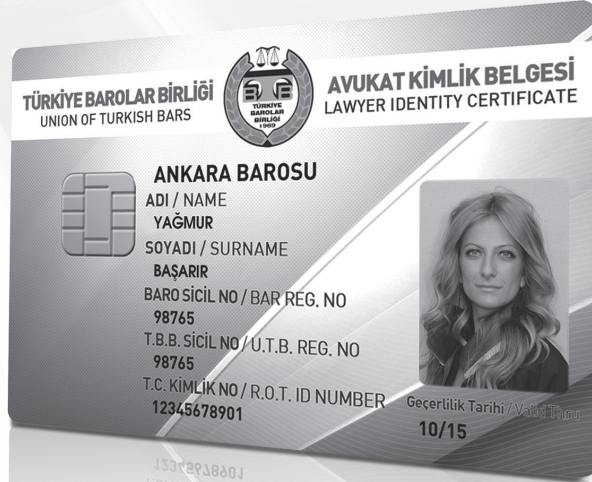




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile, Adliyeye gitmeden internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;

- **dava açabilir,**
- **her türlü dosya giderini yatırabilir,**
- **sorgulama yapabilirsiniz.**

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Musa Toprak

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a)** Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
- Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı İtalic** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlilik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7.Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 Korkut KANADOĞLU

Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar / The Fundamental Rights in the Field of Health in Turkish Constitutional Law

35 Volkan ASLAN

Son Anayasa Değişiklikleri Işığında Finlandiya Hükümet Sistemi / The Political System of Finland in the Light of the Recent Constitutional Amendments

63 Faruk TURİNAY

“Tek Başlı Parlamentarizm” Kavramının Doğuşu: Güney Afrika’nın Hükümet Sistemi / Ricing of the Concept of “Monocephalous Parliamentarism”: South Africa’s System of Government

87 Can YAVUZ

1939 Erzincan Depremi Kurtarma Çalışmalarında Yer Alan Mahkûmların Affı Bağlamında Türkiye’deki Af Uygulaması / Amnesty in Turkey in Conjunction with the Inmates who Took Part in Rescue Operations of 1939 Erzincan Earthquake

97 Oğuz POLAT /A. Taner GÜVEN

İngiliz, Amerikan ve Türk Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması / Comparison of the Modus of Jurisdiction about Expert Witness between England, U.S.A and Turkey

115 Serkan KIZILYEL

Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine / On Formal Process of the Council of State’s Unification of Conflicting Judgments Procedure

143 Serkan AĞAR

Transfer Fiyatlandırmasının Hukuki Niteliği / Legal Nature of Transfer Pricing

209 Erdem ERCAN

Türkiye’de Çevre Vergileri mi Çevre Vergisi mi? / Environmental Taxes or Environmental Tax in Turkey?

227 Süha TANRIVER

Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi

241 Dilek KARADEMİR

Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu / Civil Liability of the Judge in Consideration of the Latest Law Amendments

277 Mine KAYA

Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali / Social Media and Third Parties Violation of Personality Rights In Social Media

307 Can AZER / Mazlum DOĞAN

KKTC'deki Kişilik Hakları İhlallerinin Medya-Sermaye İlişkileri Perspektifinden Değerlendirilmesi ve Bu Soruna Alternatif Bir Çözüm Önerisi: Ortak Tazmin Fonu / Analysis of Personal Rights Violations in Trnc from the Perspective of Media-Capital Relations and an Offer for Alternative Solution: Common Compensation Fund

331 Aziz Erman BAYRAM

Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması / Conclusion of Electronic Contracts in the Light of Recent Developments

367 Ali AVCI

Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu / Responsibility of Loyalty and Attention of Contractor According to the Turkish Code of Obligations

395 Salih POLATER

Patent Hakkının Birden Fazla Kişi Tarafından İhlali ve Açılacak Davalar / Infringement of Patent Rights by More than one Person and Suits to be Filed

429 Talip ARAS

İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik / Conditions of Applicability of Job Security and Mandatory

457 A. Eda MANAV

Alman ve Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması / Comparison of Court Expert Practices of German and Turkish Labor and Social Security Law

503 Sami DOĞRU

Doğu Akdeniz'de Hidrokarbon Kaynakları ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahaneliği ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması- / Hydrocarbon Resources in the the Eastern Mediterranean and Delimitation of the Exclusive Economic Zone and Continental Shelf in the Region According to International Law

555 Eylem Ümit ATILGAN

Teşkilat Yapısı, İşleyişi ve Cezaya Alternatif Tedbirlerin Uygulanması Açısından İngiltere ve Galler Gençlik Adalet Sistemi / Youth Justice System of England and Wales: The Structure, Function and Implementation of Rehab Orders

MAKALELER / ARTICLES

601 Nazan MOROĞLU

Hukuki Açıdan Sözde Ermeni Soykırım İddiaları

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Yeni parlamentodan ve kurulacak olan hükümetten Anayasa'nın ilk 3 maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyet'in temel ilkeleri ereve-sinde öncelikli beklentilerimiz şunlardır:

1. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gözetilerek, demokrasimizin yeniden yönetebilir hale gelmesi, yargının yeniden adalet dağıtabilmesi amacıyla devletin, ağdaş ölçütlere uygun biçimde yeniden yapılandırılması; adil yargılama yapabilen, tarafsız, bağımsız ve hesap verir bir yargının kurulması. Bu çerçevede, acilen kapsamlı bir yargı reformunun gerçekleştirilmesi.
2. Yargıya güvenin sağlanması. Bunun için, Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunun yeniden düzenlenmesi; HSYK'nın, Hâkimler Yüksek Kurulu ve Savcılar Yüksek Kurulu olarak, liyakati ve katılımcılığı esas alır şekilde, siyasi iktidardan tamamen bağımsız olarak yeniden yapılandırılması.
3. Avukatın yargının kurucu unsuru olduğunu herkesin içine sindirmesi için Türkiye Barolar Birliği'nin önerilerinin hayata geçirilmesi. Bu erevede; TBB tarafından yapılacak avukatlık sınavının kanunlaştırılması, TBB'nin bir temsilcisinin Hâkimler Yüksek Kurulu'na, bir temsilcisinin de Savcılar Yüksek Kurulu'na alınması.
4. Avukatın, kanunlarda yazılı temel hakları bireylerin kullanımına sunmak suretiyle "kişiye, vatandaş yapan" meslek insanı olması sebebiyle, ağlar boyunca demokrasinin lokomotifi olduğu ger-

çeği de dikkate alınarak, avukatlık meslek alanını daraltan bütün düzenlemelerin kaldırılması.

5. Baroların ve avukatların idareden tam anlamıyla bağımsız olmasını sağlayacak, avukatlık meslek onurunu koruyacak şekilde hazırladığımız Avukatlık Kanunu taslağımızın kanunlaşması.
6. Cumhurbaşkanının öncelikle anayasal sınırlarına çekilmesinin sağlanması, ardından parlamenter hükümet sistemine uygun şekilde görev, yetki ve sorumluluklarının yeniden düzenlenmesi.
7. Mevzuat taraması yapılarak Anayasa ve insan hakları çerçevesinde mevzuat denkliliğinin sağlanması ve tamamen kanun tekniğine aykırı olan "torba yasa" uygulamasından vazgeçilmesi.
8. Her türlü ırkçı, mezhepçi, cinsiyetçi, düşmanlaştırıcı, kutuplaştırıcı söylemden uzak durulması. Ayrımcı tüm kanun ve düzenlemelerin ayıklanması, idari uygulamalara son verilmesi.
9. Her bireyin inanç ve ibadet özgürlüğünü tanıyan ve koruyan laiklik ilkesinin, devletin temel ilkesi olarak tesisi.
10. Siyasi Partiler Kanunu ve seçim kanunlarının; özellikle siyasi partilerde parti içi demokrasinin sağlanmasını, seçim barajının düşürülmesini, siyasetin sadece maddi gücü olanlar tarafından yapılabilen bir uğraş olmaktan çıkarılıp, mali kaynaklarının şeffaflaştırılmasını gerçekleştirecek şekilde yeniden düzenlenmesi.
11. Kapatılan Meclis soruşturmalarının yeniden açılarak, adil yargılanma esasları çerçevesinde, vicdanları tatmin edecek şekilde yürütülmesi. Yolsuzluk soruşturmasını yürütenlere yönelik adli ve idari baskıların sona erdirilmesi.
12. Terör örgütü PKK'ya taviz verilmeden, Ülkemizin bölünmez bütünlüğünden vazgeçilmeden, Kürt sorununun insan hakları ve demokrasi temelinde, çoğulcu, katılımcı yöntemler benimsenerek, eşit yurttaşlık temelinde çözülmesi. Ülkenin; doğusunun, batısının, kuzeyinin, güneyinin ve merkezinin sanayi ve ticaret ağıyla birbirine ayrılmaz şekilde bağlanması. Komşularımızla ilişkisinin, ticaret yoluyla taçlandırılması.
13. MİT TIR'ları konusunun Meclis tarafından araştırılması. Ülkemizi savaş alanına her an çevirebilecek olan IŞİD'e desteğin derhal

kesilmesi. Komşularımızın toprak bütünlüğüne yönelik her türlü hareket ve söyleme son verilmesi. 'Yurtta barış, dünyada barış' ilkesinin yeniden tesisi. Mezhepçi, hayalperest dış politikadan vazgeçilmesi.

14. Gezi olaylarında hayatını kaybedenlerle ilgili soruşturmanın titizlikle yürütülmesinin sağlanması.
15. Uludere'de yapılan hava operasyonunda yanlış olduğu söylenen istihbaratın kaynağının açıklanması, soruşturmanın yeniden açılması.
16. Toplumun şiddetten arındırılması. Şiddet ve şiddetin temel sebebi ayrımcılığa karşı, insan sevgisini merkeze koyan bir eğitimin anaokulundan itibaren verilmesinin hükümetler üstü bir milli politika olarak benimsenmesi.
17. Düşünce özgürlüğü ve basın özgürlüğünün önündeki yasal, idari ve adli engellerin kaldırılması.
18. Üniversitelerin bilimsel ve idari bağımsızlığa, mali özerkliğe kavuşturulması. Milli eğitimin, akılcı-bilimci bir anlayışla ve Türkiye Cumhuriyeti'nin temellerine sahip çıkacak nesiller yetiştirmek üzere yeniden yapılandırılması.
19. Sendikal özgürlüklerin ve sivil toplumu oluşturan diğer örgütlenme özgürlüklerinin önündeki engellerin kaldırılması.
20. Alın terinin karşılığının verilmesinin sağlanması; toplumsal barışın önündeki en büyük engel olan gelir dağılımındaki uçurumun giderilmesi.
21. İş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinden taviz verilmesinin, insan hayatı üzerinden kar elde edilmesinin mutlak suretle engellenmesi. Soma ve Ermenek faciaları unutulmadan, maden ocaklarının teknik ve hukuki durumlarının tümüyle gözden geçirilmesi, iyileştirme yapılamayanların derhal kapatılması.
22. Demokrasi içinde kalkınma hamlesine başlanması. Sürdürülebilir bir ekonomik kalkınmanın, ileri teknoloji kullanılarak, Türkiye'de çıkan hammaddeye dayalı sanayileşme modeli ile sağlanması. AVM'lere dayalı tüketim ekonomisinden, tasarrufu teşvik eden üretim ekonomisine geçilmesi.

23. Rant uğruna doludizgin yürütölen ve geleceğimizi tehdit eden çevre katliamına son verilmesi. Tarım ve toprak reformuna başlanması.
24. Türkiye'de 8,5 milyon engelli vatandaş için Anayasa'da pozitif ayrımcılık hükmünün toplumsal yaşamın her alanında eksiksiz olarak uygulanması.
25. Gençliğimize karşı biyolojik saldırı haline gelmiş olan madde bağımlılığına karşı sürdürülebilir ciddi bir devlet politikasının derhal hayata geçirilmesi.

Saygılarımla.

Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA SAĞLIK ALANINDA TEMEL HAKLAR

THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FIELD OF HEALTH IN TURKISH CONSTITUTIONAL LAW

Korkut KANADOĞLU*

Özet: Sağlık hakkı ile yaşam ve maddi manevi varlık hakları arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Bu haklar, devlete pozitif ve negatif yükümlülükler de getirmektedir. Anayasa Mahkemesi, kararlarında bu yükümlülükleri somutlaştırmaktadır.

Modern biyotipteki gelişmeler, kişiliğin başlangıcı, klonlama, embriyonik kök hücre üretimi ve ötenazi gibi konularda anayasa hukukunu yeni meydan okumalarla karşı karşıya getirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Yaşam Hakkı, Maddi ve Manevi Varlığın Korunması e Geliştirilmesi Hakkı, Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Sözleşmesi, Tıp Eğitim ve Öğretimi, Extra Korporale Embriyo, Embriyonik Kök Hücre, Praimplantationsdiagnostik, Ötenazi.

Abstract: There is a strict link between right to health and right to free development of individual. These rights put the state under positive and negative obligations. In its decisions, Turkish Constitutional Court has been identifying these obligations.

Recent developments in modern biomedicine bear challenges to constitutional law in respect to beginning of personality, cloning, producing embryonic stem cell and euthanasia for instance.

Keywords: Right to Health, Right to Life, Right to Free Development of Individual, Public-Private Partnership Agreement (PPP), Medical Training, Extra Corporal Embryo, Embryonic Stem Cell, Pre-implantation Diagnosis, Euthanasia.

* Prof. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Sağlık Hakkı

Tipik bir sosyal hak olan sağlık hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma yanında içerdiği (bireyin özerklik alanına saygı duyulmasını gerektiren) tedaviyi serbestçe seçme hakkı ile kişi özgürlükleri kapsamındaki yaşam ile kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne hakkına dahildir.¹ Başka bir söyleyişle, nitelikli sağlık hizmeti alma hakkının, Anayasa'daki temeli, yaşam hakkı ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi hakkıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre de;² "Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır." Sağlık hakkının tamamlayıcı unsurları arasında önemli bir yer kaplayan hasta hakları ise "sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları haklar olarak tanımlanabilir."

Bu kapsamıyla sağlık hakkı, Anayasa'da bağımsız bir madde olarak ayrıntılı biçimde düzenlenmiş değildir.³ Bununla birlikte bu hak, Anayasa'da güvence altına alınan yaşam ve vücut bütünlüğü hakkıyla sıkı bir bağlantı içindedir.⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi, tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık alanları ve eğitim sürelerine ilişkin kanun koyucunun kullandığı takdir yetkisinin ve fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanlık alanı ile yakın ilgileri gözetilerek bu alanda kısmi süreli de olsa eğitim almaları zorunlu tutulan uzman doktorların, aldıkları bu eğitim sonrasında kendi alanları ile sınırlı olarak teşhis ve tedavilerinde fizyoterapistleri yönlendirebilmelerinin, kişinin yaşama, maddi

¹ Dolayısıyla bir üst kavram olarak sağlık hakkı iki ana unsurdan oluşur: Bireyin "toplumsal ve çevresel yaşam şartları" ve "tıbbi hizmetlerden yararlanması", Yılmaz H., Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 40.

² E. 2012/103, K. 2013/105, Kt. 3.10.2013.

³ Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir." denilmekte, üçüncü fıkrasında ise "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler." hükmüne yer verilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Madde'nin ilk fıkrasından "Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünü" de çıkarmaktadır, E. 2006/99, K. 2009/9, Kt. 15.1.2009. Aynı yönde bkz. E. 1985/11, K. 1986/29, Kt. 11.12.1986.

⁴ Bkz. Tacir H., Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 72.

ve manevi varlığını koruma hakkı ile sağlık hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.⁵ Buna karşılık 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesine göre, bir tabip veya dış tabibinin mesleğini; ya kamu kurum ve kuruluşlarında veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ve muayenehane açarak serbest olarak yapabilmesini, Anayasa Mahkemesi, hekimlerin özel konumunu dikkate alarak yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırı bulmuştur.⁶

Kişilerin sağlık hakkının, devlete yüklediği yerine getirme yükümlülüğü, bazı temel hak ve özgürlükler için anayasal bir sınırlama nedenine de dönüşebilmektedir.⁷ Örneğin tabipler ve uzman tabipler için öngörülen devlet hizmeti yükümlülüğü, devletin bu yükümlülüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmiştir.⁸

II. Yaşam Hakkı

1. Koruma Alanı

İnsan yaşamı, anayasal düzen içerisinde en yüksek değeri ifade eder;⁹ insan onurunun temeli ve diğer temel hakların koşuludur.

⁵ E. 2011/65, K. 2013/49, Kt. 28.3.2013.

⁶ E. 2010/29, K. 2010/90, Kt. 16.7.2010.

⁷ Anayasa Mahkemesi'ne göre de "Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı, Devlete, vatandaşlarının sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmesi amacıyla uygun yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri alması zorunluluğunu ifade eden "gereğini yerine getirme yükümlülüğü" yüklemektedir." Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi, televizyonlarda yayınlanan dizi, film ve müzik kliplerinde alkollü içkiyi özendirici görüntüleri yasaklamak suretiyle sanatı yayma hakkına yönelik sınırlamanın, anayasal açıdan meşru amacının sağlık hakkı olduğu sonucuna varmıştır, E. 2013/95, K. 2014/176, Kt. 13.11.2014.

⁸ E. 2007/24, K. 2010/113, Kt. 16.12.2010. Aynı yönde bkz. E. 2006/21, K. 2006/38, Kt. 13.3.2006.

⁹ Anayasa Mahkemesi de yaşam hakkını yorumu yönlendiren bir anayasal değer olarak görmektedir; "Şu yönü de açıklamak gerekir ki, hukuk devletinde korunması gereken en büyük değer insanın canı ve sağlığı olduğu açıktır ve bu konuda görüş birliği vardır. (...) Hukuk kurallarının konuluşunda ve yorumlanmasında, insan canı ve sağlığının en yüksek ve en önemli değer olduğu yolundaki bu temel ilkenin sürekli olarak gözönünde tutulması zorunludur.", E. 1975/198, K. 1976/18, Kt. 18.3.1976.

Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleri, yaşam hakkının korunmasına ilişkin yükümlülükler içerir. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını, kamusal makamların, diğer bireylerin ve kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50-51).

Devletin elindeki tüm imkânları kullanarak yaşam hakkını korumak için öngörülen yasal ve idari tedbirlerin gereği gibi uygulanıp uygulanmadığının incelenmesi ve bu konuda karar verilmesi, devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin maddi boyutunu oluşturmaktadır.¹⁰ Devletin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin ayrıca usuli yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmalarını sağlayacak etkili bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu kapsamda yapılan soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve sorumluların, yaşam hakkının ihlali nedeniyle hesap vermelerini sağlamaktır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 54).

Yaşam hakkı ile kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığı arasında da sıkı bir bağ bulunmaktadır. Buna karşılık failin tehlikeliliği ve ağır kusurundan kaynaklanan ömür boyu hapis cezası,¹¹ ne insan onurunu (Anayasa prg. 6) ne de yaşam hakkını ihlal etmektedir.

Anayasa, yaşam hakkının istisnalarını da belirtmektedir. Bunlar; meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, tutuklu ya da hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayak-

¹⁰ Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/2075, Karar Tarihi: 4/12/2013, prg. 75.

¹¹ Terör suçlarına uygulanan idam cezasının kaldırılmasıyla terör eylemleri sonucunda hayatını kaybeden insanların da yaşam haklarıyla korunamadığına yönelik iddia, Anayasa Mahkemesi tarafından "cezanın, söz konusu eylemler sonucu hayatını kaybedenlerin yaşam hakkı yönünden bir etki yaratmayacağı" gerekçeyle haklı olarak kabul edilmemiştir, E. 2002/146, K. 2002/201, Kt. 27.12.2002.

lanmanın bastırılması, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında yasanın cevaz verdiği zorunlu durumlarda silah kullanımınıdır. Burada, “yakalama ve/veya kaçmayı önlemek” için silah kullanımından doğan öldürme fiillerinin hukuka uygun ve meşru sayılması, anayasal ölçüsüzlük ve orantısızlık örneğidir.¹² Neyse ki Anayasa Mahkemesi, terör operasyonlarında teslim ol emrine rağmen ateş etmeye teşebbüs halinde doğrudan ve duraksamadan hedefe ateş etme yetkisi veren Terörle Mücadele Kanunu’nun Ek 2. maddesini, bu yetkinin zorunlu bir önlem olmayıp, can güvenliğine daha az zarar veren bir yöntem bulunabileceği gerekçesiyle iptal etmiştir.¹³ Buna karşılık kamuoyunda İç Güvenlik Paketi olarak bilinen 27.3.2015 tarih ve 6638 sayılı Kanun ile getirilen kapsamlı düzenleme,¹⁴ Anayasa Mahkemesi’nin ateşli silah kullanımında ölçülülük ilkesini esas alan bu içtihadıyla açık bir çelişki içindedir.

Yaşam hakkı, devletin bu hakka karşı doğrudan müdahalelerini yasakladığı gibi devlete özellikle üçüncü kişilerin hukuka aykırı müdahalelerine karşı yaşamı koruyucu ve destekleyici bir görev yükler (objektif hak boyutu). Bu yükümlülüğü devletin nasıl yerine getireceğini, öncelikle yasakoyucu belirler. Doğmamış insan yaşamının ailevi ve sosyal şartlardan veya kadın ve ailenin hayat ilişkilerinden kaynaklı tehlikelerden korunması da aynı yükümlülüğün kapsamındadır.

2. Pozitif Yükümlülük / Pozitif Edim

Yaşam hakkından pozitif bir talep hakkının çıkarılabilir olup olmadığı da tartışmalıdır. Anayasa’nın 5. maddesinde devlete bu hakkı gerçekleştirme konusunda normatif yükümlülük verilmiştir.¹⁵ Ancak

¹² Tanör B./Yüzbaşıoğlu N. , Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 2009, s. 156.

¹³ E. 1996/68, K. 1999/1, KT. 6.1.1999. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye’de yaşam hakkına ilişkin kararları için bkz. Bahadır O. , Yaşama Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 41-92. Ayrıca bkz. Birinci bölüm, Başvuru Numarası: 2013/6319, Karar Tarihi: 16/7/2014,

¹⁴ Söz konusu Kanun’un 4. maddesiyle, 2559 sayılı Kanununun 16. maddesinin yedinci fıkrasına şu bent eklenmiştir. “d) Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde,”

¹⁵ Anayasa md. 5: “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını

sosyal devlet ilkesinin (Anayasa md. 2) gereği olan düzenleme görevinin genişliği ve belirsizliği nedeniyle kural olarak yasakoyucu için sosyal edimleri belirli bir çerçevede garanti etme yükümlülüğü yoktur. Nitekim sosyal haklara ilişkin maddelerdeki sınırlayıcı ve yasaklayıcı kayıtlar yeterli görülmemekle, Anayasa'nın 65. maddesine göre devletin bu alandaki görevleri, mali kaynakların yeterliliği ölçüsü ile sınırlı tutulmuştur.¹⁶ Buna göre sosyal devlet ilkesi, adil bir sosyal düzen amacını gütmekle beraber bu amaca ulaşmak için çok farklı yollar izlenebilir.

Sağlık hakkının gerçekleşmesi amacına yönelik Anayasa'nın 56/3. maddesine göre;¹⁷ "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir".¹⁸ Bu hükme göre, planlama ve düzenleme işlevi olan devlet, sağlık kamu hizmetini tamamen özel sektöre bırakamayacağı gibi

ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

¹⁶ Maddeye, 2001 Anayasa değişikliğiyle "ekonomik istikrarın korunmasını gözetme" kaydı yerine "bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme" kaydının konmuş olması, kısmi bir iyileştirme sayılabilir. Bununla birlikte, böyle bir iyileştirme, Anayasa Mahkemesi kararlarına henüz tam olarak yansımamıştır, bkz. Kaboğlu İ. Ö., "Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı Ve Sınırları", in: Anayasal Sosyal Haklar, (ed. Kaboğlu İ. Ö.), Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 29.

¹⁷ Slovenya Anayasası'nda da Türkiye'de olduğu gibi sağlıklı çevre hakkı, sosyal haklar kategorisinde sayılmaktadır (md. 72). Bu hakkın doğal uzantısı sağlık hakkıdır (Slovenya Anayasası md. 51, Macaristan Anayasası md. 70, Estonya Anayasası md. 28), bkz. Arnold R. , "Almanya Anayasacılığında Ve Orta Ve Doğu Avrupa'daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar: Karşılaştırmalı Gözlemler", in: Anayasal Sosyal Haklar (ed. Kaboğlu İ. Ö.), s. 219.

¹⁸ Bu hükmü Anayasa Mahkemesi şöyle yorumlamıştır; "Maddede yer alan Devletin bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak onları denetleyerek yerine getireceğine ilişkin kural da bu görüşü doğrulamakta, tüm sağlık hizmetlerinin sadece Devlet tarafından değil, fakat onun gözetim ve denetimi altında aynı alanda hizmet veren kurum ve kuruluşlarca da görülebileceğini ortaya koymaktadır.", E. 2006/111, K. 2006/112, Kt. 15.12.2006.

kapatamaz da. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de; Anayasa'nın 56. maddesiyle Devlete verilen sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler zorunlu nitelik taşıyan pozitif yükümlülüklerdir.¹⁹

Ancak, "Anayasa'da sağlık ve tedavi hizmetlerini yürütmek amacıyla oluşturulacak teşkilatın niteliğiyle ilgili herhangi bir belirleme yapılmamış, bu konuda kanun koyucuyu sınırlandıran herhangi bir hükme yer verilmemiştir."²⁰ Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, kamu özel iş birliği - KÖİ - sözleşmesini Anayasa'ya uygun bulmuştur; "Bu itibarla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ilgili teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmesine imkân tanınmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır."²¹

Son yıllarda özelleştirme ciddi biçimde hissedilse de Anayasa, sağlık sektöründe serbest piyasa şartlarının oluşmasını engellemektedir.²² KÖİ modelinde, yüklenicinin sorumluluğuna bırakılan hizmetler, sağlık tesislerinin inşası, bakımı ve onarımı gibi yardımcı nitelikte hizmetler olup kamu hizmetinin bizzat kendisini ve sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan tıbbi hizmetlerin, kamu (idare) tarafından görülmesine devam edilecektir.²³

Yasa koyucu sağlık sigortası kapsamında hizmet şartlarını her zaman değiştirebilecektir.²⁴ Ancak devlet vatandaşlarının insan onuruna uygun varlığının minimum koşullarını sağlamak da zorundadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin, sağlık hizmetlerine ilişkin yasakoyucunun takdir yetkisinin sınırsız olmadığını saptayan kararları bulunmaktadır. Buna göre, devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan

¹⁹ E. 2012/103, K. 2013/105, Kt. 3.10.2013.

²⁰ E. 2012/33, K. 2012/174, Kt. 8.11.2012.

²¹ E. 2013/50, K. 2015/38, Kt. 1.4.2015.

²² Yılmaz H. , Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi, s. 63-64.

²³ E. 2013/50, K. 2015/38, Kt. 1.4.2015.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için ödenecek tutarı ifade eden katılım payının, bilimsel gelişmeler ve değişen koşul ve durumlara göre idarece kaldırılması veya farklı oranlarda belirlenmesi imkânının yasayla tanınmasını, Anayasa'ya aykırı bulmamıştır, E. 2012/33, K. 2012/174, Kt. 8.11.2012.

ihtiyaç duyduğu anda sağlık hizmetlerine ulaşım gerekli oranda bu hizmetlerden yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı olacaktır.²⁵ Bu duruma ilişkin çeşitli örnekler verilebilir. Anayasa Mahkemesi, sağlık sigortasına ilişkin yasanın yatarak tedaviyi altı ayla sınırlayan hükmünü, Anayasa md. 65'i sosyal devletin gerekleri ışığında yorumlayarak, Anayasa'ya aykırı bulmuştur.²⁶ Buna göre yaşam hakkı, varlık güvencesini ve ilgiliye yaşamını devam ettirmesi için zorunlu bakımı öngören yasal düzenlemeleri talep hakkı vermektedir. Böylece Anayasa'nın 17. maddesi kapsamındaki subjektif talep hakkı, minimum varlığın korunması için zorunlu olduğu ölçüde pozitif talep hakkına dönüşebilmektedir.²⁷ Yine yer değiştirmeye tabi

²⁵ E. 2005/10, K. 2008/63, Kt. 21.2.2008. Aile hekiminin sevk oranı ile kendisine yapılacak ödeme tutarı arasında bağlantı kuran düzenlemeyi iptal eden bu karara ilişkin bkz. Karagülmez A. , "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar", in: Anayasal Sosyal Haklar (ed. Kaboğlu İ. Ö.), Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 198 vd; Yılmaz H. , Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi, s. 96. Ayrıca bkz. Oder B. E. , "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumları", *Galatasaray Ün.Hukuk Fak. Dergisi*, C. 2008/1, s. 210 vd.

