.maddesi, hakaret ve sövme içeren sözler yönünden bir ayırım yapmamıştır yani teorik olarak bu tür ifadeler sorumsuzluk kapsamı içinde kalmaktadır. Bununla beraber yasama fonksiyonu ile alakalı konuşmaların hakaret veya sövme

⁸⁶ Açıkan, s.75,76.

⁸⁷ İnan/Yücel, s.398.

⁸⁸ Funda Çelebi, s.21.

⁸⁹ Bkz. Yargıtay 4.HD, T.08.12.1978, 20086/13877 Sayılı Kararını Nakleden Açıkan, s. 72.

⁹⁰ Yargıtay verdiği kararı şöyle gerekçelendirmiştir: “Davaya konu somut olayda; davalı milletvekilinin mecliste yasa görüşmesi esnasında söz alarak kürsüden yaptığı konuşma sırasında, “... ama ben sizin yerinizde olsam burada oturur, bu yasanın karşısına dikilirim. Aslan gibi dikilirim. Biraz namus, biraz haysiyet, biraz onur, biraz şeref varsa...” dediği, bunun üzerine AKP sıralarından bu sözlerle karşı sözlerle müdahalelerde bulunduğu, davalı AKP grup başkan vekili A.. B..’nin da sinirlenerek “haysiyetsiz de sensin, şerefsiz de sensin” sözlerini sarf ettiği anlaşılmıştır. Davacı ve davalının her ikisinin de siyasi kişiliklerinin olduğu, sarf edilen sözlerin sert eleştiri mahiyetinde olduğu, davacının hakkında yapılan bu sert eleştirilere katlanması gerektiği, konuşmanın tümünün eleştiri sınırları içinde kaldığı ve davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra davacının konuşmasıyla AKP milletvekillerine yönelik olarak, biraz haysiyet ve şerefleri varsa yasanın karşısında olmaları gerektiğini belirterek haksız tahrikte bulunduğu, davalının da aynı sözlerle davacıya karşılık verdiği, bu haliyle de sözlerin davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği anlaşılmaktadır.” Kararın tam metni için bkz. Y4HD, T.28.01.2015 E.2014/6095, K.2015/1104 Sayılı Kararı. Bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.: 13/05/2021). Yargıtay bir başka kararında da söylenen sözlerin sataşma nedeniyle tepki olarak söylendiğini ifade etmiştir: “Dosya içeriğine göre; TBMM'nin 28/04/2010 tarihinde yapılan 97. Birleşiminde davalının davacıya yönelik “... çamurcu başı, bir yığın pislik atıyor ... işi gücü çamur atmak, pislik atmak, başka da bir işi yok ... çünkü dağarcığında pislik var, başka bir şey yok. ... ” şeklinde sarf edilen sözlerin, şahsına sataşma nedeniyle tepki olarak söylendiği, eleştiri sınırlarını aşan, küçültücü ve hakaret niteliğinde olmadığı, kaba söz olarak değerlendirilebileceği sonucuna varılarak istemin tümünden reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir. “Kararın tam metni için bkz. Y4HD, T.28.01.2015, E.2014/5048, K..2015/1062 Sayılı Kararı. Bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.: 13/05/2021).

⁹¹ Y4HD, T.17.09.2014, E.2013/17680, K.2014/11876 Sayılı Kararı. Bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.: 13/05/2021).

içerdiğinden bahisle açılan tazminat davalarında yargı yerleri, bunun aksini ifade eden kararlar vermektedir. Zira Yargıtay, yasama sorumsuzluğunun mutlak olmadığını yani kişilerin şeref ve saygınlığını zedeleyerek kişilik haklarını ihlal edecek sözler sarf etme hakkı vermediğini dolayısıyla ceza davası açılmasa da tazminat davası açılabileceğini ifade etmektedir.

1.2.4.1.2.Hakaret ve Sövmenin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Hakaret, Türkçe’ de “onur kırma, onura dokunma; küçültücü söz veya davranış” anlamına gelmektedir. Aslında Arapça kökenli bir sözcük olan hakaret; “aşağı görülen, değersiz, hor” anlamını karşılayan “hakir” sözcüğünden türemiştir. Hakaret, basmakalıp bir takım sözcükler, eylem, yazı, işaret ya da resimle başkalarının kişiliğine saldırarak, onların kişiliğini küçültme, örseleme ve sonuçta bireyin sosyal ve manevi kişiliğini ihlal edip, değersizleştirme şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁹²

Hakaret suçu,⁹³ 5237 sayılı TCK’nın “Şerefe Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde düzenlenmiştir. Şerefe tecavüzü ifade eden bu fiiller, sadece insan şerefini ihlal ediyorsa genel tahkir suçları, kişinin şerefının yanında başkaca toplumsal ve manevi değerlere de tecavüz ediyorsa özel tahkir suçları olarak kabul edilmektedir.⁹⁴ Hakaret suçunun ihdas amacı, kişinin, kendi kendisi ve başkaları önünde onur, şeref ve saygınlığını korumaktır.⁹⁵ Şeref, bir insanın kendine yönelik beslediği halis duygu (iç şeref) ve diğer kişilerin o insana verdiği kıymet ve saygı (dış şeref) şeklinde karma bir özellik göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında TCK, “onur, şeref ve saygınlık” terimlerinden bahsetmek suretiyle hem iç hem de dış şerefi korumayı hedeflemiştir.⁹⁶ Bu suçun oluşabilmesi için bir kimsenin onur ve saygınlığının gerçekten rencide olmasına gerek bulunmamaktadır yani tehlike suçudur.⁹⁷

TCK’nın 125.maddesinde düzenlenmiş olan hakaret suçuna bakıldığında “..... onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle.....” Şeklinde ikili bir ayırım göze çarpmaktadır. Mülga 765 sayılı

⁹² Duygu Sezen, **Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SOBE, Ankara,2016,s.4.

⁹³ “Hakaret” başlığını taşıyan TCK’nın 125. maddesi; “(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için, fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.//(2) Fiilin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.”

⁹⁴ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. B., Seçkin y., Ankara, 2018, s.497; Fatma Sümer, “İfade Özgürlüğü Ve İtibarın Korunması Arasında Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu,” Seta, S. 229, 2018,s.9. Bkz. <https://setav.org/assets/uploads/2018/01/A229.pdf>, (E.T.: 18/11/2020).

⁹⁵ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**,10. B., Yetkin y., Ankara, 2014,s.301.

⁹⁶ Ahmet Caner Yenidünya/ Mehmet Emin Alşahin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar,” TBBT, S.68, Ankara,2007,s.45. Bkz. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-68-286>, (E.T.: 26/04/2021).

⁹⁷ İsmail Ercan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**,14.B., Kuram y., Kocaeli, 2018, s.145.

TCK’nın “hakaret ve sövme cürümleri” başlığı altında, “hakaret” ve “sövme” suçları bağımsız birer suç olarak ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Hâlbuki 5237 sayılı TCK’da bu ayrıma yer verilmemiş, hakaretin “somut bir fiil ya da olgu isnadı” veya “sövmek” suretiyle olmak üzere iki ayrı şekilde gerçekleştirilebileceği ifade edilerek aynı madde içinde düzenlenmiştir. ⁹⁸ Bu düzenleme çerçevesinde hakaret suçunun maddi unsuru altı başlıkta incelenebilir. Bunları, Somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi; sövmek suretiyle onur, şeref ve saygınlığa saldırılması; isnadın şeref ve saygınlığı rencide edici olması; isnadın mağdura isnat ve izafesi; isnat gıyapta ise, ihtilatın bulunması; mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi şeklinde sıralamak mümkündür.⁹⁹

Hakaret, bir kimseye belirli (somut) bir fiil veya belirsiz (soyut) bir olgu isnat ederek, onu başkalarının gözünde küçük düşürmek, onur, haysiyet ve saygınlığını incitmektir.¹⁰⁰ Öncelikle burada ifade edilen somut fiil ve soyut olgu kavramlarını açıklamak gerekmektedir. İsnat olunan fiilin “somut” (belirli) sayılabilmesi için şahıs, konu, yer, zaman ve şekle ait birtakım tamamlayıcı unsurlar gösterilmiş olmalıdır.¹⁰¹ Elbette sayılan tüm unsurların gösterilmesi gerekmeyip hakaret konusu fiil veya olgunun ortaya konulması yani somutlaşmasına yetecek kadar inandırıcı ve uygun açıklıkta bir detaylandırma yeterlidir.¹⁰² Somut bir fiil veya olgu isnadı ancak doğruluğu ispatlanabilir ifadeler bakımından mümkündür ve sövme ile arasındaki temel fark budur.¹⁰³ Örneğin, bir kimseye “hırsız,” “rüşvetçi,” “serseri” demek soyut bir olgu isnat etmek suretiyle hakaret suçunu oluştururken, “sabah saatimi çaldın,” “dün şu kadar rüşvet aldın,” “köye gelen teröristlere yardım ve yataklık ediyorsun” ifadeleri ise ispatı mümkün ifadeler olduğu için somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle hakaret suçunu oluşturmaktadır.¹⁰⁴

Soyut bir değer yargısını veya sadece bir vasfı ifade eden sözler sövme fiilini oluşturabilir. Mesela kişiye söylenen, “aptal,” “serseri,” “ayyaş,” “alçak,” “psikopat” gibi tabirler mağdura somut bir fiil isnat etmeyip, kötü huy veya vasfı isnat ediyorsa, sövmek suretiyle hakaret suçunun oluştuğu söylenebilmektedir.¹⁰⁵

Hakaret ya da sövme oluşturan fiiller geçmişte yaşanmış gerçek ve somut olaylara ilişkin olabileceği gibi fiilin gerçekleştiği zamana, hatta geleceğe ilişkin de olabilir. Mağdura yöneltilen “*Sen çocukken tam bir salaktın; bugün aptal gibi ; bugün aptal gibi giyinmişsin; bu telefonu alırsan aptallık edersin*”biçimdeki tüm ifadeler hakaret suçuna vücut verecektir. Hakaret oluşturan fiiller mağdurun bazı davranışları, giyimi, yaşam tarzı, inancı, yaptığı icrai ya da ihmali davranışları, fiziksel özellikleri, sosyal ve siyasi ilişkileri hedef alınarak da yapılabilir. Mesela, “*bu elbise aptallığını ortaya çıkarmış; o partiye oy verdiğin için salaksın; geri zekâlı olmasan o yolda kaza yapmazdın*” şeklindeki ifadeler

⁹⁸ Sezen,s.35.

⁹⁹ Yenidünya/Alşahin,s.50.

¹⁰⁰ Soyaslan,s.303.

¹⁰¹ Yenidünya/Alşahin,s.50.

¹⁰² Sezen,s.37.

¹⁰³ Sümer,s.11

¹⁰⁴ Sezen,s.37.

¹⁰⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe,s.507.

hakaret suçunu oluşturacaktır. TCK m. 127/f.2'ye göre bir kişinin geçmişte işlediği ve mahkûm olduğu bir suçtan dolayı kendisine aşağılayıcı ifadeler yakıştırılması da hakaret suçuna vücut verecektir. Örneğin geçmişte hırsızlık suçundan mahkûm olan A'ya hitaben “*hoş geldin hırsız*” veya cinayetten mahkum olmuş C'ye karşı “burada katillere yer yok” ifadelerinin kullanılması hakaret suçunu oluşturacaktır.¹⁰⁶

Kişilerin fiziksel özelliklerinin bu kişilerin saygınlıklarını zedeleyecek biçimde ifade edilmesi ve bu kişilere bu nitelikte ifade ve lakaplar yakıştırılması da hakaret suçunu oluşturur.. Örneğin görme engelli kişiye “kör,” duymayan kişiye “sağır,” kamburu çıkmış birine “kambur,” psikolojik sorunları olana “deli” diye hitap etmek veya kişilerin meslek ve uğraşlarından dolayı, arkeolog için “mezar kazıcı,” otopsi yapan adli tıp uzmanı için “ölü sevicisi”, icra memuru için “haraççı-mafya” demek de kişilerin şeref ve saygınlığını zedeleyeceği için sövmek suretiyle hakaret suçunun olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁷

Beddua niteliğindeki “Allah belanı versin,” “Allah hepinizin cezasını versin” sözleri Yargıtay tarafından kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadı içermediği veya sövmek fiilini oluşturmadığı gerekçesiyle hakaret olarak değerlendirilmemektedir. Yargı kararlarında da bir söz veya hareketin tahkir edici olup olmadığı belirlenirken mağdurun şahsi sıfatı, zaman, yer ve durum gibi unsurlar göz önünde bulundurulmaktadır.¹⁰⁸

Hakaret veya sövme niteliğindeki fiil, mağdurun şeref ve saygınlığına tecavüz teşkil etmelidir. Nitekim TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında; “..şeref ve saygınlığı rencide edebilecek... şeref ve saygınlığına saldıran...” denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.¹⁰⁹ Bir isnadın bu özelliği taşıyıp taşımadığı olayın tüm özellikleri göz önünde tutularak belirlenir. Söylenen söz veya yapılan hareketin onur kırıcı olması, örf ve âdete göre kamuoyu nazarında mağdurun şeref ve haysiyetini sarsacak nitelikte sayılmasıdır ki bu durum tarafların mensup olduğu sosyal çevre, fiilin işlendiği sıradaki hal ve şartlar ile mağdurun sıfatı dikkate alınarak tespit edilmektedir.¹¹⁰

Hakaret suçunda mağdurun teşhisi için ad ve soyadının açıkça belirtilmesine gerek olmayıp¹¹¹ üstü kapalı bir şekilde de belirtilmiş olabilir.¹¹² Birincisinde fiilin yöneldiği kişi

bellidir buna doğrudan matufiyet¹¹³ denir. İkincisindeyse mağdur açıkça belirtilmemiştir ancak yine de üstü kapalı isnadın yöneltildiği şahıs, duraksamaya yer bırakmayacak bir açıklıkla tespit edilebilmektedir ki buna da dolaylı matufiyet¹¹⁴ adı verilir.

Hakaret kişinin huzurunda veya yokluğunda (gıyabında) gerçekleşebilir. Huzurda hakaret suçunun gerçekleşmiş sayılabilmesi için fail ve mağdurun birbirini görmesi şart değildir.¹¹⁵ Örneğin kişiyi muhatap alan mektup, telgraf, telefon, görüntü ya da ses kaydı, elektronik posta, telefon mesajı gibi vasıtalar kullanmak suretiyle hakaret edilmişse hakaretin huzurda gerçekleştiği kabul edilmektedir. Burada önemli olan failde, mağdurun tahkir edici nitelikteki fiilleri doğrudan öğrenmesi kastının bulunmasıdır. Yani fail, kullandığı araçlarla hem mağduru hedef aldığını ve mağdurun bu fiili öğreneceğini bilmeli hem de bunu istemelidir.¹¹⁶

¹¹³ Yargıtay bir kararında matufiyeti şu şekilde tanımlamıştır: “*Matufiyet kelime anlamı olarak, "yöneliklik, yönelmiş olmaklık" olarak tarif edilmektedir. Özellikle kişilik haklarına saldırı nedeniyle tazminat istemini içeren davalarda söz konusu olan matufiyet şartı, açıkça kanunda yer almamakla birlikte, Yargıtay içtihatlarıyla hukukumuzda girmiştir. Matufiyet şartı içtihatlarında adı, sanı, kimliği belli olmasa da ona yöneldiği konusunda kuşku bırakmayacak şekilde ithamlara, yönelimlere yer veren ifadeler olarak kabul edilmektedir. Matufiyet yargısal kararlarda yayın ile şeref ve haysiyetine veya özel yaşamına dolayısıyla kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddia eden yönünden varlığı aranan önemli bir koşul olarak tarif edilmiş, matufiyetin varlığını kabul için o yayında veya konuşmada, ya kişinin adından açıkça söz edilmesi ya da konumunun, sıfatının gösterilmesi veya bunlardan söz edilmese dahi yayın içeriğinden bu kişinin amaçlandığı, sözlerin ona yönelik olduğunun anlaşılması veya anlaşılabilir olması şartları aranmıştır. Hukuka aykırı eylemde bulunan kişi mağdurun ismini açıkça belirtmemiş veya isnat ettiği fiili üstü kapalı bir biçimde geçiştirmişse, isnadın mahiyetinde ve mağdurun şahsına matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa, hem isim zikredilmiş, hem de hakaret vaki olmuş sayılır*” Bkz. Yargıtay 4.HD,T. 24.05.2018,E. 2016/6954,K. 2018/4457, Yargıtay 4.HD, T. 25.04.2018,E. 2016/5834,K. 2018/3309, Yargıtay 4.HD, T.: 25.04.2018, E.2016/12121,K.2018/3310 Sayılı Kararları. <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.:13/05/2021).

¹¹⁴ Yurtcan,179,180. Bir başka ifadeyle hakaret suçunun varlığı için mağdurun isminin mutlaka söylenmiş, isnadın açıkça belirtilmiş olması gerekmez; önemli olan mağdurun belirli veya belirlenebilir olmasıdır. Matufiyet olarak da ifade edilen bu durumda önemli olan hakaretin kime yöneldiğinin tespit edilebilir olmasıdır. Mağdurun belirlenmesi başlıklı TCK m. 126'da , “Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirtilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır.” denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Kimi durumlarda mağdurun isminin baş harflerinin, yaptığı ve kamuoyunca bilinen işinin belirtilmesi yeterli olabilir. Örneğin “şarkıcı minik serçe” ifadesi ile Sezen Aksu'nun, “karakartal” ifadesiyle Beşiktaş Spor Kulübü'nün, “12 dev adam” ifadesiyle Basketbol Milli Takımı'nın ifade edildiği kamuoyunda duraksamaksızın anlaşılır. Bunun yanı sıra belli bir tarihte belli bir görev veya mevkide olan kişinin de adının belirtilmesi gerekmeden sadece makamının, işinin belirtilmesi hakaret fiilinin hedefinin belirlenmesini sağlayabilir. Örneğin A partisinin genel başkanı, B bakanı, C şirketinin sahibi, milli futbol takımı kaptanı, vs. ifadelerinin kimi işaret ettiği bellidir. Örneğin failin apartman içinde “Bu apartmanın yöneticisi hırsızdır,” Fakülte önünde “Bu Fakültenin dekanı aptaldır” diye bağırması hallerinde kimin hedef alındığı açıktır. Bkz. Aydın,s.885.

¹¹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe,s.499.

¹¹⁶ Sezin,s.46.

¹⁰⁶ Devrim Aydın, “Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu,” **MÜHFHAD**, C.19,S.2, İstanbul,2013s.888. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/813305>, (E.T.:01/05/2021).

¹⁰⁷ Sezin,s.39.

¹⁰⁸ Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları**, 4.B.,Seçkin y., Ankara,2019,s.128.

¹⁰⁹ Yenidünya/Alşahin,s.54.

¹¹⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe,s.508,509.

¹¹¹ Yenidünya/Alşahin,s.56.

¹¹² Soyaslan,s.306.

Hakaretin kişinin yokluğunda gerçekleştiği durumlarda TCK, m.125'e göre "... fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir." Yani hakaret kişinin yokluğunda gerçekleşmişse buna şahitlik edecek en az üç kişi bulunmalıdır. Ancak bu üç kişinin mutlaka aynı ortamda bulunması şart değildir.¹¹⁷ Bir parlamento üyesinin, parlamentodaki konuşması esnasında o sırada Genel Kurulda bulunmayan bir başka üyeye hakaret içerikli sözler sarf etmesi gıyapta hakarettir.¹¹⁸ Ancak Genel Kurulda bulunmayan milletvekili gıyabında söylenen sözleri, Meclis televizyonundan veya Meclis tutanaklarını okuduğu sırada öğrenirse o zaman huzurda hakaret olacaktır.

Fiilin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi de mümkündür. Burada ileti ile kastedilen her tür iletişim aracıdır. Mektup, telefon, telgraf, televizyon, gazete, kitap gibi araçlar ile yapılan hakaret huzurda hakaret olarak cezalandırılacaktır. Bu suçun işlenmiş sayılması için fail ve mağdurun birbirini görmesi de şart değildir.¹¹⁹ Mesela Meclis çalışmaları sırasında bir milletvekilinin bir başka milletvekiline cep telefonu aracılığıyla hakaret içeren mesaj göndermesi halinde huzurda hakaret suçu oluşacaktır. Cep telefonu vasıtasıyla gönderilen iletinin mağdurun eline geçmesi halinde huzurda hakaret suçunun oluşacağını belirten Dursun, "böyle bir durumda, Anayasanın 83.maddesi gereğince Meclis çalışmaları sırasında açıklanan düşüncelerin tamamının açıklama şekline bakılmaksızın sorumsuzluk kapsamında kaldığını, bir milletvekilinin hakaret içerikli sözler yazdığı kağıdı diğer milletvekiline vermesiyle, cep telefonu aracılığıyla hakaret içerikli mesaj göndermesi arasında bir fark bulunmadığını" ifade etmektedir.¹²⁰

Hakaretin karşılıklı olması veya haksız bir fiile tepki olarak gerçekleşmesi durumunda hâkim cezada indirim yapabilir ya da hiç ceza vermeyebilir.¹²¹ Başka bir ifadeyle, karşılıklı hakaret hallerinde mahkeme her iki tarafın cezasında indirim yapabilir veya iki taraf için ceza verilmesinden vazgeçebilir ya da taraflardan yalnızca biri için cezasızlık uygulayabilir veyahut cezasında indirim yapabilir. Sayılan tüm bu hallerde hâkimin takdir hakkı bulunmakla beraber her iki taraf için de TCK'nın 129/3.maddesini uygulamamak hususunda takdir hakkı bulunmamaktadır.¹²²

¹¹⁷ Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.12.1998 tarih ve 4-473/517 sayılı kararında; "sanığın, müştekiye hakaret teşkil eden sözleri, apartman dairesi holü gibi başkalarının duyabileceği bir yerde yüksek sesle ve etraftakiler duyabilecek biçimde söylemiş ve tanıklarca duyulmuş olması nedeniyle, ihtilat unsuru oluşmuştur" denilmiştir. Bkz. Yenidünya/Alşahin,s.57.

¹¹⁸ İsmail Dursun, "Yasama Sorumsuzluğunun Hakaret Suçu Bakımından Değerlendirilmesi," **MÜHFHAD**, C.19, S.1, 2013, s.87, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48140/611036>, (E.T.: 27/12/2020).

¹¹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe,s.498.

¹²⁰ Dursun,s.84.

¹²¹ TCK'nın "Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret" başlıklı 129.maddesi: (1) Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.// (2) Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.// (3) Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."

¹²² Yurtcan,s.223.

Soruşturma ve kovuşturması şikâyet tabi olan hakaret suçuna ilişkin önemli bir nokta da şeref ve haysiyete karşı işlenen bu tür suçlarda uygulanabilen hukuka uygunluk nedenleri ve şahsi cezasızlık sebepleridir.¹²³ Zira doktrinde, Yasama Meclisi üyelerinin sarf ettiği hakaret ve sövme içerikli sözler karşısında ceza ve hukuk davasının açılabilmesi veya ceza davasının açılabilmesinin nedenleri hukuka uygunluk veya şahsi cezasızlık teorileri ile açıklanmaya çalışılmıştır.

Ceza hukukunda bir suçun oluşabilmesi yani bir haksızlıktan bahsedilebilmesi için tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesi ve beraberinde o eylemin her hangi bir hukuka uygunluk nedeninden de faydalanmaması gerekmektedir.¹²⁴ Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek onun hukuka aykırı olmasını engelleyen¹²⁵ ve dolayısıyla fiilin suç teşkil etmesine engel olan nedenlere hukuka uygunluk sebepleri veya haksızlığı ortadan kaldıran sebepler denmektedir.¹²⁶ Hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde hukuka aykırılık ortadan kalkmakta ve fiil hukuken meşru bir hareket haline gelmektedir.¹²⁷ Genel hukuka uygunluk nedenleri, kanun hükmünü yerine getirme; amirin emrini uygulama; meşru müdafaa; zorunluluk hali; hakkın kullanılması; ilgilinin (mağdurun) rızasıdır.¹²⁸ Hakaret suçu açısından hukuka uygunluk nedenlerini şöyle sıralamak mümkündür: Eleştiri ve düşünceyi açıklama, basın haber verme hakkı, dilekçe, ihbar ve şikâyet hakkının kullanılması, iddia ve savunma dokunulmazlığı.¹²⁹

Şahsi cezasızlık sebepleri ise aslında suç icra edilirken mevcut olan ve izlenen suç siyasetinin bir gereği olarak failin cezalandırılmamasını veya cezasında indirim yapılmasını gerektiren sebeplerdir. Bu sebeplere şahsi denmesinin nedeni sadece o sebebin kendisinde bulunduğu kişinin, bu sebeplerden yararlanması ve fakat başka kişilerin yararlanamamasıdır.¹³⁰ Başka bir deyişle şahsi cezasızlık sebepleri, belirli kişisel özellikler, durumlar veya ilişkilerin varlığı dolayısıyla haksızlık veya suç teşkil eden fiilden dolayı failin cezalandırılmaması veya cezasında indirim yapılması sonucunu doğuran hallerdir, bu sebeplerin uygulanabilmesi için somut olayda fail tarafından bilinmesine gerek yoktur.¹³¹ Şahsa bağlı cezasızlık sebeplerinden yalnızca o sebebi üzerinde bulunduran şahıs faydalanırken diğer şerikler istifade edemezler. Hâlbuki fiile bağlı cezasızlık sebepleri, suçun maddi unsurundan kaynaklanır ki böyle bir durum varsa örneğin meşru müdafaa, hakkın icrası gibi o zaman varsa şeriklerde mevcut hukuka uygunluk nedenlerinden istifade ederler.¹³²

Yasama sorumsuzluğunun hukuki esası bu iki görüş doğrultusunda açıklanmaktadır.

¹²³ Soyaslan,s.318.

¹²⁴ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 23. B., Adalet y., Ankara, 2020,s.308.

¹²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya,s.374

¹²⁶ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmaz,**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,13.B.,Seçkin y.,Ankara,2020.,s.265.

¹²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya,s.375.

¹²⁸ İçel, s.327.

¹²⁹ Aydın,s.897-901.

¹³⁰ Hakeri,s.127.

¹³¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya,s.565.

¹³² Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9.B., Yetkin y., Ankara, 2020,s.514.