²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin bu önemli kararında; "Kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete görev olarak verilmiştir. Güçlüler karşısında güçsüzleri koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak ve böylece devlet sosyal niteliğine ulaşacaktır. Sosyal devlet, yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Yaşama hakkının korunması ve sosyal güvenliğin sağlanması, sosyal devlet olmanın gereğidir. Sosyal güvenlik kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerin "yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığı koruma haklarını, zedeleyecek veya ortadan kaldıracak kuralları içermemesi gerekir. (...)

Bu nedenlerle, EK 14. maddenin (a) bendinin sağlık yardımı bakımından sınırlayıcı düzenleme getiren itiraz konusu ikinci fıkrası, henüz tedavisi süren kişinin yaşama hakkını, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkının özünü zedelediğinden ve Devletin, kişilerin yaşamını, ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak amacını yerine getirmesini sınırlayıp zorlaştırdığından Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır." denilmektedir (E. 1996/17, K. 1996/38, Kt. 16.10.1996). Alman Federal Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir. Buna göre yasal sağlık sigortalı bir kimseye, yaşamını tehdit eden veya kural olarak ölümcül bir hastalığı için genel kabul edilmiş, tıbbi standartta bir tedavinin sağlanmaması, eğer iyileşme şansı tamamen olanaksız değilse ya da hastalık sürecine hissedilebilir, pozitif bir etkide bulunuyorsa, sosyal devlet ilkesiyle bağlantılı olarak vücut bütünlüğü hakkını ihlal eder, (BVerfGE 115,25). İtalyan Anayasa yargısı sisteminde de sağlık alanında sosyal hakları koruma eğiliminin gittikçe artan bir biçimde ağırlığını koyduğu görülmektedir, bkz. Groppi T. , "İtalya'da Sosyal Haklar", in: Anayasal Sosyal Haklar (ed. Kaboğlu İ. Ö.), s. 211-212.

²⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi, hükümlü ve tutukluların, 6331 sayılı İş Sağlığı ve

öğretmenlerin veya aile üyelerinin yıl içinde görev yapılan il dışında tıbbi zorunluluk gereği tedavi olmak durumunda kalabilecekleri dikkate alınmayarak, sağlık özrü sadece yaz aylarında olmak üzere yılda bir defa ile sınırlandırılması sağlık hakkının özünü ihlal eden bir müdahaledir.²⁸

Bunun dışında yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği konusunda önceliklerin belirlenmesi, devlet organlarının takdir ve sorumluluğundadır.²⁹ Nitekim 'yeşil kart' sahipleri, 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesizler ile geçici köy korucularının, sözleşmeli üniversite ve istisnai hâllerde özel sağlık hizmeti sunucularına müracaat edebilme koşullarının, genel sağlık sigortalılarından farklı düzenlenmesi, sağlığa erişim haklarını engellemek koşuluyla eşitlik ilkesine aykırı bulunmamıştır.³⁰

Ancak Anayasa Mahkemesi, devletin bu konudaki takdir marjını sağlık hizmetiyle birlikte tıp eğitimini de kapsayacak ve böylelikle üniversitelerin bilimsel özerkliğini zedeleyecek biçimde genişletmiştir. Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri ile üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin, sağlık hizmetlerinin yanı sıra lisans ve uzmanlık eğitimini de birlikte vermelerini öngören yasal düzenleme,³¹ nüfusu 750.000'den az olan illerde *eğitim* hizmetlerinin,

Güvenliği Kanunu'nun kapsamı dışında tutulmalarını, bu kişilerin iş sağlığı ve güvencelerinin olmadığı anlamına gelmediğini belirterek, diğer işçilerden farklı bir rejime tabi tutulmalarında Anayasa'ya aykırılık bulmamıştır. Aynı şekilde işyerinde iş sağlığı için işyeri hekiminin tam süreli olarak görevlendirilmesi hâlinde diğer sağlık personelinin istihdamını işverenin tercihine bırakmasını da kanun koyucunun takdirinde görmüştür, E. 2012/97, K. 2013/51, Kt. 3.4.2013.

²⁸ E. 2011/123, K. 2013/26, Kt. 6.2.2013.

²⁹ Örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, teröristlerin bir yolcu uçağını yüksek bir binaya ya da santrale karşı silah olarak kullanılmaya karar vermiş ise bu uçağın düşürülmesine ilişkin bir kural insan onuru ve yaşam hakkına aykırıdır. Ancak uçakta yalnızca kaçırılan varsa, uçağın düşürülmesi yaşam hakkını ihlal etmez, bkz. BVerfGE 115, 118.

³⁰ E. 2012/33, K. 2012/174, Kt. 8.11.2012. Bir başka kararda da çalışma ilişkilerindeki diğer standartlar dikkate alınmaksızın geçici personel statüsü ile yaşam hakkının ortadan kaldırılmadığı sonucuna varılmıştır, E. 2010/46, K. 2011/60, Kt. 30.3.2011.

³¹ 4.7.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesi ile 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi şu şekilde değiştirilmiştir;

"Ek Madde 9- Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait kurum ve kuruluşlar ile üniversitelerin ilgili birimleri, karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kul-

yalnızca Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesince verilebilmesinin önünü açmaktadır. Dolayısıyla bu durumda “birlikte kullanım” söz konusu olmayacaktır. Kanun, bu noktada çeşitli belirsizlikler içermektedir. Bu illerde sağlık eğitiminin hangi kurumca verileceğine ilişkin karar alma yetkisinin kullanım koşulları *açıkça belirlenmemiştir*. İkinci olarak eğer eğitimi sadece Sağlık Bakanlığı hastaneleri verecekse, tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğu geçerli olacak mıdır? Madde’nin 3. Fıkra’sının, dekanın yetki ve sorumluluğunda verilecek eğitimi, ancak “birlikte kullanımdaki sağlık tesisleri” ile sınırlandırması karşısında, bu soruya olumlu yanıt vermek *mümkün görünmemektedir*.

Anayasa Mahkemesi’nin, 3. fıkra’ya ilişkin değerlendirmesinden de aynı sonuç çıkmaktadır; “Oysa kural ile Sağlık Bakanlığına eğitim ve öğretim konusunda yetki verilmemiştir. Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde, Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencileri de dâhil olmak üzere tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda gerçekleştirilecektir. Yapılacak işbirliği ve ortak kullanımda görev yapacak olan personel, kadrolarının bulunduğu kurumun özlük ve disipline ilişkin hükümlerine tabidir. Bu kapsamda Sağlık Bakanlığının, ortak tesislerde görev yapan akademisyenlerin bilimsel özgürlüğüne müdahale edebileceği söylenemez.”³²

Nihayet birlikte kullanım ve işbirliğine ilişkin usul ve esasların (ortak kullanılacak tesisin yönetiminin) Yüksek Öğretim Kurulu ve

lanılabilir. Ancak, adrese dayalı nüfus kayıt sistemi sonuçlarına göre toplam il nüfusu 750.000’e kadar olan illerde eğitim ve araştırma hizmetleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından verilebilir. Bu illerde Bakanlık ve bağlı kuruluşları ile üniversiteler, tıp lisans eğitimi ve/veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım ve işbirliği yapar. Birlikte kullanılacak sağlık tesisleri için, Bakanlık ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının uygun görüşü alınarak, il valisi ile üniversite rektörü arasında birlikte kullanım protokolü akdedilir.

Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencilerinin eğitimi de dâhil olmak üzere, ilgili mevzuata göre tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütülür. Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisleri, Bakanlığın tâbi olduğu mevzuat uyarınca işletilir ve tesis, üniversitenin görüşü alınarak Bakanlıkça atanan başhekim tarafından yönetilir. Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisinin kamu hastane birliği kapsamında olması hâlinde, o tesise ait yönetici görevlendirmeleri kamu hastaneleri birliği mevzuatı çerçevesinde yapılır.” (...)

³² E. 2012/103, K. 2013/105, Kt. 3.10.2013.

Sağlık Bakanlığıyla müşterek çıkarılacak yönetmelik ile belirlenmesini, Anayasa'ya uygun bulmakla Anayasa Mahkemesi, üniversiteler üzerindeki Devletin idari vesayet denetimini, Anayasa'nın 130. maddesine aykırı biçimde merkezi yönetimin hiyerarşik denetimine kadar indirgeyebilmiştir.³³

Sağlık Bakanlığının tıp eğitimi üzerindeki bu çeşit Anayasa'ya aykırı müdahaleleri yeni de değildir. 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesinin değiştirdiği 11/4/1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 9/1. maddesiyle kurulması öngörülen tıpta uzmanlık kurulunun (TUK) hem işleyiş ve oluşumunda Sağlık Bakanlığı belirleyici kılınmakta, hem de tıpta uzmanlık eğitimi ile ilgili bütün süreçlerin belirleneceği Yönetmeliğin çıkarılmasında sadece Sağlık Bakanlığı ve Bakanlar Kurulu yetkili kılmakta, YÖK ve Türk Tabipleri Birliği ile Türk Dış Hekimleri Birliği sürecin dışında bırakılmaktadır.

Bir yükseköğretim konusu olan tıpta uzmanlık eğitimi, Anayasa'nın 130. ve 131. maddeleri uyarınca YÖK'ün görev ve yetki alanına girmesine rağmen Anayasa Mahkemesi, TUK'nun, YÖK'e bağlı olarak kurulacağına dair anayasal bir zorunluluk bulunmadığı, sadece tıpta uzmanlığın koordinasyonunu sağlayan bu Kurulun, tıpta uzmanlık sınavı yapmayı, uzmanlık eğitimi de vermediği gerekçeyle düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur.³⁴

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararındaki anayasallığı çok şüpheli bir diğer değerlendirme de şöyledir; "4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3. maddesinde, 'Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen esaslara göre yürütülme' tıpta uzmanlığın temel bir özelliği olarak vurgulanmıştır." Bu ifade bir ön kabuldür; hukuksallığı hiçbir şekilde kanıtlanmadığı gibi öznel yanı ağır basan bir görüş olmaksızın öteye de geçmemektedir. Burada gözden kaçırılmaması gereken önemli husus, 2547 sayılı Kanun'un, 1982 Anayasası'ndan önce yürürlüğe girmiş olmasıdır. Önceki yasa - sonraki Anayasa çatışmasının

³³ Kanundaki bu düzenleme, Anayasa'nın çerçevesini çizdiği statü dışında bir üniversite statüsü yaratarak üniversiteler arasında ayırım da yaratmaktadır, krş. E. 1991/21, K. 1992/42, Kt. 29.6.1992.

³⁴ E. 2007/60, K. 2010/119, Kt. 30.12.2010.

yaşandığı bu özel durumda, Anayasa'nın md. 177/e hükmü gereği, söz konusu yasal düzenleme zımnen ilga edilerek, yükseköğretimi düzenlemek konusunda YÖK'ü yetkili sayan Anayasa'nın 131. maddesinin esas alınması gerekir.³⁵

3. Bireysel Başvuru Yoluyla Koruma

Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkının ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvurular sonucunda kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin çok sayıda karar vermiştir. Bu kararlardan şu örnekler verilebilir;

Hilmioğlu kararında Anayasa Mahkemesi, hasta bir kişinin cezaevinde tutulmasını, ancak cezaevi şartları veya uygulanan tedbirlerin kişiyi olağanın üzerinde sıkıntıya sokacak nitelikte olması halinde insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele olarak nitelendirmiş ve kronik hastalığı olan başvurusunun "*mahkûmiyet kararına bağlı olarak*" cezaevinde tutulmasına ilişkin şikâyetlerini somut bir olguya dayanmaması nedeniyle yaşam hakkı kapsamında değerlendirmemiştir.³⁶

Yaşam hakkına yönelik müdahaleleri soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini de inceleyen³⁷ Anayasa Mahkemesi, 2011 tarihindeki Van merkezli artçı depremde yıkılarak 24 kişiye mezar olan Bayram Otel ile ilgili davada ilk deprem sonrası gerekli tedbirleri almayarak ölüme neden olduğu ileri sürülen Vali ve AFAD yetkilileri hakkında cezai soruşturma açılmamış olması nedeniyle devletin yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüğünün usuli boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁸

İhmali olduğunu ileri sürdüğü doktor hakkında suç duyurusunda bulunarak ceza soruşturması açılması talebinde bulunmuş olmakla birlikte, sonuç alamayan başvuru, yapılan tıbbi müdahale açısından ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmemiş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamını bireysel başvuru yapmadan önce tüketmiş olmalıdır.³⁹

³⁵ Bkz. Kanadoğlu O. K. , Anayasa Mahkemesi, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004, s. 137-145.

³⁶ İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/648, Karar Tarihi: 18/9/2014, prg. 77.

³⁷ Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/1335, Karar Tarihi: 6/2/2014, prg. 19.

³⁸ İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/850, Karar Tarihi: 7/11/2013, prg. 79.

³⁹ Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/2839, Karar Tarihi: 3/4/2014, prg. 46-47;

Askeri makamların olaydan hemen sonra aynı seriden olan serumları imha etmiş olmaları nedeniyle serumlar üzerinde gerekli tetkiklerin yapılamaması ve buna bağlı olarak serumların ölümün meydana gelmesinde etkili olup olmadığının araştırılmaması, soruşturmanın seyri açısından, etkili bir soruşturmayı önleyen önemli bir eksikliklerdir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinin öngördüğü Devletin etkili soruşturma yapma usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴⁰

Korkmaz davasında Anayasa Mahkemesi, kamu davasının nakline ilişkin süreç de dahil olmak üzere yaşam hakkını koruyan hukukun etkisiz olduğunu kabul etmeyerek, başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴¹

Dink kararında, başvuruya konu olayla ilgili olarak derdest olan dava ve halen yürütülen ve kesinleşmemiş soruşturmalar bulunmakta ise de devletin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin usul boyutunun bu aşamada incelenmesi ve bu yükümlülüklere uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinin ikincil koruma mekanizması ile çelişmeyeceği sonucuna varmıştır.⁴²

III. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Vücut bütünlüğü hakkı, kısırlaştırmadan, ağrıdan, biçim bozukluğundan ve vücut sağlığının bozulmasından uzak olma anlamına gelir. Bu hak, ruhsal alandaki sağlığı da korur. Organ, doku, hücre gibi insan vücudu içinde yer alan biyolojik maddeler de vücut bütünlüğü hakkının koruma alanı içinde yer alırlar.⁴³

Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller bu korumanın dışında tutulmakla birlikte

⁴⁰ Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1266, Karar Tarihi: 17/9/2014, prg. 48-49.

⁴¹ İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/2515, Karar Tarihi: 20/11/2014, prg. 55.

⁴² Başvuru Numarası: 2013/8975, Karar Tarihi: 23/7/2014, prg. 32-36

⁴³ Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/848, Karar Tarihi: 17/7/2014, prg. 76.

Buna karşılık insan vücudundan daha önce ayrılmış bir olan maddenin, bu hakkın korumasından yararlanıp yararlanamayacağı konusu tartışmalıdır. İngiliz hukukunda kesilen saç, Alman Mahkeme kararında dondurulmuş sperm, vücut bütünlüğü kapsamında değerlendirilmiştir, bkz. Özbilgen A. B. , İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 18 ve 84.

kişiler üzerinde bilimsel ve tıbbi deneylerin gerçekleştirilmesi aydınlatılmış rıza koşuluna bağlanmıştır. Fransız, Alman ve İspanyol hukuklarında küçüğün vücudundan kemik iliği dokusunun alınması sıkı şartlarla mümkün olmasına rağmen Türk hukukunda 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 5. maddesi uyarınca vücudundan organ ya da doku alınacak kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olmasından başka 18 yaşını doldurmuş olması da aranmaktadır.⁴⁴ Buna paralel olarak 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin, tam ehliyetlilerden başkasına nakil amaçlı organ ve doku alınmasına imkan veren hükmüne (md. 20/2) çekince de konulmasına rağmen Türkiye'de bu konudaki yasağa uyulmamaktadır. 23.12.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Klinik Araştırmalar Hakkındaki Yönetmelik hükümlerinden yararlanılarak Kanun'a açıkça aykırı biçimde bazı organ ve dokular gerek 18 yaşından küçüklerden gerekse tam ehliyetlilerden alınabilmektedir. Zira ülkemizde kemik iliği ve kök hücre nakilleri, "klinik araştırma" safhası içinde değerlendirilmektedir.⁴⁵

Günümüzün gelişen genetik teknolojisi karşısında kişilerin vücut bütünlüğünün ve insan onurunun korunması bakımından yasal düzenlemelere esas oluşturacak daha kapsamlı bir anayasal düzenleme gereksinimi de dile getirilmektedir.⁴⁶

Anayasa md. 17/2'deki hüküm, anayasal bir temel ilke olarak hukukun tüm alanlarında geçerli objektif bir değer hükmüdür. Yaşam hakkına paralel olarak vücut bütünlüğü hakkı da önleyici işlevi yanında bir koruma yükümlülüğü de içerir. Örneğin uyuşturucu ya da kamu alanlarında sigara içme yasağı⁴⁷ bu bağlamda değerlendirilmeli-

⁴⁴ Bkz. Doğan M. , "Organ ve Doku Nakli", in: IV. Sağlık Hakkı Ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 13-14; Yıldız A. K. , "Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuk Sorunları", in: Sağlık Alanında Etik Ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19 Nisan 2009, s. 285 vd.

⁴⁵ Bkz. Özbilgen A. B. , İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, s. 272 vd.

⁴⁶ Bkz. Zengin M. A. , Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 106.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 2011 tarihli tütün yasağı içtihadında, kahvehane gibi işletmelerin kapalı alanlarında tütün ve tütün ürünlerinin tüketilmesinin yasaklanması, kapalı ortamlarda tütün ve tütün ürünlerini tüketen kişilerin, aynı ortamda bulunan diğer kişilerin sağlıklı yaşam hakkına karşı ödev ve sorumlulukları ve Devlete yüklenen herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini

dir. Uyuşturucu madde yasağı ve bununla ilgili tüm ceza hükümlerin anayasal dayanağı bulunmaktadır.⁴⁸ Temel hak korumasına sahip olan vücut bütünlüğü, aynı zamanda yasakoyucuyu, gece çalışmasının sağlığa zararlı sonuçlarından korunmayı düzenleme yükümlülüğü altına da sokar.⁴⁹

Anne ve rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması durumunda sezaryen ameliyatı ile doğum yaptırılabilirliğini öngören kural, Anayasa Mahkemesi'ne göre kadının maddi ve manevi varlığını geliştirmeye engel olmayacaktır.⁵⁰ Ancak bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde sadece hekimin tedavi yöntemini seçme ve çalışma haklarını esas alarak, "tek bir doğum yöntemi dayatılan"⁵¹ kadının vücut bütünlüğü ile maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına⁵² yapılan bu ölçsüz müdahaleyi tespit edememiştir.

sağlama göreviyle meşrulaştırılmıştır (E. 2010/58, K. 2011/8, Kt. 06.01.2011). Ancak bu içtihat, tütün tüketenlerin anayasal haklarının ve çalışma hakkının somutlaştırmasını içermediği için gerçek bir kanıtlama içermemektedir, Oder B. E. , Dumansız Kamusal Yarar ve Dumanaltı Bireysellik Çatışması -Anayasa Mahkemesi'nin 2011 Tütün Yasağı İctihadı Hakkında Karşılaştırmalı Gözlemler-", Anayasa Hukuku Dergisi, C. 3, Sy. 5, Yıl 2014, s. 107-134. Anayasa Mahkemesi daha önce de tütün ve tütün mamüllerinin isim, marka veya alametler kullanılarak her ne suretle olursa olsun, reklam ve tanıtımının yasaklanmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır (E.1998/24, K. 1999/9, Kt. 13.4.1999).

48 Kusturucu maddelerin (emetica) özellikle uyuşturucu tacirlerinin takibinde kullanılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yeni bir kararına göre ispat araçlarının bu şekilde elde edilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırıdır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre ise bu durumlarda insan onuruna dokunulmamıştır ve somut hukuki ve fiili temelde ölçülülük ilkesine uygun olarak denetim yapılmalıdır. Söz konusu kararlar için bkz. Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Hopfau. , Grundgesetz Kommentar, 12. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2011, s. 120-121. Türk hukukunda ise bir suçla ilişkin delil elde etme amacıyla gerçekleştirilen bu tür müdahaleler, "koruma tedbiri" olarak adlandırılmakta ve kanun tarafından tanınan bir yetkiye dayanması sebebiyle hukuka aykırı sayılmamaktadır.

49 İş Kanunu md. 69; gece çalışmasında işverenin yükümlülüklerini, md. 73 ise gece çalıştırma yasağına ilişkin düzenlemeleri içermektedir, bkz. Doğan M. , "İş Hukukunda Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma", http://www.turkhukuksite.com/makale_1425.htm (14.5.2012).

50 E. 2012/103, K. 2013/105, Kt. 3.10.2013.

51 Bkz. E. Yıldırım ve Z. Arslan'ın karşı oyları. Karar, AİHM'in Ternovszky/Macaristan kararıyla da çelişmektedir: "(...) anne baba olma kararına ilişkin hak, doğumun nasıl yapılacağı konusundaki tercih hakkını da içerir" (Ternovszky/Macaristan, B.No: 67545/09, 14/12/2010, § 22).

52 Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 17/1. maddesinde yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir, Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/2187, Karar Tarihi: 19/12/2013, prg. 27-28 ve 30.

İşkence gibi vahim suç oluşturan bir fiil hakkında dava Mahkemesi'nin bu fiilin sonuçlarını hafifletecek biçimde orantısız bir şekilde asgari haddenden hüküm kurması ve bir sanık yönünden de davanın zamanaşımından düşmüş olması halinde Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17/3. maddesinde güvence altına alınan işkence yasağının, maddi boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁵³

IV. Sağlık Alanına İlişkin Özel Sorunlar

1. Modern Biyotıp ve Bioteknik Alanındaki Sorunlar

Modern biyotıp ve bioteknikteki gelişmeler, hukuku, özellikle de anayasa hukukunu yeni meydan okumalarla karşı karşıya getirmektedir. Biyotıba ilişkin sorunsallarda insan onuru yanında anayasal yaşam garantisi koruyucu bir anlam taşımaktadır.⁵⁴ Yaşamın korunması için anayasal temel bağlantı noktası, Anayasa'nın 17. maddesidir. Ancak Anayasa md. 17 metni, günümüzde yaşamın korunmasına ilişkin tüm unsurları içermemektedir.

Doğumdan önceki dönemde yaşam korumasındaki kalitenin belirlenmesi için doğum, yaşam hakkı bakımından ana durak konumundadır. Bu nedenle doğmuş ve doğmamış insanın yaşamının korunmasında bir fark olduğunun kabulü önem taşımaktadır. Kürtaja ilişkin ceza hukuku hükümleri bağlamında Türk hukukunda doğum öncesi yaşamın korunmasında, büyüme süresi arttıkça koruma kalitesinin de yükseldiği basamaklı bir sistem geliştirilmemiştir.⁵⁵

a) Kişiliğin Başlangıcı

Türk hukukuna göre cenin, kişiliğini geçmişe etkili olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanmaktadır (Medeni Kanun md.

⁵³ Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/293, Karar Tarihi: 17/7/2014, prg. 78. Benzer yönde bkz. Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/827, Karar Tarihi: 15/10/2014, prg. 50.

⁵⁴ Biyotibbin sınırlarının çizilmesinde temel iki noktayı oluşturan bu kavramlara ilişkin Almanya'da yaşanan tartışmalar için bkz. Heper A. , "Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları", in: Sağlık Alanında Etik Ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19 Nisan 2009, s. 257- 274. Ayrıca bkz. Gürbüz N. , Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 27-55.

⁵⁵ Türk Ceza Kanunu'na göre; çocuk düşürme ve düşürtülmesi suçlarının oluşması için gebelik süresinin on haftadan fazla olması aranmaktadır (md. 99 ve 100).

28/2). Medeni Kanunumuzda ana rahmine düşme anını belirleyen kesin bir ölçü verilmemektedir.⁵⁶ Öğretide ana rahmine düşme anının cinsel ilişkiye girme anı değil, kadının gebe kalma anı olduğu belirtilmektedir.⁵⁷ Diğer bir ifadeyle embriyonun hücre birleşmesiyle birlikte yaşam hakkına sahip olduğu, hakim görüş olarak kabul edilmektedir.

In vitro fertilizasyon (vücut dışı dölleme) ile ilgili etik ve hukuki sorunlar bakımından extra korporale embriyonun temel hak süjesi olup olmadığı tartışmalıdır. Medeni Kanun bu bağlamda doğal döllemeyi esas almış olsa da embriyo hücrelerinin totipotent sonrasında (döllemiş yumurta hücresi) ve embriyonun bireylemesi sonrasında hukuk süjesi ve bununla birlikte temel hak sahibi olduğu savunulmaktadır.⁵⁸

Diğer bir görüş,⁵⁹ embriyonun gelişme potansiyeli olan bir varlık olduğu gerekçesiyle özel bir hukuki statüye sahip kabul etmekte ve embriyo için moral anlamda en erken korumayı da bu potansiyele bağlamaktadır.

Deneyisel (vücut dışı) embriyo ile vücut içi embriyonun hukuki değerlendirilmesi fiilen farklılaşabilmektedir. Buradaki belirleyici ölçüt, embriyonun anne vücuduyla fiziksel bağlantısıdır. Kürtaja ilişkin tüm sorunlarda, kadının hukuki pozisyonu ile embriyonun yaşamının korunması birlikte tartıma tabi tutulması gerektiğinden, yaşam koruması extra korporale embriyoda daha yüksek değere sahiptir. Zira ceninin yaşam ve kadının vücut bütünlüğü ile kişilik haklarının birlikte göz önünde bulundurulması gerekmemektedir. Diğer bir anlatımla, eğer embriyo yalnızca dışı organizmanın bir parçası olarak kabul edilseydi, embriyonun dışı vücutla yaşam koşullu bağıllığı, kürtajı kişisel

⁵⁶ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 5. maddesinden hareketle hukuki anlamda yaşamın hamileliğin 10. haftasından itibaren başlamış kabul edileceği varsayımı da ileri sürülmektedir, bkz. Tacir H. , “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Kapsamı”, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCIteDergisi/nurcentel/hamidetacir.pdf>.

⁵⁷ Ünver Aydın T., Ceninin Hukuki Durumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 18 ve dipnot 55’de gösterilen kaynaklar.

⁵⁸ Bkz. K. Oğuzman, / Ö. Seliçi / S. Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2009, s. 15; R. Serozan, Medeni Hukuk / Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 386.

⁵⁹ Bu görüş için bkz. A. B. Özbilgen, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, s. 36. Ayrıca bkz. H. B. Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2009, s. 273 vd.

yaşamı biçimlendirmenin yasakoyucunun müdahalesi dışında kalan bir parçası haline dönüştürebilirdi.⁶⁰

Extra korporale embriyo, bağımsız bir yaşam yapısı oluşturuyorsa, Anayasa'nın 17. maddesine bağlı bir yaşam korumasına sahip olacaktır. Böylece bu yaşam korumasını sınırlandıran kadının kişilik hakları, kürtaj sorunsalının biçimlendirilmesinde dikkate alınmayacaktır.⁶¹

Öte yandan, insan yaşamının bu ilk aşaması, uterusun iç zarına yerleşmediği (nidation) sürece, tıbbi araştırmanın bugünkü düzeyine göre, kesintiye uğratılmadığında hak ehliyetine tam olarak sahip bir insanın doğumuna yol açacak olan sürekli gelişme sürecinin içinde bulunmamaktadır.⁶²

Ayrıca doğmuş olan insanın mutlak yaşam hakkı ile doğmamış yaşamın sahip olduğu özgün temel hak koruması arasındaki farklılık da göz ardı edilmemelidir. Örneğin yasa koyucu doğmamış yaşamın korunmasına ve hayatta olan kişinin güvenliğini amaca uygun ve gerektiği şekilde sağlamaya yönelik esas olarak ceza hukukuna ilişkin aynı tedbirleri almakla yükümlü değildir.⁶³

⁶⁰ Nitekim ABD'de Federal Yüksek Mahkeme, Roe v. Wade kararında sadece kadının korunması gereken haklarını göz önünde bulundurmuş, buna karşılık ceninin anneden ayrı bir yaşam hakkına sahip olduğu görüşünü kabul etmemiştir. Bu yolla menfaatler çatışmasında, annenin mahremiyet hakkı, açıkça ceninin potansiyel yaşam hakkına tercih edilmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarında ise ceninin yaşam hakkının kadının haklarına göre üstün olduğu sonucuna varılmıştır, bkz. O. K. Kanadoğlu, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 74-77.

⁶¹ Ancak belirtmek gerekir ki, Türk pozitif hukukunda ana rahmi dışında tutulan embriyolara yönelik herhangi bir koruyucu düzenleme bulunmamaktadır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun da kadına ilk on haftada gebeliğini sona erdirmeye hakkını tanımaktadır (md. 5). Bu düzenleme, bir mahkeme kararına konu olmadığı gibi siyasi tartışmalar (örneğin Cumhurbaşkanı R. T. Erdoğan, kürtajı cinayet olarak nitelemektedir, bkz. www.ntvmsnbc.com/id/25352507Cached, 28.5.2012) dışında ceninin yaşam hakkı ve kadının vücut bütünlüğü ve kişilik haklarına sahip oluşu ve bu çatışan hakların nasıl uzlaştırılacağı hukuken tartışılmaksızın uygulanmaktadır.

⁶² Bkz. H. Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 415; Işık O. Ç., "İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından: Cenine (Foetus-Nasciturus) İlişkin Bir Manifesto", *Tıp Hukuku Dergisi*, C.1, Sy.1, İstanbul 2012, s. 174.

⁶³ Türk Ceza Hukuku (özellikle TCK md. 99 ve 100 bağlamında) ve AİHM içtihadına ilişkin olarak bkz. Tacir H., "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Kapsamı", <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCIteredergisi/nurcentel/hamidetacir.pdf>; Ş. Özsoy Boyunsuz, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağ-

b) Klonlama ve Embriyonik Kök Hücre Üretimi

Prenatal ve postnatal yaşamın korunmasında yaşam korumasındaki farklılıktan bağımsız olarak insanın cinsiyet tercihi ve insan yaratma amacıyla klonlama gibi uygulamalar, ilke olarak Anayasa'ya aykırı bir temel hak ihlalidir ve yasaktır.⁶⁴

Embriyonik kök hücre araştırmalarının, doğmamış yaşamın anayasal koruma altındaki yaşam ve onur korumasıyla uygunluğu da bir diğer sorunsaldır. Embriyonik kök hücrelerin belirli süreler içinde yabancı ülkelere ihracının mümkün olması⁶⁵ ve bu embriyoların yapay dölleme sürecinin bir ürünü olması nedeniyle bu tür araştırmaların yasaklanmasının büyük bir etkisi olmayacaktır. Buna karşılık gerek embriyo korumasının yumuşatılması ve gerekse embriyonik kök hücre elde edilmesine ilişkin hukuki koşulların ağırlaştırılması, yaşam hakkıyla bağdaşmayabilecektir.⁶⁶

Türkiye'de bu konuda Sağlık Bakanlığı'nın 2005/141 sayılı ve 19.9.2005 tarihli ilk Genelgesinde, hukuksal düzenlemeler sonuçlandırılıncaya kadar embriyonik kök hücre araştırmaları yasaklanmıştır. Ancak daha sonra yine Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan 2006/51 sayılı ve 01.05.2006 tarihli genelge ile klinik amaçlı embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına izin verilmiştir. Bu bağlamda çalışmanın yapılacağı kurum bünyesinde gerekli alt yapının oluşturulması ve çağdaş bilimin gereklerine uygun olarak uygulama yapılabilmesi amacıyla, Bakanlık bünyesinde Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu oluşturulmuş ve "Klinik Amaçlı Embriyonik Olmayan Kök Hücre Çalışmaları Kılavuzu" genelgeye ek olarak yayınlanmıştır.⁶⁷

Sonuç olarak belirtilmelidir ki, üzerinde bir çok etik ve hukuksal tartışmanın yapıldığı klonlama ve kök hücre çalışmaları hakkında ül-

lık Hakkı", *Güncel Hukuk*, Nisan 2014/4-124, s. 53-54; Alman Hukukunda ise bkz. BVerfGE 39, 1, 45.

⁶⁴ Türk Hukukunda insan klonlanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Biyo Tıp Sözleşmesi'nin devamı niteliğinde olan 12.1.1998 tarihli "İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Ek Protokol" da Türkiye tarafından imzalanmakla birlikte onaylanarak yürürlüğe girmemiştir.

⁶⁵ Bu konuda bkz. . M. A., *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, s. 273-273.

⁶⁶ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, *Grundgesetz Kommentar*, s. 191.

⁶⁷ Bu Genelgelere ilişkin farklı yorumlar için bkz. M. A., *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, s. 232-234.

kemiz mevzuatı kapsamlı bir düzenlemeye kavuşmuş değildir. Oluşturulacak yasal düzenlemenin; kök hücre araştırmaları, tedavi edici klonlama, fazlalık embriyoların kullanımı ve araştırma amaçlı klonlama, embriyonun hukukî statüsü gibi konulara değinmesi, üzerinde tartışma yaratmayacak nitelikte tespit etmesi gerekmektedir.⁶⁸

Burada tartışılması gereken bir husus da “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik”⁶⁹in embriyonik kök hücre çalışmalarına engel oluşturup oluşturmadığıdır. Bu Yönetmelik çerçevesinde embriyolar sadece üreme amacına yönelik oluşturulabilecek, tedavi amaçlı üretilmeyecektir. Doktrinde farklı gerekçelerle bu düzenlemenin tedavi ve araştırma amaçlı embriyonik kök hücre çalışmalarına engel oluşturmadığı haklı olarak belirtilmektedir.⁷⁰

Yine aynı Yönetmelik sadece homolog döllenmeye izin vermekte, ölüm sonrasında ve diğer yapay döllenme yöntemlerine ise izin vermemektedir.⁷¹ Oysa bu konuda da yasal düzenlemeler yapılarak yaşam ortaklıklarında ve ölüm sonrası döllenmeye izin verilip verilmeyeceği, eğer verilecekse bunun gerçekleştirilme süresinin belirtilmesi gerekmektedir.⁷²

Praimplantationsdiagnostik (PID)⁷³ kullanımının hukuken meşru ve hukuk politikası açısından savunulabilir olup olmadığı sorusu da

⁶⁸ İ. Seyalioğlu/ B. Şenel Eraslan/ İ. Hot/T. Demircan/G. Çetin, “Klonlamaya Genetik, Etik ve Hukuksal Açından Yaklaşım”, *Adli Tıp Dergisi* 2007; 21(2), s. 31-45. Kıscası, “Embriyonun Korunması ve Kök Hücre Hakkında Kanun” çıkarılmalıdır.

⁶⁹ RG. Sy. 27513, T. 6.3.2010. Bu Yönetmelik, herhangi bir yasal dayanağı olmadığı için Anayasa’nın 124. maddesine, bilim ve yaşam temel hakkını sınırladığı için de Anayasa’nın 13. maddesine aykırıdır.

⁷⁰ H. Hakeri, Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu”, *Türkiye Klinikleri, Cerrahi Tıp Bilimleri, Kalp Damar Cerrahisi, C. 2. S. 43, s. 78-82; Cin Ö. , “Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, s. 5, Aralık 2005, s. 37.*

⁷¹ Bkz. R. Gülşen, “Ceza Hukuku Açısından Yapay Döllenme”, in: IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 117-118; Sert S. , “Yapay Döllenme ve Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuksal Düzenlemeler”, Rona Aybay’a Armağan, 1. Cilt, *Legal Hukuk Dergisi*, Aralık 2004, s. 2021.

⁷² Y. Erol, Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 39.

⁷³ Tüpte yapay döllenmiş embriyonun anne rahmine yerleştirilmeden önce genetik muayenesine ilişkin bazı ülkelerdeki duruma ilişkin bkz. R. Gülşen, “Ceza Hukuku Açısından Yapay Döllenme”, s. 124-126.

tartışılmaktadır. Buna göre bir görüş,⁷⁴ PID'nin yasaklanmasının, ana-baba ve doktorun haklarına ağır bir müdahale oluşturduğu ve bu müdahalenin embriyo tarafındaki insan onuru ihlaliyle haklı kılınmayacağı savunmaktadır. Zira burada insan onuruna karşı bir ihlal söz konusu değildir. Tam bir yasak, ölçülülük ilkesi açısından da meşru değildir. PID için sınırlı bir izin, en yumuşak araç olarak görülmelidir. Nasıl embriyolar üzerinde sınırlı deneysel çalışmalar yapıp, vücut dışında üretiliyor ve implantasyonu yapıyorsa, PID için de tıbbi ve tedavi edici araştırmalar için kullanımı düşünülebilir

Buna karşılık aksi görüş, PID'in hem insan onuru hem de embriyonun yaşam hakkını ihlal ettiğini savunmaktadır.

Türkiye'de cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal bir hastalığın tedavisiyle sınırlı olarak PID'a izin verilmektedir. Almanya'da yasakoyucu embriyonik kök hücrelerin araştırılmasında, süreli ithalat ve kullanımı vücut dışı döllemenin vücuda yerleştirilmesiyle üretilen embriyo çerçevesinde sınırlamak yoluyla orta bir yol tutturmuşken, PID'de halen sıkı bir yasak çizgisi izlemektedir.

2. Ötenazi

Aktif ötenazi (ölmeye yardım), yaşam hakkına bir müdahaledir. Yaşamın kısılması anlamına geldiğinden hukuki açıdan haklı kılınmamaktadır ve ceza tehdidi altındadır (Türk Ceza Kanunu md. 84).⁷⁵ Buna karşılık ölen insana onurlu bir ölümü sağlayacak bir destek, yaşama haksız bir müdahale olmadığı gibi ceza tehdidi altında da değildir. İstenmeyen ama kaçınılmaz bir yan etki olarak yaşamın kısaltılmasını beraberinde getiren ağrı kesici ilaç verilmesi ya da solunum yapabilme yetisinin olmadığı hallerde ventilatörün çekilmesi pasif ötenazi örneği olarak kabul edilmektedir.⁷⁶

⁷⁴ Bkz. Ö. D. Aydın, "Cinsiyeti Önceden Belirlemenin Ahlaki ve Hukuki Boyutları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1988/2, s. 121.

⁷⁵ Bkz. Y. Ünver, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi", in: *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi*, (Der. Centel N.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 84; Doğan C. , "Ötenazi (Acısız Ölüm, Euthanasia)", in: *IV. Sağlık Hakkı Ve Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 199-272.

⁷⁶ "İnsan onuruna dayanan hastanın özerklik hakkından kaynaklanan pasif ölüme yardım gereği, karar verme ehliyetine sahip ve bu konuda aydınlatılmış olan herkes, tedaviye devam edilmemesi isteğinin yerine getirilmesi hakkına sahiptir. Buna karşılık devletin bu isteğe ceza hukukunun araçlarıyla karşı hakkı yoktur.",

Türkiye’de ilgili Kanun ve Yönetmelik’te yer alan düzenlemeler, sınırlı biçimde ve başlangıçta tedaviyi reddetme hakkının tanınması ile pasif ötenazinin de tanındığı anlamına gelmektedir.⁷⁷

Kaynakça

- Arnold R., “Almanya Anayasacılığında ve Orta Ve Doğu Avrupa’daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar: Karşılaştırmalı Gözlemler”, in: Anayasal Sosyal Haklar (ed. Kaboğlu İ. Ö.), Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Aydın Ö. D., “Cinsiyeti Önceden Belirlemenin Ahlaki ve Hukuki Boyutları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1988/2.
- Bahadır O., Yaşama Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Cin O., “Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, s. 5, Aralık 2005.
- Doğan C., “Ötanazi (Acısız Ölüm, Euthanasia)”, in: IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Doğan M., “Organ ve Doku Nakli”, in: IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Doğan M., “İş Hukukunda Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1425.htm
- Erol Y., Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşiyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Gemalmaz H. B., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2009.
- Groppi T., “İtalya’da Sosyal Haklar”, in: Anayasal Sosyal Haklar (ed. Kaboğlu İ. Ö.), Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Gülşen R., “Ceza Hukuku Açısından Yapay Dölllenme”, in: IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Gürbüz N., Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Hakeri H., Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Hakeri H., Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu”, *Türkiye Klinikleri, Cerrahi Tıp Bilimleri, Kalp Damar Cerrahisi*, C. 2. S. 43.

bkz. E. Hilgendorf , “Sterbehilfe und assistiertem Suizid”, in: IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 392-393.

⁷⁷ B. E. Oder, “Hak Ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, in: *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, (Der. Centel N.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 25.

- Heper A., "Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları", in: Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19 Nisan 2009.
- Hilgendorf E., "Sterbehilfe und assistiertem Suizid", in: IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Işık O. Ç., "İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından: Cenine (Foetus-Nasciturus) İlişkin Bir Manifesto", *Tıp Hukuku Dergisi*, C.1, Sy.1, İstanbul 2012.
- Kaboğlu İ. Ö., "Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", in: Anayasal Sosyal Haklar, (ed. Kaboğlu İ. Ö.), Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Kanadoğlu O. K., *Anayasa Mahkemesi*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004.
- Kanadoğlu O. K., *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000.
- Karagülmez A., "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar", in: Anayasal Sosyal Haklar (ed. Kaboğlu İ. Ö.), Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Oder B. E., "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", *Galatasaray Ün. Hukuk Fak. Dergisi*, C. 2008/1.
- Oder B. E., "Dumansız Kamusal Yarar ve Dumanaltı Bireysellik Çatışması -Anayasa Mahkemesi'nin 2011 Tütün Yasağı İçtihadı Hakkında Karşılaştırmalı Gözlemler-", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3, Sy. 5, Yıl 2014.
- Oder B. E., "Hak Ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme", in: Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, (Der. Centel N.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Oğuzman K./Selici Ö./Oktay Özdemir S., *Kişiler Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul 2009.
- Özbilgen A. B., *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Özsoy Boyunsuz Ş., "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı", *Güncel Hukuk*, Nisan 2014/4-124.
- Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Hopfau, *Grundgesetz Kommentar*, 12. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2011.
- Serozan R., *Medeni Hukuk/Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Sert S., "Yapay Döllenme ve Taşıyıcı Annelige İlişkin Hukuksal Düzenlemeler", *Rona Aybay'a Armağan*, 1. Cilt, *Legal Hukuk Dergisi*, Aralık 2004.
- Seyalioğlu İ./Şenel Eraslan B./ Hot İ./Demircan T./Çetin G., "Klonlamaya Genetik, Etik ve Hukuksal Açından Yaklaşım", *Adli Tıp Dergisi* 2007; 21(2).
- Tacir H., *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Tacir H. , "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Kapsamı", <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/nurcentel/hamidetacir.pdf>.

- Ünver Aydın T., *Ceninin Hukuki Durumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Ünver Y. "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", in: *Hukuk Ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, (Der. Centel N.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Yıldız A. K , "Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuk Sorunları", in: *Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19 Nisan 2009*.
- Yılmaz H., *Sağlık Hizmetlerinden Yararlanmanın Kısıtlanması ve Kısıtlamanın Yargısal Denetimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Zengin M. A., *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

SON ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ IŞIĞINDA FİNLANDIYA HÜKÜMET SİSTEMİ

THE POLITICAL SYSTEM OF FINLAND IN THE LIGHT OF THE RECENT CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

Volkan ASLAN*

Özet: Geçtiğimiz yüzyılda çoğunlukla yarı başkanlık sisteminin uygulandığı ülkelerden birisi olarak kabul edilen Finlandiya’da, 2000 yılında yürürlüğe giren yeni anayasa ile birlikte devlet başkanının yetkileri bir önceki anayasaya göre oldukça azaltılmış, yürütmenin diğer kanadı olan bakanlar kurulu ile parlamento güçlendirilmiştir. Devlet başkanının hala halk tarafından seçiliyor olması Finlandiya hükümet sisteminin klasik anlamda parlamenter olarak kabul edilmesini mümkün kılmasa da, yeni anayasa ve sonrasında yapılan değişikliklerle bir önceki anayasaya kıyasla parlamenter özellikleri çok daha ağır basan bir hükümet sistemi benimsenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Finlandiya Hükümet Sistemi, Başkanlık Sistemi, Yarı Başkanlık Sistemi, Parlamenter Sistem.

Abstract: In the previous century, the political system of Finland was largely accepted as semi-presidential. However, the competences of the Head of State have been decreased considerably and the competences of the council of ministers and the parliament have been increased with the entry of the new constitution into force. Although the election of the Head of State by direct popular vote still prevents us from accepting the Finnish system as a classical parliamentary one, with the new constitution and the following amendments, a political system, which has more parliamentary features, has been adopted.

Keywords: Political System Of Finland, Presidential System, Semi-Presidential System, Parliamentary System.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, volkan.aslan@istanbul.edu.tr

I. Giriş

Hükümet sistemleri kuvvetlerin ayrılığına ya da birliğine göre sınıflandırılmaktadır. Kuvvetler ayrılığı çatısı altındaki hükümet sistemleri de genel olarak kuvvetlerin sert bir şekilde ayrıldığı başkanlık sistemi, kuvvetlerin yumuşak bir şekilde ayrıldığı parlamenter sistem ve bu iki sistemin karması niteliğinde olan yarı başkanlık sistemi olarak üç gruba ayrılmaktadır. Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organları arasında sert bir ayrılık bulunmakta, halk tarafından seçilen başkan yürütme organı olarak oldukça etkin konumda bulunmaktadır.¹ Kuvvetlerin yumuşak bir şekilde ayrıldığı parlamenter sistem ise kısaca hükümetin yasama organından çıktığı ve ona karşı sorumlu olduğu hükümet sistemidir.² Yarı başkanlık sistemi ise çok daha öncesinde Weimar Almanyası'nda uygulanmakla birlikte günümüzde çoğunlukla 1958 tarihli Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra Fransa'da uygulanan hükümet sistemini nitelendirmek için kullanılan,³ içerisinde hem parlamenter hem de başkanlık sisteminin unsurlarını barındıran karma bir sistem olarak göze çarpmaktadır.

Tipik parlamenter sistemin ve başkanlık sisteminin hangi asli özelliklere sahip olması gerektiği yolunda az çok bir uzlaşma olmakla birlikte aynı durumun yarı başkanlık sistemi için geçerli olduğunu söylemek biraz zor gözükmektedir. Nitekim öğretiyeye bakıldığında, özellikle yarı başkanlık sistemi bakımından birbirinden oldukça farklılaşan görüşlere rastlıyoruz. Bu bağlamda bazı yazarlar "yarı başkanlık" ifadesini kullanmaktan dahi kaçınılmaktadırlar. Örneğin Shugart ve Carey, "yarı başkanlık" olarak adlandırılan sistemleri karşılayan

¹ Bkz: Murat Yanık, Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, 2. baskı, Ankara, Adalet, 2013, s. 46 vd; Başkanlık sistemi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Başkanlık Sistemi, Yayına hazırlayan: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005; Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı, Yıl: 9, Sayı: 51, Mart-Nisan 2013; Başkanlık sisteminin demokrasi ile ilişkisi bakımından bkz: Abdurrahman Eren, "İtirazım Var" Başkanlık Sistemine!", Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı, s. 688-699; Cengiz Gül, Kasım Karagöz, "Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007, s. 711-752.

² Leon D. Epstein, "Parliamentary Government", *International Encyclopedia of Social Sciences*, Editör: David L. Sills, The Macmillan Company & The Free Press, Volume 11, 1968, s. 419.

³ Bkz: Maurice Duverger, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", *European Journal of Political Research*, Volume 8, Issue 2, 1980, s. 165-187.

sistemleri iki gruba ayırarak başbakanı-başkanlık ve başkanı-parlamentar sistem şeklinde ikili bir nitelendirme yapmaktadırlar.⁴ Diğer taraftan kimi yazarlar, “yarı başkanlık sistemi” deyiminde bir sakınca bulmamakla birlikte bu sistemin sahip olması gerektiği asli özelliklerin ne olduğu hususunda birbirinden oldukça farklılaşan görüşlere sahiptirler. Örneğin Gözler’e göre cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi bir parlamenter sistemin yarı başkanlık olarak nitelendirilmesi için yeterlidir.⁵ Sartori’ye göre ise bir sistemin yarı başkanlık olarak nitelendirilebilmesi için devlet başkanının doğrudan ya da dolaylı şekilde halk tarafından seçilmesi ve yürütme yetkisini bir başbakanla paylaşması gerekir. Ancak ikinci koşulun gerçekleşmesi bakımından, başkanın parlamentodan bağımsız olması, doğrudan doğruya hükümet etmeyip iradesinin yürütmenin diğer kanadı eliyle ortaya konması, başbakan ve bakanlar kurulunun parlamentoya bağımlı olması ve son olarak yürütmenin her iki organının özerkliklerini sürdürmesi ve sistemin yürütme organı içinde “değişken üstünlüklere” imkan tanıyor olması gerekir.⁶ Dikkat edilirse, bu tanım devlet başkanının yalnızca halk tarafından seçilmesini yeterli görmemektedir. Öte yandan halk tarafından seçilen devlet başkanının sahip olduğu yetkilerin derecesine göre (güçlü, sembolik ya da yürütmenin diğer kanadıyla dengeli) üç farklı yarı başkanlık sisteminin olduğu da öğretilen görüşlerden birisidir.⁷ Bu konu ile ilgili daha birçok farklı görüşün bulunduğunu belirtelim.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, devlet başkanının halk tarafından seçildiği ve yürütme organının iki kanattan oluştuğu sistemlerin ne şekilde adlandırılması gerektiği tartışmalı bir konudur. Bu hususun konumuz bakımından önemi ise şuradadır: Finlandiya’nın

⁴ Bkz: Matthew Soberg Shugart, John M. Carey, Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics, Reprinted, Cambridge University Press, 2003, tüm kitap; Hükümet sistemleri ile ilgili yapılan sınıflandırmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Serap Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme, 2. baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 91-103.

⁵ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, Bursa, Ekin, 2011, s. 585.

⁶ Giovanni Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Çeviren: Ergun Özbudun, Ankara, Yetkin, 1997, s. 173-174.

⁷ Cüneyt Yüksel: “Türkiye’nin Gelecek Siyasi Sistem Tercih-Rasyonelleştirilmiş Parlamenterizm, Yarı-Başkanlık ve Başkanlık Sistemleri”, *Yasama Dergisi Parlamento Hukuku Özel Sayısı (II)*, Sayı: 25, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2013, s. 52.

hem 1919 hem de 1999 tarihli Anayasaları devlet başkanının halk tarafından seçilmesini ve yürütmenin iki kanattan oluşmasını öngörmüştür. Ancak her ne kadar Finlandiya 1919 yılından 2000 yılına kadar yürürlükte kalan anayasasında var olan hükümler ve uygulama nazara alınarak genellikle yarı başkanlık sisteminin uygulandığı bir ülke olarak nitelendirile gelse de,⁸ 2000 yılında yürürlüğe giren yeni anayasa ile birlikte bu kabulün eskisi gibi geçerli olmadığını göreceğiz. Bu bağlamda yeni anayasanın öngördüğü hükümet sisteminin ne olduğunu daha net belirleyebilmek adına, öncelikle eski anayasa hükümleri ile eski uygulamayı irdelemenin yararlı olacağı kanısındayız. Sonrasında ise yeni anayasa hükümlerini ayrıntılı olarak incelemek ve bir kıyaslama yapmak suretiyle mevcut hükümet sisteminin niteliklerini tespit etmek adına bir sonuca ulaşabileceğimizi düşünmekteyiz.

II. 1919 Anayasası'nda Öngörülen Hükümet Sistemi ve Sistemin İşleyişi

A. Anayasanın Kabulünden Önceki Gelişmeler

Uzun yıllar Rus İmparatorluğu'na bağlı kaldıktan sonra, 1917'de bağımsızlığını kazanan Finlandiya'da benimsenecek yönetim biçimi ile ilgili uzlaşma sağlanamamış; Ruslar tarafından desteklenen 'Kızıl' ile Almanların desteklediği 'Beyazlar' arasında 1918 yılında iç savaş çıkmıştır. İç savaşın ardından kazanan Beyazlar, kabul edilecek yönetim şeklinin ne olması gerektiği yolunda bu sefer kendi aralarında anlaşmazlığa düşmüşlerdir.⁹ Nitekim 'Beyazlar' içerisinde yer alan muhafazakar kanat bir monark ya da en azından güçlü yetkilere sahip bir yürütme isterken, liberaller ise parlamenter demokrasi taraftarı olmuşlardır.¹⁰ Bu çekişme sonucunda Alman Prens Karl Friedrich kral olarak seçilmiş; ancak Almanya'nın Birinci Dünya Savaşı'nda mağlup olması üzerine Britanya'nın baskısıyla ülkede yeni seçimler yapılmıştır. Seçimlerin ardından Britanya tarafından Finlandiya'nın bağımsız-

⁸ Örneğin bkz: David Arter, "Finland", *Semi-Presidentialism in Europe*, Reprinted, Edited by Robert Elgie, New York, Oxford University Press, 2004, s. 49-66; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 11. bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 437.

⁹ Arter, "Finland", s. 50.

¹⁰ Heikki Paloheimo, "The Rising Power of the Prime Minister in Finland", *Scandinavian Political Studies*, Volume 26, No 3, 2003, s. 222.

lığı tanınmış ve sonrasında cumhuriyetçi yönetim biçimini benimseyen 1919 Anayasası kabul edilmiştir.¹¹

Cumhuriyet benimsenmesine rağmen liberallerin istediği yönde saf bir parlamenter rejim Finlandiya'da benimsenmemiştir. Nitekim 1919 Anayasası'nın kabulünden önce sağ, güçlü bir devlet başkanını ileride solun hakim olabileceği bir meclisin alacağı radikal kararlara karşı duvar olarak görmekte olduğundan¹² parlamenter rejimi desteklemiyordu. Nihayetinde muhafazakarlar ile liberaller yönetim biçimi cumhuriyet olmakla birlikte parlamenter sistemden sapan ve devlet başkanının birçok yetkiye sahip olduğu bir sistemde uzlaşmışlardır. Paloheimo'ya göre liberaller, cumhuriyetçiler ve monarşi yanlısı olanlar arasındaki savaşı kazanırken, muhafazakarlar da devlet başkanının rolü ve güçlerinin ne olması gerektiği yolundaki savaşı kazanmıştır.¹³

B. 1919 Anayasası'nda Öngörülen Hükümet Sisteminin Temel Nitelikleri

1919 Anayasası'nın değiştirilmeden önceki haline göre devlet başkanı iki dereceli bir seçimle halk tarafından seçiliyordu.¹⁴ Eski Anayasa devlet başkanına hükümetleri atamak, parlamento tarafından kabul edilen kanunları onaylamak, yüksek mahkeme yargıçlarını

¹¹ Arter, "Finland", s. 51-52

¹² David Arter, Anders Widfeldt, "What Sort of Semi-Presidentialism do Finns Want? An Intra-systemic Comparative Analysis", *West European Politics*, Volume 33, No 6, 2010, s. 1280; Benzer şekilde: Heikki Paloheimo, "Divided Government in Finland: From a Semi-presidential to a Parliamentary Democracy", *Divided Government in Comparative Perspective*, Edited by Robert Elgie, New York, Oxford University Press, 2001, s. 89; 1919 tarihli Anayasasının kabulünden önceki dönemle ilgili olarak ayrıca bkz: İlker Gökhan Şen, "1919'dan 2000'e Finlandiya: Anayasal ve Siyasi Gelişmeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2005, s. 236-240.

¹³ Paloheimo, "Divided Government in Finland: From a Semi-presidential to a Parliamentary Democracy", s. 89; Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz: Shugart, Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, s. 7.