Birinci, yani yasama sorumsuzluğunun hukuka uygunluk sebebi olduğu görüşünü savunanlara göre hakaret teşkil eden sözlerin veya davranışların Meclis çalışmaları sırasında meydana gelmesi halinde fiilin haksızlık niteliği ortadan kalktığı için baştan itibaren hukuka uygun hale gelmekte bu da hukuka uygunluk nedenlerinden olan hakkın icrasından kaynaklanmaktadır.¹³³ Anayasa'nın 83.maddesinin değiştirilmesine dair kanun teklifi ve 2/676 numaralı Anayasa Komisyonu Raporunun müzakereleri esnasında söz alan Amasya milletvekili Ahmet İyimaya, yasama sorumsuzluğunun bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirtmiştir.¹³⁴ Sorumsuzluk kurumunu şahsi cezasızlık sebebi olarak değerlendiren görüşe göre, yasama sorumsuzluğu, kişisel cezasızlık nedeni niteliğinde olduğu için eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkmamakta yani haksızlığı devam etmekte ancak milletvekilinin özelliği dolayısıyla ceza verilememektedir.¹³⁵ Bu görüşü savunan yazarlar, milletvekiline karşı hukuk ve ceza davası açılmayacağını belirtmektedir.¹³⁶

Doktrinde sorumsuzluğun hakaret ve sövmeyi kapsayıp kapsamadığına dair dört farklı görüş vardır. Birinci görüşe göre hakaret ve sövme, yasama görevinin yerine getirilmesi için gerekli veya olmazsa olmaz bir unsur değildir. Yasama sorumsuzluğu ile sağlanan özgürlük üyeye, istediği her şeyi söyleme hakkı vermez ve asla hakaret, sövme gibi sözleri kapsamaz. Bu tarz sözler sarf eden bir milletvekili, hiçbir zaman milli irade adına hakaret edip sövdüğünü ileri süremez.¹³⁷ Kırşehir milletvekili Osman

Bölükbaşı'nın Kırşehir adıyla bir il kurulmasına dair kanun teklifi görüşülürken söylediği sözlerden¹³⁸ dolayı Meclise hakaret ettiğinden bahisle savunması istenmiştir. O. Bölükbaşı söylediği sözlerin yasama sorumsuzluğu kapsamında olduğunu ileri sürmesine rağmen bu savunma Meclisçe kabul edilmemiş, hakaret ve sövme içeren fiillerin sorumsuzluktan faydalanamayacağı belirtilerek bu görüş benimsenmiştir.¹³⁹

İkinci görüş ise Mecliste söylenmiş hakaret ve sövmeyi, maruz kalan kişiye göre ikiye ayırmaktadır. Bu görüşe göre Meclis üyelerinin hakaret ve sövme hürriyeti vardır, bu tür sözlerin milletvekilleri arasında karşılıklı söylenmesi cezasız kalabilir zira hem meclisin sahip olduğu disiplin yetkisi hem de hakarete uğrayan diğer vekilin karşılık verebilme imkânının bulunması sebebiyle suçun etkisinin azaltılması mümkün olabilmektedir. Ancak Meclis dışından üçüncü bir şahsa bu tarz sözler sarf edilmesi durumunda sorumsuzluk söz konusu değildir.¹⁴⁰

Üçüncü görüş A. F. Başgil ve F. Erem tarafından savunulmuştur. Bu görüşe göre Mecliste söylenen hakaret ve sövme içerikli sözlerin sorumsuzluktan yararlanabilmesi için, sözlerin yasama göreviyle ilgili olması ve yasama görevinin kasten kötüye kullanılmaması gerekmektedir. Bu şartları taşıdığı sürece milletvekilinin Meclis dışından üçüncü kişilere dahi söylediği hakaret içeren sözler sorumsuzluk koruması altında olacaktır. Bununla beraber Meclis üyesi, yasama faaliyetiyle alakalı bir konuşma yaparken veya düşüncesini açıklarken sırf hoşlanmadığı için kişisel garezini tatmin amacıyla diğer bir Meclis üyesine veya Meclis dışından üçüncü bir kişiye hakaret ederse ve bu sözlerle yasama çalışması arasında illiyet bağı bulunmuyorsa söylediği sözler yasama görevinin kasten kötüye kullanımı olacak ve sorumsuzluktan faydalanamayacaktır.¹⁴¹

Dördüncü görüşü savunanlar ise hakaret ve sövmenin kayıtsız, şartsız sorumsuzluk kapsamında olduğunu çünkü milli egemenliğin ancak bu şekilde gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir. Milli egemenliğin temeli söz hürriyetidir, eğer milletvekili Mecliste söylediği veya söyleyeceği sözler suç sayılarak sorumlu tutulacağı düşünce ve endişesini taşırsa bildiklerini söylemekte mütereddit davranacaktır. Böyle bir durum ise orada bulunma gayesiyle kesinlikle bağdaşmayacaktır. Dördüncü görüş taraftarları söz hürriyetinin hiçbir

¹³³ Erman ve Kıratlı'dan nakleden Dursun, bu görüşe katılmamaktadır. Yazara göre, "yasama sorumsuzluğu, milletvekilinin şahsına tanınmış bir hak olmayıp hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin varlığı için kişinin kendisine tanınmış ve doğrudan doğruya kullanabileceği sübjektif bir hakkın varlığına ihtiyaç olduğundan, mutlak ve objektif bir mahiyet arz eden yasama sorumsuzluğunun bu kapsamda hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir." Bkz. Dursun,s.80.

¹³⁴ A. İyimaya, yasama sorumsuzluğunun bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu şu sözleriyle desteklemiştir: "Nasıl ki, idam kararını infaz eden bir memuru adam öldürdü diye asamıyorsanız, nasıl ki meşru müdafaa karşılık veren kişiyi, normalde haksız fiil olmasına rağmen, tecziye, tecrim veya tazmin mükellefi sayamıyorsanız, aynen burada da Parlamentoyu, milli iradenin yüksek tecellisi noktasında sorumlu sayamazsınız; bizatihi sorumsuzluk ve hukuka uygunluk nedenidir. Bkz. "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83.Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifi," TBMM Tutanak Dergisi, C.36,D.20,T.3,B.16,O.2,19.11.1997,s.478.

¹³⁵ İçel,s.207; Dursun,s.80; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.196; Hakeri,s.128; Artuk/Gökçen/ Yenidünya,s.180;Koca/Üzülmez,s.836; Teziç,s.448; Şeref İba,**Türk Anayasa Hukuku**, Turhan y., Ankara, 2018.s.185; Ferhat Uslu,**Türk Anayasa Hukuku**,1.B.,Adalet y.,Ankara,2017,s.152; Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,14.B., Beta y., İstanbul, 2017. s.71.

¹³⁶ Aksi yönde düşünen Koca/Üzülmez, "yasama sorumsuzluğunun sadece bir şahsi cezasızlık nedeni olduğunu bu yüzden yalnızca cezai sorumsuzluğu kapsadığını zira fiilin haksızlık vasfının sürdüğünü dolayısıyla hukuki ve idari sorumluluğun devam ettiğini ve tazminat davası açılabilceğini nitekim Yargıtay kararlarının da bu yönde olduğunu" ifade etmektedir. Bkz.Koca/Üzülmez,s.836.

¹³⁷ Akyürek,s.76,77;Karakelle,s.36;Hamurcu,s.67;Üsreşler,s.62;Yalova,s.44;Ergüneş,s.91;Yalçın,s.235.

¹³⁸ Nevşehir iline bağlı Kırşehir kazasında (Kırşehir) adıyla yeniden bir vilâyet kurulması hakkındaki kanun lâyihasının, görüşüldüğü Büyük Millet Meclisinin 12. 6. 1957 tarihli 80.birleşiminde, Kırşehir milletvekili Osman Bölükbaşı, "Son söz Milletvekilinindir. Utanın, zalimlerin uşakları, haysiyetten mahrum insanlar...", "...namussuzlar, namussuz olmasanız bu kanunu böyle çıkarmazsınız, rezil herifler, haysiyetsiz herifler, haysiyetsizler" ve son olarak Meclis İdare Âmiri Balıkesir milletvekili Ahmet Kocabıkoğlu'nun, "kime namussuz diyorsun?" Sorusu üzerine müzakere salonuna doğru dönerek "namussuz, müstebit köpekler, müstebidin köpekleri" şeklindeki sözleriyle Meclisi tahkir ve tezyif ettiği gerekçesiyle dokunulmazlığının kaldırılması talep edilmiştir. Bkz. "Teşkilâtı Esasiye ve Adliye Encümenlerinden Mürekkep Muhtelit Encümen Mazbatası," TBMM Zabıt Ceridesi, C.20, D.10, T.3, B.85,24.06.1957, s.2-4.

¹³⁹ Akyürek,s.78,79; Zeynep Çiğdem Hamurcu, **Yasama Sorumsuzluğunun Hakaret Suçuna Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi SBE., Yalova, 2019. s.67;Yalova,s.44;Ergüneş,s.93; Yalçın,s.235.

¹⁴⁰ Akyürek,s.83,84;Karakelle,s.36;Hamurcu,s.68;Üsreşler,s.63,64;Yalova,s.45;Ergüneş,s.94;Yalçın,s.236.

¹⁴¹ Akyürek,s.90;Üsreşler,s.64;Hamurcu,s.68;Karakelle,s.36;Yalova,s.45;Ergüneş,s.99.

kayıt ile bağlı olmaması gerektiğini, milletvekilinin düşünce ve görüşlerini bunlar suç unsuru taşısa dahi Mecliste serbestçe söylemesi gerektiğini savunmaktadır. Bugün Türk doktrininde hâkim olan görüşte bu yöndedir.¹⁴² Yani milletvekilinin sözleri hakaret, sövme, iftira içerse dahi bunlar hiçbir şekilde cezai ve hukuki kovuşturmalara konu olamaz. Milletvekili hakkında ceza davası açılmayacağı gibi tazminat davası da açılmaz. Çünkü Anayasa koyucu istese zaten bu yönde bir sınır veya kayıt koyardı.¹⁴³ Gözler, “uygulamada yasama sorumsuzluğunun mutlak olmadığı, hakaret ve sövme içeren sözlerin milletvekilinin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açacağı yönünde bazı görüşler ve bu görüşleri destekleyen Yargıtay kararları olduğunu ancak bu düşünce ve yargı kararlarının yanlış olduğunu zira küfür etmenin sözle yapılan bir fiil olduğunu, küfrün söz kapsamına girdiğini, Anayasanın “.....sözlerinden....sorumlu tutulamazlar” ifadesinde ayırım yapılmadığını dolayısıyla “sözler” kelimesinin genel olarak anlaşılması gerektiğini ayrıca küfür içeren sözlerin sorumsuzluk kapsamı dışında bırakılmasının kurumun amacıyla bağdaşmayacağını” ileri sürmektedir.¹⁴⁴ Arslan, “Anayasa’nın “sorumlu tutulamazlar” ifadesinin, milletvekillerinin Meclis çalışmalarıyla ilgili oy ve sözlerini hukuki ve cezai takibata karşı koruduğunu, tek şartın Meclis çalışmalarında gerçekleşme olduğunu ve başka bir sınırlama öngörmediğini, dolayısıyla Anayasa’nın istisna getirmediği bir konuya Borçlar Kanunu, Ceza Kanunu veya başka bir kanunla istisna getirilebileceği düşüncesinin normlar hiyerarşisine de aykırı olduğunu” belirtmektedir.¹⁴⁵ Yalçın, “parlamenter fonksiyonun icrası başladıktan sonra söylenen sözlerin bu fonksiyonu aşip aşmamasının, sorumsuzluğun varlığı açısından bir önem taşımayacağını” belirtmektedir. “Aksi takdirde kurumun sağlamayı amaçladığı korumanın örneğin hakaret iddiası gündeme getirilerek zayıflatabileceğini” savunmaktadır. “Ayrıca fiil suç teşkil etmiyorsa yasama sorumsuzluğunun söz konusu olamayacağını” ifade eden Yalçın, “hukuka uygun bir fiilden dolayı hiç kimse için sorumluluğun söz konusu olmadığını, sorumsuzluktan söz edebilmek için fiilin her hangi biri tarafından işlenmesi halinde suç veya haksız fiil olarak nitelendirilmesi gerektiğini dolayısıyla yasama sorumsuzluğunun suç veya haksız fiil teşkil eden fiiller bakımından koruma sağlayacağını” ifade etmektedir.¹⁴⁶ Mamafih, yasama sorumsuzluğu suçun hukuka aykırılık

¹⁴² Ergüneş,s.95;Yalçın,s.236;Yalova,s.46;Akyürek,s.85,86;Üsreşler,s.65;Hamurcu,s.69;Karakelle,s.36.

¹⁴³ Üsreşler,s.85;Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. B., Beta y., İstanbul, 2019. s.266;Gözübüyük,Anayasa Hukuku,s.202; Ümit Güveyi, **Anayasa Hukuku Açısından Yasama Meclisi Üyeliği**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE., İzmir, 2017.s.310; Özer,s.258; Ferhat Uslu, **Türk Anayasa Hukuku**, Adalet y., Ankara, 2017. s.152;Başgil,s.15;Kalağan,s.78;Döner,s.53.

¹⁴⁴ Gözler, Türk Anayasa Hukuku,s.547,548

¹⁴⁵ Arslan, s.86.

¹⁴⁶ Yalçın,s.236,237. Nitekim Refah Partisinin kapatılması davasının görüldüğü Anayasa Mahkemesi’nde karşı oy yazısı yazan Haşim Kılıç tam da aynı noktaya değinmiş ve şunları söylemiştir: “.....Tam tersine, vatandaş için suç olan bir konu, onu temsil eden milletvekili için suç olmaktan Anayasa’nın 83. Maddesi gereğince çıkarılmıştır. Kürsü sorumsuzluğunun olabilmesi için mutlaka bir suçun işlenmiş olması gerekir. Sorumsuzluk münhasıran bir suç için getirilmiştir. Suçun işlenmediği bir yerde sorumsuzluktan da bahsedilemez. Yasaklara aykırı davranılmış olacak ki, "sorumsuzluk" uygulanabilin.” Bkz. AYMKD, AYM, E.1997/1,K.1998/1 Sayılı Kararı, s.1082. Bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/4961/kd_34_2.pdf, (E.T.:19/05/2021).

unsurunu ortadan kaldırmayıp yalnızca cezalandırılabilmeyi ortadan kaldırdığı için¹⁴⁷ hakaret ve küfür içeren sözler yönünden milletvekili aleyhine ceza davası açılmasa da kişilik hakları ihlal edilenlerin tazminat davası açabileceğini savunan Anayasa hukukçuları da bulunmaktadır.¹⁴⁸ Keskinsoy, “kişisel saikli, haddi aşan ve iyi niyetle bağdaşmayacak evsftaki sözlerin yasama sorumsuzluğunun temel amacı olan Meclisteki söz söyleme hürriyetini koruma sınırı içinde değerlendirilemeyeceğini, haksız fiille kişisel hakların ihlal edilebileceğini ve manevi tazminatın söz konusu olabileceğini” ifade etmektedir.¹⁴⁹

Can ve Aktaş, “yasama faaliyetinin gerçekleştirilmesinde bir gereklilik olmayan hakaret ve sövme fiillerinin koruma kapsamından çıkartılmasının, kişi haklarının hak ettiği korumayı görebilmesi açısından faydalı olacağını” belirtmektedir. “Bu bağlamda küfür ve hakaret içeren sözlerin yaptırımdan muaf tutulmamasının da siyasette kullanılan dilin beklenen entelektüel seviyeye yaklaşmasına ve bir ölçüde temiz kalmasına hizmet edebileceğini” ifade etmektedir.¹⁵⁰ Meclis çalışmalarıyla alakalı olarak sarf edilen hakaret, sövme ve iftira içerikli söylemlere ilişkin ceza davası açılmayacağına Anayasa ve Ceza Hukuku öğretisinde tüm yazarların hemfikir olduğu görülmektedir. Zaten bugüne kadar hakaret suçuna ilişkin açılmış bir ceza davası da bulunmamaktadır.¹⁵¹ Mamafih hakaret dolayısıyla ceza davasının açılabilmesi için milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılması gerektiğini belirtmek gerekmektedir. Nitekim Meclis tarihinde yaşanan örneklere bakıldığında Meclis çalışmaları sırasında yaptığı konuşmalar veya düşünce açıklamaları sebebiyle Cumhurbaşkanı, Başbakanı hakaret ettiği ya da Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını aşağıladığı ileri sürülen milletvekillerinin yargılanabilmesi için dokunulmazlıklarının kaldırıldığı görülmektedir.¹⁵² Yasama sorumsuzluğunun hakaret ve sövme yönünden ceza davalarına karşı koruma sağladığı kabul edilmekle beraber hukuk davaları için aynı şeyi söylemek pek mümkün

¹⁴⁷ Teziç,s.448;İba, Türk Anayasa Hukuku,s.185; Uslu, Türk Anayasa Hukuku,2.B.,s.181.

¹⁴⁸ Karatepe, s.236;Hasan Tahsin Fendoğlu, **Anayasa Hukuku**, 8. B., Yetkin y., Ankara, 2020. s.614; Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**,11.B,Seçkin y.,Ankara,2017. s.246; Vural/Koçak, s.247; İbrahim Kaplan, “Milletvekillerinin Sorumsuzluğu-Dokunulmazlığı Ve Manevi Tazminat Davasına Etkisi,” AÜSBFD, C. 47, S. 3, 1992, s.186, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3116/43238>, (E.T.: 14/11/2020).

: “Milletvekillerinin Sorumsuzluğu-Dokunulmazlığı Ve Manevi Tazminat Davasına Etkisi,” AÜSBFD, C. 47, S. 3, 1992, s. 186, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3116/43238>, (E.T.: 14/11/2020)..

¹⁴⁹ Keskinsoy,s.119.

¹⁵⁰ Ayrıca kamu yararı karşısında kişi haklarının hiçe sayılmaması gerektiğini belirten Can ve Aktaş, “yasama faaliyetinde yalnızca kendi vicdanına bağlı kalması amaçlanan meclis üyesinin de insan doğasından kaynaklanan nedenlerle hata içinde olabileceği veya kendisine meclis üyesi olmasından ötürü tanınan bu korumayı amacına aykırı biçimde kullanabileceği düşüncesinin ihmal edilmemesi gerektiğini” ifade etmektedir. Bkz. Can/Aktaş,s.67.

¹⁵¹ Sevinç,s.81.

¹⁵² Bilgili ve Ruhi, “Meclisin hangi durumlarda ve ne şekilde dokunulmazlığın kaldırılacağı kararı vereceği konusunda Anayasada bir hüküm bulunmadığını ancak böyle bir hükmün bulunmamasının Meclise sınırsız bir takdir hakkı sağlamadığını, bu hakkın, dokunulmazlığın amacı ile sınırlı ve keyfilik derecesine varmayacak şekilde kullanılması gerektiğini, nitekim yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararlarının AYM denetimine tabi olmasının da bu yetkinin sınırlı olmasından kaynaklandığını” ifade etmektedir. Bkz. Bilgili/Ruhi, s. 75,76.

değildir. Zira sorumsuzluğun hukuk davalarını da kapsadığına dair doktrindeki çoğunluk görüşünün aksine verilmiş Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın milletvekillerince açılmış tazminat davalarında vermiş olduğu kararlar ışığında bir değerlendirme yapan Keskinsoy, “Meclis çalışmalarında kullanılan oyun, söylenen sözün veya açıklanan düşüncenin tazminatı gerektirmemesi için iyi niyet sınırlarını aşmaması, şahsi kin, düşmanlık veya kızgınlık sonucu söylenmemiş ve konuşmanın olağan akışı gereği makul karşılanabilir olması, sözlerin Meclis çalışmalarıyla ilgili olması, yapılan çalışma ile açıklanan düşünce arasında illiyet bağının olması ve ölçünün kaçırılmamış olması şartlarını taşıması gerektiğini bu şartları taşımayan hakaret içerikli sözlerin yasama sorumsuzluğundan yararlanamayacağını” ifade etmiştir.¹⁵³ Ancak belirtmek gerekir ki bu sayılanların tespiti her zaman mümkün olmayabilir çünkü Meclis çalışmaları sırasında bir milletvekilinin söylediği sözler onun subjektif iradesinin eseri olup konuşmanın akışı gereği veya sataşmalar neticesi bazı kelimeler sarf etmiş olması onu kendi iç dünyasında kötü niyetli veya diğer vekile karşı kin, düşmanlık besleyen biri yapmayacaktır. Zaten bunu anlamak için objektif bir psikolojik değerlendirme yapmakta mümkün değildir. Kaldı ki bu tarz konuşmalar bir takım tahrik veya sataşmalar neticesinde gerçekleşmektedir yani hiçbir vekil konuşmasına hakaret ederek başlamaz ya da konuşmanın olağan akışı içerisinde birden bire hakaretler savurmaz dolayısıyla böyle bir ölçütün, objektif ve gerçekçi bir değerlendirmeyle milletvekilinin gerçek saikini belirlemesi pek olası görünmemektedir. Keza, Anayasanın “sorumlu tutulamazlar” ifadesine karşılık milletvekilinin hukuk davaları bakımından sorumlu tutulması ve sorumlu olup olmadığının tespitinin mahkemeye bırakılması,¹⁵⁴ güçler ayrılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşması da mümkün değildir.

2. Yargı Kararları Işığında Yasama Sorumsuzluğunun Değerlendirilmesi

2.1. Sorumsuzluk Kapsamındaki Sözlerin Siyasi Parti Kapatma Davasına Etkisi

Milletvekilinin yasama faaliyeti kapsamında yaptığı konuşmalarına sağlanan hukuki ve cezai korumadan, tüzel bir kişiliğe sahip olan siyasi partiler faydalanamamaktadır. Anayasa Mahkemesinin geçmiş yıllarda vermiş olduğu kararlarında, milletvekilinin söz

¹⁵³ Keskinsoy,s.25.

¹⁵⁴ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, sorumsuzluk ilkesinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı hususunu çözme hâkimine bırakmakta bir mahzur olmadığını belirtmiştir “.....T.B.M.M. üyeleri Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden meclislerde ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar. Ancak bu sorumsuzluk mutlak şekilde sınırsız değildir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, bu hukuki sorumsuzluğa önceden bir sınır getirmek de mümkün olamaz. Bu bakımdan Anayasanın 79/1. maddesinde öngörülen sorumsuzluk ilkesinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı meselesini (olayın şartları ve belli ilkelerin ışığı altında) çözme hâkimine bırakmakta bir mahzur yoktur. Bu yolda bir denetiminin Anayasanın 79. maddesinde kabul edilen ana ilkeyi zedeleyeceği de iddia edilemez. Hakim bu takdir yetkisini kullanırken (mücerret olayın gerçekleşen biçimini göz önünde tutması) ve kendisini (katı kurallara bağlı saymaması) özellikle (kamu yararıyla kişisel yarar dengesini) çok iyi kurması gerekir. Şüphe yok ki bu açıklamalar Medeni Kanunun 2/11. maddesindeki genel ilkenin esnekliğini ve canlılığını muhafaza etmesini mümkün kılması bakımından yerindedir.” Bkz. YHGK, T. 04.04.1984, E. 1981/4-1161, K. 1984/365 Sayılı Kararı. <https://www.kazancihukuk.com/>, (E.T.: 08/05/2021).

ve eylemlerini parti kapatma gerekçesi olarak değerlendirmesi, tartışmalı olan yasama sorumsuzluğunun mutlaklığı konusunu tekrar gündeme getirmiştir.¹⁵⁵

Siyasi partilere ilişkin yasal düzenlemeler Anayasa ve Siyasi Partiler Kanununda yer almaktadır. Anayasanın 69. maddesinin 6. fıkrası, siyasi partilerin hangi hallerde kapatılabileceğini belirtmiştir. Buna göre, Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasına¹⁵⁶ aykırı eylemlerin siyasi parti üyelerince yoğun bir şekilde işlenmesi ve partinin yetkili organlarınca zımnen veya açıkça benimsenmesi, siyasi partinin, o fiillerin odağı haline geldiğine karine teşkil edecektir. Bu durumun Anayasa Mahkemesince tespiti halinde ise siyasi parti temelli kapatılacaktır.¹⁵⁷ Başka bir ifadeyle “aykırı eylemler” parti büyük kongresi, genel başkan, merkez karar ve yönetim organları, TBMM siyasi parti gruplarınca benimsendiği takdirde partiyi bağlayacaktır.¹⁵⁸

Bir siyasi partinin milletvekili olan üyelerinin, basın toplantısında; mitinglerde; televizyon ve radyo programlarında söylediği sözlerin yanı sıra, Meclis Genel Kurulunda, Meclisteki siyasi parti grubunda yaptığı konuşmalarda parti kapatma davasında delil olarak kullanılmaktadır. Nitekim 16 Ocak 1998 tarihinde, Anayasa Mahkemesi, “laiklik ilkesine

¹⁵⁵ Mesut Aydın,“Milletvekillerinin Yasama Sorumsuzluğunun Parti Kapatma Davalarına Etkisi,” AÜHFD, C. 58, S. 4, 2009,s. 711-736, Bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/article/512025>, (E.T.: 22/02/2021).

¹⁵⁶ Anayasanın 68.maddesinin 4.fıkrasında Siyasi partilerin Anayasaya aykırı eylemleri sayılmıştır. Buna göre, “Siyasi partilerin tüzük ve programlarıyla eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.”

¹⁵⁷ Anayasanın 69.maddesinin 5. ve 6.fıkrası siyasi partilerin kapatılma sebeplerine ilişkindir. “Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir. // Bir siyasî partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. (Ek cümle: 3.10.2001-4709/25 md.) Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.”

¹⁵⁸ Hamurcu, s.80.

aykırı eylemlerin odağı” olduğu gerekçesiyle Refah Partisi’nin kapatılmasına karar vermiş, parti genel başkanı Necmettin Erbakan’ın Meclis kürsüsünde ve TBMM grup toplantısında yaptığı konuşmalar da deliller arasında gösterilmiştir.¹⁵⁹ Davalı parti, yapılan suçlamaların hukukten geçerli olmadığını çünkü konuşmaların Meclis çalışmaları kapsamında gerçekleştiğini ve yasama sorumsuzluğu koruması altında olduğunu ifade etmiş, doktrin ve yargı kararlarından örnekler vermiştir.¹⁶⁰ Ancak sadece yasama sorumsuzluğu kapsamındaki ifadeler değil Refah Partili diğer milletvekillerinin¹⁶¹ Meclis dışında yaptığı konuşmalar da, delil olarak tutanaklara geçmiştir.