¹⁴ İkinci Dünya Savaşı nedeniyle ikinci seçmenler seçilemediğinden 1944 ve 1946'da devlet başkanları parlamento tarafından seçilmiş; 1950'den itibaren iki dereceli seçime geri dönmüştür. 1991 yılında yapılan anayasa değişikliği ile ise, tek dereceli seçim sistemine geçilmiş ve 1994 yılında ilk defa bu yöntemle devlet başkanı seçilmiştir. Bkz: Şule Özsoy Boyunsuz, *Başkanlı Parlamenter Sistem, Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye için Tavsiye Edilebilirliği*, 2. baskı, İstanbul, XII Levha, 2014, s. 121-122.

atamak, parlamentoyu feshetmek, suçluları affetmek gibi yetkilerin yanında yasama, yürütme ve yargıya ilişkin daha birçok yetki tanımaktaydı.¹⁵ Dolayısıyla Anayasa'nın öngördüğü hükümet sistemi daha ilk bakışta, devlet başkanının sembolik yetkilere sahip olmasını öngören tipik parlamenter sistemden farklılaşmaktaydı. Arter'e göre 1919 Anayasası'nın 2. maddesinde yasama yetkisinin parlamento tarafından devlet başkanı ile beraber kullanılacak olmasının öngörülmesi ve devlet başkanının üstün yürütme yetkisine sahip olması karşısında 33. madde ile Finlandiya'nın dış güçlerle ilişkilerinin devlet başkanı tarafından belirleneceğinin öngörülmesi başkanın yasama, yürütme ve John Locke'un deyimiyle federatif yetkilere sahip olduğunu göstermekte ve Anayasa söz konusu "ikili yürütme ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin değiştirilmiş versiyonu ile emsalsiz bir formülasyon" yaratmaktaydı.¹⁶ Ancak eski Anayasanın yürürlükte olduğu ilk dönemlerde bir anayasa değişikliği olmamasına rağmen sistemin işleyişi dönemlere göre oldukça farklılıklar göstermiştir. Bu bağlamda Anayasa'da yer alan yetkileri aktif bir şekilde kullanıp kullanmamak devlet başkanına bağlı olmuştur.¹⁷ Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere her ne kadar 1930'ların geç dönemlerinde devlet başkanının rolü oldukça zayıflamış ve Finlandiya Batı Avrupa'nın parlamenter sistemi benimsemiş devletlerinden ayırt edilemez hale gelmiş olsa da İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra 1919 Anayasasının 33. maddesi farklı şekilde yorumlanarak dış ilişkilerin devlet başkanının kişisel yetkisi olarak algılanmaya başlanmasıyla birlikte sistem tam aksi yönde gelişmeye başlamıştır.¹⁸ Sonuç olarak uygulamada parlamento ülkenin üstün organı olmamış, devlet başkanına yasama sürecine müdahale dahil bağımsız olarak karar verme yetkileri verilmiştir.¹⁹ Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle birlikte ise süreç tersine işlemiş, 1980'lerin sonu ve 1990'ların başında sistemin parlamenter yönde gelişimi adına bazı anayasal reformlar yapılmıştır.²⁰ Görüldüğü üzere

¹⁵ Paloheimo, "The Rising Power of the Prime Minister in Finland", s. 222.

¹⁶ Arter, "Finland", s. 53-54.

¹⁷ Paloheimo, "The Rising Power of the Prime Minister in Finland", s. 222.

¹⁸ Jaakko Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", *Scandinavian Political Studies*, Volume 24, No 2, 2001, s. 100.

¹⁹ Arter, "Finland", s. 52-53.

²⁰ Paloheimo, "The Rising Power of the Prime Minister in Finland", s. 224; Örneğin,

Finlandiya'da uygulanan hükümet sistemi, anayasa hükümleri tarafından olduğu kadar devlet başkanlarının kişisel özellikleri ve siyasi koşullar tarafından da fazlasıyla etkilenmiştir. Bu sebeple yeni anayasanın yürürlüğe girmesine kadar yaşanan siyasi gelişmeleri kısaca olsa aktarmayı yararlı görmekteyiz.

C. 1919-2000 Arası Siyasi Gelişmeler

1919 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinin hemen ardından ilk devlet başkanı olarak Kaarlo Juho Ståhlberg seçilmiştir. Anayasanın tanıdığı yetkileri kullanmak bakımından Ståhlberg, küçük bir partinin üyesi olarak oldukça zayıf bir siyasi konumda olmuştur²¹ ve Arter'e göre tek başına ülkenin dış ilişkilerini yönetme gibi bir iddiası olmamıştır.²² Nitekim Birinci ve İkinci Dünya Savaşı arasındaki yıllarda resmi kararlar her ne kadar devlet başkanı tarafından verilmiş olsa da dış ilişkiler ilgili bakan ya da başbakan tarafından yürütülmüştür. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ve özellikle Kekkonen döneminde ise devlet başkanının yetkileri yürütmenin diğer kanadı aleyhine oldukça geniş kullanılmıştır. Keza Sovyetlerle yaşanan krizin ardından devlet başkanı Kekkonen dış politikayı yürütebilmesi için ayrıca iç politikayı da kontrol etmek zorunda olduğuna açıkça inandığından yetkilerini fiili olarak genişletme eğilimi göstermiştir.²³ Bu bağlamda Finlandiya-SSCB ilişkilerinin bozulmaması aynı zamanda ülke içerisindeki gelişmelere bağlı olduğundan iç işleri ile dış işleri arasındaki sınırın 'bulanık' hale geldiği ileri sürülmektedir.²⁴ Ayrıca Kekkonen'in döneminde Sovyetlerle yaşanan diğer krizler de devlet başkanının dış ilişkiler alanındaki yetkilerini tek başına kullanmaya devam etmesine yardımcı olmuştur.

1991'de yapılan anayasa değişikliği ile birlikte devlet başkanının hükümeti ancak güvensizlik oyu alması ya da teklifte bulunması halinde görevden alabileceği düzenlenmiştir. Aynı değişiklik ayrıca, devlet başkanının artık parlamentoyu feshedemeyeceğini ve başbakanın girişimi olmaksızın erken seçim kararı alamayacağını da düzenlemiştir (Act No. 1974/1991), Paloheimo, "The Rising Power of the Prime Minister in Finland", s. 234.

²¹ Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", s. 99.

²² Arter, "Finland", s. 54.

²³ Arter, "Finland", s. 56-58.

²⁴ Arter, "Finland", s. 56.

Kekkonen'in üçüncü döneminde (1968-1974) dış politikayı yürütme biçimi en kişisel ve en otoriter halini almış²⁵ ve aynı eğilim iç işlerine de yansımıştır. Kekkonen, sahip olduğu yetkileri oldukça kişisel bir şekilde kullanarak parlamentoları feshetmiş, başbakanları seçmiş, hükümetleri istifaya zorlamış, partileri koalisyon yapmaya dahi zorlamıştır. Koalisyon hükümetinin Finlandiya Meclisi'nin çoğunluğunun desteğine sahip olmasına rağmen Kekkonen tarafından 1971'de görevden alınması bu bakımdan çarpıcı bir örnektir.²⁶ Sonuç olarak Kekkonen zamanında ikili yönetim dengesi sarsılmış ve kabine devlet başkanına bağımlı hale gelmiştir.²⁷

Arter'e göre devlet başkanının bu denli güçlenmesinin ardından temel olarak iki neden bulunmaktadır: ilk olarak İkinci Dünya Savaşı'nın şartları devlet başkanının dış politikada inisiyatif almasını gerektirmiştir ve ikinci olarak da savaş sonrası Kremlin'le dostane ilişkilerin sürdürülmesi ve geliştirilmesi amacı devlet başkanının konum ve yetkilerini sağlamlaştırmıştır.²⁸ Bu nedenlere hükümetlerin istikrarlı olmalarını kolaylaştırmayan parti sisteminin varlığı ve 1994'e kadar devlet başkanı seçilme açısından zaman bakımından bir sınırlama olmamasını da ekleyebiliriz.²⁹ Görüldüğü üzere sistem 1930'lara kadar daha çok parlamenter bir görünüm arz etmesine rağmen, İkinci Dünya Savaşı'ndan 1980'lere kadar parlamenter sistemlerde düşünülemez derecede devlet başkanının yetkilerinin daha fazla ön plana çıkması anayasa değişiklikleri yoluyla olmamıştır.

Kekkonen'den sonra devlet başkanı olan Koivisto ise -belki de o dönemde başbakanlık yapmış olmasının etkisiyle- halefinin tam aksi yönde eğilimlere sahip olmuştur. Nitekim Koivisto ilk görev döneminde dış ilişkiler alanında münhasır yetki kullansa da iç işlerine karışmama yolunu seçmiş; görevinin ikinci döneminde ise (1988-1994) dış ilişkilerle ilgili karar alınmasında dahi parlamenter usuller izlemeye

²⁵ Arter, "Finland", s. 57.

²⁶ Bkz: Arter, "Finland", s. 61.

²⁷ Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", s. 101; Ayrıca bkz: Shugart, Carey, Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics, s. 61-62.

²⁸ Arter, "Finland", s. 55-56.

²⁹ Arter, Widfeldt, "What Sort of Semi-Presidentialism do Finns Want? An Intra-systemic Comparative Analysis", s. 1281.

başlamıştır.³⁰ Uygulamanın değişmesinin yanında, Kekkonen döneminin ardından yapılan reformlarla birlikte parlamenter özelliklerin Anayasa'da da arttırıldığını söyleyebiliriz.³¹ Bu bağlamda, Koivisto'nun ikinci döneminde yapılan anayasal reformlar sonucunda hükümetin devlet başkanı karşısında yetkileri arttırılmıştır.³²

1994'te yapılan anayasa değişikliği ile birlikte Avrupa işleri ile ilgili olarak yetki bakanlar kuruluna verilse de kurulun yetkisinin hangi kapsamda olacağı ile ilgili bir tartışma ortaya çıkmıştır. Koivisto'nun ardından göreve gelen Ahtisaari'nin Avrupa ile entegrasyon sürecinde kimin yetkili olacağı ile ilgili olarak hükümetle uyuşmazlığa düşmesinin ardından söz konusu alanda temsil yetkisini başbakanla ortaklaşa kullanma hususunda anlaşması geçici bir zafer olmakla birlikte; bu durumun anayasanın tümünden değiştirilmesini savunanları daha sıkı bir araya getirdiği söylenebilir.³³ Ahtisaari döneminde yaşanan gelişmelerin tümüne bakıldığında ise Finlandiya, bir yazarın ifadesiyle artık "ortodoks parlamenter demokrasi" olma yolundadır.³⁴

Sonuç olarak 1919 Anayasası'nın devlet başkanı ile hükümet arasındaki yetki paylaşımını net bir şekilde düzenlediğini belirtmek zordur ve belki de bu yüzden devlet başkanları yetkilerini dönemlere göre oldukça farklılaşan şekilde kullanmışlardır.³⁵ Bu bakımdan devlet başkanlarının takındıkları tutum sarkaç gibi işlemiş, yeri geldiğinde oldukça pasif yeri geldiğinde ise oldukça aktif olmuştur. Haliyle 1919 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde Finlandiya'yı üzerinde uzlaşılabilir bir kategoriye dahil etmek her zaman zor olmuştur.³⁶

³⁰ Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", s. 101.

³¹ Arter, "Finland", s. 48.

³² Arter, "Finland", s. 60.

³³ Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", s. 104.

³⁴ Arter, "Finland", s. 49.

³⁵ Paloheimo, "Divided Government in Finland: From a Semi-presidential to a Parliamentary Democracy", s. 86.

³⁶ Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", s. 97; 1919-2000 yılları arasındaki siyasi gelişmelerle ilgili olarak ayrıca bkz: Şen, "1919'dan 2000'e Finlandiya: Anayasal ve Siyasi Gelişmeler", s. 247-254.

III. Yeni Anayasada Öngörülen Hükümet Sistemi

A. Genel Olarak

Finlandiya Anayasası'nın³⁷ "Parlamentarizm ve kuvvetler ayrılığı" başlıklı üçüncü maddesi, yasama yetkisinin parlamento tarafından, yürütme yetkisinin ise devlet başkanı ile parlamentonun güvenine sahip hükümet tarafından kullanılacağını belirtmektedir. Görüldüğü üzere anayasada 'parlamentarizme' açık bir şekilde vurguda bulunulmuştur. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere 1919 Anayasasının hükümleri ve 1919 ile 2000 yılları arasındaki siyasi gelişmelere bakıldığında söz konusu düzenlemenin tek başına pek bir şey ifade etmeyeceği ortadadır. Nitekim yeni anayasada Finlandiya'nın parlamenter yönüne vurgu yapılması parlamentonun hükümete karşı ve hükümetin de devlet başkanına karşı güçlendirilmesini gerektirmekteydi.³⁸ Gerçekten de aşağıda daha ayrıntılı açıklanacağı üzere, 1999 Anayasası'nın en önemli yeniliklerinden birisi ve siyasi sistemi şüphesiz yeniden biçimlendirecek olan şey, devlet başkanının odak konumundan alınması ve bu konuma parlamentonun oturtulması olmuştur.³⁹ Nitekim yeni

³⁷ Yürürlükteki Finlandiya Anayasası 1999 yılının Haziran ayında kabul edilmiş (731/1999), 2000 yılının Mart ayında yürürlüğe girmiştir. Anayasada 2007'de iki (596/2007, 807/2007), 2011'de bir defa (1112/2011) olmak üzere toplamda 3 defa değişiklik ve eklemeler yapılmıştır (2007'de yapılan değişiklik ve eklemelerin aynı yıl, 2011'de yapılan değişiklik ve eklemelerin 2012'de yürürlüğe girdiğini belirtilim). Anayasa, 13 bölüm ve 131 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölüm temel hükümleri (m. 1-5), ikinci bölüm temel haklar ve hürriyetleri (m.6-23), üçüncü bölüm parlamento ve milletvekillerini (m. 24-32), dördüncü bölüm parlamento faaliyetini (m. 33-53), beşinci bölüm devlet başkanı ve hükümeti (m. 54-69), altıncı bölüm yasama faaliyetini (m. 70-80), yedinci bölüm devlet finansmanını (m. 81-92), sekizinci bölüm uluslararası ilişkileri (m. 93-97), dokuzuncu bölüm yargı yönetimini (m.98-105), onuncu bölüm hukukilik denetimini (m. 106-118), onbirinci bölüm idare ve özerkliği (m. 119-126), onikinci bölüm ulusal savunmayı (m.127-129), onüçüncü bölüm son hükümleri (130-131) düzenlemektedir.

³⁸ Jaakko Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", (Çevrimiçi) http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/toiminta/laitjalainvalmistelunkehittaminen/6HC1_ymikp/Nousiainen_english.pdf, 15 Ekim 2013, s. 10; Ayrıca bkz: Ilkka Saraviita, "Semi-presidential aspects in the year 2000 Constitution of Finland", (Çevrimiçi) http://www.doria.fi/bitstream/handle/10024/73918/Saraviita_Semi-presidential_aspects_in_the_year_2000_constitution_of_Finland.pdf?sequence=1, 20 Kasım 2013, s. 3.

³⁹ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 10; Bu bağlamda 2000 Anayasası'nın, 1919 Anayasasının yarı başkanlık yönlerine karşı verilmiş bir nevi tepki olduğu ileri sürülmektedir, bkz: Saraviita, "Semi-presidential aspects in the year 2000 Constitution of Finland", s. 8.

anayasa ile birlikte hükümet ve parlamentonun yetkisi devlet başkanına nazaran arttırılmıştır.⁴⁰ Reform gerçekleştirilirken devlet başkanının konumu ve rolünün ne olacağı ile ilgili genel bir kanı olmamakla birlikte devlet başkanının yetkisinin genel olarak sınırlandırılması ve geriye kalan yetkilerin de hükümetin daha sıkı işbirliği ile kullanılmasının amaçlandığı göz önüne alınırsa⁴¹ daha ilk baştan varmış olduğumuz yargının önemi anlaşılabilir.

Yeni Anayasada öngörülen hükümet sisteminin ayırt edici niteliklerini belirleyebilmek bakımından yürütme ve yasama organları ile dış ilişkilerde yetki konularını ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz. Ancak yürütme organı ile ilgili ayrıntılı değerlendirmemize geçmeden önce, kısa bir bilgi vermeyi uygun görüyoruz. Finlandiya'da yürütme organı kararlarını, devlet başkanının katıldığı ve katılmadığı kurullarda almaktadır. Devlet başkanının katılımıyla genellikle cuma günleri toplanan kurulda (**Presidentin esittely/Föredragning för presidenten**) devlet başkanı, yetki alanına giren konularda (hükümetin önerisi üzerine ya da hükümetin önerisi olmaksızın karar verebileceği konularda tek başına) resmi kararlarını vermektedir.⁴² Devlet başkanının katılımı olmaksızın genellikle perşembe günleri toplanan kurulda (**Valtioneuvoston yleisistunto/Statsrådets allmänna sammanträde**) ise başbakan ve bakanlar tarafından hükümetin yetkisi dahilindeki siyasi ve idari konularda kararlar alınmakta, devlet başkanına sunulacak olan öneriler belirlenmektedir.⁴³ Kurullara ilişkin yapmış olduğumuz bu kısa açıklamanın ardından yürütme organı ile ilgili daha ayrıntılı değerlendirmelere geçebiliriz.

⁴⁰ Paloheimo, "The Rising Power of the Prime Minister in Finland", s. 220.

⁴¹ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentary", s. 11; Paloheimo'ya göre de yeni anayasada amaçlananlardan biri devlet başkanının karar verme yetkilerini hükümete bağlı kılmaktır, bkz: Paloheimo, "Divided Government in Finland: From a Semi-presidential to a Parliamentary Democracy", s. 90-91; Saraviita ise anayasa değişikliği ile birlikte başkanın yetkilerinin çok fazla değişmediğini, ancak bu yetkilerin kullanılmasının hükümet ya da bir bakanın kararlarına bağlı hale getirildiğini ileri sürmektedir, bkz: Saraviita, "Semi-presidential aspects in the year 2000 Constitution of Finland", s. 3.

⁴² (Çevrimiçi) <http://www.tpk.fi/public/default.aspx?contentid=241955&nodeid=44822&contentlan=2&culture=en-US>, 26 Şubat 2015.

⁴³ (Çevrimiçi) http://valtioneuvosto.fi/en/government/how-does-the-government-work-?p_p_id=56_INSTANCE_SSKDNE5ODInk&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column2&p_p_col_coun t=1&_56_INSTANCE_SSKDNE5ODInk_languageld=en_US, 26 Şubat 2015.

B. Yürütme Organı

1. Devlet Başkanı

a. Seçimi ve Göreve Başlaması

Finlandiya Anayasası'nın "Devlet başkanının seçimi" başlıklı 54. maddesi uyarınca doğma büyüme Finlandiya vatandaşı olması gereken ve seçimlerde geçerli oyların yarısından fazlasını alan aday 6 yıllığına devlet başkanı seçilir. Eğer seçimde hiçbir aday oyların yarısından fazlasını alamazsa ilk oylamada en fazla oyu alan iki adayın katılacağı yeni bir seçim yapılır. Bu oylamada da en fazla oyu alan aday devlet başkanı seçilmiş olur. Eğer devlet başkanı olmak için tek bir kimse aday olursa herhangi bir seçim yapılmaksızın o kimse devlet başkanı seçilmiş olur. Devlet başkanı seçimi için aday göstermek bakımından, en son genel seçimlerde milletvekili çıkararak tüm partiler aday gösterebilir. Aynı zamanda oy verme hakkına sahip 20.000 kişi bir araya gelerek de bir aday gösterebilir. (m. 54).

Devlet başkanının görevi, seçimini takip eden ayın ilk günü başlar.⁴⁴ Yeni seçilecek devlet başkanının görevine başlaması ile de sona erer. Yeniden seçilebilmek bakımından, bir kimse üst üste ancak 2 defa devlet başkanı seçilebilir. Devlet başkanının ölmesi ya da hükümetin devlet başkanının görevine kalıcı bir şekilde devam edemeyeceğini açıklaması halinde yeni devlet başkanının seçimi mümkün olan en kısa zamanda yapılır (m. 54-55). 59. madde uyarınca devlet başkanının görevlerini yerine getirmesini engelleyecek bir durum meydana gelirse görevleri başbakan tarafından yerine getirilir. Başbakanın devlet başkanına vekalet edemeyecek durumda olması halinde ise devlet başkanına vekalet etme görevi başbakan vekili konumunda olan başbakan tarafından yerine getirilir.

⁴⁴ Anayasa gereğince devlet başkanının göreve başlar başlamaz parlamento önünde "Finlandiya halkı tarafından devlet başkanı seçilmiş biri olarak, devlet başkanlığının gerektirdiği görevleri yerine getirirken Anayasayı ve Cumhuriyet kanunlarını içtenlikle ve özenle gözeteyeğime, Finlandiya halkının refahını arttırmak için elimden gelenin en iyisini yapacağıma söz veririm." şeklinde yemin etmesi gerekmektedir (m. 56).

b. Yetkileri

i. Genel Olarak

Finlandiya Anayasası'nın devlet başkanının görevlerini düzenleyen 57. maddesi genel olarak başkanın, anayasada ve diğer yasalarda belirtilen görevleri yerine getireceğini ifade etmektedir. Bu düzenleme ile devlet başkanlığının azalan önemi daha baştan anlaşılabilir. Nitekim başkanın görev ve yetkileri anayasada sayılan ve özel kanunlarda düzenlenenlerden ibaret olacaktır.⁴⁵ 58. maddeye göre devlet başkanı yürütme ile ilgili kararları hükümetin yapacağı teklifler üzerinden verir. Devlet başkanının hükümetin teklifleri doğrultusunda karar vermemesi halinde konu (kanunların onaylanması ve atama ile ilgili olanlar hariç) ile ilgili bir rapor hükümet tarafından parlamentoya sunulabilir. Sonrasında, hükümet tarafından önerilmesi halinde konu, parlamentonun kendisine sunulan rapor üzerinden benimsediği durum doğrultusunda çözülür. Dolayısıyla devlet başkanı karar verirken çoğunlukla hükümetin teklifini esas almalıdır ve devlet başkanının söz konusu tekliften sapması oldukça zor gözükmetedir.⁴⁶

Ancak Anayasa'nın 58. maddesi, bahsettiğimiz genel kurala bağlı olmaksızın devlet başkanının hükümetin önerisi olmaksızın karar verebileceği halleri de düzenlemiştir. Bu haller şunlardır:

- Hükümetin ya da bir bakanın atanması,
- hükümet ya da bir bakanın istifasının kabulü,
- olağandışı parlamento seçimlerinin yapılmasına karar verme (Ancak bu yetkinin kullanılması için hükümet teklifi gerekmeseyse de başbakanın gerekçeli teklifi gerekmektedir)⁴⁷,
- Bakanlar Kurulu'nda görüşülmesi gerekmeyen konular,
- özel af ve özel kişileri ilgilendiren ve kanunlarda özel olarak düzenlenen konular,
- finansmanla ilgili olanlar dışında Åland Adaları'nın Özerkliği Kanunu'nda belirtilen konular.

⁴⁵ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 11.

⁴⁶ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 11-12.

⁴⁷ Bkz: "ii. Yasamaya İlişkin Yetkileri" başlığı.

Anayasa'nın "Kararname Çıkarma ve yasama erkinin devri" başlıklı 80. maddesi uyarınca devlet başkanı, başbakan ve bir bakanlık bu anayasada ya da diğer yasalarda verilen yetkiye dayalı olarak kararname çıkarabilir. Ancak özel kişilerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen ilkeler ile anayasada yer alan yasama yetkisine ilişkin konular ancak kanunla düzenlenebilir. Bir kararnamenin kimin tarafından çıkarılacağına ilişkin özel bir hüküm yoksa o kararname hükümet tarafından çıkarılır. Bu bakımdan 80. maddeden anlaşılması gereken yasa ile yetki verilmesi halinde kararname çıkaracak olan organın normal zamanlarda hükümet olduğudur.⁴⁸

ii. Yasamaya İlişkin Yetkileri

Finlandiya Anayasası'nın "Kanunların Onaylanması" başlıklı 77. maddesi gereğince parlamento tarafından kabul edilen kanunlar onaylanması için devlet başkanına gönderilir. Devlet başkanı da onaylayıp onaylamamaya ilişkin kararını kanunun kendisine gelmesinden itibaren üç ay içinde vermek zorundadır. Bu aşamada devlet başkanı, kanunla ilgili olarak Yüksek Mahkeme ve Yüksek İdare Mahkemesi'nin görüşünü alabilir. İkinci fıkra uyarınca devlet başkanı kanunu onaylamayı reddettiği takdirde, kanun yeniden değerlendirilmesi için parlamentoya iade edilir. Parlamantonun aynı kanunu esaslı değişiklikler yapmadan yeniden kabul etmesi halinde ise devlet başkanının onayı aranmaksızın kanun yürürlüğe girer. Parlamantonun kanunu yeniden kabul etmemesi halinde ise kanun hükümsüz kalır. 78. maddeye göre devlet başkanının öngörülen süre içerisinde kanunu onaylamaması halinde, kanun gecikmeksizin parlamento tarafından tekrardan görüşülür. Komite raporunun açıklanmasından sonra kanun ya esaslı değişiklikler olmadan kabul edilir ya da reddedilir. 79. madde uyarınca onaylanan kanunlar ile devlet başkanının onayı olmaksızın yürürlüğe giren kanunlar devlet başkanı ve ilgili bakan tarafından imzalanır.⁴⁹

⁴⁸ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 11.

⁴⁹ Burada kast edilenin karşı imza olduğunu belirtmemiz gerekir. Nitekim Anayasa'nın İngilizce metninde bakanın imzalaması karşı imza, ikinci imza gibi anlamlara gelen "countersign" fiili ile belirtilmiştir. Anayasanın Fince ve İsveççe metinlerinde de hemen hemen aynı anlama gelen terimler kullanılmaktadır (varmentaa, kontrasignera). Finlandiya Anayasası'nın Fince ve İsveççe metinleri için bkz: <https://www.finlex.fi/fi/>.

Ardından kanun hükümet tarafından vakit geçirilmeksizin Finlandiya Kanunlar Kitabı'nda yayımlanır.

Öte yandan devlet başkanının yasama organının görevinin zamanından önce sona ermesi ile ilgili de yetkisi bulunmaktadır. Nitekim Anayasa'nın "Olağanüstü parlamento seçimleri" başlıklı 26. maddesi uyarınca devlet başkanı, başbakanın gerekçeli teklifi üzerine, parlamentodaki grupları dinledikten sonra olağanüstü seçimlerin yapılmasına karar verebilir. Böyle bir karar verilmesi halinde Parlamento, seçimlerden önce çalışmalarını sonlandıracağı tarihi belirler. Ancak dikkat edilirse devlet başkanı bu yetkisini koşulsuz olarak kullanmaz. Devlet başkanının olağanüstü parlamento seçimlerine karar verebilmesi için parlamentodaki grupları dinlemesi gerekmekte; daha da önemlisi bu seçimlerin yapılması yönünde başbakanın gerekçeli teklifi bulunmalıdır. 1919 tarihli Anayasanın yürürlükte bulunduğu dönemde ise -en azından 1990'lı yılların başında yapılan anayasa değişikliğine kadar- devlet başkanı herhangi bir koşula bağlı olmaksızın dilediği zaman yasama organının görevine son verme yetkisine sahipti. Nitekim eski anayasanın yürürlükte olduğu dönemde devlet başkanları bu yetkilerini 7 defa kullanmışlardır.⁵⁰

Bilindiği üzere, yasama organının görevine son vermede devlet başkanlarının önemli yetkilere sahip olması yarı başkanlık olarak nitelendirilen sistemlerde öne çıkan özelliklerden biri olarak görülmektedir.⁵¹ Bu bağlamda kurduğu sistem genelde tipik bir yarı başkanlık sistemi olarak nitelendirilen Fransız Anayasası, "*Cumhurbaşkanı, Başbakan ile Meclis Başkanlarının görüşünü aldıktan sonra Millet Meclisini feshedebilir.*"⁵² düzenlemesini içermektedir (m. 12). Görüldüğü üzere bu anayasada devlet başkanının meclisi fesih yetkisi yalnızca Başbakan ve Meclis Başkanlarının görüşünü alma koşuluna bağlıdır. Bu bağlamda ilgili kişiler olumsuz yönde görüş bildirseler dahi devlet başkanı meclisi feshedebilir. Oysa yürürlükteki Finlandiya Anayasası'na göre

⁵⁰ 1924 (Ståhlberg); 1929 ve 1930 (Relander); 1953 (Paasikivi); 1967, 1971 ve 1975 (Kekkonen), (Çevrimiçi) [http://www.tpk.fi/public/default.aspx?nodeid=44821&contentlan=2&culture=en-US#Executive power](http://www.tpk.fi/public/default.aspx?nodeid=44821&contentlan=2&culture=en-US#Executive%20power), 21 Ocak 2015.

⁵¹ Bkz: YAZICI, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme, s. 94-103.