¹⁵⁹ 23 Mart 1993 tarihinde, Erbakan’ın TBMM’de, yasama sorumsuzluğu kapsamında yapmış olduğu aşağıdaki konuşma delil olarak gösterilmiştir; “... inançlarınıza uygun şekilde yaşayacaksınız. Biz despotizmin kaldırılmasını istiyoruz. Çok hukuklu sistem olmalıdır. Vatandaş, genel ilkeler çerçevesinde, kendisi için en uygun hukuk sistemini seçebilmelidir. Tarih boyunca bu hep böyle olmuştur. Tarihimizde, çeşitli dini hareketler olmuştur. Herkes kendi örgütünün hukuk kurallarına uygun yaşamıştır ve böylece barış ve huzur içinde yaşamışlar. O zaman neden ben başkalarının kurallarına uymak zorunda bırakıyorum? Kendi hukuk sistemini seçme özgürlüğü, din özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır.” Ayrıca Necmettin Erbakan’ın 10 Ekim 1993 tarihinde yapmış olduğu şu konuşması da kapatma kararında delil olarak gösterilmiştir. “... tüm insan haklarını teminat altına alacağız. Herkese kendisine uygun olan hukuk sistemini seçme hakkı vereceğiz. Yönetimi merkezilikten kurtaracağız. Kurduğunuz devlet, baskıcı bir devlettir, halka hizmet eden bir devlet değildir. Siz vatandaşa kendi hukuk sistemini seçme özgürlüğünü vermiyorsunuz. İktidara geldiğimizde, bir Müslüman, isterse, müftü huzurunda ve bir Hristiyan da, isterse, kilisede evlenebilecektir.” Yine Erbakan’ın, 13 Nisan 1994 tarihinde, TBMM Meclisi Refah Partisi grubunda yaptığı konuşması da delil olarak gösterilmiştir: “İkinci önemli nokta şudur: Refah iktidara gelecektir ve adil düzen kurulacaktır. Burada kendimize sormamız gereken şudur: bu değişim şiddetli mi olacak barışçı mı olacak; kanlı mı olacak kansız mı olacak. Bu ifadeleri kullanmak zorunda kalmamayı tercih ederim ama tüm bunlarla karşı karşıya iken, terörizmle yüz yüze ve herkes durumu açıkça görebiliyorken kendimi bunları söylemek zorunda hissettim. Türkiye bir karar almalıdır. Refah Partisi adil düzeni kuracaktır, bu kesin. (Ama) bu geçiş şiddetli mi olacak barışçı mı; kanlı mı olacak kansız mı? Altmış milyon (vatandaş) bu konuda karar vermelidir.” Bkz. Kasım Karagöz, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Parti Kapatma Davaları ve Refah Partisi Kararının Venedik Komisyonu Raporları Doğrultusunda Değerlendirilmesi” **GÜHFD**, C.X, S.1,2, Ankara, 2006, s.328,329. Bkz. http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/10_13.pdf, (E.T.:19/05/2021).

¹⁶⁰ Sevinç, s.100,101.

¹⁶¹ Refah Partisi’nin kapatılma nedeni olarak Şevki Yılmaz’ın konuşmalarına ek olarak, Ankara milletvekili Hasan Hüseyin Ceylan’ın konuşmaları, Refah Partisi genel başkan yardımcısı, Ahmet Tekdal’ın, 1993 yılında, Suudi Arabistan’da hac ziyaretindeyken şeriata dayalı bir düzen kurmaktan bahseden konuşmaları, Refah Partisi Şanlıurfa milletvekili İbrahim Halil Çelik’in Mecliste, şariat temelinde bir düzen kurulmasına yönelik yaptığı ve Cezayir’deki şiddet eylemlerini onaylayan konuşmaları gösterilmiştir. İbrahim Halil Çelik’in, “Refah Partisi hükümetteyken İmam-Hatip okullarını kapatmaya kalkışsanız, kan akar. Cezayir’den kötü olur. Ben de kan akmasını isterim. Böylece demokrasi kurulur. Ve bu güzel bir şey olur. Ordu, 3500 PKK mensubu ile baş edemedi. Altı milyon İslamcı ile nasıl edecek? Rüzgara karşı işerlerse, yüzleri ıslanır. Kim bana saldırırsa ben de ona saldırırım. Şeriatın kurulması için sonuna kadar savaşıacağım.” şeklindeki konuşması partinin kapatılma nedenleri arasında yer almıştır. Konuşmaların tamamı için bkz. Karagöz, s.330,331.

Milletvekilleri yaptıkları savunmada, sözlerinin sorumsuzluk kapsamında olduğunu ve partiyi bağlamayacağını ileri sürmüşse de Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmemiştir.¹⁶² Mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda Refah Partisinin kapatılmasına sebep olan N. Erbakan ve diğer altı vekilin milletvekilliğini Anayasanın 84. maddesinin son fıkrası gereğince düşürmüş ve beş yıl süreyle başka bir partinin kurucusu, üyesi, yönetici ve denetçisi olamayacağına karar vermiştir.¹⁶³

Karara karşıoy yazan üye Haşim Kılıç, “sorumsuzluk kurumunun milletvekiline, kişisel olarak cezaî yünden getirilmiş bir güvence olduğunu kabul etmenin Anayasa koyucunun amacına uygun düşmeyen bir yorum biçimi olduğunu, sorumsuzluğun amacının milletvekilinin düşündüğünü özgürce, hiçbir endişeye kapılmadan ifade edebilmesi olduğunu ancak bu durumda, partiler için getirilen yasaklara aykırı davranacağı korkusuyla bu görevi yerine getirmesinin zor olduğunu” ifade etmiştir.¹⁶⁴

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, esas hakkındaki görüşünde, davada şahısların değil partinin yargılandığını, kişilerin cezalandırılmasının söz konusu olmadığını belirtmiştir. ¹⁶⁵ Aynı şekilde bazı yazarlar da milletvekili veya bakanın, partinin kapatılmasına yol açan sözleri Mecliste söylemesi halinde kendisine her hangi bir yaptırım uygulanmayacağını, ilgili hükümlerin yürürlükte ve geçerliliğini koruduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkemenin vermiş olduğu kapatma kararına, gerekçe ve yorumuna bakıldığında anayasal hükümlerle arasında olması gereken uyumun, “yasama sorumsuzluğu” ve “siyasi partilerin Anayasaya aykırı fiillerin odağı olması” yönünden bozulduğu görülmektedir. Zira bir yandan oy, söz ve düşünceye özgürlük tanınıp sorumsuzluk koruması altında olduğu kabul edilirken diğer yandan aynı oy, söz ve düşünce sebebiyle siyasi partiler kapatılabilmektedir.¹⁶⁶

Milletvekilinin, Mecliste söylediği hukuka aykırı ve suç niteliği taşıyan sözlerinin parti kapatma davasında ve diğer mahkemelerde delil olarak kullanılabileceğini belirten Keskinsoy, yasama sorumsuzluğu kapsamındaki sözlerin yalnızca yasama

¹⁶² Hamurcu, s.81.

¹⁶³ Sevinç, s.103.

¹⁶⁴ Haşim Kılıç bu tarz kısıtlamaların milli iradeye ve yasama sorumsuzluğunun mutlaklığına aykırı olduğunu ifade etmiştir: “Bu anayasal güvence, esasen, milletvekilinin temsil ettiği millî iradeye getirilmiş olan bir imtiyazdır. Hangi anlamda olursa olsun cezaî, hukukî, nakdî ya da siyasi sonuçlu yaptırımlar milletvekilini değil, temsil ettiği millî iradenin cezalandırılması anlamını taşır. Anayasa’nın 80. maddesine göre milletvekilleri seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün milleti temsil ettiklerinden getirilen "sorumsuzluk"da millî iradeyi, hiçbir şeyden korkmadan, yılmadan, özgürce temsil edebilmenin teminatıdır. Bu güvencenin istisnası yoktur. Tam anlamıyla mutlaklıktır. Anayasa koyucu istisna getirmek isteseydi "yasama dokunulmazlığında" olduğu gibi, kimi ayrıcalıklı durumlar öngörebilirdi. Kanunla bile bu sorumsuzluğa istisna getirilemeyeceği gibi, yargı organlarının içtihatlarıyla da bu sorumsuzluğa sınır koymak mümkün değildir. Bireyin düşünce ve ifade özgürlüğünün bile ancak kanunla sınırlanabileceği anayasal bir zorunluluk iken, milli iradenin temsilcisi olan TBMM üyesinin kürsü özgürlüğünü yargı kararıyla sınırlamak, kaynağı Anayasa’da olmayan bir yetkiyi kullanmak anlamını taşır.” Bkz. AYM, T.16.01.1998, E.1997/1, K.1998/1 Sayılı Kararı, **AYMKD**, C.2, S.34, s.1082. Bkz.https://www.anayasa.gov.tr/media/4961/kd_34_2.pdf, (E.T.:19/05/2021).

¹⁶⁵ Sevinç, s.102.

¹⁶⁶ Mesut Aydın, s.279.

fonksiyonunu yerine getiren vekillere karşı açılan davalarda onların aleyhine delil olarak kullanılamayacağını ama onun dışında milletvekilinin başkanı veya üyesi olduğu siyasi parti kapatma davalarında delil olarak kullanılabileceğini nitekim Refah Partisinin kapatılması davasında AYM'nin aynı değerlendirmeyi yaptığını belirtmiştir.¹⁶⁷

Keskinsoy'un görüşünün aksine Haşim Kılıç'ın karşıoy yazısında ifade ettiği gibi, bir milletvekili, Mecliste ileri sürdüğü söz ve düşüncesinden ötürü partisinin kapatılma davasında sorumlu tutulursa, milletvekilliği düşecek; beş yıl süreyle bir partili olarak siyaset yapamayacak ve hapis cezasına çarptırılabilir. Böyle bir durumda, milletvekili belirtilen cezaların tehdidi altında iken düşüncesini özgürce ifade edemeyecektir.

Hakikaten de milletvekilinin, Meclis çatısı altında ve yasama fonksiyonu ile alakalı eylemlerinden dolayı ileri bir tarihte partisinin kapatılabileceği, milletvekilliğinin düşürülebileceği veya hapse girebileceği ihtimali karşısında düşüncelerini özgürce ifade etmesi, hükümeti denetlemesi, halkın sorunlarını Meclise taşıması mümkün müdür? Mesela kapatma davası açılan Refah Partisi milletvekilleri partilerinin kapatılacağını ve vekilliklerinin düşürüleceğini bilseler o konuşmaları yapar mıydı? Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın ifade ettiği üzere bu davada milletvekilleri değil bağlı bulundukları siyasi parti yargılanmakta ama siyasi partinin kapatılması kararıyla da milletvekili cezalandırılmaktadır.¹⁶⁸ Bu durumda bir milletvekilinin böyle bir olasılıktan şüphe duyması bile düşüncelerini açıkça ifadeden imtina etmesine sebep olacaktır.

Anayasanın 69.maddesinin 6.fıkrasında, bir siyasi partinin Anayasaya aykırı eylemlerinden ötürü kapatılmasına, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak¹⁶⁹ haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi'nce tespiti halinde karar verileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla odak olma halinin oluşması için Anayasanın 68.maddesinin 4.fıkrasına aykırı birden çok eylemin var olması, bu eylemlerin birbirleriyle ilintili olması ve siyasi partide toplanması gereklidir. Yani aykırı fiillerin işlenmesinde partinin gövdesi ve yönetimi arasında anlayış birliğinin oluşması gerekmektedir.¹⁷⁰ Böyle bir durumun oluştuğunun kabulü için milletvekilinin sorumsuzluk kapsamındaki eylemleri yeterli olmayıp başka delillerle de desteklenmesi zorunludur. Siyasi Partinin, aykırı eylemlerin odağı olduğunu destekleyen

¹⁶⁷ Keskinsoy,s.126,127.

¹⁶⁸ Anayasanın 69.maddesinin 10.fıkrası, “Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar” şeklindedir. Siyasi Partiler Kanununun mülga 117.maddesi ise, “Bu kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, altı aydan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar” şeklinde olup ilgili madde Özalp 1. Asliye Ceza Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesine yaptığı itiraz neticesinde, Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. İptal kararı için bkz. AYM, T.12.01.2012, E.2011/62, K.2012/2 Sayılı Kararı.Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr>, (E.T.:19/05/2021).

¹⁶⁹ Odak kavramı, genel sözlük anlamıyla, herhangi bir düşüncede nitelikte olan kimselerin kaynağı veya bir şeyin toplandığı yer, mihrak şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Aydın, “Milletvekillerinin Yasama Sorumsuzluğunun Parti Kapatma Davalarına Etkisi,” s.716,717.

¹⁷⁰ Aydın, “Milletvekillerinin Yasama Sorumsuzluğunun Parti Kapatma Davalarına Etkisi,” s.717.

başkaca delillerin varlığı halinde ise zaten sorumsuzluk kapsamındaki konuşmaların delil olarak gösterilmesine gerek yoktur. Zira partinin kapatılması argümanını destekleyecek yeterince delil varken sırf delilleri biraz daha desteklemek veya kapatma gerekçesini güçlendirmek için yasama sorumsuzluğu kapsamındaki sözleri de kullanmak, sorumsuzluk kurumunun ruhuna aykırılık oluşturur. Çünkü bu uğurda yasama sorumsuzluğu bir başka ifadeyle millet iradesi feda edilmektedir.

2.2.Hakaret İçerikli Konuşmaların Yasama Sorumsuzluğu Kapsamında Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında yasama sorumsuzluğunun mutlak karakterini yani hukuki ve cezai koruma sağladığını kabul ettiği görülmektedir. 1950'de vermiş olduğu bir kararda suç teşkil eden sözlerin Meclis kürsüsünden söylenmesi halini sorumsuzluk kapsamında değerlendirmiştir.¹⁷¹ 1958 yılında verdiği bir başka kararında da, “*sorumsuzluğun mutlak olduğunu dolayısıyla milletvekillerinin yasama faaliyetini ifa ederken her tür baskı ve etkidenden uzak olmaları, ceza ve yüksek tazminat ödeme korku ve endişesi yaşamamaları gerektiğini*” belirtmiş ve hukuk davasını reddetmiştir.¹⁷²

Ancak 2001'de verdiği bir kararda sorumsuzluğun mutlak olmadığını ifade etmiştir. Bahse konu olayda, davacı K. Genç, 17.12.1999 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 36. birleşiminde “*Tahkim Yasa Tasarısı*” hakkında görüşlerini meclis kürsüsünden dile getirirken davalı milletvekili Z. Çelik Meclis sırasındaki yerinden K.Genç'e hitaben “*sen yalan söylüyorsun, riya yapıyorsun*” sözleri ile sataşmada bulunmuştur. Kişilik haklarına saldırı gerekçesiyle açılan tazminat davası mahkemesince reddedilmiştir. Temyiz incelemesinde Yargıtay, “*Davalının, bu eleştirilere karşı verdiği yanıtın, yasama faaliyeti ile uyumluluk teşkil etmediğini, doğrudan davacının kişiliğini hedef alan, onur ve saygınlığına saldırı oluşturan hakaret niteliğinde olduğunu, davacının eleştirileri karşısında, ona*

¹⁷¹ Yargıtay 4.CD, T.22.06.1950,E.2818,K.7902 Sayılı Kararını Aktaran, Akyürek,s.88.

¹⁷² Bir mebusun teşrii vazifesi ifası sırasında ve Meclis kürsüsünde ika eylediği haksız fiilden dolayı bu haksız fiil ister Meclis azasından birisine ister Meclis Reisine ve isterse Meclis dışında bulunan bir şahsa müteveccih olsun mesuliyetsizliği prensibi hem cezai hem hukuki ve mali olmak üzere mutlak ve katidir. Bu husus Anayasanın açık ifadesinden anlaşıldığı gibi doktrinde de bu şekilde kabul edilmiş bulunmaktadır. Filhakika Anayasada eğer sadece cezai mesuliyet derpiş edilmiş olsa idi metinde mebus hakkında cezai takibat yapılamaz, mebus cezalandırılmaz gibi bir ibarenin kullanılması gerekirdi. Halbuki maddede mutlak olarak mesuliyetten bahsedildiğine göre bunu hem cezai hem hukuki ve mali sahaya teşmil ve böylece kabul etmek zaruridir. Hemen bütün demokratik memleketler Anayasalarında kabul bulunan ve Anayasa hukuklarında mebusların ademi mesuliyeti diye anılan prensibe göre, mebusların teşrii vazifelerini ifa ederlerken her türlü tesir ve tazyikten beri olmaları ve korkmadan teşrii vazifelerini görebilmeleri gayesi derpiş olunmuştur. Ceza korkusu gibi yüksek tazminat ödemek korku ve endişesi de mebusları vazifelerine bihakkın ifadan geri bırakabilir...Ademi mesuliyetin hem cezai hem hukuki ve mali sahaya teşmili zaruri bulunduğundan davacı vekilinin hilafına vaki müdafaası varit görülmemiştir. Meclis kürsüsünde haksız fiil teşkil eden beyanı ve mütalaasından dolayı bir mebus hakkında ancak Meclis Dahilisi Nizamnamesi hükümleri tatbik edilebilir. Diyerek milletvekili hakkında açılan hukuk davasını reddetmiştir. Bkz Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, T.16.7.1958,E.12171,K.5006 Sayılı Kararı. Artuk/Gökçen/Yenidünya,s.179,dpn.46.

duyulan kişisel öfke ve kızgınlıkla söylendiğini bu nedenle yasama dokunulmazlığı sınırları içinde değerlendirilemeyeceğini” ifade etmiş ve davacının temyiz talebini kabul etmiştir.¹⁷³

Meclis Genel Kurulu’nun 12.4.2001 günlü oturumunda, “Başbakanlık Teşkilat Kanunu Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararname ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu’nun” görüşmeleri sırasında söz alan milletvekili B. Sobacı, konu ile ilgili görüşlerini dile getirdikten sonra “*Şimdi Türkiye’de siz provakatör mü arıyorsunuz? Meclisi yıpratan provakatörü mü arıyorsunuz*” ifadelerini kullanınca Genel Kurul salonunda tartışma çıkmış ve bu sırada milletvekili C. Enginyurt “*provakatör sensin*” demiştir. Açılan tazminat davasında yerel mahkeme talebin kısmen kabulüne karar vermiştir. Yargıtay, “*ilgili ifadenin söylenme sebebinin karşılıklı sözlü atışmalar ve Meclisin çalışmasından kaynaklı olduğunu, davalının yasama çalışması ile ilgili görüşlerini bu sınırlar içinde kullandığını yani davalının Anayasa’nın 83.maddesindeki düzenleme dışına çıkmadığını kabul etmek gerektiğini*” belirterek yerel mahkemenin davayı reddetmesi gerekirken kısmen kabul kararı vermiş olmasının bozmayı gerektirdiğine hükmetmiştir.¹⁷⁴

Başka bir olayda, davacı S. D’nin başbakan sıfatıyla Meclis Başkanına Meclis postanesinden çektiği telgraftaki “haksız teessüfün” kendisini de kapsadığını ileri süren Gaziantep Milletvekili M. G, TBMM’den bir telgraf çekmiştir. Telgraftan muhatabı S.D, “*kardeşlerinin ve yeğenlerinin hırsızlıklarından*” bahisle kişilik haklarının ihlal edildiğini belirterek tazminat davası açmış ancak yerel mahkeme, telgrafta aktarılan sözlerin yasama sorumsuzluğu kapsamında olduğunu ve davalı ile davacının birlikte kusurlu olduğunu belirterek davayı reddetmiştir.

Yargıtay ise, “*yasama sorumsuzluğunun sınırsız bir sorumsuzluk getirdiğini benimsemenin mümkün olamayacağını zira ulusal bir görevin yerine getirilmesi ve kamu yararı dışında, yersiz ve gereksiz, özellikle kişisel kin ve gayzinin etkisiyle yapılmış, yasama ve meclis çalışmalarıyla uzaktan, yakından ilgisi olmayan ağır hakaretlerde, zarar görenin manevi tazminat isteğinde bulunabileceğini, somut olaydaki sözlerin yasama çalışmalarıyla ilgisinin olmadığını ayrıca telgraftan Meclis postanesinden çekilmiş olmasının sonucu etkilemeyeceğini ve tazminata hükmedilmesi gerektiğini*” ifade etmiştir.¹⁷⁵

¹⁷³ Yargıtay, “yasama sorumsuzluğunun mutlak bir şekilde sınırsız olmadığını, Anayasanın bu ilkesinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilirken bilhassa kamu yararı-kişisel yarar dengesinin iyi kurulması gerektiğini, bir milletvekilinin sırf kişisel kinini tatmin için bir başkasına hakaret de bulunması halinde milletvekili dokunulmazlığından yararlandırılamayacağını zira böyle bir şeyin dokunulmazlık kurumunun varoluş amacı ve nedeni ile bağdaşmayacağını, Anayasanın 83. maddesinde yer alan düzenlemenin amacının, milletvekilinin, yasamaya ilişkin olan yetkisini özgürce kullanmasını ve bu doğrultudaki çalışmalarını güvence altına almayı sağlamak olduğunu, salt yasama faaliyeti ile sınırlı olan eylemlerin madde ile güvence altına alınarak dokunulmazlığının sağlandığını bu faaliyetin sınırı dışına çıkılması durumunda, dokunulmazlığın korunmasına yönelik amacın ortadan kalkacağını ve bunun sonucu olarak da dokunulmazlığın varlığına ilişkin savunmaya itibar edilemeyeceğini” ifade etmiştir. Bkz. Y4.HD,T.1.10.2001 E.2001/4476,K.2001/8768 Sayılı Kararı. Bkz.https://khyk.kazancihukuk.com/, (E.T.:16/02/2021).

¹⁷⁴ Yargıtay 4.HD, E.2003/1548, K.2003/6601 Sayılı Kararı için bkz. Keskinsoy,s.20,21.

¹⁷⁵ Yargıtay 4.HD T.11.12.1978, E.1978/97, K.1978/13985 Sayılı Kararı. Bkz. https://khyk.kazancihukuk.com/, (E.T.:16/02/2021).

2.3. Hakaret İçerikli Konuşmaların Eleştiri ve İfade Hürriyeti Kapsamında Değerlendirilmesi

Meclis Genel Kurulunda veya siyasi parti Meclis grubunda gerçekleşen toplantılarda söylenen ve haksız fiil niteliği taşıdığından bahisle tazminat davasına konu olan sözlerin Yargıtay tarafından “eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında” ele alındığı davalarda Mahkemenin, esasa ilişkin değerlendirme yaparken yasama sorumsuzluğuna göre daha esnek hareket ettiği görülmektedir. Örneğin, CHP milletvekili K.Kılıçdaroğlu 9 Ekim 2012’de TBMM’de Cumhuriyet Halk Partisi’nin meclis grup toplantısında, hükümetin icraatlarına yönelik eleştirilerde bulunduğu bir konuşma yapmıştır. Konuşma esnasında hükümetin ve Dışişleri Bakanı A.D’nin özellikle dış politikaya yönelik uygulamalarını eleştirirken söylediği “*çapsızlığı dünyada bilinen*”, “*ileri derecede geri zekâlı olmak lazım*,” sözleri¹⁷⁶ sebebiyle aleyhine manevi tazminat davası açılmıştır. Yargıtay “*söylenen sözlerin muhalefetin hükümeti denetleme görevinin gereği olduğunu, konuşmada, hükümet ve davacı bakan tarafından yürütülen dış politika ve dış politikadaki başarısız sonuçların eleştirildiğini ve davacının bu denli siyasi eleştirilere katlanma yükümlülüğü bulunduğunu, bunun ifade özgürlüğü ve demokratik toplumun bir gereği olduğunu*” belirtmiş ve yerel mahkeme kararını davalı lehine bozmuştur.¹⁷⁷

¹⁷⁶ 09/10/2012 günü TBMM’de Cumhuriyet Halk Partisi’nin Meclis grup toplantısında, hükümetin icraatlarına yönelik eleştirilerde bulunan Kemal Kılıçdaroğlu konuşma esnasında; “Türkiye’nin yanında kim var? Hamas var, Barzani var, Katar var, Suudi Arabistan var. Denklem diğer tarafına dönüyorum. Suriye’nin yanında İran, Rusya, Çin, Brezilya var. Dünya nüfusunun yarısı var. Bu stratejik derinlik midir, yoksa stratejik körlük müdür? Böyle bir anlamsız dengenin içine Türkiye’yi sokan bir süreci bizim başımıza bela eden, çapsızlığı dünyada bilinen bir dışişleri bakanıyla yola çıkılırsa Türkiye’nin geldiği nokta budur. Bunun için engin bilgiye gerek yok. Bunu yapmak için ileri derecede geri zekâlı olmak lazım” şeklindeki sözleri sarf etmiştir. Dışişleri bakanı A. Davutoğlu, “çapsızlığı dünyada bilinen”, “ileri derecede geri zekâlı olmak lazım” sözlerinin eleştiri sınırını aştığı, bu durumun kişilik haklarına saldırı oluşturduğu gerekçesiyle tazminat istemiş ve istemi yerel mahkemece kısmen kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay 4HD, T.14.10.2014, E. 2013/18169, K. 2014/12616 Sayılı Kararı.https://khyk.kazancihukuk.com/, (E.T.:13/05/2021).

¹⁷⁷ Yargıtay AİHM kararlarına atıfta bulunmuş ve söylenen sözleri hükümeti denetleme görevinin gereği olan siyasi eleştirinin bir parçası olarak nitelendirmiştir. “*Davacı, davaya konu konuşmanın yapıldığı tarihlerde Dışişleri bakanı, davalı ise ana muhalefet partisi genel başkanı olup her iki taraf da siyasi hüviyete sahip kişilerdir. Davaya konu konuşmada, hükümet ve davacı bakan tarafından yürütülen dış politika ve dış politikadaki başarısız sonuçlar eleştirilmektedir. Dış politika konuları ulusal konular olup muhalefet tarafının siyasi denetimine tabidir. Bu nedenle davacının bu denli siyasi eleştirilere katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Tarafların siyasi kimlikleri de göz önünde bulundurulduğunda, konuşma bütünü itibarı ile sert siyasi eleştiri mahiyetindedir. Bununla beraber Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarında da belirtildiği üzere siyasi hüviyete sahip şahısların kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanmaları gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün sadece “zararsız ve ilgilenmeye değmez olarak görülen bilgi ve fikirler değil aynı zamanda rahatsız eden, şaşırtan ve gücendiren ifadelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği” belirtilmiş ve bu ifadeler var olmadan “demokratik bir toplum” dan söz edilemeyeceği vurgulanmıştır.” Kararın tam metni ve karşı oy yazısı için bkz. Yargıtay 4.HD,T.14.10.2014, E. 2013/18169, K. 2014/12616 Sayılı Kararı. Bkz.https://khyk.kazancihukuk.com/, (E.T.:13/05/2021).*

Bir başka olayda, K.Kılıçdaroğlu, üye olarak görev yaptığı meclis soruşturma komisyonunun kararını açıklamasından sonra, partisinin TBMM'ndeki grup toplantısında, davacı ve diğer komisyon üyelerinin isimlerini tek tek belirterek “... Bu milletvekilleri hırsızların hamiliğine soyunmuş milletvekilleridir,” “... Çünkü vicdanını sattın, ahlakını sattın, inancını sattın, imanını sattın sen...” “siz satılık insansınız..” gibi cümleler içeren bir konuşma yapmıştır.¹⁷⁸ Komisyon üyesi ve iktidar partisi milletvekili olan davacı, kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunmuş ve yerel mahkeme talebi reddetmiştir. Yargıtay temyiz incelemesinde, sözlerin eleştiri sınırları içinde kaldığını belirterek yerel mahkeme kararını davalı lehine onamıştır.¹⁷⁹

Benzer bir olayda, davalı milletvekili TBMM'nin 28/04/2010 tarihli 97. Birleşimde yaptığı konuşmada, davacıya yönelik “... çamurcu başı, bir yığın pislik atıyor ... işi gücü çamur atmak, pislik atmak, başka da bir işi yok ... çünkü dağarcığında pislik var, başka bir şey yok. ... ” şeklinde ifadeler kullanmış, davacı milletvekili tazminat isteminde bulunmuş ve yerel mahkeme davayı kısmen kabul etmiştir. Temyiz incelemesinde Yargıtay, “ sözlerin sataşma nedeniyle tepki olarak söylendiği, eleştiri sınırlarını aşan, küçültücü ve hakaret niteliğinde olmadığını, kaba söz olarak değerlendirilebileceğini” ifade ederek yerel mahkeme kararını davalı lehine bozmuştur.¹⁸⁰

Davacı L.T TBMM Genel Kurulu'nda 09/11/2012 günü yapılan toplantıda, bir yasa görüşmesi esnasında kürsüden konuşma yaparken söylediği “.. ama ben sizin yerinizde olsam burada oturur; bu yasanın karşısına dikilirim. Aslan gibi dikilirim. Biraz namus, biraz haysiyet, biraz onur, biraz şeref varsa...” sözleri üzerine AKP grup başkan vekili A.B'nin, konuşmasını keserek kendisine “Haysiyetsiz de sensin, şerefsiz de sensin” dediğini ve kişilik haklarını ihlal ettiğini iddia ederek manevi tazminat talebinde bulunmuş, yerel mahkeme davanın kısmen kabulüne karar vermiş ve karar temyiz edilmiştir. Yargıtay, “sözlerin sert eleştiri mahiyetinde olduğunu, eleştiri sınırlarının aşılmadığını, kendisi haksız tahrikte bulunduğu için davalının da aynı sözlerle karşılık verdiğini” ifade etmiş ve yerel mahkeme kararını davalı lehine bozmuştur.¹⁸¹

Diğer bir olayda, K.Kılıçdaroğlu'nun TBMM grup toplantısı sırasında söylediği “...kimse kusura bakmasın ama namert denir, bu kadar kul hakkı yiyen, haram yiyen bir

¹⁷⁸ “... Bu milletvekilleri hırsızların hamiliğine soyunmuş milletvekilleridir... Vicdanınızı nasıl kiralarsınız? Nasıl satarsınız? Hırsızların hamisi olmak bu kadar kolay mı? ... Eşi şöyle bakmıştır. Bizim hırsızın hamisi geldi diye. Onların çocukları, onların torunları ne diyecekler? Bizim anne ve babamız bir dönem hırsızların hamiliğini yapmıştı diyecekler... Çünkü vicdanını sattın, ahlakını sattın, inancını sattın, imanını sattın sen çünkü... Çünkü vicdanınızı sattınız siz, siyasal anlamda sattınız, siz satılık insansınız... Sizde ahlak var mı? Sizde vicdan var mı? Sizde iman var mı? ... Sizde ahlak, sizde namus, sizde şeref var mı acaba? ...” Yargıtay 4.HD, T.18.10.2017, E.2015/13310, K.2017/6003 Sayılı Kararı. Bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.:13/05/2021).