⁵² İlgili maddenin Türkçesi, Fransa'nın Türkiye Büyükelçiliği tarafından yaptırılan tercümeden alınmıştır. Bkz: 4 Ekim 1958 Fransız Anayasası, Çeviri: Aslıhan Öztezel, Ceren Zeynep Pirim, Ankara, 2011.

başbakanın gerekçeli teklifi olmadan devlet başkanı meclisin görevine son veremez. Ayrıca Fransız Anayasası açıkça fesih (dissolution) bahsederken Finlandiya Anayasası'nın bu terimi kullanmayıp "olağanüstü parlamento seçimleri" ifadesini kullanması da dikkat çekicidir. Sonuç olarak Finlandiya devlet başkanının, görev süresi dolmadan yasama organının görevine son verme yetkisi önceki anayasaya göre oldukça kısıtlanmıştır.

iii. Devlet Başkanının Atama ve Görevden Alma İle İlgili Yetkileri

Finlandiya Anayasasının farklı maddelerinde devlet başkanına atama, kimi görevlileri azletme ya da bunların istifasını kabul etme ile ilgili çeşitli yetkiler verilmiştir. İlgili maddeler uyarınca;

- Parlamento tarafından seçilen başbakanı atamak (m. 61),
- talepleri doğrultusunda hükümetin ya da bir bakanın istifasını kabul etmek, başbakanın teklifi üzerine bir bakanın görevinden alınmasına karar vermek (m. 64),⁵³
- Adalet Şansölyesini (Oikeuskansleri, Justitiekanslern)⁵⁴ ve vekil-

⁵³ Aynı madde uyarınca devlet başkanı, parlamentonun güvenini kaybeden hükümet ya da bir bakanı, bu yönde bir talep olmasa dahi her halükarda azleder. Başkanın azil yetkisini kullanıp kullanmaması parlamentonun güveninin bulunup bulunmamasına bağlıdır. Haliyle başkan bu yetkisini keyfi olarak kullanamaz. Parlamento bir bakana ya da hükümete güvensizlik duyuyorsa başkan azil yetkisini kullanmak zorundadır. Aynı yönde: Kutlay Telli, "Finlandiya'nın 1999 Anayasasıyla Öngörülen Hükümet Modeli", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 2, 2010, s. 243.

⁵⁴ Finlandiya Anayasası'nın 108. maddesi uyarınca adalet şansölyesi devlet başkanı ile hükümetin resmi işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetler. Şansölye aynı zamanda mahkemelerin, otoritelerin, kamu görevlilerinin, kamu görevi yerine getiren diğer kimselerin hukuka uygun davranmalarını ve yükümlülüklerinin yerine getirmelerini temin eder. Şansölye görevlerini yerine getirirken temel hak ve hürriyetler ile insan haklarının gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini de gözetir. İstek üzerine devlet başkanına, hükümete ve bakanlıklara hukuki konularla ilgili bilgi ve görüş sunar. Şansölye ayrıca ülkede hukukun gereklerinin yerine getirilmesi için gerçekleştirdiği faaliyetlerle ilgili parlamentoya ve hükümete yıllık rapor sunar; 111. maddeye göre ombudsman ve hukuk şansölyesi kamu otoritelerinden ve kamusal görev yerine getiren kurumlardan gerçekleştirilen işlemlerin hukukiliğini değerlendirmek amacıyla bilgi alma hakkına sahiptir. Şansölye Bakanlar Kurulu toplandığında bu toplantılara katılır. Eğer Bakanlar Kurulu devlet başkanı ile beraber toplanmışsa bu toplantıya da katılır. Ombudsman'ın da bu toplantılara katılma hakkı vardır; "Devlet başkanının ve hükümetin resmi işlem-

lini atamak (m. 69),

- bazı yargıçları ve başsavcüyü atamak (m. 102, 104),
- Devlet Başkanlığı Ofisi müsteşarını ve yurtdışındaki Finlandiya diplomatik misyonlarının başlarını atamak (m.126/2),
- savunma kuvvetlerinin subaylarını atamak (m. 128/2) devlet başkanının atama ve görevden alma ile ilgili yetkileri arasındadır.

Yeni Anayasada başbakanı seçmek yetkisinin kaldırılması ve bakanların atanmasında yalnızca sembolik yetki sahibi olmasını sağlayan hükümlerle devlet başkanının hükümet üzerindeki etkisinin oldukça azaldığı söylenebilir.⁵⁵ Eski Anayasa uyarınca devlet başkanları başbakanları belirlemek açısından oldukça özgür hareket edebilmelerine rağmen yeni Anayasa ile birlikte başbakanın devlet başkanı tarafından atanması usulü tamamen biçimsel niteliğe bürünmüştür.⁵⁶ Devlet Başkanı'nın idareyle olan bağları da zayıflamıştır diyebiliriz. Nitekim kamu görevlilerinin atanması hususunda Başkan'ın yetkileri yalnızca üst düzey bazı görevlilere indirgenmiştir.⁵⁷

iv. Diğer Yetkileri

Finlandiya Anayasası'nın 105. maddesi uyarınca devlet başkanı, bireysel davalarla ilgili olarak, Yüksek Mahkeme'nin görüşünü aldıktan sonra bir kimsenin almış olduğu cezayı ya da diğer bir yaptırımını kısmen ya da tamamen affedebilir.⁵⁸ 128. madde uyarınca devlet başkanı savunma kuvvetlerinin başkomutanıdır. Acil durumlarda hükümetin teklifi üzerine devlet başkanı bu görevini başka bir Finlandiya

lerinin hukukiliğinin denetimi" başlıklı 112. maddeye göre devlet başkanı, hükümet ya da bir bakanın verdiği karar ya da uyguladığı işlemin hukuka uygunluğu konusunda hukuk şansölyesi kuşkulandırsa, söz konusu karar ya da işlem hakkında gerekçeli olarak yorumda bulunabilir. Yorumun görmezden gelinmesi halinde Şansölye, yorumunu Bakanlar Kurulu toplandığında tutulan zabıtlara geçirir ve gerekmesi halinde diğer önlemleri de alır. Ombudsman da benzer şekilde yorumlama ve önlem alma hakkına sahiptir.

⁵⁵ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 11; Ayrıca bkz: Telli, "Finlandiya'nın 1999 Anayasasıyla Öngörülen Hükümet Modeli", s. 246-247.

⁵⁶ Paloheimo, "The Rising Power of the Prime Minister in Finland", s. 229.

⁵⁷ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 11.

⁵⁸ Genel af ise ancak kanunla ilan edilebilir.

vatandaşına bırakabilir.⁵⁹ 129. maddeye göre de devlet başkanı, hükümetin teklifi üzerine savunma kuvvetlerinin seferber edilmesine karar verebilir.

c. Sorumluluğu

Finlandiya Anayasası'nın "Devlet Başkanı'nın cezai sorumluluğu" başlıklı 113. maddesine göre hukuk şansölyesi, ombudsman ya da hükümetin devlet başkanının vatana ihanet ettiğini veya insanlığa karşı suç işlediğini düşünmesi halinde durum parlamentoya iletilir. Bu durumda parlamentonun 3/4'ünün suçlaması halinde başsavcı devlet başkanı aleyhine Yüksek Mahkeme'de dava açar ve süreç tamamlanana kadar devlet başkanı görevini yerine getiremez. Maddenin son cümlesine göre devlet başkanı'nın vatana ihanet ve insanlığa karşı suç haricinde, görevi nedeniyle gerçekleştirdiği işlemlerden dolayı bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

2. Başbakan ve Bakanlar Kurulu

a. Bakanlar Kurulu'nun Oluşumu

Finlandiya Anayasası'nın 61. maddesi uyarınca başbakan parlamento tarafından seçilir ve sonrasında devlet başkanı tarafından atanır. Bakanlar⁶⁰ da başbakanın teklifi üzerine devlet başkanı tarafından atanır. Buraya kadar her şey olağan gözükmekle birlikte başbakanın kim olacağı'nın belirlenmesine yönelik düzenleme dikkatleri çekmektedir. Zira aynı madde uyarınca başbakanın seçiminden önce parlamentoda yer alan parti grupları hükümetin oluşumu ve siyasi programı üzerinde müzakerelerde bulunur. Devlet başkanı, Meclis başkanı ile parlamentodaki grupları dinledikten sonra müzakerelerden çıkan sonuca dayanarak başbakan adayını meclise bildirir. Aday, parlamentoda yapılan açık oylamada oyların yarısından fazlasını alması halinde başbakan seçilmiş olur. Adayın gereken çoğunlukta oy alamaması halinde aynı usule uyularak başka bir aday belirlenir. Bu adayın da

⁵⁹ 2011'de yapılan değişiklikle birlikte maddeye "acil durumlarda" ifadesi eklenmiştir.

⁶⁰ 60. madde uyarınca Hükümet başbakan ve yeterli sayıda bakandan meydana gelir. Bakanların dürüst ve ehil oldukları bilinen Finlandiya vatandaşları olması gerekmektedir.

oyların yarısından fazlasını alamaması halinde parlamentoda yeniden açık oylama yapılır ve bu oylamada oyların çoğunluğunu alan aday başbakan seçilmiş olur. Başbakanın seçimi konusunda devlet başkanını parlamentonun kendi içerisinde yapacağı müzakerelerle bağlı olup hükümetin oluşması bakımından devlet başkanının aktif katılımı yalnızca parlamento müzakerelerinin çıkmaza girmesi halinde mümkündür.⁶¹ Bu bağlamda, devlet başkanının başbakanın seçimi konusundaki etkisi siyasi şartlara bağlı ise de başkanın müdahale imkanı bulunmaktadır ve bu devlet başkanının en önemli yetkilerindedir.⁶² Ancak tekrar edelim ki hükümetin oluşumunda devlet başkanı yalnızca parlamento uzlaşmaması halinde önemli bir rol üstlenebilir⁶³ ve bu durumun gerçekleşmesi de uygulamada pek mümkün gözükmemektedir.⁶⁴ Bunun dışında hükümetin oluşması bakımından devlet başkanının herhangi bir etkisi kalmamıştır denebilir.⁶⁵

Anayasanın 68. maddesi uyarınca göre hükümet gerekli sayıda bakanlığa sahiptir. Her bakanlık kendi alanı çerçevesinde, hükümet tarafından kararlaştırılacak konuları hazırlamaktan ve idarenin düzgün bir şekilde işlemesinden sorumludur. Bakanlar ayrıca dışarıdan atanmış olsalar (milletvekili olmasalar) bile genel kuruldaki tartışmalara

⁶¹ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 10; Saraviita, "Semi-presidential aspects in the year 2000 Constitution of Finland", s. 16; Gözler'e göre de "... parlamento bir parti tek başına çoğunluğa sahip değilse veya belli partiler arasında koalisyon konusunda belirgin uzlaşmalar yoksa, devlet başkanının başbakanı atama yetkisi sembolik olmaktan çıkar; devlet başkanı, böyle bir ortamda ülkeyi yönetecek siyasi iktidarın belirlenmesinde inisiyatif almış olur.", Kemal Gözler, Devlet Başkanları, Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Bursa, Ekin, 2001, s. 170; Uzlaşma olmaması halinde başkanın sembolik yetkisini aşarak inisiyatif kullanmasının anayasal olmadığı ve anayasada bu durumun düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz: Telli, "Finlandiya'nın 1999 Anayasasıyla Öngörülen Hükümet Modeli", s. 247-248.

⁶² Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 10

⁶³ Seppo Tiitinen, "Constitutional Reform in Finland", 1998, (Çevrimiçi) <http://www.asgp.info/Resources/Data/Documents/NJTCYJXYUTISQLTGGTU-UWLCDXVEPCE.pdf>, 16 Kasım 2014, s. 110.

⁶⁴ Saraviita, "Semi-presidential aspects in the year 2000 Constitution of Finland", s. 18, dn. 23.

⁶⁵ Tiitinen, "Constitutional Reform in Finland", s. 110; Nousiainen hükümetin oluşumuyla ilgili olarak devlet başkanını 'ikincil bir aktör' olarak nitelendirmektedir. Bkz: Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", s. 106.

katılabilirler.⁶⁶ Ancak parlamentodaki komisyonlara üye olamazlar (m. 48). 68. maddedeki ilginç noktalardan biri bakanlıklar arasındaki işbölümünün ve hükümetin organizasyonu ile ilgili diğer hususların kanun ya da hükümet tarafından çıkarılacak bir kararname ile düzenlenebilmesine imkan tanınmış olmasıdır. Ancak bakanlıkların sayısı ve kurulmalarıyla ilgili genel ilkelerin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

b. Görev ve Yetkileri

Anayasanın “Hükümetin görevleri” başlıklı 65. maddesi uyarınca hükümet anayasada belirtilen görevleri yerine getirmekle yükümlü olduğu gibi anayasada belirtilmemiş olan ve hükümeti ya da bir bakanı ilgilendiren yahut devlet başkanı ya da diğer bir kamu otoritesinin yetkisine girmeyen idari görevlerin yerine getirilmesinden de sorumludur. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca hükümet ayrıca devlet başkanının verdiği kararları uygular.⁶⁷ 67. maddeye göre hükümetin yetkisine giren konular Bakanlar Kurulu’nda veya konu hangi bakanlığın yetkisine giriyorsa o bakanlıkta karara bağlanır. Ancak büyük önem taşıyan veya ilkesel olarak önemli nitelikteki kararlar Bakanlar Kurulu’nda kararlaştırılır. Hükümetin karar verme mekanizmasıyla ilgili daha ayrıntılı hükümler bir yasa ile düzenlenir. “Başbakanın görevleri” başlıklı 66. madde uyarınca başbakan hükümetin faaliyetlerini yönlendirir, hükümetin yetkisine giren hususların hazırlanılması ve müzakere edilmesini gözetir ve Bakanlar Kurulu’na başkanlık eder.⁶⁸

Anayasa’nın 70. maddesi uyarınca hükümet kanun teklifinde bulunabilir.⁶⁹ Atamalarla ilgili olarak genel yetkili birimin de hükümet

⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, 48. madde uyarınca bir bakan devlet başkanına vekalet ediyorsa parlamento çalışmalarına katılamaz.

⁶⁷ 112. maddenin ikinci fıkrasına göre devlet başkanı tarafından verilen bir kararın hukuka aykırı olması halinde Hükümet, hukuk şansöyesinin görüşünü aldıktan sonra kararın uygulanamayacağını devlet başkanına bildirir ve devlet başkanından kararını değiştirmesini ya da ortadan kaldırmasını ister.

⁶⁸ Başbakanın güçlenen konumu ile ilgili olarak bkz: Paloheimo, “The Rising Power of the Prime Minister in Finland”, tüm makale.

⁶⁹ Her ne kadar yasa teklifi bakımından yalnızca milletvekilleri ve hükümetin yetkisi olsa da bazı birimlerin sunulacak yasa teklifleri ile ilgili olarak önerilerde bulunması da imkan dahilindedir. Örneğin, 99. maddenin ikinci fıkrasına göre Yüksek Mahkeme ile Yüksek İdari Mahkeme hükümete yasa çıkarılması amacıyla teklifler sunabilir. Yani hükümete önerilerde bulunarak hükümet tarafından parlamento-

olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Anayasanın 126. maddesine göre atama yetkisi özel olarak devlet başkanı, bakanlık ya da diğer bir kamu otoritesinin yetkisi olarak belirlenmedikçe kamu görevlileri hükümet tarafından atanır.

c. Sorumluluğu

Anayasa'nın 60. maddesine göre her bakan yerine getirdiği görevleri dolayısıyla parlamento önünde sorumludur. Yine her bakan tutanaklara geçirilmiş açık itirazları olmadıkça, katıldığı bakanlar kurulunda alınan karardan sorumludur. Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklamayı aşağıda, yasama organının hükümeti denetleme yetkisi başlığı altında yapmış bulunmaktayız.

C. Yasama Organı

1. Oluşumu

Anayasanın 24. maddesi uyarınca parlamento tek meclisli olup dört yıllık bir süre için seçilen iki yüz milletvekilinden oluşur. Parlamantonun görevi seçim sonuçları onaylandığı anda başlar ve bir sonraki parlamento seçimlerine kadar devam eder. 33. maddeye göre parlamento, devlet başkanının yasama döneminin açılışını ilan etmesinden sonra toplanır. Yine aynı madde uyarınca seçimlerden önce parlamento çalışmalarının sonuçlanmasından sonra devlet başkanı yasama faaliyetlerinin içerisinde bulunulan dönem bakımından sona erdiğini ilan eder. Milletvekili olabilmek açısından, seçme hakkına sahip olan herkes milletvekili seçiminde aday olabilir. Halihazırda milletvekili olan kişinin devlet başkanı seçilmesi halinde ise seçildiği tarihte bu kişinin milletvekilliği sona erer.

2. Yetkileri

a. Genel Olarak

Gayet tabii yasama organının en önde gelen yetkisi kanun yapmaktır. Bu bağlamda hükümet meclise kanun teklifinde bulunabileceği gibi herhangi bir milletvekili de kanun teklifinde bulunabilir.

ya sunulacak kanun tekliflerine yönelik önerilerde bulunabilir.

Parlamentoya sunulan teklifler de öncelikle komisyonlarda görüşülür ve sonrasında parlamento tarafından oylanır. Olağan olduğu üzere, bütçeyi görüşmek ve kabul etmek yetkisi de parlamentoya aittir.⁷⁰

Anayasa'nın 94. maddesine göre Finlandiya mevzuatında değişiklik meydana getiren veya önemli nitelikte olan yahut anayasa uyarınca parlamentonun onayını gerektirecek anlaşmalar ile diğer uluslararası yükümlülüklerin parlamento tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca söz konusu yükümlülüklerin iptali için de parlamento kararı gerekmektedir.⁷¹ Bu bağlamda anlaşmalar ve diğer uluslararası yükümlülüklerin hükümlerinin yasamaya ilişkin olmaları halinde, yürürlüğe girebilmeleri ancak bir kanunla olur. Bunun dışındaki uluslararası yükümlülükler ise kararname ile yürürlüğe konur (m. 95)⁷².

b. Hükümeti Denetlemek

Finlandiya Anayasası, yasama ve yürütme arasındaki karşılıklı etkileşim araçlarından biri konumundaki hükümeti denetleme yollarını parlamenter sistemlerin çoğunda görülen yollar ile paralel şekilde düzenlemektedir. Bu konuda dikkati çeken ilk madde Anayasanın "gensoru" olarak çevirebileceğimiz "**välíkysymys-interpellation**" başlıklı 43. maddesidir. Nitekim bu maddeye göre en az yirmi milletvekili önerge vererek hükümet ya da bir bakan aleyhine gensoru mekanizmasını başlatabilir. Diğer taraftan hükümet, ülkenin yönetimi ya da uluslararası ilişkilerle ilgili parlamentoya açıklamada bulunabilir ya da rapor sunabilir. Hükümetin böyle bir beyanda bulunmasının ar-

⁷⁰ Anayasanın 86. maddesi uyarınca bütçenin değişmesi için meşru sebeplerin olması halinde hükümetin ek bütçe için parlamentoya teklif verebileceğini belirtelim.

⁷¹ Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca uluslararası yükümlülüklerin kabulü ya da iptaline ilişkin kararlar oy çoğunluğuyla alınırken teklifin anayasayı ilgilendirmesi, ulusal sınırları değiştirmesi, Finlandiya'nın egemenliği için önem arz edecek şekilde, Avrupa Birliği'ne veya uluslararası bir kurum ya da organa yetki devri ile ilgili olması durumunda kabul kararı en azından üçte iki oy çoğunluğuyla alınmak zorundadır.

⁷² Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca uluslararası yükümlülüğün yürürlüğe girmesine yönelik olarak hükümetin parlamentoya sunacağı teklifin görüşülmesi olağan kanunların kabulü usulündeki gibidir. Ancak teklifin anayasayı ilgilendirmesi, ulusal sınırları değiştirmesi, Finlandiya'nın egemenliği için önem arz edecek şekilde, Avrupa Birliği'ne veya uluslararası bir kurum ya da organa yetki devri ile ilgili olması durumunda teklif askıda tutulmaksızın görüşülecektir ve kabul kararı en azından üçte iki oy çoğunluğuyla alınmak zorundadır.

dından milletvekillerinin önerge vermesi halinde güven oylamasına gidilebilir (m. 44). Güvenoyu mekanizmasını başlatan ihtiyari rapor sunma usulünün dışında ayrıca hükümet yürütmeye ilişkin faaliyetler, devlet maliyesi ve bütçeye bağlılık ile parlamentonun aldığı kararlarla ilgili olarak yaptıklarına ilişkin parlamentoya yıllık raporlar sunar (m.46). 45. maddede ise soru ve 1982 Türk Anayasasında düzenlenen genel görüşmeye benzer bir usul⁷³ düzenlenmektedir. Son olarak milletvekilleri ve komitelere görevlerini yerine getirebilmek için gerekli olan bilgileri hükümetten ya da ilgili bakanlıktan isteyebilme imkanının tanınmış olması da (m.47) hükümeti denetleme yollarından biri olarak düşünülebilir.⁷⁴

c. Diğer

Anayasanın 90. maddesine göre Finlandiya Bankası parlamentonun güvencesi ve denetimi altında faaliyet gösterir. Denetim amacının yerine getirilmesi için de bankanın yöneticileri parlamento tarafından seçilir.

D. Finlandiya Anayasası'na Göre Dış İlişkilerde Yetki

Çalışmamızın ilk bölümünde açıkladığımız üzere, dış ilişkiler alanında devlet başkanı İkinci Dünya Savaşı ile 1980'ler arasında önemli ölçüde etkili olmuştur.⁷⁵ Hatta Finlandiya'nın yarı başkanlık sistemi olarak nitelendirilmesindeki temel nedenlerden biri devlet başkanının dış ilişkiler alanındaki söz konusu etkileri olmuştur denebilir. Bu nedenle yeni anayasada dış ilişkiler alanında yetkiye ilişkin maddelerin irdelenmesi gerekir.

Yeni anayasada da dış ilişkilerle ilgili olarak devlet başkanına yetki tanındığı Anayasa'nın 93. maddesinden anlaşılmaktadır. İlgili madde uyarınca, Finlandiya'nın dış politikası devlet başkanı tarafından hükümetle işbirliği halinde yürütülür. Ancak Anayasa, dışişleri

⁷³ Nitekim 45. maddenin 3. fıkrası güncel, tartışmalı olan bir konunun Genel Kurul'da ele alınabileceğini belirtmektedir.

⁷⁴ Anayasanın 114 ve devamı maddelerinde de bizdeki meclis soruşturmasına benzer bir usul düzenlenmektedir.

⁷⁵ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 13.

alanında devlet başkanı ve hükümet arasında gerçekleştirilecek işbirliği usulü ile ilgili hüküm koymamaktadır. Her ne kadar Anayasanın 93. maddesine bakıldığında dış ilişkilerle ilgili yetkinin genel olarak devlet başkanına ait olduğu düşünülebilirse de dış ilişkilerde esas yetkili olanın hükümet olduğunu söyleyebiliriz. Zira söz konusu madde daha baştan, Finlandiya'nın dış ilişkilerinin devlet başkanı tarafından hükümetle işbirliği halinde yürütüleceğini düzenlemektedir. Ayrıca yine aynı madde uyarınca Avrupa Birliği çerçevesinde alınan kararların ulusal düzeyde yerine getirilmesinden ve bu kararların yerine getirilmesi için Finlandiya tarafından yapılması gerekenlerden hükümet sorumludur.⁷⁶ Finlandiya'nın dış ilişkilerinin büyük bir bölümünün AB'nin Ortak Yabancı ve Güvenlik Politikası çerçevesinde yürütüldüğünü göz önüne alırsak dış ilişkilerdeki yetkinin çoğunun başbakan ve hükümete ait olduğunu söyleyebiliriz.⁷⁷ Yine aynı madde önemli nitelikteki, dış politika ile ilgili takınılan tutumların yabancı devletler ile uluslararası örgütlere bildirilmesini dış işleri konusunda yetkili olan bakanın sorumluluğuna vermektedir.

Dış ilişkiler konusunda devlet başkanı ve hükümetin yetki paylaşımını daha iyi değerlendirmek bakımından son anayasa değişikliği ile eklenen fıkra oldukça dikkat çekicidir. Nitekim yürürlükteki Anayasa'nın 66. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca başbakan Finlandiya'yı Avrupa Konseyi'nde temsil eder. Hükümet tarafından istisnai olarak aksi kararlaştırılmadığı takdirde, Avrupa Birliği'nin devletin en üst kademesinin katılımını gerektiren faaliyetlerinde yine başbakan Finlandiya'yı temsil eder.

Nousiainen de dış ilişkilerde lider olma yetkisinin İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra devlet başkanının bu denli güçlenmesine neden olduğunu ifade ettikten sonra aynı şeyin gelecekte de gerçekleşip ger-

⁷⁶ Ancak belirtmemiz gerekir ki, hükümetin bu yönde alacağı kararların parlamentonun onayını gerektirmesi halinde hükümet tek başına hareket edemez.

⁷⁷ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 15; Arter ve Widfeldt'e göre Avrupa Birliği sürecinde dış politika ile Avrupa politikası arasındaki çizgi bulanıklaşmıştır, bkz: Arter, Widfeldt, "What Sort of Semi-Presidentialism do Finns Want? An Intra-systemic Comparative Analysis", s. 1281. Finlandiya halkının hükümet sistemi ve benzer konularla ilgili görüşlerine yer veren ilginç bilgiler için söz konusu makalenin tümüne bakılabilir.

çekleşmeyeceğini sormuş ve bu soruya olumsuz yanıt vermiştir.⁷⁸ Zira yazara göre anayasa bunu neredeyse imkansız kılmaktadır: devlet başkanı bu alanda hükümet ile etkili bir şekilde sınırlandırmıştır ve esas yetkili olan hükümettir.⁷⁹ Hatta bundan böyle devlet başkanının dış ilişkilerdeki yetkisinin hükümetin işlemini geciktirmek ya da engellemek olarak tezahür edebileceği dahi düşünülebilir.⁸⁰

Ancak belirtmemiz gerekir ki, devlet başkanı ve hükümetin yanı sıra dış ilişkilerde yasama organının da önemli yetkileri bulunmaktadır. Nitekim dış ilişkilerde Finlandiya'nın uluslararası yükümlülükleri, bu yükümlülüklerin işlerlik kazanması ile bu yükümlülüklerin iptali parlamento tarafından kararlaştırılır (m. 94). Savaş ve barışla ilgili konular da devlet başkanı tarafından parlamentonun "izni" ile kararlaştırılır. Önemli nitelikteki anlaşmalar ve diğer uluslararası yükümlülükler için parlamentonun kabulünün gerekmesi de dış ilişkilerde parlamentonun katılımını gözle görülür kılmaktadır.⁸¹

IV.Sonuç

Hükümet sistemleri belli başlıklar altında sınıflandırılrsa da çalışmamızda incelediğimiz Finlandiya'nın da örnek teşkil ettiği gibi her devletin hükümet sistemi kendine özgü nitelikler taşımaktadır. Ancak Finlandiya'yı, çoğunlukla benimsenen başkanlık-yarı başkanlık-parlamente sistem ayrımı bağlamında illa bir gruba dahil etmemiz gerekirse şu tespitlerden yola çıkabiliriz:

Finlandiya'nın yürürlükte bulunan, 1999 tarihli Anayasasında;

1. bir önceki anayasasında olduğu gibi devlet başkanının halk tarafından seçileceği öngörülmüştür.
2. bir önceki anayasasında olduğu gibi yürütme organının iki kanatlı olacağı belirtilmiştir.

⁷⁸ Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", s.107.

⁷⁹ Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", s.107.

⁸⁰ Nousiainen, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", s.107.

⁸¹ Nousiainen, "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", s. 14.

3. devlet başkanının konumu bir önceki anayasaya göre çok daha zayıf düzenlenmiştir.

İkinci şıka baktığımızda yeni anayasanın başkanlık sistemini benimsemediği açıktır. Benimsenen sistemin yarı başkanlık ya da parlamenter sistem olarak nitelendirilmesinde ise 1. ve 3. şıkları dikkate almamız gerekiyor. Şüphesiz yarı başkanlık sistemi için devlet başkanının halk tarafından seçilmesini yeterli bulursak, her iki anayasada da yarı başkanlık sisteminin benimsendiğini rahatlıkla ileri sürebiliriz. Ancak 1919 tarihli Anayasanın yürürlükte bulunduğu dönemde öğretinin geneli tarafından yarı başkanlık olarak nitelendirilen⁸² Finlandiya'nın şu an yürürlükte bulunan anayasasında aynı hükümet sisteminin benimsendiğini söyleyebilir miyiz? Kanaatimizce, yukarıda yapılan inceleme çerçevesinde bu soruya olumlu cevap vermek mümkün gözüküyor. Her ne kadar devlet başkanının halk tarafından seçiliyor olması Finlandiya'yı klasik anlamda bir parlamenter sistem olarak kabul etmemizi engelliyor olsa da 1999 tarihli Finlandiya Anayasası ile yarı başkanlık sisteminden ziyade parlamenter sistem özellikleri çok daha belirgin bir sistemin kabul edildiğini söyleyebiliriz.⁸³ Gerçekten de devlet başkanının birçok yetkiye sahip olduğu ve söz konusu yetkilerini öngörülenden daha geniş kullandığı 1919 tarihli Anayasanın yürürlükte olduğu dönem göz önüne alınacak olursa, devlet başkanının yetkilerinin oldukça kısıtlanması ve yürütme organının sorumlu kanadının ön plana çıkması karşısında böyle bir yargıya ulaşmakta tereddüt göstermiyoruz. Devlet başkanının hala halk tarafından seçiliyor olması sistemin niteliğini tartışmalı hale getirebilmekle beraber, sembolik yetkilere sahip devlet başkanının salt halk tarafından seçilecek olmasının bir sistemin yarı başkanlık olarak nitelendirilmesini gerektirmediği kanısındayız.

⁸² Bkz: 8 numaralı dipnot.

⁸³ Benzer şekilde: Nur Uluşahin, *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Ankara, Yetkin, 2007, s. 148; Öğretide bir görüş, devlet başkanının halk tarafından seçildiği ve önemli anayasal yetkilere sahip olmadığı ve ayrıca parlamentoya karşı sorumluluğu bulunan bir bakanlar kurulunun bulunduğu sistemlerin uygulandığı devletleri "başkanlı parlamenter sistem" olarak nitelendirmektedir. Bu bağlamda Finlandiya da bu grup içerisinde kabul edilmektedir. Bkz: Özsoy Boyunsuz, *Başkanlı Parlamenter Sistem, Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye için Tavsiye Edilebilirliği*; Ayrıca bkz: Levent Gönenç, "Hükümet Sistemi Tartışmalarında 'Başkanlı Parlamenter Sistem' Seçeneği", *Güncel Hukuk*, Sayı: 44, 2007, s. 40-41.

Kaynakça

- Arter David, "Finland", *Semi-Presidentialism in Europe*, Reprinted, Edited by Robert Elgie, New York, Oxford University Press, 2004, s. 48-66.
- Arter David-Widfeldt Anders, "What Sort of Semi-Presidentialism do Finns Want? An Intra-systemic Comparative Analysis", *West European Politics*, Volume 33, No 6, 2010, s. 1278-1298.
- Duverger Maurice, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", *European Journal of Political Research*, Volume 8, Issue 2, 1980, s. 165-187.
- Epstein Leon D., "Parliamentary Government", *International Encyclopedia of Social Sciences*, Editör: David L. Sills, The Macmillan Company & The Free Press, Volume 11, 1968, s. 419-426.
- Eren Abdurrahman, "İtirazım Var" Başkanlık Sistemine!, *Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı*, Yıl: 9, Sayı: 51, Mart-Nisan 2013, s. 698-701.
- Gönenç Levent, "Hükümet Sistemi Tartışmalarında 'Başkanlı Parlamenter Sistem' Seçeneği", *Güncel Hukuk*, Sayı: 44, 2007, s. 39-43.
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, Bursa, Ekin, 2011,
- Devlet Başkanları, *Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa, Ekin, 2001.
- Gül Cengiz-Karagöz Kasım, "Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007, s. 711-752.
- Nousiainen Jaakko, "From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland", *Scandinavian Political Studies*, Volume 24, No 2, 2001, s. 95-109.
- "The Finnish System of Government: From a Mixed Constitution to Parliamentarism", (Çevrimiçi) http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/toiminta/laitjalainvalmistelunkehittaminen/6HC1ymikp/Nousiainen_english.pdf.
- Özsoy Boyunsuz Şule, *Başkanlı Parlamenter Sistem, Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye için Tavsiye Edilebilirliği*, 2. baskı, İstanbul, XII Levha, 2014.
- Paloheimo Heikki, "Divided Government in Finland: From a Semi-presidential to a Parliamentary Democracy", *Divided Government in Comparative Perspective*, Edited by Robert Elgie, New York, Oxford University Press, 2001, s. 86-105.
- "The Rising Power of the Prime Minister in Finland", *Scandinavian Political Studies*, Volume 26, No 3, 2003, s. 219-243.
- Saraviita Ilkka, "Semi-presidential aspects in the year 2000 Constitution of Finland", (Çevrimiçi) http://www.doria.fi/bitstream/handle/10024/73918/Saraviita_Semipresidential_aspects_in_the_year_2000_constitution_of_Finland.pdf?sequence=1.
- Sartori Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, Çeviren: Ergun Özbudun, Ankara, Yetkin, 1997.
- Shugart Matthew Soberg, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, John M., and Electoral Dynamics, Tıpkı basım, Cambridge University Press, 2003.
- Şe, İlker Gökhan, "1919'dan 2000'e Finlandiya: Anayasal ve Siyasal Gelişmeler", *Dokuz*

- Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2005, s. 227-264.
- Telli Kutlay, "Finlandiya'nın 1999 Anayasasıyla Öngörülen Hükümet Modeli", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 2, 2010, s. 237-255.
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 11. bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Tiitinen Seppo, "Constitutional Reform in Finland", 1998, (Çevrimiçi)<http://www.asgp.info/Resources/Data/Documents/NJTCYJXYUTISQLTGTTUWLC-DXVEPCE.pdf>.
- Uluşahin Nur, *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Ankara, Yetkin, 2007.
- Yanık Murat, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği*, 2. baskı, Ankara, Adalet, 2013.
- Yazıcı Serap, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme*, 2. baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Yüksel Cüneyt, "Türkiye'nin Gelecek Siyasi Sistem Tercihi-Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm, Yarı-Başkanlık ve Başkanlık Sistemleri", *Yasama Dergisi Parlamento Hukuku Özel Sayısı (II)*, Sayı: 25, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2013, s. 38-70.
- Başkanlık Sistemi, Yayına Hazırlayan: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005.
 - 4 Ekim 1958 Fransız Anayasası, Çeviri: Aslıhan Öztezel, Ceren Zeynep Pirim, Ankara, 2011.
 - *Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı*, Yıl: 9, Sayı: 51, Mart-Nisan 2013.

“TEK BAŞLI PARLAMENTARİZM” KAVRAMININ DOĞUŞU: GÜNEY AFRİKA’NIN HÜKÜMET SİSTEMİ RICING OF THE CONCEPT OF “MONOCEPHALOUS PARLIAMENTARISM”: SOUTH AFRICA’S SYSTEM OF GOVERNMENT

Faruk TURİNAY*

Özet: Hükümet sistemleri genel olarak parlamenter sistem ve başkanlık sistemi olarak ikiye ayrılmakla beraber, bu iki uç sistem arasında pek çok spesifik kriterle sınıflandırılmıştır. Bununla beraber parlamentarizm ile başkanlık sistemini ayıran temel kıstaslar üzerinde büyük ölçüde bir ittifakın olduğu söylenebilir. Bu kıstaslardan biri de yürütme organının tek ya da iki başlı olmasıdır. Kriteria göre yürütme organı iki başlı ise sistem parlamentarizm, tek başlı ise sistem başkanlık sistemidir. Ne var ki, Güney Afrika’nın yürütme organı tek başlı olmakla beraber sistemin diğer özelliklerinin tamamı parlamentarizmle bağdaşmaktadır. Güney Afrika Cumhuriyeti demokratik bir biçimde yürüttüğü hükümet sistemiyle parlamentarizmin en önemli özelliklerinden biri olan iki başlı yürütme organı kriterinin mutlak olmadığına kaydadeğer bir örneğidir. Ayrıca Botsvana, Surinam ve Birmanya’da benzer sistemler olduğu görülmektedir. Bu durumda, Güney Afrika’nın tek örneği olmadığı melez sistem, “tek başlı parlamentarizm” olarak adlandırılabilir.

Anahtar Kelimeler: Hükümet Sistemleri, Parlamenter Sistem, Tek Başlı Yürütme, Tek Başlı Parlamentarizm, Güney Afrika Cumhuriyeti

Abstract: Systems of government generally divided into two parts as parliamentarism and presidential system, but it have been classified by many spesific criterions between the two peak systems. Nevertheless, it can be argued that mainly there is a consensus about basic criterions which assort parliamentarism and presidentialism. One of the criterions is monocephalous or dual executive. According to the criterion, if executive is dual, system is parliamentarism; if it is monocephalous, system is presidentialism. However whether executive of South Africa is monocephalous, it’s other features are fully compatible with parliamentarism. Republic of South Africa with it’s system of government which it democratically put into practice, is a noteworthy example for the criterion of dual executive in respect of parliamentarism is not unquestionable. Moreo-

* Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi

ver, it have been noted similar systems in Botswana, Suriname and Burma. Thus the hybrid system which has not only example South Africa, can be denominated as "monocephalous parliamentarism".

Keywords: Systems of Government, Parliamentary System, Monocephalous Executive, Monocephalous Parliamentarism, Republic of South Africa

GİRİŞ

Temelde başkanlık sistemi ve parlamenter sistem şeklinde ikiye ayrılan hükümet sistemleri, zaman içinde giderek daha çeşitli ve ayrıntılı kavramlarla tasnif edilmiştir. Böylece, başkanlık-parlamentarizm ayrımı kesinleşmiş görünmektedir. Ancak Güney Afrika Cumhuriyeti, sahip olduğu hükümet şekliyle, başlangıca dönülerek ayrımın yeniden sorgulanmasını, en azından iki sistemi ayırıcı kriterlerin gözden geçirilmesini gerekli kılacak özellikler taşımaktadır.

Ülkenin zor koşullar altında kurmayı başarmış olduğu ve Güney Afrikalıların kendilerini bir istisna olarak görerek gurur duymalarını sağlayan demokratik anayasal düzeni,¹ hükümet sistemini ilgi çekici hale getirmektedir.

İsmi Afrika Kıtası'nın güney ucunda konumlanmasından alan Güney Afrika Cumhuriyeti, federal bir devlet olup 1.219.090 km² yüzölçümüne ve 2013 yılı itibariyle toplumsal grupların orantısız dağıldığı² 51.770.560 nüfusa sahiptir.³ İngilizcenin de aralarında bulunduğu olmak üzere, on bir resmi dile⁴ dünyada en fazla resmi dile sahip ülkesi olan⁵ Güney Afrika'nın üç başkenti vardır: idari başkent Pretoria,

¹ Philippe Joseph Salazar, *Afrique du Sud: La Révolution Fraternelle*, Éditions Hermann, Paris, 1998, s.85. Bu istisnai başarının sadece dış algı bakımından değil, Güney Afrikalıların kendilerini değerlendirmesi bakımından da geçerli olması, örneğin değerini artırmaktadır.

² Georges Lory, *Afrique du Sud*, Éditions Karthala, Paris, 2010, s.4. Bu nüfusun %79,2'si siyahilerden, %9,2'si beyazlardan, geri kalanı ise diğer azınlık gruplardan oluşmaktadır. Ibid.

³ South Africa Government Online, <http://www.gov.za/aboutsa/glance.htm>, erişim tarihi: 11.12.13.

⁴ Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası, m.6/1.

⁵ Kathleen Heugh, "Recovering Multilingualism: Recent Language-Policy Developments", in *Language in South Africa*, Ed. Rajend Mesthrie, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s.449-450.

yasama organına ev sahipliği yapan teşrii başkent Cape Town ve adli başkent Bloemfontein.⁶ Anayasa Mahkemesi'nin bu başkentler dışında, Johannesburg'ta bulunduğu ülke, idari açıdan dokuz bölgeye ayrılmaktadır.⁷

Ülke, heterojen etnik yapısı ve bu yapısını hukuk düzeninde içselleştirmesiyle dikkat çekmektedir. Etnik temelli parti kurulmasını önleyecek açık bir hüküm içermeyen bir anayasaya sahip olan Güney Afrika, bu özelliğiyle Fransızca konuşan Afrika ülkelerinden ayrılmaktadır.⁸

Güney Afrika, kıtanın en sanayileşmiş ülkesi olup,⁹ dünya milli gelir sıralamasında ilk yirmiye girememesine rağmen, siyasi öneminin de etkisiyle, G-20 olarak ifade edilen dünyanın en büyük ekonomilerinin oluşturduğu gruba kabul edilen tek Afrika ülkesidir.¹⁰

Freedom House'ın 2013 ölçümlerine göre, Güney Afrika özgür ülkeler kategorisinde yer almakta olup siyasi haklar ve temel özgürlükler puanları ikidir.¹¹ Güney Afrika, sadece iktisadi ve siyasi açıdan gelişmiş yapısıyla, kültürel çeşitliliğiyle değil; yeni tarihli olmakla beraber özgürlüklerin güvence altında olduğu, demokratik usullere uygun işleyen düzeniyle de hükümet sistemi incelemeleri bakımından isabetli ve ilgi çekici bir laboratuvar olarak görünmektedir.

I. TARİHİ ARKA PLAN

1487'de Portekizli kâşif Bartolomeu Dias'ın daha sonraları Portekiz Kralı II. João'nun Ümit Burnu (*Cabo da Boa Esperança*) adını verdiği bölgede Avrupa'nın ilk sömürgeleştirme faaliyetlerinin yolunu açtığı

⁶ Anayasa, m.42/6, m. , m..

⁷ Anayasa, m. 103/1.

⁸ Francesca Romana Dau, *Costituzionalismo e Rappresentanza: Il Caso del Sudafrica*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, s.158.

⁹ Funso Afolayan, *Culture and Customs of South Africa*, Greenwood Press, Westport-Connecticut, 2004, s.1.

¹⁰ Karoline Postel-Vinay, *The G20: A New Political Order*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2013, s.xiv, 5, 37.

¹¹ Freedom House, <http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/2013/south-africa>, erişim tarihi: 11.12.13. Freedom House ölçümlerindeki puanlamada 1 en iyi, 7 ise en kötü dereceyi temsil etmektedir. Aynı kuruluşun raporunda Türkiye'nin "kısmen özgür" ülkeler kategorisinde yer aldığı, temel özgürlükler puanının 4, siyasi haklar puanının 3 olduğu hatırlatılabilir.

yer Güney Afrika'dır.¹² Uzun süre Hollanda ve daha sonra Britanya sömürge idarelerinin egemenliğinde varlığını sürdüren ülke, Britanya İmparatorluğu'ndan parlamenter monarşi olarak 1910'da üniter bir devlet olarak bağımsızlığını kazanmış; Kraliçe ile bağına ise bütünüyle 1960'ta yapılan referandumla kopararak 1961'de cumhuriyet olmuştur.¹³

Yürürlükteki 1996 Anayasası, Güney Afrika'nın beşinci anayasası olup daha önce 1910, 1961, 1983 ve 1993 yıllarında gerçekleşen anayasa yapım tecrübeleri bulunmaktadır.¹⁴

Güney Afrika'nın yürürlükte olan 1996 Anayasası, hazırlanış süreci bakımından dünyadaki en özgün, en katılımcı ve en demokratik örneklerden birini oluşturmaktadır.¹⁵ Eğitim seviyesinin düşüklüğünden siyasi kutuplaşmaya, ırk ayrımcılığından gelir eşitsizliğine pek çok toplumsal soruna rağmen Güney Afrika'nın geniş katımlı, insan hakları konusunda oldukça hassas bir anayasa yapabilmesi, ülkeyi diğer örneklerden özel bir noktaya taşımaktadır. Anayasayı da kapsayan daha geniş bir çerçeveden bakıldığında Güney Afrika'da demokratik kimliğin yaratılmasının sosyal mücadelenin yeni bir türünün keşfedilmesi sayesinde olduğu, bu kimliğin milli bir ittifakın üzerine kurulduğu söylenebilecektir.¹⁶

Güney Afrika Anayasası'nda toplumsal eşitsizlikleri dikey bir müdahaleyle ortadan kaldırmayı amaçlayan hükümlere rastlanmaktadır.¹⁷ Bu açıdan, İtalyan Anayasası ile Güney Afrika Anayasası'nın benzer olduğu savunulmaktadır.¹⁸

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından 1948'de ağırlıklı olarak Hollanda kökenli "beyaz"ları temsil eden Ulusal Parti'nin iktidara gelmesi,

¹² Afolayan, *Culture and Customs of South Africa*, op.cit., s.29.

¹³ Ibid., s.53.

¹⁴ Lauren Segal - Sharon Cort, *One Law, One Nation: The Making of the South African Constitution*, Jacana Media, Auckland Park, 2011, s.15.

¹⁵ Güven Sak - Özgün Özçer, "Güney Afrika Anayasası: Bir Ülkenin Ruhunu", s.1, http://www.anayasaplatformu.net/indir/guney_afrika_anayasasi.pdf, erişim tarihi: 12.12.13.

¹⁶ William Bellamy, *Une Identité Nouvelle pour l'Afrique du Sud*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1996, s.167.

¹⁷ Carlo Rossetti, "La Libertà di Insegnamento e di Ricerca: Scuola e Università nella Costituzione", in *Dialoghi sulla Costituzione: Per Saper Leggere e Capire la Nostri Carta Fondamentale*, a cura di Marco Imperato - Michele Turazza, Effepi Libri, Monte Porzio Catone - Roma, 2013, s.157.

¹⁸ Ibid.

ülkede ırk ayrımcılığı (*apartheid*¹⁹) sorununu belirgin şekilde artırmıştır.²⁰ Kanunlarla hukuk düzeninin parçası haline getirilen bu ayrımcılık anlayışı, beyazların siyahlara üstün olduğunu varsaymaktadır.²¹ Süreçte, siyahlarla beyazlar arasında şiddet olayları, devlet baskısının maddi ve insani maliyeti, ekonomik kriz ve uluslararası baskı Ulusal Parti'nin 1980'lerden itibaren ayrımcılık politikasını yumuşatmasının ve daha sonra bütünüyle sona erdirmesinin yolunu açmıştır.²² 1984'te iki grubun evlenebilmesinin yolu açılmış, sonraki dönemde bazı siyasi haklar verilmiştir. 1989'da ülkenin yeni başkanı, ayrımcılığın sonsuza kadar sürdürülemeyeceğini insan haklarıyla bağlantısız bir zorunluluk gerekçesiyle ileri sürmüştür: nüfus oranındaki dengesizlik.²³ Açıklama ile Berlin Duvarı'nın yıkılmasının aynı yıl, siyasi kutuplaşmanın ortadan kalktığı bir konjonktür içerisinde gerçekleşmesinin tesadüf olduğunu söylemek zordur.

Ulusal Parti ile Nelson Mandela'nın lideri olduğu Afrika Ulusal Kongresi örgütünün başı çektiği geniş katılımlı bir müzakere süreci birtakım aksamalara rağmen gelişmiş, siyasi yasaklar kaldırılmıştır.²⁴ Mandela başkanlığındaki Afrika Ulusal Kongresi, 1994 seçimlerini % 62 oyla kazanmıştır.²⁵ Aynı sene, kurucu meclis oluşturulmuş; danışma, katılım ve uzlaşmaya dayalı bir yapım süreci sonunda yeni anayasa 16 Aralık 1996'da kabul edilmiş ve 4 Şubat 1997'de yürürlüğe girmiştir. Güney Afrika'nın son anayasası, büyük ölçüde, ülkenin demokrasiye dramatik geçişini taçlandıran aşama olarak tanınmaktadır.²⁶

¹⁹ Felemenkçenin Afrika'da kullanılan bir lehçesi olan Afrikaan dilinde "ayırım" anlamına gelen apartheid, spesifik olarak Güney Afrika'daki söz konusu uygulamayı ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.

²⁰ Hennie Lötter, *Injustice, Violence and Peace: The Case of South Africa*, Editions Rodopi, Amsterdam, 1997, s.21.

²¹ *Ibid.*, s.21 vd.

²² Gretchen Bauer - Scott D. Taylor, *Politics in Southern Africa: State&Society in Transition*, Lynne Rienner Publishers, Colorado, 2005, s.245.

²³ Siyahların nüfusu beyazlara oranla altı kat fazla olup yaklaşık 5 milyon Avrupa kökenli, 30 milyon Afrika kökenli nüfus bulunmaktadır. Başbakan Frederik Willem de Klerk, egemen azınlığın durumunun tehlikede olduğuna işaret etmiştir.

²⁴ Bauer - Taylor, *Politics in Southern Africa: State&Society in Transition*, op.cit., s.246 vd.

²⁵ *Ibid.*, s.248.

²⁶ Heinz Klug, *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2010, s.I.

Geçiş sürecinde asıl etkili grubun hangisi olduğu tartışmalı görünmektedir.²⁷ Yine de, ülkenin eski devlet başkanı Nelson Mandela'nın hukuk müşaviri Nicholas Haysom'a göre, yeni anayasanın temeli, birlikte yönetim (*co-operative government*) ilkesine dayanmaktadır.²⁸ Güney Afrika, on yıl gibi kısa bir sürede (1989-1999) ırksal ve etnik temelli bir bölünmeden milli birliğe geçebilmiştir.²⁹

Afrika Ulusal Kongresi, 1999, 2004 ve 2009 seçimlerini tek başına hükümet kurabilecek kadar oy alarak kazanmıştır.³⁰ Nisan 2009'da yapılan son seçimde parti % 65 oy alarak 400 milletvekilinden oluşan Milli Meclis'te 264 sandalye elde ederken diğer partilerden Demokratik İttifak 67, Halk Kongresi 30 ve Inkatha Özgürlük Partisi ise 18 sandalyeyle temsil edilmektedir.³¹ Öte yandan güncel durum itibariyle Güney Afrika Devlet Başkanı aynı zamanda Afrika Ulusal Kongresi'nin de genel başkanıdır. Gelecek seçimler, 2019 yılında gerçekleştirilecektir.

II. ANAYASAL HÜKÜMLER

Güney Afrika'nın gerek geçiş dönemindeki 1993 Anayasası, gerekse hâlihazırda yürürlükte olan 1996 Anayasası'nın uluslararası etki taşıdığı, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden başka Kanada, Almanya ve Hindistan Anayasalarından ilham alınarak hazırlandığı bilinmektedir.³²

16 Haziran 1996 tarihinde kabul edilip 4 Şubat 1997'de yürürlüğe giren Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası, ilki 1997'de sonuncusu 2009'da olmak üzere on altı kez değişikliğe uğramıştır. Ek düzenlemeler hariç 243 maddeden oluşan anayasanın kazuistik yapısı dikkat

²⁷ Marianne Severin - Pierre Aycard, "Qui Gouverne la <<nouvelle>> Afrique du Sud?: Elites, Réseaux, Méthodes de pouvoir (1985-2003)", en Afrique du Sud Dix Ans Après: Transition Accomplie?, Dir. Philippe Guillaume - Nicolas Péjout - Aurelia Wa Kabwe-Segatti, Éditions Karthala et IFAS, Paris, 2004, s.17 vd.

²⁸ Heinz Klug, Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s.25.

²⁹ David Cumin, Unité et division de l'Afrique du Sud: L'interdépendance par la constitution, l'Harmattan, Paris, 2003, s.12.

³⁰ South Africa Government and Business Contracts Handbook, Cilt 1, International Business Publications, Washington DC, 2011, s.19.

³¹ Ibid.

³² John Dugard, "The New Constitution: A Triumph for Liberalism? A Positive View", in Ironic Victory: Liberalism in Post Liberation South Africa, eds. R. W. Johnson - David Welsh, Oxford University Press, London, 1998, s.25.

çekmektedir. Güney Afrika Anayasası, pek çok çevrede dünyanın en geniş kapsamlı anayasalarından biri olarak anılmaktadır.³³

Anayasanın 2. maddesiyle anayasanın üstünlüğü ilkesi benimsenmiş olup anayasaya aykırı kanunlar ve işlemler geçersiz sayılmıştır.

Milli hükümet, eyalet hükümetleri ve yerel hükümetlerin *birbirinden ayrı, birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkili* olduğunun belirtildiği 3. Bölüm'de "birlikte yönetim ilkeleri" benimsenmiştir. Bunlar arasında, "diğer hükümetlerin anayasal statüsüne, kurumlarına, yetkilerine ve görevlerine saygı göstermek" gibi somut hukuki ilkelerin yanı sıra "birbirleriyle karşılıklı güven ve iyi niyet çerçevesinde işbirliği yapmak" gibi soyut ve öznel ilkeler de bulunmaktadır (m. 41).

A. YASAMA YETKİSİ

Parlamento, Milli Meclis ve Milli Eyaletler Konseyi olarak iki kısımdan oluşmaktadır (m.42/1). Milli Meclis 400, Milli Eyaletler Konseyi ise 90 üyeye sahiptir.

1. İki Meclisli Yapı

Milli Meclis, halkı temsil etmek, ülkenin halk tarafından yönetilmesini sağlamak amacıyla seçilir. Milli Meclis, bu işlevini Devlet Başkanı seçmek, konuların kamuoyu tarafından tartışılması için milli bir ortam oluşturmak, kanun koymak, yürütme organını denetlemek suretiyle yerine getirir (m. 42/3). Milli Eyaletler Konseyi ise ülkenin idaresinde eyaletlerin menfaatlerinin dikkate alınmasını sağlamak amacıyla eyaletleri temsil eder. Milli Eyaletler Konseyi bu işlevini milli yasama sürecine katılmak ve eyaletlerle ilgili konuların kamuoyu tarafından tartışılması için milli bir ortam oluşturmak suretiyle yerine getirir (m. 42/4). Seçimler beş yılda bir yapılır.

Milli Meclis, istisnalar bir kenara bırakılırsa, her konuda kanun yapma yetkisine sahiptir (m. 44/1-a). Buna karşılık, Milli Eyaletler Konseyi, anayasayı değiştirme sürecine katılma, bazı konularda kanun yapma ve Milli Meclis'in kabul ettiği kanunları görüşme yetkileriyle donatılmıştır (m. 44/1-b). İki meclis arasında anayasayla gerçek-

³³ Bauer - Taylor, Politics in Southern Africa: State&Society in Transition, op.cit., s.249.

leştirilen görev paylaşımı, federal devlet sisteminin benimsendiğine işaret etmektedir.

2. Fesih Yetkisi

Seçimleri beş yılda bir yapılan Milli Meclis, Meclis üyelerinin salt çoğunluğunun oyuyla dağılmaya karar vermesi ve genel seçimlerin üzerinden üç yıl geçmiş olması halinde Devlet Başkanı tarafından feshedilir (m. 50/1). Devlet Başkanlığı makamının boşalmasını takip eden otuz gün içinde yeni Devlet Başkanı seçilememesi halinde Devlet Başkanı Yardımcısı da fesih yetkisine sahiptir (m. 50/2).

3. Milli Meclis

Seçimlerin ardından Milli Meclis Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın belirlediği tarih ve saatte toplanır (m. 51/1). Meclis Başkanı seçiminin yapılacağı ilk oturuma Anayasa Mahkemesi Başkanı ya da onun tayin ettiği bir yargıç başkanlık eder (m. 52/2).³⁴

Devlet Başkanı gerektiğinde Milli Meclis'i olağanüstü toplantıya çağırabilir (m. 51/2).

Devlet Başkanı ve Kabine üyeleri veya Milli Meclis üyesi olmayan bakan yardımcıları Meclis oturumlarına katılabilir ve görüşlerini belirtebilir, ancak oy kullanamaz (m. 54).³⁵

Milli Meclis, devletin bütün yürütme makamlarının Meclis'e hesap vermesinin sağlanması, kanunların uygulanması da dâhil olmak üzere yürütme yetkisinin kullanımının ve devletin bütün organlarının sürekli olarak denetlenmesi amaçlarına yönelik olarak gerekli mekanizmaları oluşturmakla yükümlüdür (m. 55/2).

4. Milli Eyaletler Konseyi

Devlet Başkanı gerekli gördüğü hallerde eyaletlerin temsilcilerinden oluşan Milli Eyaletler Konseyi'ni olağanüstü toplantıya çağırma yetkisine sahiptir (m. 63/2).

³⁴ Bu hüküm, 2001 tarihli 6. Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 2. maddesiyle getirilmiştir.

³⁵ Bu hüküm, 2001 tarihli 6. Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 3. maddesiyle getirilmiştir.