¹⁷⁹ Kararın tam metni ve karşı oy yazısı için bkz. Yargıtay 4.HD, 18.10.2017, E.2015/13310, K.2017/6003 Sayılı Kararı. Bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.:13/05/2021).

¹⁸⁰ Yargıtay 4.HD, T.28.01.2015, E.2014/5048, K.2015/1062 Sayılı Kararı. Bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.:13/05/2021).

¹⁸¹ Yargıtay 4.HD, T.28.01.2015, E.2014/6095, K.2015/1104 Sayılı Kararı. Bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.:13/05/2021).

zatin milletten helallik...,hain denir....” Sözleri dolayısıyla Başbakan R.T.E tazminat davası açmış, Yargıtay, “dava konusu beyanların eleştiri sınırları içerisinde olduğu kabul edilerek ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine” karar vermiştir.¹⁸²

Örnek kararlarda görüldüğü gibi Yargıtay, somut olayı Anayasanın 83.maddesinin 1.fıkrasına göre incelediğinde sorumsuzluğun mutlak olmadığına vurgu yapmakta¹⁸³ ve içtihatlarla göre belirlemiş olduğu bir takım kriterleri göz önünde bulundurmaktadır. Buna göre söylenen sözlerin Meclis çalışmaları ile ilgili olması, kamu yararı kişisel yarar dengesine uygun olması, konuşmanın bütünü birlikte değerlendirildiğinde konuşmanın akışına uygun olması, şahsi kin ve düşmanlık sonucu veya kişisel kini tatmin amacıyla söylenmemiş olması gerekmektedir.

Somut olayın eleştiri hakkı¹⁸⁵ ve ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi

¹⁸² İktidar partisinin kongresinin ardından, K.Kılıçdaroğlu TBMM'de haftalık yapılan grup toplantısında, “... oturduk parlamentoda sayın Meclis başkanının gözetiminde bir protokol imzaladık. Mert adam, yiğit adam imzaladığı protokolün arkasında durur, durmayan adama ne denir...kimse kusura bakmasın ama namert denir. Hainlik tartışması da oldu. Yine söylüyorum. Yabancı bir ülkenin askerlerini parlamentonun kararı olmaksızın kendi ülkesine davet eden, Mardin'e kadar giden, silahlarıyla beraber, bayraklarıyla beraber giden, yasama organını devre dışı bırakan, Türkiye Cumhuriyeti topraklarını yabancı askerlerin postalları altına seren bir insana ne denir? Bende onu söyleyeyim, hain denir, dilim sertmiş, bana hain dışında bir laf bulun onu söyleyeyim... Pazar günü ülkenin iktidar partisinin şov organizasyonunda, Mustafa Kemal Atatürk'ün iki eserinden birisi olan CHP 'ye Ortadoğu ülkelerinin bazı temsilcilerinin önünde hakaret edilmiştir. Bu ülkenin başbakanı, Türkiye Cumhuriyetinin kurucu partisine Barzani'nin önünde hakaret edebilme terbiyesizliğini göstermiştir, “Türkiye seninle gurur duyuyor” tezahüratları ile Barzani alkışlanıyor, CHP yuhalanıyor ...Bakın pazar günü milletin önüne bir film koydular. Aynı gün zamlarla milletin cebine el attılar. Zammı bile kalleslikle yaptılar...Şovun en ironik bölümü de helallikti arkadaşlar. Bu kadar kul hakkı yiyen, haram yiyen bir zatin milletten helallik istemesi de herhalde bir ironi olsa gerek...” sözlerini içeren bir konuşma yapmıştır. Kararın tam metni ve karşı oy yazısı için bkz. Yargıtay 4.HD T.5.06.2014, E.2013/15003, K.2014/9349 Sayılı Kararı. Bkz.. <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (E.T.:13/05/2021).

¹⁸³ Bkz. YHGK, T.4.04.1984, E.1981/4-1161, K.1984/365; Yargıtay 4.HD, T.11.12.1978, E.1978/97, K.1978/13985; Yargıtay 4.HD, T.1.10.2001, E.2001/4476, K.2001/8768; Yargıtay 8.CD, T.27.01.2020, E.2019/11168, K.2020/1011.

¹⁸⁴ Keskinsoy, s.25; Ayrıca bkz. Yargıtay 4.HD, T.11.12.1978, E.1978/97, K.1978/13985; Yargıtay 4.HD, T.1.10.2001, E.2001/4476, K.2001/8768 Sayılı Kararları.

¹⁸⁵ Eleştiri hakkı, haber verme hakkının bir görünümü şeklinde tezahür eder ve fakat belirli bir olayı Kamuoyuna duyurmakla kalmayıp; olayın konusu gerçek veya tüzel kişilerin tutum, davranış ve uygulamalarına yönelik değer yargısında bulunmaktadır. Değer yargısı, bir olay ya da durum hakkında kişisel düşünce açıklamalarından ibarettir. Değer yargısı biçimindeki basın açıklaması olan eleştirme hakkı, haber verme hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla buna göre eleştiri konusu olay ya da durum gerçek ve güncel olmalı, eleştiri hakkının kullanılmasında kamu yararı bulunmalı, eleştiriye konu olay ya da durum ile eleştiri arasında fıkri bir bağ bulunmalıdır. Eleştiri hakkı, bir kimseye somut bir fiil ya da olgu isnadında veya kişi hakkında küçültücü değer yargısında bulunulduğu anda hakaret suçunu oluşturur ve eleştirinin sınırları aşılmış olur. Dolayısıyla eleştiri hakkının sınırını hakaret suçu oluşturur. Bkz. Duygu Sezen, **Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, Ankara, 2016.s.83,84.

halinde ise Yargıtay, AİHS'nin 10.maddesi ve AİHM kararlarını¹⁸⁶ dikkate alarak karar vermektedir.¹⁸⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Sözleşmenin 10.maddesinin 1.fikrasıyla güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, demokratik toplumun ana temellerinden birini ve yine bu toplumun gelişmesi ve her bireyin kendini geliştirmesi için esaslı şartlarından birini oluşturduğunu” ayrıca “ifade özgürlüğünün, Sözleşmenin 10.maddesinin 2.fikrasının sınırları içinde, yalnızca lehte olan veya muhalif sayılmayan veya ilgilenmeye değmez görülen “haber” veya “fikirler” için değil aynı zamanda muhalif olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haberler veya fikirler için de uygulandığını, bunun, çoğulculuğun,

“Liegens v. AVUSTURYA”(Başvuru No: 9815/82) davasında; Eski başbakan ... ile seçimlerden birinci çıkan siyasi parti başkanı arasında bir takım olayların yaşandığı, basına yansıyan bir kısım açıklamaların bulunduğu ayrıca 2. Dünya Savaşı sırasında Rusya'daki Alman hattının ötesine geçerek sivilleri katlettiği iddia olunan ilk SS Tugayında görev yapmakla suçlanan liberal parti başkanı ... ile koalisyon kurulması tartışmalarının yaşandığı bir sırada, Gazeteci olan Liegens, Profil adlı Viyana Dergisinde yayımlanan iki ayrı yazısında; o tarihte federal hükümetin Başbakanına yönelik olarak ‘En Adi Fırsatçılık,’ ‘ahlak dışılık’ ve ‘şerefsizlik’ biçiminde ifadeler kullanmıştır. AİHM, “Bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır. Hiç kuşku yok ki, Sözleşme'nin 10.maddesinin 2. fıkrası, başkalarının, yani bütün bireylerin itibarının korunmasına imkan verir; bu koruma, siyasetçileri şahsi sıfatları dışında hareket ettikleri zaman da içine alır. Ancak bu gibi durumlarda söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartışılmalıdır.” Gerekçesiyle kullanılan ifadeleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. Y4.HD,T.16.12.2014, E.2014/1689, K.2014/17271 Sayılı Kararı.

Diğer bir olayda, Viyana'da yayınlanan Forum Dergisi'nin editörü ve aynı zamanda gazeteci olan Oberschlick, Avusturya Liberal Demokrat Parti Genel Sekreterinin seçim konuşmaları sırasında “göçmen ailelerine yapılan aile yardımının yarıya indirilmesi gerektiğini” savunması üzerine, konuşmayı ayrımcılığı ve suça teşviki savunma şeklinde nitelendirmiş, ayrıca bu siyasal lideri, Nazi düşünceleri savunmakla suçlamış ve başka kişilerle birlikte söz konusu siyasal lider hakkında koalisyon ortağı partinin genel sekreterine suç isnadında bulunarak bunu dergide yayınlamıştır.("Oberschlick v. Avusturya"(Başvuru No:20834/92) davası). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; “politikacının itibarının korunması ihtiyacının, siyasi konuların özgürce tartışılmasının sağlayacağı yararlar dengelemek zorunda olduğuna işaret ederek, hoş görülebilir eleştiri sınırının bir politikacı söz konusu olduğunda, sade vatandaşa oranla daha geniş olduğunu, siyasetçilerin özellikle kamuya yaptıkları beyanları, şüpheli ve tartışmaya sebebiyet veren eleştiriler içerdiğinde daha geniş bir hoşgörü ortaya koymaları gerektiğini açıklayarak dergi yayınının ifade özgürlüğü kapsamında kaldığına” karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 4.HD,T.22.10.2014, E.2013/18055, K.2014/13662 Sayılı Kararı. <https://www.kazancihukuk.com/>, (E.T.:13/05/2021).

¹⁸⁷ Yargıtay, bir kararında, eleştirinin ne zaman hak ne zaman hakaret olduğu sorusunun cevabını “muhabirin sıfatı, sosyo-kültürel durumu, toplumda egemen örf ve adetle ülke kamuoyunda yarattığı etki vb. gözetilmelidir. Her ne kadar demokratik toplum olmanın gereği olarak, siyasi kimliği bulunan kişilerin diğer bireylere göre kaba, sert ve kırıncı eleştirilere karşı daha hoşgörülü olması beklenebilir ise de, eleştirilen durum ile anlatım biçimi arasında düşünsel bağın bulunmaması ve küçültücü değere yargısı içermesi halinde eylemi hukuka uygun kılan çerçeve aşılmış olur.” şeklinde vermiştir. Bkz.Yargıtay 4.HD, T.25.5.2009, E.2009/10444, K.2009/10167 Sayılı Kararı, aktaran Sezen,s.86.

hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği olduğunu, bunlar olmaksızın “demokratik toplum” olamayacağını” belirtmiştir.¹⁸⁸

Bu bağlamda, dava konusu basın açıklamasının veya konuşmanın bütünü ve yapıldığı zaman dilimi, konuşmayı yapan ve hakkında konuşulan kişinin etkili siyasi kişilikler olması, AİHS'nin 10.maddesi ve bunun uygulamasına yönelik AİHM'nin kararları dikkate alınmaktadır. Dava konusu olaylar basın, eleştiri ve ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirildiğinde AİHM içtihatlarında olduğu gibi Yargıtay ve AYM'de siyasetçilerin kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere katlanması gerektiğini, bunlara yönelik eleştiri sınırlarının normal vatandaşa göre daha geniş olduğunu kabul etmektedir.¹⁹⁰ Mamafih yalnızca olağan değil aynı zamanda muhalif, çarpıcı veya rahatsız edici haber, fikir ve söylemler de ifade özgürlüğü kapsamında görülmekte, tüm bunların, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği olduğu, dolayısıyla bunlar olmaksızın “demokratik bir toplumdan söz edilemeyeceği” ifade edilmektedir.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Bkz. Yargıtay 4.HD, T.16.12.2014, E.2014/1689, K.2014/17271 Sayılı Kararı.

¹⁸⁹ <https://www.kazancihukuk.com/>, (E.T.:13/05/2021).

Bkz.AYM, T. 8.05.2019, E. 2015/5633. Bkz. . Bkz. 29.05.2019 Tarih ve 30788 Sayılı Resmi Gazete.<https://www.kazancihukuk.com/>,(E.T.:13/05/2021).

¹⁹⁰ Yargıtay 4.HD, T.4.06.2014, E.2013/14849, K.2014/9247; Yargıtay 4.HD,T.2.06.2014, E.2013/14744, K.2014/9072; Yargıtay 4.HD,T.27.05.2014, E.2013/13737, K.2014/8708; Yargıtay 4.HD,T.7.04.2014, E.2013/10737, K.2014/5849; Yargıtay 4.HD,T.5.11.2013, E.2013/203,K.2013/16959.

Meclis çalışmaları sırasında söylenmiş ve kişilik haklarına saldırı oluşturduğu iddia edilen sözlerin sınırı ifade özgürlüğüne göre belirlenirken, daha esnek ve geniş tutulmakta ancak yasama sorumsuzluğuna göre belirlenirken biraz daha katı ve dar tutulmaktadır. Elbette ilgili hukuk mahkemesi davanın esasını incelerken tarafların iddia ve savunmasıyla bağlı olacak, değerlendirmeyi de ona göre yapacaktır. Yani dava konusu sözlerin, yasama faaliyetiyle alakalı olduğu ve Anayasanın 83.maddesinin 1.fıkrası gereği yasama sorumsuzluğu kapsamında olduğu ileri sürülmüşse davanın esasına ilişkin değerlendirme bu doğrultuda yapılacaktır. Eğer mezkur sözlerin eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ileri sürülmüşse o vakit esasa ilişkin inceleme, AİHS'nin 10.maddesi, AİHM'nin konuya ilişkin kararları ve Anayasanın 25 ve 26.maddeleri¹⁹¹ dikkate alınarak yapılacaktır.

¹⁹¹ Anayasanın, “Düşünce ve kanaat hürriyeti” kenar başlıklı 25.maddesi: “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.// Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” Anayasanın “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” kenar başlıklı 26.maddesi: “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.// (Değişik: 3/10/2001-4709/9 md.) Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. (Mülga: 3/10/2001-4709/9 md.)// Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.// (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/9 md.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” Nitekim Yargıtay da bir kararında, eleştirinin ne zaman bir hak ne zaman hakaret olduğu sorusunun cevabını “.....muhatapın sıfatı, sosyo-kültürel durumu, toplumda egemen örf ve adetle ülke kamuoyunda yarattığı etki vb. gözetilmelidir. Her ne kadar demokratik toplum olmanın gereği olarak, siyasi kimliği bulunan kişilerin diğer bireylere göre kaba, sert ve kırıcı eleştirilere karşı daha hoşgörülü olması beklenebilir ise de, eleştirilen durum ile anlatım biçimi arasında düşünsel bağın bulunmaması ve küçültücü değere yargısı içermesi halinde eylemi hukuka uygun kılan çerçeve aşılmış olur.” şeklinde vermiştir.

SONUÇ

Parlamentar demokrasilerde yasama bağımsızlıklarına özel bir önem atfedilmiş ve iktidara karşı muhalefeti koruyan güçlü bir yasal güvence olarak görülmüştür. Doğaldır ki bu sebepten en üstün norm olan Anayasada düzenlenmiş, hiyerarşik olarak altta kalan diğer normlar ile değiştirilmesi ve iktidarın kendi lehine kullanması engellenmek istenmiştir. Yasama bağımsızlıklarını böylesine önemli kılan husus ise, kamu yararı amacına hizmet etmesidir. Zira milli iradeyi temsil eden milletvekillerinin temsilcilik görevini her türlü korku ve baskıdan emin olarak yerine getirebilmesi hasebiyle düzenlenen yasama bağımsızlıkları, parlamento işlevlerinin etkili bir şekilde ifası adına gerekli olan güçler, haklar ve imtiyazların toplamını ifade eder. Yasama meclisi üyelerinin, yasa koyma ve müzakere edebilme fonksiyonlarını korumak ve yürütme fonksiyonunun kamu yararına uygun, dengeli bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak, yasama bağımsızlıklarının başlıca amacını oluşturur.

Yasama bağımsızlıkları, yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı şeklinde amaçları ve hukuki nitelikleri farklı iki kurumundan oluşmaktadır. Yasama dokunulmazlığı ile milletvekilleri asılsız ve keyfi ceza kovuşturmaları ve tutuklamalara karşı korunmak istenirken yasama sorumsuzluğuyla da vekillerin oy, söz ve düşünce özgürlükleri korunmak istenmiştir. Her ne kadar hukuki nitelikleri farklı olsa da sorumsuzluk ve dokunulmazlık birbirini tamamlar niteliktedir zira milletvekili, Meclis çalışmalarına katılabildiği ölçüde temsilcilik görevini ifa edecek, halkın taleplerine tercüman olabilecektir. Ancak asılsız ve keyfi soruşturma veya kovuşturmalarla alıkonulması durumunda Meclis çalışmalarına katılamayacak ve dolayısıyla düşüncelerini ifade edemeyecek, konuşamayacak veya oy kullanamayacaktır.

Milletvekillerine tanınan sorumsuzluk koruması ile amaçlanan, kamu yararının eksiksiz ve doğru gerçekleşmesini sağlamaktır. Zira sağlanan bu koruma sayesinde, parlamentoda sınırlı sayıda üyesi bulunan muhalefet partisi milletvekilleri ve bağımsız vekiller iktidarı eleştirebilir, düşüncelerini rahatça dile getirebilir, parlamento iradesinin oluşumuna etkide bulunabilir, milletin çıkarlarını korumak adına vicdanlarının sesini dinleyerek kendilerini özgürce ifade edebilirler. Zaten Anayasadaki düzenlemenin amacı da milletvekilinin hukuki veya cezai soruşturma ve kovuşturma endişesi taşımadan, korkusuzca güven içinde görevini yapmasını sağlamaktır. İşte bu yüzden yasama sorumsuzluğunun mutlak olduğu kabul edilmektedir. Ancak uygulamada durum farklı olup özellikle hukuki sorumluluğun kabul edildiği pek çok yargı kararı bulunmaktadır. Buna neden, kurumun hukuki esası değerlendirilirken “şahsi cezasızlık sebebi” görüşünün benimsenmiş olmasıdır. Bu görüşe göre eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkmamakta yani haksızlığı devam etmekte ancak milletvekilinin özelliği dolayısıyla ceza verilememektedir. Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı, milletvekiline karşı hukuk ve ceza davası açılmayacağını belirtirken bir kısmı ise ceza davası açılmasa da fiilin haksızlık vasfı sürdüğü için tazminat davası açılabileceğini kabul etmektedir. Yine bazı yazarlarca, hakaret ve sövme içeren sözlerin milletvekilliği vasfıyla bağdaşmadığı, Anayasada yer alan böyle bir düzenlemenin bir başkasına hakaret etme hakkı vermediği ve dolayısıyla haksız fiil niteliği taşıyan bu tarz söylemlerden ötürü tazminat davası açılabileceği ifade edilmektedir. Nitekim Yargıtay

tarafından verilen kararların da bu görüşü destekler nitelikte olduğu görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın, Meclis Genel Kurulunda veya siyasi parti Meclis grubunda gerçekleşen toplantılarda söylenen ve haksız fiil niteliği taşıdığından bahisle tazminat davasına konu olan sözlerin değerlendirildiği kararlarına bakıldığında şöyle bir ayrıntı dikkat çekmektedir: Mahkeme, “eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında” ele aldığı davalarda esasa ilişkin değerlendirme yaparken yasama sorumsuzluğuna göre daha esnek hareket etmektedir. Yani Meclis çalışmaları sırasında söylenmiş sözlerden ötürü açılmış bir davada, davacı tarafın savunması eleştiri ve ifade özgürlüğü üzerine kurulmuşsa Yargıtay, AİHS'nin 10.maddesi ve bunun uygulamasına yönelik AİHM'nin kararlarını dikkate almakta, siyasetçilerin kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere katlanması gerektiğini, bunlara yönelik eleştiri sınırlarının normal vatandaşa göre daha geniş olduğunu kabul etmekte ve çoğunlukla tazminat taleplerini reddetmektedir. Mafiah savunmanın yasama sorumsuzluğuna dayandırıldığı benzer davalarda ise esasa ilişkin değerlendirmesini Anayasanın 83.maddesinin 1.fıkrasına yani yasama sorumsuzluğu hükmüne göre yapmakta ve sarf edilen sözlerin sınırını daha katı ve dar bir kapsamda değerlendirerek tazminat taleplerini kabul etmektedir. Dolayısıyla yasama sorumsuzluğunun kapsamı oldukça sınırlı hale gelmekte ve kurum işlevini yitirmektedir. Bu nedenle konuya ilişkin son yıllarda açılmış tazminat istemli davaların çoğunda davalı tarafın savunmasını yasama sorumsuzluğu üzerine değil de eleştiri ve ifade hürriyeti üzerine kurduğu görülmektedir.

Aslında yasama sorumsuzluğu tanımında yer alan “sorumlu tutulamazlar” cümlesi oldukça kesin bir ifade olup ceza davası olmasa bile hukuk davası açılabilir şeklinde bir çıkarım yapmaya da engeldir. Ayrıca buradaki tartışma konusu, vekillerin saygı ve nezaket sınırlarını aşan konuşmalar yapıp yapamayacağı, yaptıysa bunun cezasız kalıp kalamayacağı veya bunların ahlaki ve etik boyutu değil, Anayasanın lafzına göre böyle bir durumda milletvekiline karşı hukuk davası açılıp açılmayacağıdır. Nitekim Anayasa'nın ifadesi de oldukça sarihdir eğer sövme ve hakaret içeren sözleri sorumsuzluk kapsamı dışında tutmak isteseydi tıpkı Almanya Anayasasında olduğu gibi bunu açıkça ifade ederdi. Bununla beraber milletvekilinin, hukuk davaları bakımından sorumlu tutulması ve sorumlu olup olmadığının tespitinin mahkemeye bırakılması da güçler ayrılığı ve Anayasanın üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Yasama sorumsuzluğu korumasına gölge düşüren ve kurumu işlevsizleştiren bir diğer husus ise milletvekilinin yasama fonksiyonu ile alakalı sözlerinin, üyesi bulunduğu siyasi partinin kapatılma davasında delil olarak kullanılmasıdır. Eğer milletvekili Mecliste ileri sürdüğü söz ve düşüncesinden ötürü partisinin kapatılmasından sorumlu tutulursa, milletvekilliği düşecek; beş yıl süreyle bir partili olarak siyaset yapamayacak ve hapis cezasına çarptırılabilir. Yani yaptığı konuşma dolaylı olarak kendi aleyhine de kullanılmış olacaktır.

Yasama faaliyetiyle alakalı sözlerinden dolayı aleyhine tazminat davası açılabileceği veya siyasi partisinin kapatılması davasında delil olarak kullanılabileceği tedirginliği içinde olan vekilin, görevini layıkıyla yapması mümkün değildir. Çünkü bu ihtimaller Demokles'in kılıcı gibi her daim başının üstünde sallanacaktır. Bu nedenle madde metninde yer alan sorumlu tutulamazlar ifadesinin “hiçbir şekilde sorumlu tutulamazlar”

şeklinde düzenlenerek açıklığa kavuşturulması, sorumsuzluk korumasını işlevsel hale getirecektir.

2017 Anayasa değişikliği ile yürütmenin başında Cumhurbaşkanının bulunduğu yeni hükümet sistemi benimsenmiştir. Bu sistemde yasama, yürütme karşısında zayıflatılmış hatta pasifize edilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak muhalefetteki milletvekillerinin ifade özgürlüğü daha fazla korunmaya muhtaç hale gelmiş ve işlevsel bir yasama sorumsuzluğu düzenlemesi önem kazanmıştır. Tüm halkın Mecliste temsili, demokrasinin gereği olduğu gibi kamu yararının olmazsa olmazıdır. Dolayısıyla bir konu hakkında yürürlüğe girmiş Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, bakanlık uygulamalarının ve hükümetin izlediği siyasetin eleştirilebilmesi, gerektiğinde bilgi edinme ve denetim yollarına başvurulabilmesi, vatandaşların ihtiyaç ve taleplerinin dile getirilebilmesi için milletvekillerinin özgürce konuşması esastır. Hakaret iddiasıyla tazminat davası açılacağı veya yasama dokunulmazlığı kaldırılarak yargılanacağı endişesi taşıyan bir vekilin görevini yapması mümkün olamayacağına göre iktidar partisinin istediği yöne çekemeyeceği, kullanamayacağı, işlevsel ve güçlü bir yasama sorumsuzluğu düzenlemesinin yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- AKTAŞ, Kadir:TBMM Uygulaması Anlatımıyla Yasama Dokunulmazlığı, Adalet y., Ankara, 2009.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A.Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. B., Adalet y., Ankara, 2015.
- ATAR, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku**,11.B,Seçkin y.,Ankara,2017.
- BİLİR, Faruk: **Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi**, Nobel y., Ankara, 2001.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. B., Beta y., İstanbul, 2017.
- CİN, Halil/ AKYILMAZ Gül:**Türk Hukuk Tarihi**, Sayram y.,12. B., Konya, 2020.
- DUNBAY, Seda: **Türk Parlamento Tarihinde Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı**, On İki Levha y., İstanbul, 2013.
- ERCAN,İsmail: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**,14.B., Kuram y., Kocaeli, 2018.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin: **Anayasa Hukuku**, 8. B., Yetkin y., Ankara, 2020.
- GÖZLER, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C.1, 2.B, Ekin y., Bursa, 2020.
- GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, 3. B., Ekin y. Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Anayasa Hukuku**, 19. B., Turhan Kitabevi y., Ankara, 2013.
- HAKERİ Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 23. B., Adalet y., Ankara, 2020.
- İBA, Şeref: **Türk Anayasa Hukuku**, 1.B., Turhan y., Ankara, 2018.
- İÇEL, Kayıhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5.B, Beta y.,İstanbul,2018.
- İNAN,Ali Naim/ YÜCEL,Özge: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. B., Seçkin y., Ankara, 2014
- KARATEPE, Şükrü: **Türk Anayasa Hukuku**, 2.B., Savaş y. Ankara, 2018.
- KESKİNSOY, Ömer: **Yasama Sorumsuzluğu**, Turhan y., Ankara, 2007.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,13.B.,Seçkin y.,Ankara,2020.
- KÜÇÜK, Tevfik Sönmez:**Anayasa Hukukundaki Çağdaş Eğilimler Işığında Parlamenter Dokunulmazlıklar**, Legal y., İstanbul, 2019.
- OĞUZMAN,M.Kemal/SELİÇİ,Özer/ÖZDEMİR OKTAY,Saibe: **Kişiler Hukuku**, 13.B.,Filiz y.,İstanbul,2013.
- ÖZBEK,Veli Özer/DOĞAN,Koray/BACAKSIZ,Pınar/TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. B., Seçkin y., Ankara, 2018.
- ÖZBUDUN, Ergun:**Türk Anayasa Hukuku**, 20. B., Yetkin y, Ankara,2020.
- ÖZDEMİR OKTAY,Saibe/GRASSİNGER,Gülçin Elçin: **Türk Medeni Kanunu & Türk Borçlar Kanunu**, 5.B.,Beta y.,İstanbul,2017
- ÖZER, Attila :**Anayasa Hukuku**, 7. B., Gazi Kitabevi y., Ankara,2016.
- ÖZTAN,Bilge: **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 39. B., Turhan y., Ankara, 2014.
- SCHMITT, Carl: **Parlamenter Demokrasinin Krizi**, (Çev.: Emre Zeybekoğlu) 4. B., Dost y., Ankara, 2017.
- SEVİNÇ, Murat: **Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları**, Kırilangıç y., Ankara, 2004.
- SOYASLAN,Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**,10. B., Yetkin y., Ankara, 2014.

- SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9.B., Yetkin y., Ankara, 2020.
- TANÖR Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. B., Beta y., İstanbul, 2019.
- TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, 24. B., Beta y., İstanbul, 2020
- USLU, Ferhat: **Türk Anayasa Hukuku**, Adalet y., Ankara, 2017.
- VURAL, İstiklal Yaşar/ KOÇAK, Burak: **Türk Anayasa Hukuku**, Hukuk y., Ankara, 2020.
- YURTCAN, Erdener: **Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları**, 4.B.,Seçkin y., Ankara,2019.

MAKALELER

- AYBAR, Mehmet Ali: “Teşrii Masuniyet,” **İÜHFM**, C. 3, 1937.
- AYDIN, Devrim: “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu,” **MÜHFHAD**, C.19,S.2, İstanbul,2013.
- AYDIN, Mesut:“Milletvekillerinin Yasama Sorumsuzluğunun Parti Kapatma Davalarına Etkisi,” **AÜHFD**, C. 58, S. 4, 2009.
- BAŞGİL, Ali Fuat: “Teşrii Masuniyet Meselesi(Teşkilatı Esasiye Kanunumuzun 17.Maddesi Üzerinde Etüd),” **İÜHFM**, İstanbul, C.7, S.1, 1941.
- BİLGİLİ, Murat Saltuk/RUHİ, Muhammet Emin: “1982 Anayasası’nda Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Usulü”, **EBYÜSBD** C.11, S.1, Erzincan, 2018.
- CAN, Osman/AKTAŞ, Duygu Şimşek: “Yasama Sorumsuzluğunun İşlevsizleştirilmesi,” **Terazi Hukuk Dergisi**, C.13, S. 145,Ankara, 2018.
- ÇELEBİ, Funda: “Haksız Fiil Sorumluluğu (Unsurlar, Tazminat, Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller, Zamanaşımı, Yargılama),” **Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları**, 2012.
- DÖNER, Ayhan: “Parlamenter Bağışıklıklar”, **EBYÜHFD**, C.8, S. 1-2, Erzincan,2004.
- DURSUN, İsmail: “Yasama Sorumsuzluğunun Hakaret Suçu Bakımından Değerlendirilmesi,” **MÜHFHAD**, C.19, S.1, 2013
- FEYZİOĞLU, Metin: “Yasama Dokunulmazlığı”, **AÜHFD**, C.42, S.1-4, Ankara,1992.
- GÖNENÇ, Levent/ERGÜL, Ozan:“1982 Anayasası’na Göre Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı” Bkz.http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/yasa_sor_yasa_dok.pdf.
- GÖZLER, Kemal:“Yasama Dokunulmazlığı (Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi)”, **AÜSBFD**, C.56, S. 3, 2001.
- KALAĞAN, Gökhan: “Parlamenter Sistemde Yasama Meclisi Üyelerine Tanınan Ayrıcalıklar”, **SDÜSBED**, S.4,Isparta, 2006.
- KAPLAN, İbrahim: “Milletvekillerinin Sorumsuzluğu-Dokunulmazlığı Ve Manevi Tazminat Davasına Etkisi,” **AÜSBFD**, C. 47, S. 3, 1992, s. 185-186, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3116/43238>, (E.T.: 14/11/2020).
- KARAGÖZ, Kasım:“İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Parti Kapatma Davaları ve Refah Partisi Kararının Venedik Komisyonu Raporları Doğrultusunda Değerlendirilmesi” **GÜHFD**, C.X, S.1,2, Ankara, 2006.

ÖZBUDUN, Ergun: “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları,” **TBBD**, S.59, Ankara, 1971.

SAVAŞ, Fatma Burcu: “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı,” **TBBD**, S.74, Ankara, 2008.

SÜMER, Fatma: “İfade Özgürlüğü Ve İtibarın Korunması Arasında Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu,” **Seta**, S. 229, 2018.

TÜLEN, Hikmet: “Yasama Sorumsuzluğunun Mutlaklığı Üzerine Düşünceler,” **EBYÜHFD**, C. 3, S. 1, Erzincan, 1999.

YALÇIN, Türkan: “Yasama Sorumsuzluğu”, **TBBD**, S. 2, Ankara, 1992.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ **ALŞAHİN**, Mehmet Emin: “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar,” **TBBD**, S.68, Ankara, 2007, s.45. Bkz. <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2007-68-286>,

TEZLER

AÇAN, İlke: Yasama Sorumsuzluğunun Tazminat Sorumluluğu Bakımından Sınırları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE., Ankara, 2010.

AKYÜREK, Akman: **Parlamentarlerin Yasama Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki ve Cezai Sorumlulukları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 1989.

ERGÜNEŞ, İsmail: **Yasama Sorumsuzluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2006.

GÜVEYİ, Ümit: **Anayasa Hukuku Açısından Yasama Meclisi Üyeliği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE., İzmir, 2017.

HAMURCU, Zeynep Çiğdem: **Yasama Sorumsuzluğunun Hakaret Suçuna Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi SBE., Yalova, 2019.

KARAKELLE, Makbule: **1982 Anayasasına Göre Yasama Bağışıklıkları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE., Ankara, 2016.

ÖZYÜREK, Öykü: **Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat**, İstanbul Bilgi Üniversitesi SOBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

SEZEN, Duygu: **Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, Ankara, 2016.

ÜSREŞLER, Aysun: **1982 Anayasasına Göre Yasama Meclisi Üyelerinin Dokunulmazlığı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE., İstanbul, 1986.

YALOVA, Yüksel: **Türkiye Örneğinde Yasama Dokunulmazlığı Kavramı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE., İstanbul, 1994.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.anayasa.gov.tr/media/6835/1994-32-nrm.pdf>.

<https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>.

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2021-01-18-RULE_005_EN.html.

<http://www.documentarchiv.de/nzjh/verfdr1848.htm>

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FPRO%2F07>

<https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>.

https://ghdi.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=3937&language=english

<https://www.hrw.org/tr/news/2018/10/17/322021>

<https://hukukbook.com/cek-cumhuriyeti-anayasasi/>.

<https://hukukbook.com/federal-almanya-cumhuriyeti-anayasasi/>

<https://www.hurriyet.com.tr>.

<http://www.i-hop.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/Venedik-Komisyonu-Yasama-Dokunulmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1-G%C3%B6r%C3%BC%C5%9F%C3%BC.pdf>

<https://www.kazancihukuk.com/>.

https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_69.htm.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5235.pdf>.

<https://www.ourcommons.ca/procedure-book-livre/document.aspx?sbdid=abbc077a-6dd8-4fbc-a29a-3f73554e63aa&sbdid=7ab38482-e14c-4656-857b-419dad8aeb0e> .

<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/origins/>.

<https://publications.parliament.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/4302.htm>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10682.pdf>.

<https://sozluk.adalet.gov.tr/>.

<https://sozluk.gov.tr/>.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c020/tbmm10020085.pdf>.

YARGI KARARLARI

1.

T.C. Yargıtay Başkanlığı - 9. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2022/436

Karar No.: 2022/1380

Karar tarihi: 07.02.2022

İLK DERECE MAHKEMESİ : Bakırköy 26. İş Mahkemesi

TARİHİ : 11/06/2021

NUMARASI : 2020/452-2021/366

Bölge Adliye Mahkemesince 17/11/2021 tarihli ek karar ile davalı tarafın temyiz istemi ret edilmiş ise de, davaya konu (iptal istemine konu) arabuluculuk son tutanağı ve anlaşma belgesinin içeriği ve belirlenen alacak tutarı dikkate alındığında Bölge Adliye Mahkemesi kararının kesin olmadığı anlaşılmakla; davalı vekilinin ek karara yönelik temyiz isteminin kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesince verilen 17/11/2021 tarihli EK KARARIN BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA karar verildi.

Hüküm süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait iş yerinde satın alma şefi olarak çalıştığını, davalının baskı, yıldırma ve zorlama ile davacıyı arabulucuya yönlendirip iş sözleşmesinin bu şekilde sonlandırıldığını, irade fesadı durumu olduğundan 29/04/2020 tarihli arabuluculuk son tutanağı ve anlaşma belgesinin geçersiz olduğunu ileri sürerek, söz konusu tutanak ve belgenin iptaline karar verilmesini, istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, iş sözleşmesinin zorlama ile arabuluculuk süreci sonucunda feshedildiği iddiasının doğru olmadığını, sözleşmenin davacı tarafça fesh edildiğini, fesih sonarsı davacının rızası ile katıldığı arabuluculuk işlemlerinin Kanuna uygun ve geçerli olduğunu, savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece, 6325 sayılı Arabuluculuk Kanuna göre arabuluculuğun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanması gerektiği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin ikinci fıkrasında ise ibraya ilişkin hüküm olup "... ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür." düzenlemesine yer verildiği, bu hükmün emredici nitelikte olduğu, davaya konu arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf

edemeyecekleri bir zamanda uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlendiği, ibra niteliğindeki tutanağın tarih ve içeriği itibarı ile arabuluculuğa elverişli olmadığı, gerekçesi ile davanın kabulüne, karar verilmiştir.

İstinaf: Karara karşı, davalı tarafça istinaf yoluna başvurulmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesince, özetle, İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve yasa ile dosya içeriğine uygun olduğu, gerekçesi ile davalı başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Temyiz:

Bölge Adliye Mahkemesi kararını davalı taraf temyiz etmiştir.

Gerekçe: Dava, ihtiyari arabuluculuk son tutanağı ve anlaşma belgesinin iptali istemine ilişkindir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının davalıya ait işyerinde satın alma şefi olarak çalışırken 17/04/2020 tarihinde işverence görevinin değiştirildiği, davacının bu görev değişikliğini kabul etmeyerek kıdem tazminatı ödenmesini talep ettiği ve işverence talebin kabul edilerek 28/04/2020 tarihinde işten çıkışının yapıldığı anlaşılmaktadır.

İş sözleşmesinin feshi sonrasında davalı talebi üzerine tarafların ihtiyari arabuluculuğa başvurduğu ve 29/04/2020 tarihinde anlaşıp, anlaşma belgesini imzaladıkları, belge içeriğinde bir kısım tazminat ve alacaklara karşılık davacıya net 98.878,75 TL ödeneceğinin kararlaştırıldığı görülmüştür.

Davacı taraf, dava dilekçesinde, 29/04/2020 tarihli arabuluculuk tutanakları ile davalının kendi arabulucusuna zorlanarak iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia etse de, yukarıda açıklandığı üzere iş sözleşmesi görev değişikliğini kabul etmemesi nedeniyle davacı talebiyle sonlandırılmıştır.

Davacının irade fesadına yönelik "baskı, yıldırma ve zorlama" iddialarıyla ilgili ise ispata yönelik somut tanık anlatımları olmadığı gibi başkaca da delil sunulmamıştır. Öte yandan arabulucunun "tarafsız olmadığı" iddiası da ispatlanmamıştır. Mahkemece, arabulucu önünde yapılan anlaşmanın ibra niteliğinde olduğu, ibraya ilişkin hükmün emredici nitelikte bulunduğu ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 1. maddesi uyarınca tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuda arabulucuya gidebilecekleri hususun düzenlendiği, ibra niteliğinde belge üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir durum söz konusu olmadığı, gerekçesiyle dava kabul edilmiştir. Arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Aksi kabulde arabulucu önünde tarafların anlaşması imkânsız hale gelir. Nitekim 6325 sayılı Kanunun 18/5 madde hükmünde arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı öngörülmüş olup, buna göre ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliği değerlendirilemez.

Her ne kadar Dairemizin 11.09.2019 tarihli ve 3694-13040 sayılı ilamında arabuluculuk anlaşma tutanağı ibra hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiş ise de, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı

uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. Hukuk Dairesinin kapatılması ve tüm işlerinin Dairemize devredilmesi üzerine yeniden yapılan değerlendirmede yukarıda belirtilen sonuca varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ:

Temyiz olunan, İlk Derece Mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının ORTADAN KALDIRILMASINA, İlk Derece Mahkemesi kararının yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.02.2022 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

2.

İstanbul BİM - 2. Vergi Dava Dairesi

Esas No.: 2022/281

Karar No.: YD.

Karar tarihi: 17.05.2022

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA VERİLEN KARARA İTİRAZ EDEN (DAVALI) : KADIKÖY VERGİ DAİRESİ MÜDÜRLÜĞÜ

VEKİLİ : AV. K1

KARŞI TARAF (DAVACI) : F1 PALET KİMYA İNŞAAT TEMİZLİK REKLAM OTOMOTİV LOJİSTİK SANAYİ LTD. ŞTİ.

İSTEMİN ÖZETİ : Davacı şirketin mükellefiyet kaydının, 213 sayılı Kanunun 160/A maddesi uyarınca 27.01.2022 tarihi itibarıyla resen terkinine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada İstanbul 9. Vergi Mahkemesi'nce yürütmenin durdurulması yönünde verilen 07/04/2022 tarih ve E:2022/548 sayılı karara, davalı idare vekilince, dava konusu işlemin mevzuata uygun olduğu, olayda yürütmenin durdurulmasını gerektirecek şartların bulunmadığı ileri sürülerek, itiraz edilmiştir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren İstanbul Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi'nce dosyadaki belgeler incelenip yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin karara karşı davalı idare vekilince yapılan itiraz hakkında gereği görüldü:

İtiraz istemi; davacı şirket mükellefiyet kaydının, 213 sayılı Kanunun 160/A maddesi uyarınca 27.01.2022 tarihi itibarıyla resen terkinine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, işlemin 'yürütmesinin durdurulması yönünde verilen karara ilişkindir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrasında; Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar

verebileceği düzenlenmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na 7194 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle eklenen mükellefiyet kaydının analiz ve değerlendirme sonuçlarına bağlı olarak terkinin başlıklı 160/A maddesinin 1.fıkrasında; mükellefiyet süresi, aktif ve öz sermaye büyüklüğü, ödenen vergi tutarı, çalışan sayısı, vergisel yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği gibi hususlar dikkate alınarak mükelleflerin vergisel uyum seviyelerine yönelik olarak Hazine ve Maliye Bakanlığınca yapılan analiz ve değerlendirme çalışmaları neticesinde sahte belge düzenleme riskinin yüksek olduğu tespit edilen mükelleflerin vergi incelemesine sevk edileceği ve bunlar nezdinde yoklama yapılacağı, yoklamayı müteakip, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde vergi dairesinin mükellefin sahte belge düzenleme riskinin yüksek olduğuna ilişkin görüşü ve ilgisine göre vergi dairesi başkanı veya defterdarın onayı ile mükellefiyet kaydının terkin edileceği ve bu durumun mükellefe tebliğ edileceği, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde 153/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan asgari teminat tutarından az olmamak üzere, sahte belge düzenleme riskinin yüksek olduğu dönemlerde düzenlenen belgelerde yer alan toplam tutarın %10'u tutarında aynı maddede belirtilen türde teminat verilmesi ve tüm vergi borçlarının ödenmesi şartıyla mükellefiyetin, terkin tarihi itibarıyla yeniden tesis edileceği, mükellefiyetin terkin edildiği tarih ile yeniden tesis edildiği tarih aralığında verilmeyen beyanname ve bildirimlerin, yeniden tesise ilişkin yazının mükellefe tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde verileceği ve tahakkuk eden vergilerin aynı sürede ödeneceği,..., mükellef hakkında yapılan inceleme neticesinde, mükellefin başka bir ticari, zirai ve mesleki faaliyeti olmadığı hâlde münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis ettirdiği tespit olunursa, alınan teminatın, inceleme neticesinde doğan borçlar dâhil vergi borçlarına mahsup edilerek artan tutarın iade olunacağı, yapılan incelemede mükellefin başka bir ticari, zirai veya mesleki faaliyeti bulunduğu hâlde sahte belge düzenlediği tespit olunursa, mükellef hakkında 153/A maddesinin dördüncü fıkrası hükümleri çerçevesinde işlem tesis edileceği, şu kadar ki, daha önceden alınmış olan teminatın sahte belge düzenleme fiili nedeniyle yapılan tarhiyatların ve kesilen cezaların kesinleşmesine kadar mükellefe iade olunmayacağı, yapılan inceleme neticesinde mükellefin sahte belge düzenlemediği tespit olunursa, alınan teminatın başkaca vergi borcu bulunmaması kaydıyla iade olunacağı hükme bağlanmıştır.

213 sayılı Kanunun, yukarıda alıntısına yer verilen maddesiyle, Hazine ve Maliye Bakanlığınca, mükellefiyet süresi, aktif ve öz sermaye büyüklüğü, ödenen vergi tutarı, çalışan sayısı, vergisel yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği gibi, mükellefin sahte belge düzenleyicisi olup olmadığı hususunda done teşkil edecek bir takım veriler dikkate alınarak yapılan analiz ve değerlendirme çalışmaları neticesinde, sahte belge düzenleme riskinin yüksek olduğu sonucuna varılan ve bu sebeple vergi incelemesine sevk edilen mükellefler hakkında, haklarında yapılacak inceleme sonuçlanıncaya kadar, sahte belge düzenleme eylemlerine devam edilmesinin yaratacağı risklerin ve bu süreçte devam edecek sahte belge düzenleme eylemlerinden kaynaklı vergi ziyaının önüne geçmeye yönelik olarak, vergi idaresine, tedbir niteliğinde işlem tesis edilerek, sahte belge düzenleme yüksek riski bulunan mükelleflerin mükellefiyet kaydının, haklarında rapor düzenlemesi

beklenmeksizin terkin yetkisi verildiği, bu kapsamda işlem tesisi için, mükellefin sahte belge düzenlediği yönünde, vergisel anlamda kesin olarak kanaat oluşturmaya yeterli somut doneler bulunması şartının aranmadığı (esasen, mükellef hakkında, münhasıran sahte belge düzenlediği yönünde, vergisel anlamda kesin olarak kanaat oluşturmaya yeterli somut donelerin, hakkında tanzim edilecek raporla tekemmül edeceği ve idareye, mükellefiyet kaydının, sahte belge düzenleme raporuna dayanılarak resen terkin yetkisinin, Kanunun 160. maddesinde ayrıca verildiği), aksine, mükellefin, hakkında yapılan analiz ve değerlendirme çalışmaları neticesinde, sahte belge düzenlediği yönünde ciddi kuşklar doğuran doneler bulunması nedeniyle, sahte belge düzenleme riskinin yüksek görülmesinin, madde kapsamında işlem tesis edilebilmesi için yeterli bulunduğu, maddenin devamında, mükellef hakkında yapılan inceleme sonucunda, hakkında olumsuz rapor düzenlenmemesi (inceleme sonucu tespit edilen hususların, mükellefin sahte belge düzenlediği hususunda yeterli veri teşkil etmemesi) durumunda, mükellef aleyhine tesis edilen tedbir niteliğindeki işlemin sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemelere de yer verilmesinin, bu kabulü doğrular nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır.

Dosyanın, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinin internet sitesinden dosyaya celbedilen 20 Ekim 2021 tarih ve 10434 sayılı gazete örneğiyle birlikte incelenmesinden; davacı şirketin, 20.10.2021 tarihinde tescil edilen kararla kurulduğu, tek ortak ve temsilcisi Hamza Atas'ın, yaklaşık bir ay sonra hisselerini Şevket Umut Alçinkaya'ya devrettiği, ancak, temsil görevini sürdürdüğü, şirket adresinde 14.01.2022 tarihinde yapılan yoklamada, sanal ofis nitelikli adreste mükellefe ve yetkilisine ulaşılamadığı, adresin Leat Sanal Ofise ait olduğu ve mükellefe kiralandığının belirtildiği, ancak, kira sözleşmesinin tespit anında bulunmadığından ibraz edilemediği, mükellefin tespit anında adreste bulunmadığı, aynı tarihte, kanuni temsilci Hamza Atas'ın yerleşim yeri adresinde yapılan yoklamada şirket yetkilisinin adreste ikamet etmediği, mükellefin, 2021/11 döneminde 3,7 milyon TL KDV matrahı beyan ettiği, ödenecek vergi çıkmadığı, 2021 yılı (son iki ay) toplam KDV matrahının ise 4,6 milyon TL olduğu, buna karşılık BA formu boş verildiği gibi, BS formuyla ise KDV matrahlarına oranla cüzi tutarda ve toplam 829 bin TL satış bildirildiği, satış bildirilen 12 mükelleften birinin özel esaslara tabi olduğu yönündeki tespitlerden hareketle, mükellefiyet kaydının 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 160/A maddesi kapsamında terkin edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; davacı şirket hakkında tesis edilen dava konusu işleme done teşkil eden ve yukarıdaki paragrafta özetlenen tespitlerin, sahte belge düzenlediği yönünde ciddi kuşklar doğuracak ve sahte belge düzenleme yüksek riski nedeniyle, davacının incelemeye sevkî ile hakkında 213 sayılı Kanunun 160/A maddesi kapsamında işlem tesisi için yeterli nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu nedenle, davacının, gerçek bir faaliyeti olmaksızın komisyon karşılığı sahte belge düzenlediğinin somut olarak ortaya konulmadığı, dava konusu işlemin bu sebeple açıkça hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle verilen itiraza konu kararın gerekçesi yerinde görülmemiştir.

Bununla birlikte, Kanunun 160/A maddesi uyarınca tesis edilecek işlemlerde, ilgisine göre vergi dairesi başkanı veya defterdarın onayının, işlemin şekil şartlarından

biri olduğunun açıkça düzenlendiği, dosyada, bu şekil şartının yerine getirildiği hususunda aydınlatıcı ve tevsik edici bilgi-belge bulunmadığı gibi, Mahkemece bu yönde ayrıca bir araştırma da yapılmadığı görülmekle, dosya kapsamı bilgi ve belgelerin, bu haliyle, dava konusu işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunu kabule yeterli bulunmadığı sonucuna varılarak, itiraza konu kararın kaldırılmasına ve dosyanın, vergi dairesi başkanı veya defterdarın onayı hususunda araştırma yapılarak, yürütmeyi durdurma istemi hakkında yeniden karar verilmek üzere Mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir. Açıklanan nedenlerle, itiraz isteminin kabulüyle, İstanbul 9. Vergi Mahkemesi'nin 07/04/2022 tarih ve E:2022/548 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin kararının kaldırılmasına, belirtilen eksiklikler giderildikten sonra yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemesine gönderilmesine, 17/05/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

3.