Konsey, gündemindeki kanun tekliflerini incelemeye, kabul etmeye, değiştirmeye, değiştirilmesini önermeye veya reddetmeye ve belli konularda kanun teklifi hazırlamaya yetkilidir (m. 68). Milli Eyaletler Konseyi'nin gündemindeki konular asgari beş eyaletin olumlu oylarıyla karara bağlanır (m. 65/1-b).

Kabine üyeleri ve Bakan Yardımcıları Konsey oturumlarına katılabilir ve görüşlerini belirtebilir, ancak oy kullanamaz (66/1). Milli Eyaletler Konseyi herhangi bir Kabine üyesinin, Bakan Yardımcısının veya eyalet hükümetinin bir üyesinin Konsey'in ya da Konsey'in herhangi bir komisyonunun toplantısına katılmasını zorunlu kılabilir (m. 66/2).

5. Federal Yasama Süreci

Milli Meclis'e her türlü kanun teklifi verilebilir (m. 73/1). Kanun teklifleri sadece bir Kabine üyesi, Bakan Yardımcısı, Milli Meclis üyesi veya Milli Meclis'te kurulan komisyonlardan biri tarafından verilebilir. Vergi ve kamu harcamalarına ilişkin kanun teklifleri yalnızca Kabine'nin ekonomiden sorumlu üyesi tarafından verilebilir (m. 73/2).³⁶

Görüşebileceği kanun teklifleri sınırlı olan Milli Eyaletler Konseyi'ne kanun teklifleri ancak Konsey üyeleri veya komisyonları tarafından verilebilir (m. 73/3-4).

Milli Meclis'te kabul edilen kanun teklifleri, eğer Milli Eyaletler Konseyi tarafından incelenmesi gerekiyorsa Konsey'e gönderilir. Konsey tarafından kabul edilen kanun teklifleri Milli Meclis'in incelenmesine sunulur (m. 73/5).

Tüm kanun teklifleri yasama organı ya da organlarınca kabul edildikten sonra Devlet Başkanı'nın onayına sunulur (m. 75 vd.). Devlet Başkanı kanun tekliflerini onaylayabilir ya da anayasaya uygunluk konusunda çekincesi olması halinde yeniden görüşülmek üzere Milli Meclis'e iade edebilir. Bir kanun teklifinin yeniden görüşüldükten sonra Devlet Başkanı'nın çekincelerinin giderilmesi halinde Başkan o kanun teklifini onaylamak zorundadır; çekincelerin ortadan kaldı-

³⁶ Bu hüküm, 2001 tarihli 6. Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 1-a maddesiyle değiştirilmiştir.

rılmaması halinde Devlet Başkanı kanun teklifini onaylayabilir ya da anayasaya uygunluğu incelenmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne gönderebilir. Anayasa Mahkemesi kanun teklifini anayasaya uygun bulursa Başkan kanun teklifini onaylamak zorundadır (m. 75).

Milli Meclis üyelerinin üçte biri parlamento tarafından kabul edilen bir kanun teklifinin, Devlet Başkanı tarafından onaylanmasını takip eden otuz gün içinde, kısmen ya da tamamen anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Anayasa Mahkemesi başvuru kabul edilebilir nitelikte ve adaletin sağlanması için gerekliyse kanunun yürütmesini nihai karara kadar kısmen ya da tamamen durdurabilir (m. 80).

B. YÜRÜTME YETKİSİ

Güney Afrika Anayasası, yürütme yetkisini Devlet Başkanı, Devlet Başkanı Yardımcısı ve Bakanlardan oluşan Kabine'ye vermektedir.

1. Devlet Başkanı

Devlet Başkanı devletin başı ve merkezi hükümetin başkanıdır; ülke bütünlüğünü ve anayasayı korumak, gözetmek ve uygulamakla yükümlüdür (m. 83). Merkezi yürütme yetkisi Devlet Başkanı'na aittir (m. 85). Devlet Başkanlığı siyasi parti genel başkanlığıyla aynı anda yürütülebilen bir görevdir.

a) Görevleri ve Yetkileri

Devlet Başkanı'nın görevleri kanun tekliflerini onaylamak, anayasaya aykırı bulduğu kanun tekliflerini yeniden görüşülmek üzere Milli Meclis'e iade etmek, gerekli gördüğü hallerde parlamentoyu olağanüstü toplantıya çağırarak, devletin başı olarak yapabileceği atamaların yanı sıra anayasa ve kanunların öngördüğü atamaları yapmak, araştırma komisyonları kurmak, parlamento tarafından çıkarılan kanunları halkoyuna sunmak, yabancı diplomat ve elçileri kabul etmek, büyükelçileri, devlet temsilcilerini, diplomasi ve elçilik görevlilerini atamak, mahkûmları affetmek veya cezalarını hafifletmek, para cezalarını kaldırmak ve devlet nişanı vermektir (m. 84).

Devlet Başkanı, ayrıca Adli Hizmetler Kurulu'na ve Milli Meclis'te temsil edilen siyasi partilerin liderlerine danışarak "Başyargıç" sifa-

tını taşıyan Anayasa Mahkemesi Başkanı'na, "Başyargıç Vekili" sıfatını taşıyan Anayasa Mahkemesi Başkanvekili'ni ve yine Adli Hizmetler Kurulu'na danışarak Yüksek Temyiz Mahkemesi Başkan ve Başkanvekili'ni tayin eder (m. 174/3). Devlet Başkanı, Anayasa Mahkemesi üyelerini ve diğer tüm yargıçları Adli Hizmetler Kurulu'nun önerisi üzerine tayin eder (m. 174/4-6). Diğer yargıçların atanması kanuna uygun olarak adil ve önyargısız şekilde yapılır (m. 174/7). Devlet Başkanı, Federal Başsavcı'yı da atama yetkisine sahiptir (m. 179/1-a).

b) Devlet Başkanlığı Seçimi

Devlet Başkanı Milli Meclis tarafından, Meclis'in seçimini takip eden ilk oturumda ve Başkanlık makamının boşalması halinde kendi üyeleri arasından beş yıllığına seçilir (m. 86/1). Oturuma Anayasa Mahkemesi Başkanı ya da onun tayin ettiği başka bir yargıç başkanlık eder. (m. 86/2)³⁷. Devlet Başkanlığı makamının boşalması halinde, otuz gün içinde Anayasa Mahkemesi Başkanı'nun belirlediği tarih ve saatte Devlet Başkanlığı seçimi yapılır.³⁸

Hiç kimse iki dönemden fazla Devlet Başkanı seçilemez (m. 88/2).

c) Impeachment

Milli Meclis, Devlet Başkanını, anayasayı ve kanunları ciddi şekilde ihlal etmesi, yetkisini ciddi derecede kötüye kullanması ya da Devlet Başkanlığı görevini yerine getiremeyecek duruma gelmesi halinde üye tam sayısının üçte ikisinin oyuyla görevden azledebilir (m. 89/1).

d) Vekâlet

Devlet Başkanı'nun yurtdışında bulunması, görevini yerine getiremeyecek durumda olması ya da Başkanlık makamının boşalması halinde öncelik sırasına göre Devlet Başkanı Vekili, Başkan'ın belirlediği bir bakan, Kabinenin diğer üyeleri tarafından belirlenen bir bakan, Milli Meclis kendi üyelerinden birini seçinceye kadar Meclis Başkanı tam yetkili olarak vekâlet eder (m. 90/1).

³⁷ Bu hüküm, 2001 tarihli 6. Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 6. maddesiyle değiştirilmiştir.

³⁸ Bu hüküm, 2001 tarihli 6. Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 6. maddesiyle değiştirilmiştir.

2. Kabine

Kabine, Kabine'nin başı sıfatıyla Devlet Başkanı, Devlet Başkanı Yardımcısı ve Bakanlardan oluşur. Devlet Başkanı, Devlet Başkanı Yardımcısı ve Bakanları atama, görev ve yetkilerini belirleme ve görevden alma yetkisine sahiptir. Devlet Başkanı, Devlet Başkanı Yardımcısı'nı Milli Meclis üyeleri arasından seçer; Milli Meclis üyeleri arasından istediği sayıda Bakan tayin edebilir, ancak Milli Meclis dışından en fazla iki Bakan tayin edebilir. Devlet Başkanı Kabine üyelerinden birini hükümetin Milli Meclis'teki faaliyetlerini yürütmekle yetkili temsilcisi olarak seçer (m. 91).

Kabine üyeleri kullandıkları yetkiler ve yürüttükleri görevlerle ilgili hem bireysel hem kolektif olarak Parlamento'ya karşı sorumludur (m. 92/2). Kabine üyeleri kendi yetki alanlarına giren konularda Parlamento'yu düzenli olarak bilgilendirmekle yükümlüdür (92/3).

Devlet Başkanı, Kabine üyelerine yardımcı olmak üzere, Milli Meclis üyeleri arasından istediği sayıda Bakan Yardımcısı atayabilir; meclis dışından atanacak Bakan Yardımcılarının sayısı ikiyi geçemez (m. 93/1). Meclis dışından atanan Bakan Yardımcıları Parlamento'ya karşı sorumludur (93/2).³⁹

Milli Meclis seçimlerinin yapılması halinde Kabine, Devlet Başkanı Yardımcısı, Bakanlar ve Bakan Yardımcıları bir sonraki Meclis tarafından seçilen Devlet Başkanı'nın görevi devralmasına kadar yetkilerini kullanmaya devam ederler (m. 94).

3. Gensoru: Hükümetin Siyasi Sorumluluğu

Milli Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu Devlet Başkanı dışında Kabine hakkında verilen gensoruyu kabul ederse Devlet Başkanı Kabine'yi yeniden oluşturmak zorundadır. Aynı çoğunluk, Devlet Başkanı hakkında verilen gensoruyu kabul ederse Devlet Başkanı, Kabine'nin diğer üyeleri ve Bakan Yardımcıları istifa etmek zorundadır (m. 102).

C. ANAYASANIN DEĞİŞTİRİLMESİ

Anayasanın 1. maddesi ile anayasanın değiştirilmesini düzenleyen madde Milli Meclis üyelerinin en az % 75'i ve Milli Eyaletler

³⁹ Bu hüküm, 2001 tarihli 6. Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 7. maddesiyle değiştirilmiştir.

Konseyi'nde en az altı eyaletin oyuyla kabul edilen bir kanunla değiştirilebilir (m. 74/1). Temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği 2. Bölüm ise ancak Milli Meclis üyelerinin üçte ikisi ve Milli Eyaletler Konseyi'nde en az altı eyaletin oyuyla kabul edilen bir kanunla değiştirilebilir (m. 74/2). Anayasanın diğer hükümleri, Milli Meclis üyelerinin üçte ikisinin kabul etmesiyle değiştirilebilir; meğerki Milli Eyaletler Konseyi'ni ya da eyaletlerin durumunu etkilemesin. Bu son hal söz konusu ise anayasa yine Milli Eyaletler Konseyi'nde en az altı eyaletin oyuyla kabul edilen bir kanunla değiştirilebilir (m. 74/3).

Milli Meclis ve gerekli olduğu durumlarda Milli Eyaletler Konseyi'nin kabul ettiği anayasa değişikliği teklifleri Devlet Başkanı'nın onayına sunulur.

III. DEĞERLENDİRME

Güney Afrika'nın hükümet sisteminin belirlenmesi, bu konuda doktrinde uzun süredir yerleşmiş olan başkanlık rejimi - parlamenter rejim ayrımının yeniden ele alınmasını gerektirmektedir.

A. BAŞLANGICA DÖNÜŞ: BAŞKANLIK SİSTEM İLE PARLAMENTARİZM NASIL AYRILIR?

Demokratik hükümet sistemlerinde, birbirini dışlayan ve iki kutup olarak görülen temel tipler olarak parlamenter rejim ve başkanlık rejiminin birbirinden ayrıldığı bazı temel noktalar konusunda görüş birliğinin olduğu söylenebilir.⁴⁰ Tali özellikler bir kenara bırakılırsa, bu noktalar,

- a) Yürütme organının yapısı: tek başlı (monist) ya da iki başlı (düalist) olması,⁴¹[*monocéphalisme* veya *bicéphalisme*],

⁴⁰ Giovanni Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.113.

⁴¹ Matthew Soberg Shugart - John M. Carey, Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, s. 19; Mehmet Turhan, Hükümet Sistemleri, 2. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993, s.56; Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 1, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2011, s.566; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 421, s.445; Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, op.cit., s.115; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.305.

- b) Yürütme organının yasama organına karşı sorumluluğu,⁴²
- c) Yürütmenin göreve gelişi: "Kabine lideri"nin belirlenmesinde halkın ya da parlamentonun doğrudan rol oynaması⁴³ ve
- d) "Devlet başkanı"nın siyasi açıdan sorumlu olup olmamasıdır.⁴⁴

Hemen belirtmek gerekir ki, "b" ve "d" bentlerinde belirtilen, yürütmenin yasamaya karşı sorumluluğu ile devlet başkanının siyasi sorumluluğu unsurları kısmen örtüşseler de farklı kapsamlara sahiptir. Yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olduğu halde devlet başkanının siyasi sorumluluk taşımadığı pek çok ülke vardır. Yürütmenin iki başlı ya da tek başlı olması bu kapsam farklılığının temel sebebi olarak gösterilebilir.

Devlet başkanının siyasi sorumsuzluğu, daha az dikkate alınan nisbî nitelikte bir kriter olup yürütmenin iki başlı olduğu hallerde kanatlardan birinin sorumlu diğerinin sorumsuz olmasını ifade etmektedir. Bu sorumsuzluğun, başkanlık sistemiyle parlamentarizmi ayıran, devlet başkanı ile kabine arasında ikili otoritenin olup olmaması kıstasıyla⁴⁵ paralel olduğu söylenebilecektir. Güney Afrika örneği, tek başlı yürütme organına sahip olduğu için devlet başkanının siyasi sorumluluğu kriteri Güney Afrika'nın hükümet sistemini belirlemek ba-

⁴² Arend Lijphart, "Presidentialism and Majoritarian Democracy: The Theoretical Observations", in *The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspective*, Cilt 1, ed. Juan J. Linz - Arturo Valenzuela, The Johns Hopkins University Press, Baltimore / London, 1994, s.92; Shugart - Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, op.cit., s. 19; Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, op.cit., s.114, s.137; Turhan, *Hükümet Sistemleri*, op.cit., s.47-49; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, op.cit., s.566-567; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op.cit., s.306; Teziç, *Anayasa Hukuku*, op.cit., s.427, s.446.

⁴³ J. Juan Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make A Difference", in *The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives*, Cilt 1, ed. Juan J. Linz - Arturo Valenzuela, The Johns Hopkins University Press, Baltimore / London, 1994, s. 6; Lijphart, "Presidentialism and Majoritarian Democracy: The Theoretical Observations", op.cit., s. 92; Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, op.cit., s.113-114, s.137; Turhan, *Hükümet Sistemleri*, op.cit., s.51, s.55; Teziç, *Anayasa Hukuku*, op.cit., s.427; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, op.cit., s.566; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op.cit., s.306.

⁴⁴ Teziç, *Anayasa Hukuku*, op.cit., s.422-423; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op.cit., s.306. Ayrıca bkz: Kemal Gözler, *Devlet Başkanları*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001, s.45 vd.; Turan Güneş, *Parlamentar Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1956, s.58 vd.

⁴⁵ Serap Yazıcı, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s.20.

kımından işlevsiz kalmaktadır; bu nedenle değerlendirme yapılırken dikkate alınmayacak, ilk üç kriterle yetinilecektir.

“c” bendiyle ilgili üç hususun altı çizilmelidir. “Kabine” terimi her ne kadar parlamenter sisteme özgü bir kullanıma sahip olsa da, burada, “kamu hizmetini yürüten uzmanlaşmış kuruluşların en üst temsilcileri olan bakanlardan oluşan kurul” anlamında kullanılmış; böylece “kabine lideri” terimi, hem “başbakan” hem de “başkan” terimlerini ifade edebilmesi bakımından özellikle tercih edilmiştir. İkincisi, “kabine lideri”nin belirlenmesinde halkın ya da parlamentonun oynadığı rolün halk söz konusu olduğunda “seçim”, parlamento söz konusu olduğunda ise güvenoylaması usulüyle gerçekleşeceği söylenebilir. Ayrıca, kabine liderinin göreve geliş şeklinin kabinenin belirlenmesinde de geçerli olduğu açıktır. Kabine lideri ile kabine bakımından, birinin parlamento tarafından diğerinin halk tarafından belirlendiği bir ihtimalden söz etmek zordur. Kabinenin kurulması, doğrudan kabine liderinin varlığına bağlıdır. Bu durumda “kabine lideri” teriminin kullanılmasında sakınca olmadığı gibi, başkan ile başbakan terimlerini aynı anda ifade edebilmesi ve özelde Güney Afrika örneği açısından daha kullanışlı bir kriter unsuru olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yürütme organının göreve gelişi, kabine liderinin ve dolayısıyla kabinenin göreve gelişiyle eş anlamlıdır. Neticede, Kemal Gözler’in de vurguladığı gibi, her durumda, “kabine”nin belirlenmesinde parlamentonun rolü hükümet sistemini belirler.⁴⁶

Parlamenter sistemde yürütme iki başlıdır, yürütme yasamaya karşı sorumludur, kabine lideri⁴⁷ parlamentonun güvenine dayanmaktadır ve devlet başkanı siyasi olarak sorumsuzdur. Devlet başkanının belirlenmesi de parlamenter sistemin bir unsuru olarak değerlendirilebilir.⁴⁸ Buna karşılık başkanlık sisteminde yürütme tek başlıdır, yürütme yasamaya karşı sorumsuzdur ve kabine lideri (başkan) halk tarafından seçilir, halkın güvenine dayanır ve doğal olarak siyaseten sorumludur. Böylece bu ikili ayırım net bir biçimde yapılmış görün-

⁴⁶ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, op.cit., s.566.

⁴⁷ Belki bu noktada parantez içinde “başbakan” terimine yer verilebilirdi. Fakat tam olarak bu çalışmanın inceleme konusu olan Güney Afrika’nın anayasal hükümet rejimi, aşağıda açıklanacağı üzere bu terimin kullanılmasına imkân tanımamaktadır. (F.T.)

⁴⁸ Şule Özsoy, Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.55.

mektedir. Üstelik başta yarı-başkanlık sistemi olmak üzere, gerek parlamentarizmin gerekse başkanlık sisteminin pek çok alt tipinin yaratılıp tanımlandığı bilinmektedir. Ne var ki, Güney Afrika'nın hükümet sistemi, başkanlık ve parlamenter sistemlerin alt örneklerinden birine girmek şöyle dursun, her iki rejimin de *sine qua non* temel özelliklerini barındırdığı için, sabitleştiği varsayılan bu ayrımın yeniden ele alınmasını gerektirecek kadar özgün bir örnek olarak değerlendirilebilir.

İki sistemi ayıran yan unsurlar Lijphart'ın ortaya koyduğu gibi, yürütme organının yasama organını feshetme yetkisi, aynı kişinin yasama ve yürütme organlarında aynı anda görev alabilmesi ve yürütme organının yasama çalışmalarına katılıp katılmamasıdır.⁴⁹ Bu kriterlere göre, parlamenter sistemde yasama ve yürütme organları birbirinin hukuki varlığına son verebilir; aynı kişi her iki organda görev alabilir (hatta bu durumun genellikle görüldüğü dahi söylenebilir) ve yürütme organı yasama çalışmalarına katılır. Buna karşılık, başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organları birbirinin hukuki varlığına son veremez; aynı kişi her iki organda görev alamaz; yürütme organı yasama çalışmalarına kural olarak katılamaz.

B. KRİTERLERE GÖRE GÜNEY AFRİKA'NIN HÜKÜMET SİSTEMİ

Güney Afrika'nın hükümet sistemi parlamentarizm ile başkanlık rejimini ayıran asli ve tali özelliklere göre değerlendirilebilir.

1. Asli Kriterlere Göre Değerlendirme

Yukarıda belirtilen parlamenter ve başkanlık rejimlerini ayıran olmazsa olmaz kriterlere göre Güney Afrika'nın anayasal hükümleri değerlendirildiğinde bu kriterlerin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği konusunda bir kanaate kapılmak mümkündür.

İlk olarak, Güney Afrika Anayasası'na göre yürütme yetkisi devlet başkanına bırakılmıştır (m. 83); o yüzden yürütme organı monist yapıdadır. Ülkenin anayasal düzeni, bu niteliğiyle başkanlık sisteminin kurucu özelliklerinden birini taşımaktadır.

⁴⁹ Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven, 1999, s.124-127.

İkincisi, parlamento, Devlet Başkanı dışında Kabine hakkında verilen bir gensoruyu kabul ederse Devlet Başkanı Kabine'yi yeniden oluşturmak zorundadır. Aynı çoğunluk, Devlet Başkanı hakkında verilen gensoruyu kabul ederse Devlet Başkanı, Kabine'nin diğer üyeleri ve Bakan Yardımcıları istifa etmek zorundadır (m. 102). Bu durumda yürütme organının yasama organına karşı sorumlu tutulduğu açıktır. Güney Afrika bu kriterle parlamenter sistemin en temel özelliğine sahiptir.

Üçüncü olarak, Güney Afrika Anayasası'na göre "kabine lideri" olan Devlet Başkanı parlamento tarafından seçilmektedir (m. 86). O halde, kabine liderinin belirlenmesinde halk değil doğrudan parlamento rol oynamaktadır. Dolayısıyla, ülkenin hükümet sistemi parlamenter rejimin bir unsurunu daha taşımaktadır.

Güney Afrika anayasal yapısı, başlangıçta ileri sürülen parlamenterizm ve başkanlık rejimini ayıran kıstaslar aracılığıyla incelendiğinde, parlamenter sisteme daha yakın bir tablo ortaya çıkmaktadır. Ülkenin anayasası, söz konusu üç kriterden ikisine göre parlamenter sistemi benimsemiş görünmektedir. Buna karşılık bir kriter gereği ise başkanlık sisteminin temel bir niteliğini taşımaktadır.

2. Tali Kriterlere Göre Değerlendirme

Güney Afrika Anayasası'na göre yasama organı siyasi sorumluluktan ötürü yürütme organını düşürebildiği gibi (m. 102), yürütme organı da yasama organını feshedebilir. 50. maddeye göre, seçimleri beş yılda bir yapılan Milli Meclis, Meclis üyelerinin salt çoğunluğunun oyuyla dağılmaya karar vermesi ve genel seçimlerin üzerinden üç yıl geçmiş olması halinde Devlet Başkanı tarafından feshedilir. Devlet Başkanlığı makamının boşalmasını takip eden otuz gün içinde yeni Devlet Başkanı seçilememesi halinde Devlet Başkanı Yardımcısı da fesih yetkisine sahiptir. Bu durumda, fesih kıstasına göre Güney Afrika, parlamenterizme daha yakındır.

İkinci olarak, Anayasanın 54. maddesine göre, Devlet Başkanı ve Kabine üyeleri veya Milli Meclis üyesi olmayan bakan yardımcılarını Meclis oturumlarına katılabilir ve görüşlerini belirtebilir, ancak oy kullanamaz. Yine 66. maddenin ilk fıkrası uyarınca Kabine üyeleri ve Bakan Yardımcıları Parlamentonun senatoyu temsil eden kanadı olan Milli Eyaletler Konseyi oturumlarına katılabilir ve görüşlerini belirte-

bilir, ancak oy kullanamaz. Bu hükümler ışığında aynı kişinin her iki organda aynı anda görev alması kriterinin sağlanmadığını söylemek gerekir. Her ne kadar anayasada seçilen devlet başkanı ya da bakanların parlamento üyeliğinin düşeceğine ilişkin açık bir hüküm olmasa ve bu kişiler görüşmelere katılıp görüş belirtebilseler de, oy kullanamadıkları için tam anlamıyla yasama organında "görev aldıkları" söylenemez. Dolayısıyla, Güney Afrika, anayasasındaki bu hükümlerle parlamenter sistemden çok başkanlık sistemine yakın konumlandırılabilir.

Üçüncü ve son tali fark bakımından, yürütme organını oluşturan Kabine üyeleri ve Bakan Yardımcıları yukarıda belirtildiği üzere, 54. ve 66. maddeler gereğince parlamentoda görüşmelere katılıp görüşlerini belirtebilmektedir. Ayrıca bu kişiler m.73/2'ye göre kanun teklifi verebilmektedir. Hatta vergi ve kamu harcamalarına ilişkin kanun teklifleri yalnızca Kabine'nin ekonomiden sorumlu üyesi tarafından verilebilmektedir (m. 73/2). Buna karşılık Milli Eyaletler Konseyi'ne ise Devlet Başkanı ya da Kabine üyeleri kanun teklifi verememektedir (m. 73/3-4). Bu tabloda, yürütme organının büyük ölçüde yasama organının çalışmalarına katılabildiği görülmektedir. Dolayısıyla, bu kriter bakımından anayasadaki kuralların parlamenter sistemle daha çok bağdaştığı söylenebilir.

Sonuç olarak tali kriterlerle Güney Afrika'nın hükümet sistemi değerlendirildiğinde, genel tablonun parlamenter sistem lehine olan durumunun daha da belirginleştiği görülmektedir.

3. Güney Afrika: Tek Başlı Parlamentarizm

Başkanlık ve parlamenter hükümet rejimlerini ayıran asli ve tali özelliklere göre Güney Afrika'nın anayasal yapısı incelendiğinde, parlamentarizm lehine belirgin bir tablonun ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Üç asli kriterin ikisi ve bütün tali kriterler ülkenin hükümet sisteminin parlamenter sistemin özelliklerini taşıdığını gözler önüne sermektedir. Bununla beraber Güney Afrika'nın, parlamenter sisteme bütünüyle aykırı ve başkanlık rejiminin temel bir özelliği olan "tek başlı yürütme erki" unsurunu taşıması ciddi bir soru işareti yaratmaktadır. Öyle ki, bu unsurun iki sistemi birbirinden ayıran özellikler arasından çıkarılması dahi düşünülebilecektir.

Güney Afrika'nın, yürütmenin tek başlı ve parlamentoya karşı sorumlu olması bakımından tek örnek olduğu söylenemez. Nitekim parlamenter sistemde devlet başkanlığı ve başbakanlık makamlarının birleşmesinin mümkün olduğu Lijphart tarafından savunulmuş ve örneklenmiştir. Buna göre, bir başbakan hem hükümetin hem de devletin başkanı olabilir. Batı Almanya'da ve Avusturya Federal Cumhuriyetindeki devletlerde, ayrı bir devlet başkanının olmadığı parlamenter sistemler görülmektedir.⁵⁰ Ancak, bu federe devletlerin bir bölgesel yönetim olarak gerçek anlamda bir devlet niteliği taşımadığı dikkate alınır, sadece Lijphart'ın gösterdiği örneklerden sonuç çıkarmamak gerekir.

Günümüzde, Güney Afrika bir kenara bırakılırsa, parlamentoya karşı sorumlu ve parlamento tarafından seçilen devlet başkanlarına sahip ülkeler Botswana, Birmanya (Myanmar / Burma), İsviçre ve Surinam'dır. Antrparantez, Freedom House'un 2013 raporuna göre, İsviçre bir kenara bırakılırsa, bu ülkelerden Botswana ve Surinam'ın tam özgür ülkeler arasında gösterildiği, Birmanya'nın ise özgür olmayan ülkeler arasında kendine yer bulduğu hatırlatılabilir.⁵¹ Dolayısıyla, bu ülkelerin (Birmanya dışında) benimsediği hükümet sisteminin bilimsel açıdan dikkate alınmasını gerektirecek düzeyde demokratik olduğu anlaşılmaktadır.

Güney Afrika'nın yürürlükteki anayasası hükümet sistemini ilgilendiren unsurlar bakımından önceki anayasalarla kıyaslandığında öncelikle, parlamentonun egemenliği ilkesi yerine anayasanın üstünlüğü ilkesinin benimsendiği görülmektedir.⁵² İkincisi, yeni anayasanın geçmişteki merkezi ve güçlü bir hükümet modeli yerine yasama ve yürütme kuvvetlerinin ulusal, bölgesel ve yerel tabakalar arasında paylaştırıldığı bir hükümet sistemi yarattığı söylenebilecektir.⁵³

⁵⁰ Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmi Bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s.66.

⁵¹ Freedom House, <http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/2013/botswana>, <http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/2011/suriname>, <http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/2013/burma>, erişim tarihi: 17.12.13.

⁵² Johan de Waal, "Constitutional Law", in *Introduction to the Law of South Africa*, Edited by C. G. van der Merwe – Jacques E. du Plessis, Kluwer Law International, The Hague, 2004, s.66.