T.C. Yargıtay Başkanlığı - 11. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2020/8380

Karar No.: 2022/3948

Karar tarihi: 24.05.2022

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ : ANKARA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 20. HUKUK DAİRESİ

TARİHİ : 26/06/2020

NUMARASI : 2019/115-2020/555

TÜRK MİLLETİ ADINA

Taraflar arasında görülen davada Ankara 3. Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen 18.10.2018 tarih ve 2017/379 E- 2018/365 K. sayılı kararın taraf vekilleri tarafından istinaf edilmesi üzerine, istinaf istemlerinin kabulüne dair Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi'nce verilen 26.06.2020 tarih ve 2019/115 E-2020/555 K. sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi K1 tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçeler, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili şirketin "POLO" markası ve görseli ile tüketici nezdinde tanınmış bir marka olduğunu, davalı şirketin müvekkiline ait özellikle 2014/102602, 102059, 124664, 138834, 143105, 2014/35085 sayılı markalarının aynısını/benzerini müvekkilinin markalarının da tescilli olduğu sınıflardaki tekstil ürünleri üzerinde izinsiz ve birlikte hareket ederek hukuka aykırı bir biçimde kullandığını, bu ürünleri Türkiye içinde bir takım kişi ve firmalara satışının gerçekleştirildiğini, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2017/153796 numaralı soruşturma dosyası ve dosyaya sunulan ürünler incelendiğinde davalı şahısların üretimini gerçekleştirdikleri ürünler üzerinde müvekkili adına tescilli tanınmış "Polo" ve görselinin müvekkilin izni olmaksızın haksız ve hukuka aykırı olarak kullanıldığı ve dava dışı şahıslara satışının gerçekleştirildiğinin görüleceğini, davalıların

basiretli bir tacir gibi davranmadığını ve kötü niyetli olduğunu, davalıların müvekkilinin tanınmış tescilli markalarını, kötü niyetli, haksız ve hukuka aykırı olarak ürünlerinde kullandığını ve bu ürünleri satışa sunduklarını, davalıların iş bu hukuka aykırı eylemi neticesinde haksız kazanç sağladıklarını ve müvekkili şirketin maddi ve manevi zarara uğradığını, müvekkiline ait “POLO” markası ve görseli ile davalı tescilli markalarının benzer olup, markaların aynı emtiayı kapsadığını, davalı tarafın tescilli “Free Horse Polo Club” markasının içinde yer alan “Free Horse” ibaresinin ayırt edicilik vasfına haiz olmayıp markanın esas unsuru olan “Polo” ibaresini ve at üstünde polo oyuncusu figürü şekil unsurunun sadece destekler nitelikte olduğunu, davalının tescilli markasının esas unsurunun “Polo” ve “at üstünde polo oyuncusu” figürü olduğunu, davalı tarafça üretilen ürünlerin bir çoğunda “Free Horse” ibaresi dahi kullanılmadan sadece “Polo” ibaresi ve at üstünde polo oyuncusunun figürlü şekilde kullanıldığını, müvekkilinin markasının tanınmış marka olduğunu, 6769 sayılı SMK’nın 6/6 maddesi anlamında hak sahibi olduğunu, müvekkilinin hem markası hem de “The Polo/Lauren Company, Lp” şeklindeki ticaret unvanının unsuru olan “Polo” ibaresi üzerinde mutlak hakkı olduğunu ve bu sebeple davalı markalarının ayrıca hükümsüz kılınması gerektiğini ileri sürerek davalıların, müvekkilinin marka hakkının ihlali neticesinde ortaya çıkan haksız rekabetin men’ine, haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, davalıların müvekkilinin haklarına tecavüz teşkil eden eylemleri nedeniyle ortaya çıkan maddi zararın tazmini amacıyla (fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla) şimdilik 50.000TL maddi, 10.000 TL manevi tazminatın ödenmesine, davalılara ait 2014/23455, 2013/101692 ve 2014/89950 tescil numaralı markaların hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı K2 ve K3 vekili, müvekkillerinin adına Türk Patent nezdinde tescilli markaları bulunduğunu, kullanımlarının resmi tescile dayandığını, müvekkilleri adına tescilli markalar ile davacı markaları arasında hiçbir benzerlik olmadığını, polo ibaresinin esasen ayırt edici işlevinin düşük olduğunu, hükümsüzlük koşullarının da oluşmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesince, dosya kapsamına ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, hükümsüzlüğü istenen markalardan birinin 2013/101692 sayılı "Free Horse Polo Club+şekil" ibaresinden oluştuğu, 25.sınıftaki "Koruyucu amaçlı olanlar hariç her türlü malzemedan yapılmış iç-dış giysiler, çoraplar, Ayak giysileri, Baş giysileri." mallarını kapsadığı; diğerinin 2014/23435 sayılı "Free Horse Polo Club+şekil" ibaresinden oluştuğu, 14, 18, 35.sınıftaki mal ve hizmetleri kapsadığı; ötekinin de 2014/89950 sayılı "SEATTLE POLO&Equestrian Club+şekil" ibaresinden oluştuğu, kapsamında 18. 25. 35.sınıftaki mal ve hizmetleri kapsadığı; davacı adına tescilli olan ve hükümsüzlük iddiasına mesnet gösterilen markaların ise; 124664, 138845, 138834, 141664, 76708, 143107, 143110, 14305, 143111, 161451,181768, 188065, 102059, 202914, 98/015284, 99/016983 sayılı ve "POLO" esas ibareli markalar ile beyaz zemin üzerinde at üzerinde binicinin Polo sporu oynadığı figürlerden oluştuğu ve koruma kapsamlarında 03, 09, 11, 14, 16, 18, 20, 21, 24, 25, 27, 35.sınıflardaki mal ve hizmetlerin yer aldığı, dava konusu hükümsüzlüğü talep edilen markalar kapsamında 14, 18, 25 ve 35. sınıfta yer alan hizmetler bakımından davalı

markaları ile davacının itiraz markalarına ait hizmet sınıflarının aynı/benzer oldukları, davalılar tarafından, davacıya ait 2014/102602 sayılı “Polo” markasının başvuru tarihinin davalıların markalarından sonra olduğu ve değerlendirmeye alınmaması gerektiği ileri sürülmekle birlikte, ilgili markanın başvuru tarihi 25.07.2014 iken davalılara ait 2014 89950 sayılı markanın başvuru tarihinin bu tarihten daha sonra, 06.11.2014 tarihi olduğu tespit edildiğinden, davacıya ait diğer markaların yanısıra bu markanın da incelemede esas alındığı, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 6(1) maddesi bakımından yapılan değerlendirmeye göre davalılar adına tescilli olup hükümsüzlüğü talep edilen 2013/101692 ve 2014/23435 sayılı markaların “Free Horse Polo Club” ibareleri ile “dört nala koşan at figürü”nden oluştuğu, marka örneğinde, “Polo Club” ibarelerinin, “Free Horse” ibarelerine göre kalın ve daha büyük puntolarla yazılmak suretiyle ön plana çıkarıldığı, 2014/89950 sayı marka ise “SEATTLE POLO & Equestrian Club” ibareleri ile “at üstünde polo oyuncusu” figüründen oluştuğu, “SEATTLE” ibaresinin Amerika Birleşik Devletleri’nin Washington eyaletinde bulunan bir şehir adı olduğu, “Binici Kulübü” anlamına gelen “Equestrian Club” ibarelerinin ise marka örneğinde diğerlerine göre küçük puntolarla, geri planda ve tali unsur şeklinde konumlandırıldığı, buna karşılık “POLO” ibaresinin diğer ibarelere göre daha büyük, koyu, marka örneğinde ön plana çıkacak şekilde ve orta düzeydeki tüketiciler nezdinde baskın markasal unsur olarak algılanacak şekilde konumlandırıldığı, davacı adına tescilli bulunan markalar yönünden yapılan incelemede, bazı örneklerle “Ralph Lauren” ibareleriyle birlikte kullanılmakla birlikte, davacı markalarında “POLO” ibaresinin tek başına ya da “Sport”, “Jeans” gibi tali unsurlarla birlikte, baskın ve asli markasal unsur oluşturduğu, şeklindeki “at üstünde polo oyuncusu” figürünün de tek başına ya da “POLO” ibaresiyle birlikte kullanıldığı, bu nedenle “POLO” ibaresi ve “at üstünde polo oyuncusu” figürünün orta düzeydeki tüketiciler nezdinde markasal olarak algılanacak nitelikteki asli unsurlardan olduğu, “POLO” ibaresi ile “at üstünde polo oyuncusu” figürünün, davacı tarafından ülkemizde ve yurtdışında birçok ülkede, özellikle “giyim, kozmetik, kişisel moda ürünleri” gibi ürünlerde uzun yıllardır ve yaygın şekilde kullanılan, ülkemizdeki ve yurtdışındaki bu yaygın kullanımı, reklam ve tanıtımı, yoğun yurtdışı ve ulusal tescilleri sonucunda yüksek düzeyde bilinirlik elde etmiş olan, ayrıca Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından da T/03171 sayı ile tanınmışlığı tespit edilmiş olan markalardan olduğu, orta düzeydeki tüketiciler nezdinde baskın markasal algı yaratacak ve ürünün menşesine işaret edecek nitelikteki baskın unsurların “POLO” ibaresi ile at ve polo oyuncusu figürleri olduğu, aynı ibare ve figürlerin davacı markalarının da baskın ve asli ayırt edici unsurları olduğu, hükümsüzlüğü talep edilen davalı markalarıyla davacı adına tescilli bulunan markalar arasında güçlü düzeyde görsel, bütüncül benzerlik bulunduğu, markaların kapsadığı mal ve hizmetlerin de aynı, benzer ve/veya ilişkili olduğu, malların aynı ticari kaynaktan geldikleri konusunda bağlantının ortalama tüketiciler tarafından kolaylıkla kurulabileceği, bu nedenle hükümsüzlüğü talep edilen 2013 101692, 2014 23435 ve 2014 89950 sayılı markalar yönünden, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 6(1) maddesi kapsamında hükümsüzlük şartlarının oluştuğu, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 6(4) ve 6(5) maddeleri bakımından değerlendirmeye göre “Polo Ralph Lauren” markası ve ayrıca “POLO” ibaresi ile birlikte logosunun uzun yıllar boyunca Türkiye dahil dünya çapındaki yaygın

kullanımı ile yaygın reklam, tanıtım, satış ve pazarlama ağı sonucunda özellikle sektöründe iyi bilinen bir marka olduğu, ayrıca markanın iş bu dava tarihinden sonra, 04.01.2018 tarihinde TÜRK PATENT tarafından tanınmış marka olarak tespit edilerek T/03171 sayılı ile tanınmış marka siciline kaydedildiği, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6(6) maddesi bakımından yapılan değerlendirmeye göre marka ile ticaret unvanının birbirinden farklı fonksiyonlara sahip olduğu, davacı ticaret unvanının "THE POLO/LAUREN COMPANY, L.P." olduğu, davalılar adına tescilli bulunan ve hükümsüzlüğü talep edilen 2013/101692, 2014/23435 ve 2014/89950 sayılı marka ların "Free Horse Polo Club+şekil", "SEATTLE POLO&Equestrian Club+şekil" şeklinde olduğu, davacının ticaret unvanının kılavuz/çekirdek unsurunun "THE POLO/LAUREN" olduğu ve davalılara ait markalarda sadece "POLO" ibaresini ortak unsur olarak ettiği ancak salt POLO" ibaresinin ortak olmasından ötürü davalı markaları ile davacı ticaret unvanının benzer olduğundan bahsedilemeyeceği, davalılara ait markaların davacı ticaret unvanını içermediği görüldüğünden hükümsüzlüğü talep edilen davalı markaları bakımından 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6(6) ve 25. maddeleri kapsamında hükümsüzlük şartlarının oluşmadığı, somut uyuşmazlıkta 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 29. maddesi kapsamında marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller mevcut olmadığından tazminat hesaplanmasına da yer olmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalılar adına tescilli 2013/101692, 2014/23435 ve 2014/89950 sayılı markaların hükümsüzlüğü ile sicilden terkinine, fazlaya ilişkin taleplerin reddine karar verilmiştir.

Karar, taraflar vekillerince istinaf edilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesince, davanın, markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, men'i, ref'i, maddi ve manevi tazminat ile marka hükümsüzlüğü istemine ilişkin olduğu, markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, men'i, ref'i, maddi ve manevi tazminat istemlerinin Ankara 7. Sulh Ceza Hakimliği'nin arama ve el koyma kararına istinaden dava dışı Taner Özkal ve Mukaddes Özkal işyerlerinde ele geçirilen ürünlerin iş bu davadaki davalıların marka tescil belgelerine istinaden üretildiği savunması nedeniyle açıldığı, hükümsüzlük davasının da davalılar adına tescilli markalar için açıldığı, dava konusu hükümsüzlüğü talep edilen markaların kapsamında 14, 18, 25 ve 35. sınıfta yer alan hizmetler bakımından davalı markaları ile davacının itiraz markalarına ait hizmet sınıflarının aynı/benzer oldukları, davacı adına kayıtlı "POLO" ibaresi ile "at üstünde polo oyuncusu" figürünün, özellikle "giyim, kozmetik, kişisel moda ürünleri" gibi ürünlerde yüksek düzeyde bilinirlik elde ettiği, Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından T/03171 sayılı ile tanınmışlığının tespit edildiği, hükümsüzlüğü talep edilen davalılar adına tescilli 2013/101692, 2014/23435 ve 2014/ 89950 sayılı markalarda, "POLO" ibaresi ile "at üstünde polo oyuncusu" ya da "at" figürünün öne çıkarılarak kullanıldığı, aynı ibare ve figürlerin davacı markalarının da baskın ve asli unsurları olduğu, ayrıca davacı markalarının sektöründe iyi bilinen markalardan olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, hükümsüzlüğü talep edilen davalı markalarıyla davacı adına tescilli bulunan markalar arasında güçlü düzeyde görsel, bütüncül benzerlik bulunduğu, markaların kapsadığı mal ve hizmetlerin de aynı, benzer ve/veya ilişkili olduğu, malların aynı ticari kaynaktan geldikleri konusunda bağlantının ortalama tüketiciler tarafından kolaylıkla kurulabileceği, bu nedenle

hükümsüzlüğü talep edilen 2013 101692, 2014 23435 ve 2014 89950 sayılı markalar yönünden, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6/1. maddesi kapsamında hükümsüzlük şartlarının oluştuğu, davalılara ait markalar davacının ticaret unvanını içermediğinden hükümsüzlüğü talep edilen davalı markaları bakımından 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6(6) ve 25. maddeleri kapsamında hükümsüzlük şartlarının oluşmadığı, davalılar adına tescilli olup hükümsüzlüğü talep edilen 2013/101692, 2014/23435 ve 2014/89950 sayılı markalarla, davacı adına tescilli olan 124664, 138845, 138834, 141664, 76708, 143105, 143107, 143110, 143111, 161451, 181768, 188065, 102059, 98 015284, 202914, 99 016983, 2003 13684, 2006 33833, 2007 44445, 2007 60909, 2014 35085, 2014 102602 sayılı markalar arasında güçlü bir benzerlik olduğu, davacı markalarının sektöründe iyi bilinen markalardan olduğu, markalar arasında ilişkilendirilme ihtimali dahil karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğu, bu nedenle 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6(1), 6(4), 6(5) ve 25. maddeleri kapsamında hükümsüzlük şartlarının oluştuğu, Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliği'nin 02.10.2017 tarih ve 2017/7182 D.İş sayılı kararı ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2017/77129 sayılı kararı dikkate alındığında, dava dilekçesinde davacı markalarına tecavüz teşkil ettiği iddia edilen ürünlerle ilgili takipsizlik kararı verildiği ve ürünlerin iade edildiği, Ankara 3. FSHM'nin 2017/365 esas sayılı dava dosyası içerisinde de davacının hükümsüzlük talebi dışındaki talepleri olan markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, men'i, ref'i, maddi ve manevi tazminat istemlerinin ispatına yarayan bir delile ulaşılmadığı, bu nedenle de 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 29. maddesi kapsamında marka hakkına tecavüz fiillerinin oluşmadığı gerekçesiyle davacı ve davalılar vekillerinin istinaf başvurularının kabulü ile, Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 18/10/2018 gün ve 2017/379 E. - 2018/365 K. sayılı kararının kaldırılmasına, davanın kısmen kabulüne, davalılar adına tescilli 2013/101692, 2014/23435 ve 2014/89950 sayılı markaların hükümsüzlüğü ile sicilden terkinine, fazlaya ilişkin taleplerin reddine karar verilmiştir.

Karar, taraflar vekillerince temyiz edilmiştir.

1- İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK'nın 355 vd. maddeleri kapsamında yöntemince yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, dosya kapsamına göre saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK'nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına göre davalı vekilinin tüm temyiz istemlerinin reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davacı vekilinin temyiz istemine gelince, dava markanın hükümsüzlüğü ile marka hakkına tecavüzün tespiti ve men'i ile maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Somut olayda markalar arasındaki benzerlik düzeyi ve tescil kapsamı dikkate alındığında, Bölge Adliye Mahkemesince davalıya ait markaların hükümsüzlüğüne karar verilmesi isabetli olmuştur. Ancak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun "Önceki tarihli hakların etkisi" başlıklı 155. maddesinde yer alan "Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin

açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez.” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, davalının marka hakkına tecavüzün tespit ve men'i davasında, adına tescilli sonraki tarihli markanın bulunduğu savunmasını ileri sürmesi mümkün değildir.

Ülkemizin de tarafı olduğu 1994 tarihli TRIPS Sözleşmesinin 45. maddesi de gözetilerek Dairemiz yerleşik uygulamaları doğrultusunda, (Yüksek 11 Hukuk Dairesi 20.01.2012 tarih, 2011/15504 E. - 2012/540 K.) herhangi bir tescilli sınai mülkiyet hakkına tecavüz halinde, tecavüzün varlığının tespiti ve önlenmesi ile ref'i davalarında tecavüze konu malları ticari amaçla elinde bulunduranların kusurlu olması şartı aranmazken, maddi ve manevi tazminat davalarında mutlaka davalıların kusurlu, diğer bir anlatımla elinde bulunan malların tescilli bir sınai mülkiyet hakkına tecavüz niteliğinde olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir. Hangi hallerde tecavüz konusu malı elinde bulunduranların kusurlu olduğunun kabulü ise, bu kişilerin üretici veya üreticilerle sıkı irtibat halinde olan kişiler olup olmadığı, bu bir tescilli marka ise tecavüzlü mallar ile tescilli marka arasındaki benzerlik düzeyi, önceki markanın tanınmışlığı, sonraki markanın tescil olduğundan farklı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı ile tescilden önceki kullanım süresi ve niteliği gibi hususların dikkate alınması gerekir.

Somut olayda, mahkemece, marka hakkına tecavüzün tespiti ve önlenmesi ile tazminat istemlerinin reddine karar verilmiş ise de davalı tarafın üreterek piyasaya sunduğu ve Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliği'nin 2017/7182 sayılı Değişik İş kararı uyarınca Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2017/77129 sayılı soruşturma dosyasında bulunan, satışa arz edilen mallar ve bunların ambalajları ile yine davalıların “www.Poloclubfh.com” e-ticaret sitesinde kullanılan alan adı ile bu sitede satışa arz edilen mallarda kullanılan markalarla ilgili olarak yukarıdaki ilkeler doğrultusunda herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın Mahkemece, bağlayıcı olmayan takipsizlik kararına istinaden hatalı ve eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bu sebeple Bölge Adliye Mahkemesi kararının davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz isteminin kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesi kararının davacı yararına BOZULMASINA, HMK'nın 373/2. maddesi uyarınca dava dosyasının Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, aşağıda yazılı bakiye 26,30 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalılardan alınmasına, 24/05/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

4.

İstanbul BAM - 23. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2022/2394

Karar No.: 2022/2330

Karar tarihi: 25.10.2022

TÜRK MİLLETİ ADINA

İSTİNAF KARARI

DAVANIN KONUSU : Şikayet

Yukarıda ayrıntıları belirtilen mahkeme kararının süresi içinde istinafen incelenmesi davacılar tarafından talep edilmekle, görevlendirilen Üye Hakim tarafından hazırlanan rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra heyetçe yapılan müzakere sonucunda duruşma açılmaksızın gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı borçlular vekili dava dilekçesinde özetle; davalı/alacaklının Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2021/348 D. iş sayılı dosyası ile müvekkilleri aleyhine ihtiyati haciz talep ettiğini, mezkur ihtiyati haciz dosyasının öğrenilmesi ile birlikte müvekkilleri tarafından ihtiyati haciz dosyasına itiraz edildiğini, bunun üzerine davalı tarafın ihtiyati haciz yargılamasını beklemeksizin Bakırköy 2. İcra Müdürlüğü'nün 2021/14972 esas sayılı dosyası ile müvekkilleri aleyhine kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip başlattığını, takip dayanağı bono üzerinde yer alan imzanın müvekkillerinin murisine ait olmaması sebebiyle yasal süresi içerisinde borca ve imzaya itiraz edildiğini, müvekkillerinin itirazları üzerine Bakırköy 7. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2021/683 esas sayılı dosyası üzerinden takibin durdurulmasına karar verildiğini, yargılamanın devam ettiğini, Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından ihtiyati hacze itiraz üzerine yapılan yargılama neticesinde 15/12/2021 tarihli, 2021/348 D. İş esas ve 2021/390 D. İş karar sayılı kararı ile ihtiyati haczin reddine karar verildiğini, alacaklının kararı istinaf etmesi üzerine İstanbul BAM 43.Hukuk Dairesi'nin 24.02.2022 tarihli, 2022/283 esas, 2022/390 karar sayılı kararı ile ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak, 100.000,00-Amerikan Dolarının %15'i teminat karşılığında ihtiyati haciz kararı verildiğini, anılan kararda, kararın verildiği tarihten itibaren 10 gün içerisinde uygulanması talep edilmediği takdirde tedbir kararının kendiliğinden kalkacağına ihtar edildiğini, İİK'nın 261/1 maddesi gereğince ihtiyati haciz kararının infazının karar tarihinden itibaren 10 günlük yasal süre içerisinde istenmesinin zorunlu olduğunu, aksi halde ihtiyati haciz kararının kendiliğinden ortadan kalkacağına dair emredici hüküm bulunduğunu, mezkur ihtiyati haciz kararının uygulanmasına ilişkin son günün 07/03/2022 tarihi olduğunu, yerel mahkeme konumundaki Asliye Ticaret Mahkemesi'nin Bölge Adliye Mahkemesi kararları hakkında denetleme yahut görüş bildirme yetkisinin bulunmadığını, aksi düşüncenin hukuk güvenliği ve müvekkilinin kazanılmış hakkına açıkça müdahale niteliğinde olacağını, ilgili kesin nitelikteki Bölge Adliye Mahkemesi kararında icra müdürlüğüne, kararın uygulanma süresinin karar tarihinden itibaren 10 gün olduğuna dair talimat verilmiş olduğunu, alacaklının anılan yasal süre geçtikten sonra 09.03.2022 tarihinde ihtiyati haczin infazını istediğini, yasal süresi içerisinde infazı istenilmediği halde Bakırköy 2. İcra Müdürlüğü'nün, 09/03/2022 tarihinde kendisine ulaştırılan ihtiyati haciz ilamını İİK'nın 261/1 maddesi ile kesin nitelikteki Bölge

Adliye Mahkemesi kararı ve talimatı hilafına olacak şekilde kabul etmek sureti ile işleme almasında ve müvekkillerinin malvarlıklarına ihtiyati haciz tesis edilmiş olmasında hukuka uyarlılık bulunduğunu ileri sürerek icra müdürlüğünün ihtiyati haczin uygulanmasına dair 09/03/2022 tarihli kararın iptali ile tüm ihtiyati hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı alacaklı vekili cevap dilekçesinde özetle; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43.Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu ihtiyati haciz kararının infazını isteme süresinin başlangıç tarihinin, ilamın kendilerine tebliğ tarihi olduğunu, istinaf mahkemesi kararlarının verildiği, onaylandığı ve sisteme tarandığı tarih bilgisinin edinilmesinin, takip edilmesinin kendileri tarafından imkansız olduğunu, somut olayda; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43.Hukuk Dairesi'nin 24/02/2022 tarihinde verdiği kararın, 01/03/2022 tarihinde UYAP sistemine tarandığını ve aynı gün tebliğe çıkarıldığını, 06/03/2022 tarihinde tebliğ edildiğini, kararın tebliğe çıkarılmaması durumunda istinaf mahkemesinin teminata ilişkin tarafına verdiği 10 günlük süreden 5 gününü haberleri olmadan kullandırmamış olacağını, böylesi bir durumun da hak kaybına neden olacağını, duruşmasız olarak verilen kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren yasal süresi içerisinde teminat yatırılmak suretiyle 09.03.2022 tarihinde infaz talep edildiğinden, davacıların iddialarının yerinde olmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İlk derece Mahkemesi dosya üzerinde yaptığı inceleme sonucunda; alacaklı vekilinin 09/03/2022 tarihli talebi ile İstanbul BAM 43.Hukuk Dairesi'nin 2022/283 esas, 2022/209 karar sayılı kararı ile verilen ihtiyati haciz kararının uygulanmasını talep ettiği, icra müdürlüğünün 09/03/2022 tarihli kararı ile icra müdürlüklerinin mahkemelerin vermiş olduğu kararın tartışmasını yapamayacağı, bu nedenle İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 2022/283 Esas, 2022/209 Karar sayılı ihtiyati haciz kararının infazına karar verildiği, İİK'nın 261/1. maddesi uyarınca "Alacaklının, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren 10 gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinde kararın infazını istemeye mecbur olduğu, aksi halde ihtiyati haciz kararının kendiliğinden kalkacağı, somut uyuşmazlıkta çözüme kavuşturulması gereken sorunun, ilk derece mahkemesince ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiş olması ve itiraz üzerine istinaf mahkemesince verilen ihtiyati haciz kararı için 10 gün olan kararın yerine getirilmesi için gerekli olan sürenin hangi tarihten başlayacağı sorunu olduğu, her ne kadar İİK'nın 261. maddesi gereğince kararın verildiği tarihten itibaren 10 gün içerisinde yerine getirilmesi gerektiği düzenlemesi bulunmakta ise de, hukuk sisteminde istinaf mahkemelerinin 2016 yılından beri faaliyet göstermeye başladıkları, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun ise 1932 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiş olduğu, itiraz üzerine istinaf mahkemelerince verilecek olan ihtiyati haciz kararlarının hangi süre içerisinde yerine getirileceği konusunda açık bir düzenleme bulunmasa da emsal kararlar, Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenleme bulan hak arama hürriyeti gereğince sürenin talep edenin karardan haberdar olduğu tarihten başlaması gerektiğinin değerlendirildiği, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi ile yapılan yazışmada, 24/02/2022 tarihli ihtiyati haciz kararının taraflara tebliğ edilmediği, kararın Bakırköy 2 Asliye Ticaret Mahkemesince talep eden vekiline 06/03/2022 tarihinde tebliğ edildiği, talep eden vekilince 10 günlük

süresi içerisinde 09/03/2022 tarihinde ihtiyati haciz kararının icra müdürlüğüne sunularak kararın yerine getirilmesi talep edildiğinden icra müdürlüğünce ihtiyati haciz kararının yerine getirilmesinde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle şikayetin reddine karar vermiştir.

Davacı borçlular vekili istinaf dilekçesinde özetle; şikayet dilekçesinde yazılı iddia ve beyanları tekrar etmekle birlikte, mahkeme ve icra müdürlüğünün istinaf mahkemesi kararı ve kanunun açık hükmüne aykırı şekilde karar verdiğini, gerek kanunda gerekse ihtiyati haciz kararında infazın istenme süresinin açıkça kararın verildiği tarihten başlayacağını belirtildiğini, ihtiyati haciz kararının 24.02.2022 tarihinde verildiğini, infazın istenmesi gereken son tarihin 07.04.2022 olduğunu, alacaklının bu tarih geçtikten sonra 09.03.2022 tarihinde ihtiyati haciz kararının uygulanmasını istediğini, bu durumda kesin nitelikli istinaf kararına ve kanuna aykırı şekilde yasal süresi içerisinde infaz edilmediğinden icra müdürlük kararının ve ihtiyati haciz kararının kaldırılması gerekirken, şikayetin reddine karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek Mahkeme kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

Takip dosyası incelendiğinde; alacaklı vekilinin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43.Hukuk Dairesi'nin 24/02/2022 tarihli, 2022/283 esas ve 2022/209 karar sayılı ihtiyati haciz kararını, 09/03/2020 tarihinde icra dosyasına sunarak ihtiyati haczin infazını talep ettiği, icra müdürlüğünce aynı tarihli tensip tutanağı oluşturularak ihtiyati haciz kararının infazına başlandığı görülmüştür.

Dosyada mevcut İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43.Hukuk Dairesi'nin 24/02/2022 tarihli, 2022/283 esas ve 2022/209 karar sayılı ihtiyati haciz kararı incelendiğinde, karar tarihinin 24/02/2022, kararın yazım tarihinin 24/02/2022 olduğu görülmüştür. Dairemizce UYAP sistemi evrak işlem kütükleri üzerinde yapılan inceleme sonucunda da ihtiyati haciz kararının 01/03/2022 tarihinde tüm karar onay işlemlerinin tamamlandığı ve UYAP'a aktarılacak tarafların erişimine açık hale getirildiği görülmüştür. HMK'nın 359/1-g maddesinde, mahkeme kararında başkan, üye ve zabıt katibinin imzalarının bulunması gerektiği düzenlenmiştir. İlgili hakimler ve zabıt katibi tarafından karar, e-imza ile imzalanmadan ve karar onaylanmadan UYAP sisteminde karar işlemleri tamamlanmayacağından infazı mümkün bir karardan söz edilmesi mümkün değildir. Şikayete konu ihtiyati haciz ilamında karar tarihi 24/02/2022 olarak belirtilmiş ise de, bu tarihte kararın imzalanmadığı, kararın e-imza ve onay işlemlerinin tamamlandığı 01/03/2022 tarihi itibarıyla ihtiyati haczin infazının talep edilebilmesinin mümkün olduğu, davalı alacaklı vekili tarafından, 01/03/2022 tarihinden itibaren İİK'nın 261. maddesinde belirtilen 10 günlük süre içinde ihtiyati haciz kararının infazının usulüne uygun şekilde talep edildiği, bu nedenle icra müdürlüğünce verilen infaza başlanılmasına dair 09.03.2022 tarihli karar ile ilk derece mahkemesinin şikayetin reddine ilişkin kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığından, davacıların istinaf başvurusunun esastan reddine oy çokluğu ile karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM :

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Davacıların istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1-b-1. bendi gereğince ESASTAN REDDİNE,

2-İstinaf harçları peşin olarak alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

3-Davacılar tarafından yapılan istinaf giderlerinin kendileri üzerinde bırakılmasına,

4-İstinaf yargılaması sırasında duruşma açılmadığından, davalı yararına istinaf vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,

Dair, dosya üzerinden yapılan inceleme ve müzakere neticesinde HMK'nın 361/1. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren iki haftalık süre içerisinde temyiz yolu açık olmak üzere oy çokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY;

Uyuşmazlık, ihtiyati haciz kararının yasal süresi içerisinde infazının istenilip istenilmediği, buna göre ihtiyaten haczedilen mallar üzerindeki hacizlerin kaldırılması gerekip gerekmediğine ilişkindir.

İİK'nın 261/1. maddesi; "Alacaklı, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeye mecburdur. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkar." hükmünü içermektedir.

İhtiyati hacze dayanak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi'nin 2022/283 Esas, 2022/209 Karar sayılı, 24/02/2022 tarihli (24/02/2022 karar yazım tarihli) kararın 3. maddesi;"İİK'nın 261. maddesi uyarınca ihtiyati haciz kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren on gün içinde talep edilmediği takdirde, tedbir kararının kendiliğinden kalkacağına ihtarına," şeklindedir.

Görüldüğü üzere gerek Kanun'un açık hükmüne, gerekse ihtiyati haciz kararının içeriğine göre ihtiyati haciz kararının infazını isteme süresi "kararın verildiği tarihten" başlamaktadır.

Yasa koyucu, ihtiyati haczin niteliği ve ivedi olmasını dikkate alarak, infaza başlama süresini ihtiyati haciz kararının tebliğinden başlatmamış, müessesenin niteliği gereği kararın verildiği tarih olarak düzenlemiştir.

Ötedenberi yerel mahkemelerce verilen ihtiyati haciz kararının infazını talep süresinin kararın verildiği tarihten başladığı yönündeki uygulama yerleşik hale gelmiştir. Uygulamada yerel mahkemelerce verilen ihtiyati haciz kararının infazına başlama süresinin kararın verildiği tarihten başladığına hükmedilirken, istinaf mahkemesince verilen ihtiyati haciz kararının infazını talep süresinin tebliğden ya da kararın onaylandığı tarihten başlatılması, aynı hükmün yorum yoluyla mahkemeye göre farklılaştırılması sonucunu doğurur ki bu durum kanunun lafzına ve ruhuna aykırı düşer.

Her ne kadar kararın verilir verilmemesinin dahi taraflarca bilinmediği bir aşamada, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren infazını talep süresinin işlemeye başladığı yolundaki düzenleme eleştirilebilir olsa da, yasa hükmünün ve ihtiyati haciz kararında belirtilen infazı talep süresinin açıklığı, diğer taraftan istinaf mahkemesince verilen ihtiyati

haciz kararlarının infazını talep süresi bakımından ayrıksı bir düzenleme getirilmemiş olması karşısında, istinaf mahkemesince verilen ihtiyati haciz kararlarında da infazı isteme süresinin "kararın verildiği tarih"ten başladığının kabulü gerekir.

Ayrıca, ihtiyati haciz kararının icrası veya infazının denetimini yapan icra müdürlüğü, icra mahkemesi ve istinaf mahkemesi, tıpkı ilamların icrasında olduğu gibi ancak ve ancak ihtiyati haciz kararının içeriğini dikkate almak suretiyle denetim yapmak zorundadır. İhtiyati haciz kararının metni dışında ve kanunun lafzına aykırı olarak kararın ne zaman yazıldığı, onaylandığı ve Uyap'a aktarıldığı hususları araştırılarak sonuca gidilemez.

Somut olayda; ihtiyati haciz kararının verildiği tarih 24.02.2022 olup, alacaklı tarafça 09.03.2022 tarihinde infaz talep edilmiştir. İlk derece mahkemesince, Kanunda öngörülmediği halde infazı talep süresinin başlangıcı için ihtiyati haciz kararının tebliği koşulu gözetilerek değerlendirme yapılmak suretiyle sonuca gidilmesi doğru değildir.

O halde, alacaklı tarafça yasal süresi içerisinde ihtiyati haciz kararının infazı talep edilmediğinden, ilk derece mahkemesince şikayetin kabulü ile ihtiyaten haczedilen menkuller üzerindeki hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, şikayetin reddine karar verilmesi isabetsiz olduğundan, HMK'nın 353/1-b-2. bendi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, şikayetin kabulüne karar verilmesi gerektiği kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

5.

T.C. Yargıtay Başkanlığı - 9. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2015/7846

Karar No.: 2017/1980

Karar tarihi: 16.02.2017

MAHKEMESİ : İŞ MAHKEMESİ

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile ücret alacağı, prim alacağı, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, davalı tarafından haksız olarak 31/07/2008 tarihinde işten çıkarıldığını, davalı ile yaptığı 16/06/2006 tarihli iş akti ile 25/09/2006 tarihinde Sudi Arabistan'da işe başladığını, ... LTD. Şirketi'nin ... projesinde ve ... A.Ş.'nin ... projesinde çalıştığını, davalı ile davacının aylık net 2500 Amerikan Doları ücret üzerinde anlaşmalarına rağmen sadece ilk ayın maaşının ödendiğini, normal çalışma saatlerinin günde 8 haftada 6 gün, yani haftada 48 saat ve cuma günlerinin hafta tatil olması gerekirken herhangi bir mesaiye bağlı olmaksızın cuma günleri dahi iş olduğu sürece çalıştırıldığını, fazla mesai ve prim ücretlerinin ödenmediğini, kaldı ki iş aktine göre mesai ücretlerinin Ülkemizdekinden

daha yüksek olduğu Sudi Arabistan mevzuatına göre ödenmesi gerektiğini, davacının hafta tatili, dini-resmi bayram tatili, yıllık izin kullanmadığını ileri sürerek, 10000 TL. maaş ve prim, 100'er TL. kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarını istemiştir.

B)Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davacının davalıda hiç çalışmadığını, aralarında işçi-işveren ilişkisi bulunmadığını, davalıya husumet yöneltilemeyeceğini, davacının ... Şirketi'nde çalıştığını, bu Şirket'e davanın ihbarı gerektiğini, taleplerin zamanaşımına uğradığını, davacının çalıştığı Şirket'ten edindikleri bilgiye göre davacının hizmet süresinin iddia edilenden az olduğunu, bu durumun sigorta kayıtları ile yurda giriş ve çıkış kayıtlarından sabit olduğunu, edindikleri bilgiye göre ücrete ilişkin iddianın gerçeği yansıtmadığını, iddia edilenin çok altında bir ücret ile çalıştığını, ücretlerini alamadığı iddiasının gerçeğe ve hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, davacının bir yabancı ülkede bu kadar uzun süre maaş almadan çalışmasının imkansız olduğunu, işyerinde prim uygulaması olmadığını, fazla mesai ve hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil çalışması bulunmadığını, böyle bir çalışma şeklinin çalışılan ülke kanunlarına göre gerçekleştirilemeyeceğini, iş aktinin fesih şekli itibari ile kıdem ve ihbar tazminatlarını gerektirmediğini, yıllık izinlerini kullandığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C)Yerel Mahkeme kararının özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davacının SGK sicil dosyasından, dinlenen tanık beyanlarından, hükme esas alınan bilirkişi raporundan oluşan delillerin bir bütün halinde ele alınıp değerlendirilmesi sonucunda; davacının davalı şirkette belirsiz süreli iş akdi ile çalıştığı, daha sonra sözleşmesinin iş bitimi nedeniyle feshedildiği, yapılan feshin haklı ve geçerli nedenlere dayalı olarak yapıldığı yönünden davalı işverenlikçe yeterli delil sunulmadığından davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı, aldırılan 06/01/2014 tarihli bilirkişi raporunda davacının hak ettiği alacak miktarlarının İş hukuku ilkeleri çerçevesinde usulünce ve gerekçeleri de belirtilerek gösterildiği, hesaplama yönteminin mahkememizce de benimsendiği, bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin taraf vekillerince bir iddianın ortaya atılmadığı rapora yapılan eleştirilerin teknik boyutta kaldığı bu yönü ile mevcut raporun hüküm vermeye yeter nitelikte olduğu sonucuna varıldığından mevcut bilirkişi raporu doğrultusunda açılan davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmesi gerektiği, bilirkişi raporunda hesaplanan fazla mesai ücreti, bayram ve genel tatil ücretleri miktarlarından hayatın olağan akışı, davacının her zaman aynı tempoda ve sürede çalışamayacağı hususları dikkate alınarak % 30 civarında bir indirim yapılması öngörüldüğü gerekçesi ile yıllık izin haricindeki taleplerin kabulüne karar verilmiştir.

D)Temyiz:

Karar süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E)Gerekçe:

Anayasa'nın 138 ve 141. maddeleri uyarınca Hakimler, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler ve bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır. Bu gerekçede hukuki esaslara ve kurallara dayanmalı, nedenleri açıklanmalıdır.

Diğer taraftan 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK.'un 27. Maddesinde hukuki dinlenilme hakkı kurala bağlanmıştır. Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Hukuki Dinlenilme Hakkı” gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Mahkemeler, kararlarını somut ve açık bir şekilde gerekçelendirmek zorundadırlar. Eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılması adil yargılanma hakkının (hukukî dinlenilme hakkının), ihlâlidir.

HMK.'un 297. maddesinde de, verilecek hükümde tarafların iddia ve savunmalarının özetinin, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesinin, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin yer alması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Kararın gerekçesinde maddi olay saptanmalı, hukuki niteliği ve uygulanacak hukuki kurallar belirlenmeli, bu konuda gerekli inceleme ve delillerden söz edilmeli, hukuk kuralları somut olaya uygulanmalı ve sonunda hüküm kurulmalıdır. Maddi olgularla hüküm fıkrası arasındaki hukuki bağlantı da ancak bu şekilde kurulabilecek, ayrıca yasal unsurları taşıyan bu gerekçe sayesinde, kararların doğruluğunun denetlenebilmesi mümkün olacaktır.

Somut olayda Mahkemenin gerekçeli kararında dava dilekçesi kısaca özetlenmiş, taleplerin hangi alacak kalemlerine ilişkin olduğu ve miktarları belirtilmemiş, davalının savunmalarının ne olduğu yazılmadan, soyut biçimde “Davalı vekili cevap dilekçesinde ve yargılamadaki beyanlarında davanın yerinde olmadığını belirterek reddine karar verilmesini istemiştir” şeklinde bir açıklama yapılmış,

Gerekçe olarak “davacının SGK sicil dosyasından, dinlenen tanık beyanlarından, hükme esas alınan bilirkişi raporundan oluşan delillerin bir bütün halinde ele alınıp değerlendirilmesi sonucunda; davacının davalı şirkette belirsiz süreli iş akdi ile çalıştığı, daha sonra sözleşmesinin iş bitimi nedeniyle feshedildiği, yapılan feshin haklı ve geçerli nedenlere dayalı olarak yapıldığı yönünden davalı işverenlikçe yeterli delil sunulmadığından davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı, aldırılan 06/01/2014 tarihli bilirkişi raporunda davacının hak ettiği alacak miktarlarının İş hukuku ilkeleri çerçevesinde usulünce ve gerekçeleri de belirtilerek gösterildiği, hesaplama yönteminin mahkememizce de benimsendiği, bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin taraf vekillerince bir iddianın ortaya atılmadığı rapora yapılan eleştirilerin teknik boyutta kaldığı bu yönü ile mevcut raporun hüküm vermeye yeter nitelikte olduğu sonucuna varıldığından mevcut bilirkişi raporu doğrultusunda açılan davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmesi gerektiği, bilirkişi raporunda hesaplanan fazla mesai ücreti, bayram ve genel tatil ücretleri miktarlarından hayatın olağan akışı, davacının her zaman aynı tempoda ve sürede çalışamayacağı hususları dikkate alınarak % 30 civarında bir indirim yapılması öngörüldüğü gerekçesi ile yıllık izin haricindeki taleplerin kabulüne karar verilmiştir.” şeklinde bir açıklama yazılmıştır.

Mahkemenin gerekçeli kararı yukarıda içeriği belirtilen HMK. nun 297. Maddesine uygun değildir.

Mahkemece davacının iddiaları kısaca açıklanmış ise de, taleplerin hangi alacak kalemlerine ilişkin olduğu ve miktarları belirtilmemiş, davalının savunmalarının ne olduğu yazılmamış, anlaştıkları ve anlaşılmadıkları hususlar, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan deliller belirtilmemiş, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri açıklanmamış, feshin neden haksız olduğuna ilişkin dosyaya özgü gerekçe oluşturulmadığı gibi hüküm altına alınan alacakların hesabına esas unsurlar (hizmet süresi, ücret, çalışma saatleri vb.) açıklanmamış, bu alacakların kabul sebepleri belirtilmemiştir.

Kararın gerekçesi Mahkeme tarafından dosyaya özgü biçimde oluşturulmalıdır. Bilirkişi raporuna atıfta bulunularak gerekçe oluşturulamaz.

Sonuç olarak Mahkemenin gerekçeli kararının T.C. Anayasası' nın 141. Maddesinin amacına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 297 nci maddesine uygun olmadığı anlaşıldığından bozulması gerekmektedir.

F)Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarda yazılı sebeplerden BOZULMASINA, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, 16/02/2017 tarihinde oybirliği ile kabul edildi. HMK'nın 297. maddesi, hükümde tarafların iddia ve savunmalarının özetinin, anlaştıkları ve anlaşılmadıkları hususların, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesinin, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin yer alması gerektiğini belirtir.

Mahkemenin gerekçeli kararı, HMK'nın 297. maddesine uygun değildir çünkü taleplerin hangi alacak kalemlerine ilişkin olduğu ve miktarları belirtilmemiş, davalının savunmalarının ne olduğu yazılmamış, anlaştıkları ve anlaşılmadıkları hususlar, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan deliller belirtilmemiş, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri açıklanmamıştır.

Kararın gerekçesi Mahkeme tarafından dosyaya özgü biçimde oluşturulmalıdır ve bilirkişi raporuna atıfta bulunularak gerekçe oluşturulamaz.

Sonuç olarak, Mahkemenin gerekçeli kararı T.C. Anayasası'nın 141. Maddesinin amacına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 297 nci maddesine uygun değildir ve bozulması gerekir. Temyiz olunan kararın yukarıdaki sebeplerden dolayı BOZULMASINA karar verilmiştir.

6.

HGK., E. 2022/699 K. 2023/852 T. 27.09.2023

T.C. Yargıtay Başkanlığı - Hukuk Genel Kurulu

Esas No.: 2022/699

Karar No.: 2023/852

Karar tarihi: 27.09.2023

"İçtihat Metni"

MAHKEMESİ : Asliye Hukuk Mahkemesi

SAYISI : 2020/262 E., 2021/284 K.

KARAR : Davanın reddine

ÖZEL DAİRE KARARI : Yargıtay (Kapatılan) 13. Hukuk Dairesinin 06.07.2020 tarihli ve 2020/707 Esas, 2020/5811 Karar sayılı BOZMA kararı

1. Taraflar arasındaki tazminat davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen davanın reddine ilişkin karar her iki taraf vekilinin temyizi üzerine Yargıtay (kapatılan) 13. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) "Geçici Madde 3" hükmüne göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun'la değişikliği öncesi hâliyle 438 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince direnme kararlarının temyiz incelemesinde duruşma yapılamayacağından davacı vekilinin duruşma isteminin reddine 20.09.2023 tarihili birinci görüşmede oy birliğiyle karar verilip dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği düşünüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi

4. Davacılar vekili; müvekkillerinin İstanbul Büyükşehir Belediyesine bağlı İtfaiye Müdürlüğünde itfaiye grup amiri olarak çalışan murisi'ın, 13.02.1997 tarihinde Tuzla tersanesinde meydana gelen tanker yangınının söndürülmesi sırasında yanarak sonrasında vefat ettiğini, bu olay nedeniyle açılacak davaları takip etmek üzere davalı avukatın vekil olarak tayin edildiğini, davalının önce İstanbul 9. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1998/84 Esas sayılı dosyasında, murisin çalıştığı İstanbul Büyükşehir Belediyesi, yanan tanker sahibi ... Deniz İşletmeciliği ve Tankerciliği A.Ş. ve tersane sahibi ... Gemi İşletmeciliği Ltd. Şti. aleyhine dava açtığını ancak bu davada (11.09.1998 tarihinde) İstanbul Büyükşehir Belediyesi yönünden davanın idari yargıda görülmesi gerektiğinden bahisle görevsizlik, diğer davalılar yönünden ise yetkisizlik kararı verildiğini, davalının talebi üzerine dosyanın yetkili Pendik 3. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderildiğini, yapılan yargılama sonunda ... Deniz İşletmeciliği ve Tankerciliği A.Ş. ve ... Gemi İşletmeciliği Ltd. Şti. şirketleri hakkında açılan davanın da 01.07.1999 tarihli karar ile esastan reddedildiğini, kararın onanarak kesinleştiğini, davalının bunun üzerine İstanbul Büyükşehir Belediyesine karşı, İstanbul

4. İdare Mahkemesine dava açtığını, 2000/1372 Esas sayılı bu davanın da 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9 uncu maddesi gereğince görevsizlik kararını müteakip otuz gün içerisinde dava açılmadığı gerekçesiyle 28.06.2002 tarihli kararla reddedildiğini, davalı avukatın bu şekilde vekâlet görevini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle müvekkillerinin zarara uğradığını, zira diğer mağdurların davalarının Belediyenin hizmet kusuru nedeniyle kabul edildiğini, süresinde dava açılması hâlinde tazminat alabilecek iken müvekkillerinin davalının kusuru nedeniyle maddi ve manevi tazminat alacaklarından mahrum kaldıklarını, davalının bu zarardan sorumlu olduğunu ileri sürerek fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak üzere ... için 20.000,00 TL, Sena ... için 10.000,00 TL olmak üzere toplam 30.000,00 TL tazminatın, İdare Mahkemesine ait kararın kesinleştiği 16.06.2004 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiş; bilahare 31.08.2005 tarihli dilekçe ile talebini ıslah ederek 100.000,00 TL'ye yükseltmiş, 05.05.2009 tarihli duruşmada ise 100.000,00 TL tutarındaki talepleri içerisinde manevi tazminat isteminin de bulunduğunu beyan etmiştir.

Davalı Cevabı

5. Davalı; dava konusu tersane yangınıyla ilgili olarak on iki kişinin vekilliğini üstlendiğini ve çoğunun masraflarını da karşılamak suretiyle yıllarca süren davalarda görevini ifa ettiğini, vekilin kusuru iddiasına dayalı eldeki davada talebin, zararı doğuran olayı yani tanker kazasının yaşandığı tarihten itibaren 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 40 ıncı maddesinde öngörülen beş yıllık sürenin gerçekleşmiş olması nedeniyle zamanaşımına uğradığını, esas yönünden ise açılan tazminat davasında ret kararı verilmiş olmasında kendisine atfedilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığını, her ne kadar görevsizlik kararından sonra öngörülen sürede dava açılmadığından bahisle idare mahkemesi davayı reddetmiş ise de bu kararın doğru olmadığını, idari yargı davaları için geçerli beş yıllık sürenin davanın açıldığı tarihte henüz dolmadığını, buna rağmen yargı mercilerinin kararı onadığını, davanın geç açılmasına davacıların bu yöndeki talimatı geç vermesi ve yargılama masraflarını geç ödemesinin sebep olduğunu, kendisinden talep edilen tazminat miktarının haksız ve orantısız olduğu gibi davacılara olay nedeniyle maaş bağlanıp aynı ve nakdi yardımlar yapıldığını, gerek yardımlar gerekse karşılıksız verilen daire ve diğer ödemelerin davacıların kaza nedeniyle ... zararını karşıladığını, dolayısıyla herhangi bir zarara da uğramadıklarını belirterek davanın reddini savunmuştur. Davalının karşı dava olarak ileri sürdüğü alacak istemi yargılama sürecinde takipsiz bırakılarak uyuşmazlık konusu olmaktan çıkmıştır.

İlk Derece Mahkemesi Kararı

6. İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesinin 09.06.2009 tarihli ve 2006/346 Esas, 2009/143 Karar sayılı ilk kararıyla; davalının vekâlet görevini ifa sırasında kusurunun bulunmadığı, idari yargıda açılan davanın hak düşürücü süre yönünden reddinin bu konudaki farklı içtihat ve görüşlerden kaynaklandığı, aksi düşünülse dahi davacı tarafça süresinde harç ikmal edilmediği için davanın geç açıldığı gözetildiğinde davalının tazminat sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılacağı yönündeki 17.03.2008 tarihli bilirkişi raporuna dayanılarak asıl davanın esastan, karşı davanın ise takip edilmediği gerekçesiyle usulden reddine karar verilmiştir.

7. Kararın davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan)

13. Hukuk Dairesi 12.04.2011 tarihli ve 2010/10491 Esas, 2011/5586 Karar sayılı ilk bozma kararıyla; adli yargıda verilen görevsizlik kararından sonra kanunun öngördüğü sürede idari yargıda dava açmayan davalı avukatın, bu davanın kendi kusuru nedeniyle kaybedilmesinden dolayı müvekkillerinin uğradığı zarardan sorumlu olduğu, davacıların uğradığı zarar miktarı ve davalının sorumlu olduğu tutar belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken mahkemece aksi düşüncelerle davanın reddine karar verilmesinin yerinde olmadığı gerekçesiyle hüküm bozulmuştur.

8. Bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonunda İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 29.05.2018 tarihli ve 2011/482 Esas, 2018/288 Karar sayılı ikinci kararı ile; bilirkişiler marifetiyle desteklerinin ölümü nedeniyle davacıların uğradıkları zararın hesaplandığı, bu meblağdan, desteğin işvereni İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından davacılara verilen daire bedeli ile itfaiye müdürlüğü tarafından yapılan yardımların düşülmesi gerektiği, zira bu ödemelerin zararlandırıcı olayla bağlantılı olup 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55 inci maddesi anlamında ifa amacıyla yapılan yardımlar olduğu, idare mahkemesinde açılan davanın davalısı Belediyenin ödeyeceği tazminatı bu yardımlarla karşıladığı, ifa amaçlı olduğu kabul edilen bu ödemelerin güncellenmiş değerinin davacıların zararından fazla olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Özel Daire Bozma Kararı

9. Yukarıda belirtilen karara karşı süresi içinde her iki taraf vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

10. Yargıtay (Kapatılan) 13. Hukuk Dairesinin 06.07.2020 tarihli ve 2020/707 Esas, 2020/5811 Karar sayılı kararı ile; "...1-Davacı, dava dışı İstanbul Büyükşehir Belediyesi İtfaiye Müdürlüğünde çalışmakta olan eşinin, Tuzla Tersanesinde meydana gelen tanker yangınının söndürülmesi sırasında 13.2.1997 tarihinde vefat ettiği olaya ilişkin sorumlular hakkında dava açmak üzere kendisi ve velayeten kızı adına davalı avukata vekalet verdiğini, ancak davalı tarafından İstanbul Büyükşehir Belediyesi hakkında süresinde dava açılmayarak zarara uğramalarına neden olduğunu ileri sürerek tazminat talebi ile eldeki davayı açmıştır. Davalı davanın reddini dilemiş; Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Kararın davacı tarafından temyizi üzerine Dairemizin 12.4.2011 tarih ve 2010/10491 E. - 2011/5586 K. sayılı ilamı ile vekalet görevini özenle ve gereği gibi yerine getirmeyen ve buna bağlı olarak da müvekkilinin zararına neden olan davalı avukatın, davacıya karşı sorumlu olduğu, mahkemece davacının uğradığı ve davalının sorumlu tutulabileceği zarar miktarı belirlenerek, sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile kararın bozulmasına karar verilmiştir. Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde bilirkişi raporu ile davacı eş ...'ın nihai gerçek maddi zararının 421.351.73 TL olduğunun, davacı kızı Sena ...'ın ise 80.570.82 TL'den ibaret olduğunun bildirildiği, davacılara yapılan maddi yardımların güncellenmiş değerlerinin tespiti açısından alınan birikişi raporuna göre İBB tarafından davacılara verilen taşınmazın 2017 yılı itibarıyla rayiç değerinin 330.000.00 TL olduğu, verildiği tarihten rapor tarihine kadar getireceği kira bedeli ve faizinin 262.862.815 TL olduğunun bildirildiği, 12/3/2018 tarihli ek raporlarında da davacılara yapılan ölüm yardımı ve nakti yardımların 2017 yılı itibarıyla denkleştirici

adalet kurallarına göre miktarının 194.254.30 TL olduğunun ifade edildiği, raporlardan da anlaşılacağı üzere davacılara yapılan ve TBK 55. maddesi uyarınca uğranılan zarardan tenzili gereken ifa amaçlı olduğu kabul edilen ödemelerin miktarının davacıların uğradıkları zarardan fazla olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

6098 sayılı TBK'nun 55. maddesinde destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği, zarar veya tazminattan indirilemeyeceği öngörülmüştür. Her ne kadar TBK'nun 55. maddesi olay tarihi itibarı ile yürürlükte olmadığından somut olaya uygulanması mümkün değilse de, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre de ifa amacı taşımayan ödemelerin destekten yoksun kalma tazminatı(n)dan indirilmesi mümkün olmadığından, davacıların uğradıkları zararlardan indirim yapıp yapılamayacağının tespitinde, yapılan yardım ya da ödemenin ifa amacı taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre, zarar gören ya da üçüncü kişi tarafından ödeme kastı dışında kalan saiklerle yapılan ödemelerin ifa amacı taşımadığının kabulü gerekir. Zarar veren tarafından yapılan ödemenin kural olarak ifa kastı ile yapıldığı kabul edilebilirse de, üçüncü kişi tarafından yapılan ödemelerde bu kişinin amacının ne olduğuna bakılmalı, zarar verenin borcunu tazmin amacı ile hareket ettiği sonucuna varılması halinde ifa amacının bulunduğu kabul edilerek tazminattan indirim yapılmalıdır. Bu açıklamalardan sonra somut olaya bakıldığında, mahkemece İBB tarafından davacılara verilen taşınmaz ile bu taşınmazın kira getirisi ve faizinin, ayrıca ölüm yardımı ve nakdi yardımların destekten yoksun kalma tazminatından indirildiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, davacılara verilen ev İtfaiye Vakfı İktisadi İşletmesi tarafından satın alındığı gibi mahkemece indirim konusu yapılan nakdi yardımların da aynı vakfın organizatörlüğünde üçüncü kişilerden toplanan toplam 5.382.500.000 TL olduğu anlaşılmaktadır. Üçüncü kişilerden toplanan yardımlar İstanbul Büyükşehir Belediyesinin tazmin borcunun ifası amacıyla değil, yardım ya da bağış amacıyla yapılmış olduğundan bunların davacıların destekten yoksun kalma tazminatı alacağından indirilmesi hatalıdır. Mahkemece, İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından verildiği kabul edilen eve gelince, dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden söz konusu evin belediye başkanının talimatı ile mesken ve gecekondü müdürlüğü tarafından tahsisinin yapıldığı, tahsis edilen dairenin ödemesinin ise İtfaiye Vakfı İktisadi İşletmesi tarafından yapılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. O halde ödemesi İtfaiye Vakfı İktisadi İşletmesi tarafından yapılan evin, İstanbul Büyükşehir Belediyesinin tazminat borcunu ödemek amacıyla mı yoksa yardım amacıyla mı yapıldığının değerlendirilmesi, tazminat borcunun ödenmesi amacıyla yapıldığı sonucuna varılması halinde destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi gerekmektedir. O halde Mahkemece, tazminat sorumlusu dışındaki üçüncü kişiler tarafından yapılan yardım ve bağışların ifa amacı taşımadığı kabul edilerek destekten yoksun kalma tazminatından indirilmemesi, ev bakımından ise İtfaiye Vakfı İktisadi İşletmesi tarafından ödenmiş olduğu gözetilerek ifa amacı taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesinden sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yardımların zararlandırıcı olayla bağlantılı olduğu, zararlandırıcı olay olmasaydı yardımların yapılmasının söz konusu olmayacağı

ve yardımları yapanın desteğin işvereni İBB ve itfaiye müdürlüğü olduğu gerekçesi ile destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi usul ve yasaya yakırı (-aykırı-) olup, bozmayı gerektirir.

2-Öte yandan, davacı dava dilekçesinde davalı avukatın süresinde dava açmayarak kendisinin ve çocuğunun maddi ve manevi tazminat alamamasına neden olduğunu ifade etmiş, talep sonucunda ise toplam zararının tazminini istemiştir. Davalı avukat tarafından idari yargıda açılan davada da maddi ve manevi tazminat talep edilmiştir. Buna göre davacının gerçek zararının belirlenmesinde maddi tazminat miktarının yanında idari yargıda talep konusu olan manevi tazminat miktarının da gözetilmesi gerekirken, eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Bozma nedenine göre davacının sair, davalının tüm temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir...” gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı

Mahkemenin 18.11.2021 tarihli ve 2020/262 Esas, 2021/284 Karar sayılı kararı ile; yapılan ayni ve nakdi ödemelerin tamamının ifa amacı taşıdığı yönündeki ilk karar gerekçesi yanında, davacıların gerek dava gerekse ıslah dilekçelerinde davalıdan manevi tazminat talep etmedikleri, idare mahkemesinde manevi tazminat istenmiş olmasının bu dava dosyasında da manevi tazminat talebinde bulunulduğunu kabule yeterli olmayacağı belirtilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi

Direnme kararı süresi içinde davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

13. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; miras bırakanlarının vefatı nedeniyle davacıların uğradığı maddi ve manevi zararlarının tazmini amacıyla davalı avukat eliyle üçüncü kişi (İstanbul Büyükşehir Belediyesi) aleyhine açılan davanın, davalının vekâlet görevini gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle ret ile sonuçlandığı ve davalının bundan ... zarardan sorumlu olduğunun Mahkeme ve Özel Daire arasında çekişmesiz olduğu olayda;

1-Davalının sorumlu olduğu tazminat miktarının tespitinde ölüme sebep olan olay nedeniyle davacılar yapılan nakdi ödemelerin ve verilen evin tazmin borçlusu Belediyenin borcunu ifa amacıyla yapıldığının ve bu nedenle tazminat miktarından indirilmesi gerektiğinin kabul edilip edilemeyeceği, davacılar verilen ev bedelinin Belediye değil İtfaiye Vakfınca ödendiği gözetilerek Mahkemece yeniden bir değerlendirme yapılmasının gerekip gerekmediği,

2-Davacıların dava konusuyla ilgili talep ve açıklamaları dikkate alındığında; davalı avukattan talep edilen tazminat alacağı içerisinde manevi tazminatla ilgili tutarının da bulunduğu kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

(1) numaralı uyuşmazlık yönünden yapılan inceleme:

14. Davaya konu tazminat isteminin dayanağı vekâlet görevinin gereği gibi ifa

edilmemesi nedeniyle zarara uğranıldığı iddiasıdır.

15. Davacılar, murislerinin itfaiye eri olarak çalışmaktayken Tuzla Tersanesinde çıkan yangına müdahale sırasında yanarak vefat etmesi nedeniyle tazminat taleplerinin tahsili amacıyla vekil olarak davalı avukatı tayin etmişler ve davalı, idari yargıda dava dışı İstanbul Büyükşehir Belediyesine karşı maddi-manevi tazminat davası açmış ancak bu dava hak düşürücü sürede açılmaması nedeniyle reddedilmiş, karar onanarak kesinleşmiştir.

16. Yargılama sürecinde davalı avukatın somut olayda uygulanması gereken mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 386 ve devamı maddelerinde [6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), md. 502 vd.] düzenlenmiş olan vekâlet sözleşmesinden ... edimini ifada kusurlu davrandığı ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34 üncü maddesindeki yükümlülüklerle aykırı gelerek davacıların zararına sebep olduğu hususu Mahkeme ve Özel Daire arasında çekişmesiz hâle gelmiştir.

17. Davacılar, davalı avukatın özen borcuna aykırılığı nedeniyle ret ile sonuçlanmış dava sonucunda elde etmek istedikleri tazminattan mahrum kaldıklarından o davada talep ettikleri tazminat istemlerini bu kez zarar olarak davalı avukata yönlendirmişlerdir.

18. Avukatın sözleşmeye aykırılık nedeniyle ... zararı tazmin borcu, borçlar hukukunun borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerinde karşılık bulur ve BK'nın genel borç ilişkilerinde borcun ifa edilmemesi hâlinde borçlunun sorumluluğunu düzenleyen 98 inci maddesi gereği (TBK, md. 114) borçlu, genel itibarıyla her kusurdan sorumludur. Yine, bu sorumlulukta aynı maddenin ikinci fıkrası gereği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler (BK md. 41 vd., TBK md. 49 vd.) göz önünde tutulacağından haksız/hukuka aykırı fiilin, bu fiil ile illiyet bağı içerisinde bir zarar doğması aranır ve şayet bu şartlar mevcut olup avukatın özen borcuna aykırılığı müvekkil davacı tarafından ispat edilmiş ise hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirlemelidir (BK md. 42, TBK md. 50).

19. Bu sorumluluğun tespitinde; şayet vekâlet görevi gereği gibi ifa edilseydi dava yahut takip edilen iş, konuyla ilgili mevzuat ve emsal içtihatlar ile dosya kapsamında sunulan delillere göre hangi netice ile sonuçlanacak idiyse o durumun esas alınması gerekir. Zira avukatın kusurlu eylemi olmasaydı dahi takip edilen iş aynı şekilde sonuçlanacak nitelikteyse avukatın eylemine bağlı olarak doğmuş bir zararın varlığından bahsedilemeyecektir.

20. Davacıların kaybettikleri davada ileri sürdükleri destekten yoksun kalmaya ilişkin tazminat taleplerinden davalı avukatın sorumlu olduğu hususu gerek Mahkeme gerekse Özel Daire tarafından kabul edilmiş ve Hukuk Genel Kurulunun incelemesi dışında kalmışsa da şu hususu açıklığa kavuşturmakta fayda vardır: Elbette ki burada avukatın sorumluluğu bizatihi davacıların miras bırakanının vefatıyla sonuçlanan eylemden doğmaz ve avukat 818 sayılı Kanun'un 45 ve devam eden maddeleri anlamında ölüme bağlı tazminatın doğrudan muhatabı değildir; sorumluluk, avukatın bu tazminat alacağına kavuşulmasına engel olan kusuruna dayalıdır ve bu kusur nedeniyle davacılar için zarar kavramı artık avukatın sözleşmeden ... tazmin sorumluluğu görünümüne dönüştüğü gözden kaçırılmamalıdır.

21. Bu çerçevede yapılacak değerlendirmede; davacıların söz konusu yangında

miras bırakanlarını kaybetmelerinden ... zararları, vekilin takip ettiği davada alınacak sonuca bağlı kalmaksızın tazmin sorumluları tarafından kısmen yahut tamamen tatmin edilmiş ise, başka bir anlatımla ölümlerle neticelenen vakiadan asıl sorumlu olan kişi, bundan ... borcunun bir bölümü veya tamamını ifa etmişse bu durumun vekilin sorumlu olduğu meblağın tespitinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.

22. Davacılar adına idari yargıda açılan ve davalı avukatın kusuru nedeniyle kaybedilen davada, zarar doğuran eylemin sorumlusu olarak husumet, müteveffanın çalıştığı itfaiye teşkilatının bağlı bulunduğu İstanbul Büyükşehir Belediyesine yönlendirilmiştir. Yani ilk hâli/görünümüyle zararı tazmin borçlusu anılan Belediyedir.

23. Dava dışı Belediye söz konusu elim olaydan hemen sonra, kendisinin bu konudaki yasal yetkileri sınırlı olduğundan İtfaiye Vakfını devreye soktuklarını ve zarar gören itfaiyeciler ve yakınlarına aynı ve nakdi şekilde destek olunduğunu savunmuş, Mahkeme ise yapılan aynı ve nakdi yardımları araştırarak bunların asıl borçlunun borcunu ifa amacıyla yapıldığı ve 6098 sayılı Kanun'un 55 inci maddesi gereği bu ödemelerin zarar hesabında tazminattan indirilmesi gerektiği değerlendirmesinde bulunmuştur.

24. Uyuşmazlıkta asıl çözümlenmesi gereken şey de bu ödemelerin Belediyenin edim borcunu ifa mahiyeti taşıyıp taşımadığıdır.

25. Türk Borçlar Kanunu'nda ölüm ve bedensel zararlar hâlinde tazmin sorumluluğunun kapsamı 53-56 ncı maddeler arasında düzenlenmiş ve 55 inci maddede BK'da yer almayan yeni bir hüküm getirilerek bu kapsamdaki bir tazminatın nasıl hesaplanacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre "...ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez".

26. Yürürlük tarihi itibarıyla bu hüküm somut olayda uygulanamazsa da, bu husus mülga Kanun döneminde de içtihatlarla uygulanan bir ilkedir.

27. Bu bağlamda, tazmin borcu yükü altında olan zarar verenin zarar görene yaptığı ödemelerin kural olarak borcunu ifa amacıyla yapıldığı kabul edilir; zira hayatın olağan akışında bir kimsenin hâlihazırda ödenmemiş borcu varken borçlusuna bağış gibi saiklerle ödeme yapması beklenmez. Edim borçlusu dışında üçüncü kişilerin yaptığı ödemelerde ise aslolan bunların bağımsız olmasıdır; ancak elbette ki aksi, yani bir başkasını borcundan kurtarmak amacıyla ödeme yapılması da mümkündür. Bu hâlde üçüncü kişinin iradesinin ne olduğu ispat kuralları çerçevesine ortaya konulmalıdır.

28. Dosya kapsamında sunulan delillerden tersane patlamasından sonra yangında zarar gören kişilerin ve ailelerinin mağduriyetlerinin kamu oyunda geniş yankı uyandırdığı ve hem gönüllü kişi ve kuruluşlar hem de ilgili kurum ve kuruluşlarca mağdurlara yardım ulaştırılmak istendiği anlaşılmaktadır.

29. Mahkemece yapılan araştırma sonucunda 15.02.2006 tarihli müzekkere cevabına göre İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından, 06.03.2006 tarihli müzekkere cevabına göre İtfaiye Vakfı tarafından, 05.01.2007 tarihli müzekkere cevabına göre de Türkiye İtfaiyeciler Birliği tarafından davacılar nakdi birtakım yardımlar yapıldığı tespit edilerek bu gibi nakdi ödemelerin ölüm olayı nedeniyle ve onunla illiyet bağı içerisinde, zararı tazmin amacıyla yapıldığı kabul edilmiş ve zarar hesabında indirim nedeni olarak kabul edilmiştir.

30. Oysa Özel Daire kararında işaret edildiği üzere gerek bizatihi İstanbul Büyükşehir Belediyesi gerekse diğer kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan bu nakdi desteklerin tamamında yardım amacıyla yapıldıkları açıkça belirtilmiştir. Vatandaşların gönüllü olarak bağış kampanyalarıyla topladığı yardımların da Büyükşehir Beldiyesini tazmin borcundan kurtarmak için yapılmadığı, yardımın zarar vereni değil zarar göreni olay nedeniyle içine düştüğü maddi zorluklardan bir nebze olsun kurtarmak amacıyla yapıldığı açıktır. Buna rağmen aksi yöndeki bir değerlendirmeye nakdi yardımların ifa amaçlı ödeme olarak kabul edilmesi ve davalı avukatın sorumluluğunun hesabında tazminat miktarından indirilmesi hukuka aykırıdır. Bu yönden Özel Daire kararına uyulması gerekirken direnme kararı verilmiş olması hatalıdır.

31. Bu tespitten sonra davacılara önce tahsis sonrasında da tapuda devir ve temlik edilen taşınmaz yönünden inceleme yapılmalıdır.

32. Yukarıda değinildiği üzere, borçlunun alacaklısına yaptığı bir ödeme, aksi belirtilmedikçe, öncelikle borca mahsuben yapılmış bir ödeme olarak kabul edilmelidir. Yangından hemen sonra o dönemki Büyükşehir Belediye Başkanı'nın yangında vefat eden itfaiye erlerinin ailelerine birer daire verilmesi yönünde sözlü talimat verdiği, bu talimat doğrultusunda Belediyenin iştirakleri tarafından yapılmış olan İkitelli Konutlarından ölen itfaiye erlerinin ailelerine birer daire tahsis edildiği, Vakfa ait karar defterinin 10.05.1999 tarihli tutanağına göre Belediye Başkanı'nın talimatı çerçevesinde ödemenin Vakıf eliyle yapılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Üçüncü kişiler tarafından karşılıksız yapılan yardımların bundan ayrı şekilde toplanarak davacılara verilmiş olduğu da dikkate alındığında, zarardan sorumlu olan Belediye adına yapılan bu tahsis ve ödeme herhangi bir yardım yahut bağış olarak nitelendirilemez; borcu ifa amacıyla yapıldığı ve davalı avukatın tazmin sorumluluğunda göz önünde tutulması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre, Mahkeme kararında taşınmaz bedelinin belediye tarafından ödendiği şeklinde ibare bulunmasının da esasa etkisi olmadığından Özel Daire kararında gösterilen şekilde Mahkemece yeniden bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

33. Hâl böyle olunca davacılara tahsis ve temlik edilen taşınmaz yönünden direnme gerekçesi haklı ve yerinde olup davacılar vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddi gerekir.

(2) numaralı uyuşmazlık yönünden yapılan inceleme:

34. Mahkemece somut olayda davalı avukata karşı usulüne uygun şekilde ileri sürülmüş bir manevi tazminat davasının bulunmadığından bahisle Özel Dairenin 2 numaralı bozma nedenine direnilmiş ve ret ile sonuçlanan davadaki manevi tazminat istemi yönünden eldeki davada herhangi bir değerlendirme yapmamıştır.

35. Oysa ki gerek dava dilekçesi gerekse aşamalarındaki açıklamalarında açıkça ifade ettikleri üzere davacılar; davalı avukatın özen borcuna aykırılığı nedeniyle ret ile sonuçlanmış dava sonucunda elde etmek istedikleri tazminattan mahrum kaldıklarından o davada talep ettikleri destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat istemlerini zarar olarak davalı avukata yönlendirmişlerdir. Böyle bir iddiada avukatın sorumluluğu ölüm nedeniyle duyulan manevi ızdırabın tazmini değildir, zira ölümün ve bundan ... zararın sorumlusu davalı avukat değildir. Yukarıda yirminci bentte de değinildiği üzere;

dava dilekçesinde bahsi geçen manevi tazminat isteği BK'nın 47 nci maddesi çerçevesinde ileri sürülmüş bir talep değil, bu madde çerçevesinde hak edildiği hâlde davalının kusuru nedeniyle elde edemedikleri maddi bir zarar hâline dönüşmüş bir tazminat alacağıdır ve özen borcunu ihlâl eden avukatın sorumluluğu çerçevesinde idari yargıdaki dava ret ile sonuçlanmasaydı davacıların elde edebileceği manevi tazminat miktarı (on dokuzuncu bentte açıklanan usul dairesinde yapılacak değerlendirmeye) takdir edilerek sonucuna göre karar verilmelidir.

36. Aksi yönde, hatalı bir değerlendirmeye verilen direnme kararı bu açıdan da usul ve yasaya aykırıdır.

37. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde; nakdi yardımların davalının sorumlu olduğu tazminat hesabında dikkate alınamayacağı ve kaybedilen davada istenen manevi tazminatın eldeki davada davalı avukattan talep edilen maddi tazminat içerisinde kaldığı konusunda Kurul çoğunluğuyla hemfikir olunmakla birlikte, davacılara verilen taşınmaz yönünden, Özel Daire kararında gösterilen şekilde, ödemeyi yapan kişinin bizatihi belediye değil İtfaiye Vakfı olduğu üzerinde durarak gerekirse aralarındaki bağlantıyı net bir şekilde ortaya koyabilmek için araştırma yapılmasının yerinde olacağı, kararın bu yönden Daire bozmasında açıklanan gerekçelerle bozulması gerektiği görüşüyle, taşınmaz devrinin Belediyenin borcunu ifa amacıyla yapıldığının kabul edilemeyeceği, bunun İtfaiye Vakfı tarafından tıpkı diğer nakdi yardımlar gibi yapılmış bir bağış olduğu ve Belediyenin borcundan mahsup edilmesi mümkün olmadığına göre davalı avukatın sorumlu olduğu tazminat miktarı yönünden bir indirim nedeni olmayacağı, bu kabule göre de Özel Daire kararında gösterilen şekilde bedeli ödeyen kişinin Vakıf olduğu üzerinde durularak yeniden bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmadığı, hükmün belirtilen bu sebeplerle (çoğunluk görüşünden farklı) değişik gerekçeyle bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüşler yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

38. Diğer taraftan, dava tarihi 18.05.2005 olmasına rağmen direnmeye ilişkin gerekçeli karar başlığında bu tarihin 04.11.2011 olarak gösterilmesinin mahallinde her zaman giderilebilir nitelikte olduğu ve maddi hata teşkil etmesi nedeniyle ayrıca bozma nedeni yapılmadığı da belirtilmelidir.

39. Hâl böyle olunca direnme kararının açıklanan değişik gerekçe ve nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

IV. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

(1) numaralı uyuşmazlık yönünden davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabul, kısmen reddi ile direnme kararının açıklanan (§14-33) değişik gerekçe ve nedenlerle, (2) numaralı uyuşmazlık yönünden davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararın Özel Daire kararında gösterilen ve yukarıda açıklanan (§34-38) nedenlerle 6217 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" hükmü gereğince uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429 uncu maddesi gereğince direnme kararının

BOZULMASINA,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440 ncı maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere,

27.09.2023 tarihinde yapılan ikinci görüşmede (1) numaralı uyumsuzluk yönünden oy çokluğu, (2) numaralı uyumsuzluk yönünden oy birliğiyle karar verildi.

"KARŞIOY"

1. Dava avukat olan vekilin vekâlet görevini kusurlu ifası nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir.

2. Davacıların mirasbakanının 1997 yılında gerçekleşen Tuzla Tershanesi patlamasına itfaiye eri olarak müdahale sırasında vefat etmesi sonrasında sorumlular aleyhine açılacak davaları takip etmek üzere davalı avukat vekil olarak tayin edilmiştir. Davalı avukatın ölüm nedeniyle ... zarardan sorumlu olduğu iddiasıyla dava dışı İstanbul Büyükşehir Belediyesi aleyhine açtığı dava, hak düşürücü süre gerçekleştiği için reddedilmiş ve karar onanarak kesinleşmiştir.

3. Bu durum nedeniyle davacılar Belediye'ye karşı ileri sürdükleri maddi ve manevi tazminat alacaklarına kavuşma imkânını kaybetmiş olup davalı avukatın bundan ... zarardan sorumlu olduğu hususu yargılama sürecinde Mahkeme ve Özel Daire arasında çekişmesiz hâle gelmiştir.

4. Hukuk Genel Kurulunun incelemesi yalnızca davalı avukatın sorumlu olduğu zararın tespitinde davacılar verilen ev ve nakdi ödemelerin göz önünde tutulup tutulamayacağı, bu çerçevede belirlenecek zarar kapsamında manevi tazminat isteminin de olup olmadığı hususuna ilişkindir. Kurul, davacılar yapılan nakdi ödemelerin bağış niteliğinde olmakla borçlunun borcunu ifa mahiyetinde sayılamayacağından tazminat hesabında göz önünde bulundurulamayacağı ve yine bu tazminat tutarı içerisinde davalının kusuruyla kaybedilen davada istenen manevi tazminat alacağının da bulunduğu konusunda hemfikirdir.

5. Ne var ki davacılar tahsis ve temlik edilen ev yönünden Genel Kurulun saygıdeğer çoğunluğuyla aynı görüşü paylaşmam mümkün olmamıştır.

6. Zira; söz konusu evin davalı avukatın tazmin borcunda göz önünde tutulabilmesi için ölüm nedeniyle sorumlu olan dava dışı Belediye açısından doğmuş bir borcun ifası amacıyla verildiğinin açıkça ortaya konulması gerekir. Şayet ödeme, bu borçlunun borcunu ifa amacı taşımıyorsa zararın belirlenmesinde bu hususun tazminattan indirim sebebi olarak göz önünde tutulamayacağı yerleşik içtihatlarla sabittir.

7. Oysa somut olayda davacılar temlik edilen ev bedeli Belediye tarafından değil, İtfaiye Vakfı tarafından karşılanmıştır. Bu noktada dava dışı Belediye ile İtfaiye Vakfının ayrı tüzel kişilikler olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla Vakfın yaptığı bir ödeme doğrudan Belediyenin ödemesi olarak kabul edilemez.

8. İtfaiye Vakfının Belediye adına (daha genel bir anlatımla üçüncü kişi yararına) ödeme yapması elbette mümkündür. Ancak bunun için ödemenin Belediyenin borcuna karşılık yapıldığının sabit olması gerekir. Oysa dosya kapsamında sunulan deliller bu hususu

açıkça ortaya koymaya yeterli değildir. Belediyenin ölümden sorumlu olup olmadığı, zarar miktarı, kusur durumu ve tazmin ile sorumlu olunan miktar henüz karşı tarafla varılmış bir sulh, borçlunun açık kabulü ya da yargılama sonucunda tespit olunmuş bir değer üzerinden belirlenmemişken yani sorumluluk tutarı ortaya çıkmamışken mağdurlara Belediyenin sorumlu olduğu zararı karşılamak, Belediyeyi borcundan kurtarmak amacıyla ev verildiği de düşünülemez. Tam tersine Belediye, aleyhine açılan davalarda kendisinin kusur ve sorumluluğunun bulunmadığı savunmasında bulunmuştur. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda İtfaiye Vakfının Belediyeyi borcundan kurtarmak, Belediyeye bu anlamda destek olmak için değil, kendi kuruluş amacına uygun şekilde bünyesinde bulunan personelin ve ailesinin uğradığı mağduriyeti yardımlaşmayla bir nebze olsun giderebilmek için hareket ettiği, evin karşılıksız bir şekilde, bağış olarak davacılar verildiği açıktır.

9. Bu nedenledir ki; kazada vefat eden diğer itfaiye görevlisinin ailesi tarafından Belediye aleyhine açılan davada, bu aileye de aynı şekilde ev verilmiş olmasına rağmen, zararın ve Belediyenin sorumluluğun tespitinde ev bedeli mahsup edilmemiş, karar temyiz incelemesiyle onararak kesinleşmiştir. Nitekim davalı avukat da, hem ölen diğer itfaiye eri hem de yangında mağdur olan kişilere vekâleten takip ettiği davalarda, müvekkillerine yapılan yardımların yangından sorumluluğu bulunan kişilerin borcunu sona erdirmeyeceğini ve bu sebeple maddi tazminat hesabında indirim nedeni teşkil etmeyeceğini savunmuştur.

10. Aynı kazada vefat eden iki kişinin, aynı nakdi ve aynı yardımları almakla aynı konumda hak ... mirasçıları yönünden iki farklı karar verilmesinin adalet duygusunu zedeleyeceğinde de tereddüt olmamalıdır.

11. Hâl böyle olunca; davacılar verilen evin davalının sorumluluğunun tespitinde dikkate alınamayacağı, kararın bu değişik gerekçe ile bozulması gerektiği görüşünde olduğundan Sayın Çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

[illegible]

[illegible]