⁵³ *Ibid.*, s.67.

Tarihi süreç içerisinde ülkede yasama gücünün yargısal denetiminin açıkça reddedildiği bilinmektedir.⁵⁴ Yakın geçmişte bile, büyük partilerin parlamentonun üstünlüğünden ibaret sanılan bir demokrasi anlayışını savunduğu gözlemlenmektedir.⁵⁵

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin müdahaleci (*activist*) bir kurum olarak tasarlandığı gözlemlenmektedir.⁵⁶ Güney Afrika Anayasası Anayasa Mahkemesi'ni sadece federalizm bağlamında değil merkezi hükümet açısından da geniş yetkilerle donatmıştır. Bu yetkiler, anayasaya uygunluk denetiminin sınırlarını aşmakta, erkler arası dengenin korunması amacıyla sistemin asli ve sürekli bir unsuru olarak tasarlandığını kanıtlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin Parlamento'nun önemli oturumlarına başkanlık etmesi, "devlet başkanı"nın tek başına kullanabileceği yetkilerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi konusunda karar verme bakımından kendini yetkili görmesi bu konumuna örnek olarak gösterilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin, anayasal konuların yargısal gözetimi için, deyim yerindeyse bir "temiz yazı tahtası" olmasının amaçlandığını söylemek mümkündür.⁵⁷

Siyasi tablo içerisinde, Anayasa Mahkemesi'nin 2003 yılında onayladığı parti ittifaklarına ve milletvekillerinin iki seçim arasında parti değiştirmelerine ilişkin anayasal kısıtlamaları kaldıran değişikliklerle birlikte siyahi nüfusu temsil eden Afrika Ulusal Konseyi, üçte iki çoğunluğuyla tek başına anayasayı değiştirebilecek güce kavuşmuştur. James Myburgh'un da belirttiği gibi, bu durum ironik biçimde Anayasa Mahkemesi'nin konumunu zayıflatmıştır.⁵⁸

Devlet başkanlığı ve hükümet başkanlığı yetkilerinin aynı kişi-de toplanması eğilimi Güney Afrika'da 1983 Anayasası ile başlamış ve Apartheid sonrası anayasa koyucular tarafından kalıcı hale getirilmiştir.⁵⁹ Her ne kadar Güney Afrika Devlet Başkanı'nun yetkileriyle fonksiyonları kolaylıkla ayrılabilse ve devlet başkanlığı ya da hükü-

⁵⁴ Klug, *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*, op.cit., s.29.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Robert Mattes, "South Africa: Democracy Without the People", *Journal of Democracy*, Volume 13/1, 2002, s.24.

⁵⁷ Dugard, "The New Constitution: A Triumph for Liberalism? A Positive View", in *Ironic Victory: Liberalism in Post Liberation South Africa*, op.cit., s.27.

⁵⁸ James Myburgh, "Floor-Crossing Adds New Muscle to ANC", *Focus*, 30, Helen Suzman Foundation, 2003, s.36.

⁵⁹ de Waal, "Constitutional Law", *Introduction to the Law of South Africa*, op.cit., s.69.

met başkanlığı oluşuna bağlı olarak farklı biçimlerde uygulanabilir olsa da bu ayrım *fren ve denge* ihtiyacının karşılanması noktasında pek az katkı sunmaktadır.⁶⁰ Robert Mattes da Güney Afrika Anayasası'nı, kazuistik yapısına rağmen, yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiler konusundaki hükümleri açısından yetersiz bulmaktadır.⁶¹

Güney Afrika Devlet Başkanı, geleneksel olarak İngiliz Monarkı'nın kullandığı kanunları imzalamak ve onaylamak, soruşturma komisyonlarını görevlendirmek, büyükelçileri atamak, suçluları bağışlamak gibi ayrıcalıklı yetkilere sahiptir (m. 84).⁶² Diğer yandan, aynı kişi "hükümet başkanı" sıfatıyla, Commonwealth ülkelerinde geleneksel olarak Başbakanlar tarafından kullanılan genel siyasetin yürütülmesi, kanunların uygulanması, devlet daireleri arasındaki eşgüdümün sağlanması gibi yetkileri de uhdesinde bulundurmaktadır.⁶³ Şu var ki Anayasa Mahkemesi, önemli bir kararında Devlet Başkanı'na tanınan *ayrıcalıklı* yetkilerin kullanılmasının anayasaya uygunluğu bakımından mahkemelerce denetlenebileceğine hükmetmiştir.⁶⁴

Her ne kadar hükümet başkanı, "devlet başkanı" sıfatını taşısa da Güney Afrika Hükümetinin işleyişi başkanlık sisteminden ziyade parlamenter sistemi andırmaktadır.⁶⁵ Zira Devlet Başkanı, doğrudan halk tarafından değil, parlamentonun alt kanadı tarafından seçilmekte ve ona karşı sorumludur. Ayrıca, Başkan da dâhil olmak üzere Kabine üyeleri, yetkilerin kullanılması ve diğer görevlerin yerine getirilmesi açısından bireysel ve toplu olarak parlamentoya karşı sorumludur (m. 92).

Fren ve denge mekanizmalarının geri kalanı da parlamenter sistemin tipik niteliklerine uygundur.⁶⁶

Parlamento, belli bir çoğunlukla Devlet Başkanı'na güvensizlik oyu verebilmekte, güvensizlik önergesi kabul edilirse Başkan ve

⁶⁰ Ibid., s.69.

⁶¹ Mattes, "South Africa: Democracy Without the People", Journal of Democracy, op.cit., s.24.

⁶² Anayasanın 84. maddesi numerus clausus (sınırlı sayıda) ayrıcalıklı yetkiyi içermektedir. de Waal, "Constitutional Law", Introduction to the Law of South Africa, op.cit., s.69.

⁶³ Ibid., s.69.

⁶⁴ Güney Afrika Cumhuriyeti Devlet Başkanı v. Hugo Davası.

⁶⁵ de Waal, "Constitutional Law", Introduction to the Law of South Africa, op.cit., s.69.

⁶⁶ Ibid.

Kabine'nin diğer üyeleri istifa etmek zorunda kalmaktadır (m. 102/2). Güvensizlik oyuyla düşürme yolu, Başkan hariç Kabine için de kullanılabilir, bu halde Başkan, Kabine'yi yeniden kurmak zorunda kalmaktadır (m. 102/1). Dahası, Milli Meclis, üçte iki çoğunlukla verdiği bir kararla m. 89'da belirtilen ihlallerin gerçekleşmesi halinde Devlet Başkanı'nu görevden azledebilemektedir (m. 89). Bu haller Başkan'ın anayasa ve kanunları ciddi derecede ihlal etmesi, yetkilerin ciddi derecede kötüye kullanması ve görevini ifa edemeyecek duruma gelmesinden ibarettir.

Öte yandan, söz konusu güvensizlik önergesi ve *impeachment* araçları, 50. maddedeki hükümlerle dengelenmektedir. Buna göre, Devlet Başkanı, Meclis'in kendi üyelerinin salt çoğunluğunun oyuyla dağılmaya karar vermesi ve Meclis'in seçilmesinin üzerinden üç yıl geçmesi şartıyla Milli Meclis'i feshedebilir. Yine, Devlet Başkanı Yardımcısı da, Devlet Başkanlığı makamının boşalması ve Meclis'in makamın boşalmasından itibaren otuz gün içinde yeni bir Devlet Başkanı seçememesi halinde Milli Meclis'i feshedebilemektedir. Bu durumda düşürme yetkisinin ancak "yapıcı" (*constructive*) biçimde kullanılabileceğini söylemek gerekir. Çünkü parlamento otuz gün içinde yeni Başkan seçmek zorundadır. Aksi halde Başkan Yardımcısı fesih yetkisi kullanacaktır. Fesih yetkisinin hukuki işlem teorisi bakımından "bağlı yetki" niteliği taşıdığını ve şartları gerçekleştiğinde kullanılmak zorunda olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

SONUÇ

Güney Afrika'nın hükümet sisteminin incelenmesinden birbiriyle bağlantılı iki sonuç çıkarılabilir:

Bunlardan ilki, yeni bir kavramın doğuşudur: Güney Afrika için bir hükümet sistemi nitelmesi yapılırsa, bu "tek başlı parlamentarizm" olacaktır. *Tek başlı parlamentarizm* terimi Güney Afrika'ya özgü olmayacak, bu ülkeye hükümet sistemi bakımından benzeyen Botswana, Surinam ve Birmanya için de kullanılabilecektir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, -biri hariç- bu ülkeler dünyada demokrasi ve özgürlükler bakımından gelişmiş ülkeler arasında yer almaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi Freedom House raporları Güney Afrika, Botswana ve Surinam'ı özgür ülkeler kategorisinde değerlendirmektedir. Bu nedenle, sayıları az olmakla birlikte "tek başlı parlamentarizm"i benimsemiş ülkelerin demokrasi kalitesi ve anayasal hükümet sisteminin gerçek

durumu yansıtması bakımından kuşkulandırmaya gerek yoktur. Ve yine aynı nedenle *tek başlı parlamentarizm* teriminin fiili gerçekliği ifade etmeye elverişli olduğu söylenebilecektir.

İki kavramı ayıran asli niteliklerin her zaman geçerli olması beklenir. Bu yüzden ikinci sonuç, “tek ya da iki başlı yürütme organı” kriterinin parlamenter sistem ile başkanlık sistemini ayıran asli özellikler arasından çıkarılması ya da en azından her zaman geçerli olmadığının kabul edilmesi gerektiğidir.

Kaynakça

- Afolayan Funso, *Culture and Customs of South Africa*, Greenwood Press, Westport-Connecticut, 2004.
- Bauer Gretchen - Taylor Scott D., *Politics in Southern Africa: State&Society in Transition*, Lynne Rienner Publishers, Colorado, 2005.
- Bellamy William, *Une Identité Nouvelle pour l’Afrique du Sud*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1996.
- Cumin David, *Unité et division de l’Afrique du Sud: L’interdépendance par la constitution*, l’Harmattan, Paris, 2003.
- Dau Francesca Romana, *Costituzionalismo e Rappresentanza: Il Caso del Sudafrica*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.
- Dugard John, “The New Constitution: A Triumph for Liberalism? A Positive View”, in *Ironic Victory: Liberalism in Post Liberation South Africa*, eds. R. W. Johnson - David Welsh, Oxford University Press, London, 1998.
- Freedom House, <http://www.freedomhouse.org/>.
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2011.
- Gözler Kemal, *Devlet Başkanları*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001.
- Güneş Turan, *Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1956.
- Heugh Kathleen, “Recovering Multilingualism: Recent Language-Policy Developments”, in *Language in South Africa*, Ed. Rajend Mesthrie, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- International Business Publications, *South Africa Government and Business Contracts Handbook*, Cilt 1, International Business Publications, Washington DC, 2011.
- Klug Heinz, *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa’s Political Reconstruction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- Klug Heinz, *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- Lijphart Arend, “Presidentialism and Majoritarian Democracy: The Theoretical Observations”, in *The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspective*, Cilt 1, ed. Juan J. Linz - Arturo Valenzuela, The Johns Hopkins University Press, Baltimore / London, 1994, ss. 91-105.
- Lijphart Arend, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven, 1999.

- Lijphart Arend, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmi Bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- linz J. Juan, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make A Difference", in *The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives*, Cilt 1, ed. Juan J. Linz – Arturo Valenzuela, The Johns Hopkins University Press, Baltimore / London, 1994, ss. 3-88.
- Lory Georges, *Afrique du Sud*, Éditions Karthala, Paris, 2010.
- Lötter Hennie, *Injustice, Violence and Peace: The Case of South Africa*, Editions Rodopi, Amsterdam, 1997.
- Mattes Robert, "South Africa: Democracy Without the People", *Journal of Democracy*, Volume 13/1, 2002, ss. 22-36.
- Myburgh James, "Floor-Crossing Adds New Muscle to ANC", *Focus*, 30, Helen Suzman Foundation, 2003, s.34-36.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Özsoy Şule, *Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- Postel-Vinay Karoline, *The G20: A New Political Order*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2013.
- Rossetti Carlo, "La Libertà di Insegnamento e di Ricerca: Scuola e Università nella Costituzione", in *Dialoghi sulla Costituzione: Per Saper Leggere e Capire la Nostra Carta Fondamentale*, a cura di Marco Imperato – Michele Turazza, Effepi Libri, Monte Porzio Catone - Roma, 2013, ss. 152-159.
- Sak Güven – Özçer Özgün, "Güney Afrika Anayasası: Bir Ülkenin Ruhunu", http://www.anayasaplatformu.net/indir/guney_afrika_anayasasi.pdf.
- Salazar Philippe Joseph, *Afrique du Sud: La Révolution Fraternelle*, Éditions Hermann, Paris, 1998.
- Sartori Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Segal Lauren – CORT, Sharon, *One Law, One Nation: The Making of the South African Constitution*, Jacana Media, Auckland Park, 2011.
- Severin Marianne – AYCARD, Pierre, "Qui Gouverne la <<nouvelle>> Afrique du Sud?: Elites Réseaux, Méthodes de pouvoir (1985-2003)", en *Afrique du Sud Dix Ans Après: Transition Accomplie?*, Dir. Philippe Guillaume – Nicolas Péjout – Aurelia Wa Kabwe-Segatti, Éditions Karthala et IFAS, Paris, 2004, ss. 17-43.
- Shugart Matthew Soberg – CAREY, John M., *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- South Africa Government Online, <http://www.gov.za/aboutsa/glance.htm>.
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Turhan Mehmet, *Hükümet Sistemleri*, 2. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993.
- Waal Johan de, "Constitutional Law", in *Introduction to the Law of South Africa*, edited by C. G. van der Merwe – Jacques E. du Plessis, Kluwer Law International, The Hague, 2004, ss. 55-106.
- Yazıcı Serap, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

1939 ERZİNCAN DEPREMİ KURTARMA ÇALIŞMALARINDA YER ALAN MAHKÛMLARIN AFFI BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DEKİ AF UYGULAMASI

AMNESTY IN TURKEY IN CONJUNCTION WITH THE INMATES
WHO TOOK PART IN RESCUE OPERATIONS
OF 1939 ERZINCAN EARTHQUAKE

Can YAVUZ*

Özet: 1939 yılında Erzincan'da büyük bir deprem meydana gelmiş, depremde birçok kişi yaralanmış, hayatını kaybetmiş ayrıca birçok yapı zarar görmüştür. Depremde zarar gören yapılar arasında Erzincan Hapishanesi de bulunmaktaydı, bu yüzden hapishanedeki mahkûmlar açıkta kalmışlardır. Açıkta kalan mahkûmlar kaçmamışlar ve Erzincan Savcısı'nın kararıyla kurtarma çalışmalarına katılmışlardır. Mahkûmlar kurtarma çalışmalarında ciddi fedakârlıklar göstermişler, bu yüzden Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılan özel bir af'a ödüllendirilmişlerdir. Bu af günümüzde çıkarılan aflarla kıyaslandığında oldukça farklıdır.

Anahtar Kelimeler: 1939 Erzincan Depremi, Af, Fedakârlık, Kurtarma Çalışmaları, Türkiye Büyük Millet Meclisi

Abstract: In 1939, a devastating earthquake hit city of Erzincan which caused great loss of life and injured many. City's structural stock has been tormented by this horrendous disaster. City prison was no exception to this. As a result of earthquake, prison wall collapsed and virtually gave chance to inmates to flee. While they had a chance to remain at large, they opt for not to do so. By the order of city prosecutor, inmates were green light to participate in rescue operations. As a token of appreciation to their diligent efforts and sacrifices, parliament granted them a remission which indeed significantly differs from any other recent amnesty.

Keywords: 1939 Erzincan Earthquake, Amnesty, Self Sacrifice, Rescue Operations, Grand National Assembly of Turkey

* Avukat, İstanbul Barosu

1- Giriş

Sabıka kaydında; adam öldürme, ırza geçme, gasp, zimmet, hırsızlık veya kaçakçılık gibi suçlar olan insanlara ne kadar güvenebiliriz? Toplumun önemli bir kesimi o insanlara güvenilmemesi gerektiğini düşünebilir fakat bu düşünce her zaman doğru olmayabilir. İnsanların hata yapmaya meyilli olduğu, tecrübelerle öğrendikleri ve yaptıkları hatalardan ders çıkararak geliştikleri bilinmektedir. Bu yüzden insanlar ikinci bir şansı hak etmektedirler. Bu makale büyük hatalar yapanların da ikinci şansı hak edebileceğini gösteren bir hikâye hakkındadır.

2- 1939 Erzincan Depremi Kurtarma Çalışmalarında Yer Alan Mahkûmların Hikâyesi

Erzincan'da, 27.12.1939 tarihinde, saat 02.00'de Richter ölçeğine göre 7,2 büyüklüğünde bir deprem meydana gelmiştir. Deprem Aralık ayında meydana geldiğinden, depremden kurtulanları çok ağır kış koşulları beklemektedir. O dönemde kerpiç, ahşap evlerin çoğunlukta olması ve sobaların, mangalların devrilmesi sebebiyle depremden sonra birçok yangın çıkmıştır. İletişim hatlarının kopması sebebiyle şehrin dış dünyayla bağlantısı da kesilmiştir. Tüm bunların yanı sıra artçı depremler devam etmektedir.¹ İnsanlığın ancak zor şartlarda sınanabileceği sıklıkla dile getirilmektedir. Bu deprem sonucunda Erzincan'da da insanlığın sınanması için şartlar oluşmuştur.

Deprem sebebiyle birçok devlet binasının yanı sıra, hapishaneler de zarar görmüştür. Örneğin Erzincan Hapishanesi'nin duvarları yıkılmış ve mahkûmlar açıkta kalmıştır. Buna rağmen mahkûmlardan hiçbiri kaçmamıştır. Dönemin Erzincan Savcısı İzzet Akçal hapishaneye gitmiş ve mahkûmları toplayıp onlara: *"Sizi şimdi kurtarma çalışmalarında görev almak üzere serbest bırakacağım. Aranızda civar köylerden olanlar varsa iki günlüğüne köylerine gidip, ailelerini görebilirler. Ancak bir koşulum var; hiçbiriniz kaçmayacaksınız. Canla başla çalışacaksınız. İşimiz bitince cezaevine döneceksiniz"* demiştir.² Mahkûmlar her **gün sabahtan akşama**

¹ Deprem başta Erzincan olmak üzere birçok ili etkilemiştir. Depremin etkilediği illerde toplam 32962 kişi hayatını kaybetmiş, yaklaşık 100000 kişi yaralanmış ve 111720 bina yıkılmıştır. Deprem öncesi 20 bin nüfusa sahip Erzincan'ın depremden sonra nüfusu 12 bine düşmüştür. Abdullah Bozdemir, "1939 Erzincan Depremi", 10.10.2011, <http://www.kardere.com/default.aspx?pid=50646&nid=69392>, erişim 13.12.2014

² Abdullah Bozdemir, "1939 Erzincan Depremi", Hürriyet Gazetesi, "İnsanlık Dersi", 18.08.1999, <http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=-96900>, erişim

kadar kurtarma çalışmalarına katılırlar. Akşamları ise savcının karşısına çıkıp teker teker sayılırlar. Bir sayımda şöyle bir sahne yaşanır. Mahkûmların teker teker sayılıp tam çıkmasından sonra bir mahkûm: *“Tamam tabii. Böyle günde eksilen yalnız hapishaneden değil, millet hizmetinden, kardeşine yardımdan, insanlıktan kaçmış olur. Bu ise alçaklıkların en büyüğüdür ve katil de olsa, hiçbirimizin suçu böyle bir cinayetten daha ağır olamaz”* demiştir.³

İsmet İnönü deprem haberini aldıktan sonra özel bir trenle Erzincan’a doğru yola çıkar. Erzincan yakınlarındaki köyde bir mahkûm trene binmek ister. Muhafızlar mahkûmu trene bindirmezler, bu sırada çıkan kargaşa sebebiyle İnönü olay yerine gelir. Mahkûm İnönü’ye yaklaşarak: *“Efendim, ben Savcı Bey’e kaçmama sözü verdim. Erzincan’a dönüp, kurtarma çalışmalarına katılmak istiyorum. Beni de trene alın”* demiştir.⁴ İnönü olaydan etkilenir ve mahkûmu trene alır.⁵

Erzincan, Şebinkarahisar, Alucra, Fatsa, Erbaa ve Niksar cezaevlerinde bulunan mahkûmlar enkaz altında kalan vatandaşları kurtarmak için kendilerini tehlikeye atarak fedakârca çalışmışlardır. Dördüncü Umumi Müfettişlik, 31.12.1939 tarihli telgrafında mahkûmların bin kişiyi kurtardıklarını bildirmiştir. Mahkûmlar kurtarma çalışmaları sırasında gözetlenmemesine rağmen kurtardıkları kıymetli eşyaları sahiplerine teslim etmek üzere muhafaza etmişlerdir. Mahkûmlar kurtarma çalışmalarını civar köylerde de gerçekleştirmişlerdir ve bu çalışmalar sırasında mahkûmların kaçmalarını önleyecek hiçbir tedbir alınmamıştır, zaten tedbir alabilecek imkân da yoktur. Bu özverili davranışlar sergilenirken mahkûmların çoğunun ailesi depremden zarar görmüştür ve akıbetleri meçhuldür. Buna rağmen mahkûmlar firara teşebbüs etmemişler, resmi makamların emir ve kararlarına tam bir dürüstlük ve sadakatle uymuşlardır. Tüm bu sürece devlet memurları da şahit olmuş ve yaşananları yetkililere (yazıyla) haber vermişlerdir. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), ilgili mahkûmların iyiliğe, şefkate layık ve ahlaklı durumda olduklarına karar vermiş, onlar hakkında bir af kanununu gündemine almıştır.⁶ Hükümetin konu

13.12.2014

³ Mekki Said Esen, Cumhuriyet Gazetesi, 06.1.1940, aktaran Abdullah Bozdemir, “1939 Erzincan Depremi”

⁴ Hürriyet Gazetesi, “İnsanlık Dersi”

⁵ Hürriyet Gazetesi, “İnsanlık Dersi”

⁶ 27 Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzelede Felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı

hakkındaki kanun tasarısıyla, Adliye Encümeni'nin tasarıda yaptığı değişiklik aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Tablo 1 – Hükümetin Af Kanunu Tasarısı
ve Adliye Encümeni'nin Tasarıda Yaptığı Değişiklik⁷

Hükümetin Kanun Tasarısı	Adliye Encümeni'nin Değişikliği
<p>Zelzelede felâkete uğrayanların kurtarılması hakkında fevkalâde hizmetleri görülen bazı mahkûmların cezalarının affi hususunda kanun lâiyhası</p> <p>Madde 1 - 27 kânunuevvel 1939 tarihinde ve müteakib günlerde vukua gelmiş olan zelzelede Erzincan, Şebinkarahisar, Alucra, Fatsa, Erbaa ve Nıksar cezaevlerinde bulunan mahkûmlardan felâkete uğrayanların can ve mallarını kurtarmak hususunda fedakârane hizmetleri sebkettiği tahakkuk eden ilişik listede adve soy adlan ve mahkûmiyet mikdarları ve mahkûm oldukları cürümlerin mahiyetleri yazılı (241) mahkûmdan mahkûmiyet müddetleri on seneyi tecavüz etmeyen 187 mahkûmun cezaları tamamen ye mahkûmiyet müddetleri on seneyi müte-caviz (54) mahkûmun cezalarının onar senesi affedilmiştir.</p> <p>Madde 2 - Mahkûmiyet müddetleri ne olursa olsun, bütün mahkûmlar hakkında hükmedilmiş olan para cezaları affedilmiştir. Şu kadar ki tazmini mahiyeti haiz olan para cezaları afdan müstesnadır.</p> <p>Madde 3 - Bu kanun hükmü cezaları tamami-le affedilen mahkûmların mahkûmiyetlerinin yalnız medenî neticelerini refeder. Cezaî neticelerine şamil değildir.</p> <p>Madde 4 - Bu kanunun cezaları tamamen ef-fedilmiş olan mahkûmlar hakkında inzibatî ve idarî bakımdan kanunen tatbik edilmiş ve edilecek olan muamele ve tedbirlere tesiri yoktur.</p> <p>Madde 5 - Bu kanun neşri tarihinden mute-berdir.</p> <p>Madde 6 - Bu kanunun icrasına İcra Vekilleri Heyeti memurdur.</p>	<p>27 kânunuevvel 1939 tarihinde ve müteakib günlerde vukubulan zelzelede felâkete uğrayanların kurtarılmasında fevkalâde hizmetleri görülen bazı mahkûmların cezalarının affi hakkında kanun lâiyhası</p> <p>Madde 1 - Bağlı listede adları ve soy adlan yazılı (241) mahkûmun mahkûmiyet mü-ddetlerinin beşte dördü ve hukuku amme ve tazminat kabilinden olan para cezaları af-fedilmiştir. Bunların muhakeme masraflar ile iaşe bedelinden olan borçlan da terkin olun-muştur.</p> <p>Madde 2 - Bu kanunun inzibatî cezalara tesiri yoktur.</p> <p>Madde 3 - Hükümetin beşinci maddesi aynen kabul edilmiştir.</p> <p>Madde 4 - Hükümetin altıncı maddesi aynen kabul edilmiştir.</p>

Mahkûmların Cezalarının Affı Hakkında Kanun Tasarısı Gerekçesi, T.B.M.M. Adliye Encümeni'nin 17.04.1940 tarihli, 1/358 Esas, 34 Karar Sayılı Mazbatası, T.C. Başvekâlet Kararlar Dairesi Müdürlüğü'nün 6/1453 Sayılı, 05.04.1940 Tarihli Yazısı, <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c010/tbmm06010042.pdf>, erişim 12.12.2014

TBMM'nin 6. döneminde, 19.04.1940 tarihli ve 42 sayılı birleşiminde Erzincan milletvekili Abdülhak Fırat, Adliye Encümeni tarafından son hali verilen kanun tasarısı hakkında konuşmak için söz alır. Fırat, Erzincan'da yaşanan depreme atıf yaparak, yaşanan deprem sonucu yurdun bazı bölümlerinin harabeye döndüğünü belirtmiştir. Daha sonra bu deprem sonunda enkaz altında kalmış vatandaşların kurtarılması hakkında ciddi hizmetlerde bulunmuş mahkûmların affı hakkında bir kanun tasarısının hazırlandığını belirtmiştir. Fırat bundan sonra: *"Biliyorsunuz ki, bu insanlar hakikaten hayatlarında bazı günahlar işlemiş, hatta can acıtmışlardır, fakat buna mukabil yüzlerce can kurtarmak suretiyle yararlıklar ve fedakârlıklar, ahlâkî birçok vasıflar da göstermişlerdir"* demiştir.⁸ Fırat, önlerinde Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı'nın bulunduğunu, ilgili kanun tasarısının kabul edilmesiyle bu bayramda hem mahkûmları hem de onların çocuklu ailelerini sevindirebileceklerini söylemiştir. Bu sırada Genel Kurul'dan *"muvafık, muvafık"* sesleri yükselmektedir. Kanun tasarısının müzakere programına alınması ve ivedilikle müzakeresi teklif edilmiş, bu teklif kabul edilmiştir.⁹

Daha sonra Erzincan milletvekili Salih Başotaç söz almıştır. Başotaç, TBMM'nin kararıyla Erzincan'a heyet olarak giden milletvekillerinden birisidir ve deprem bölgesinde 45 gün boyunca çalışmalar yürütmüştür. Başotaç muhtemelen gördüğü manzaradan oldukça etkilenmiştir, bu yüzden mahkûmların cezalarının beşte dördünün değil tamamının affedilmesi yönünde bir önerge vermiştir. Başotaç'tan sonra Zonguldak milletvekili Şinasi Devrin söz almıştır. Devrin, Başotaç'ın önergesinin Adliye Encümen'inde de tartışıldığını, Hükümet'in tasarısının on yıldan az ceza verilmiş mahkûmların tamamen affedilmesini, on yıldan fazla ceza verilmiş mahkûmların cezalarından on yıl indirilmesi şeklinde olduğunu söylemiştir.¹⁰ Daha sonra, on yıldan fazla ceza alan kişilerin oldukça ağır suçlardan mahkûm olması sebebiyle bu tasarıdan vazgeçildiğini belirtmiştir. Devrin, tüm

⁸ T.B.M.M. 6. Dönem Tutanak Dergisi, Cilt 10, Birleşim 42, s. 117, <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c010/tbmm06010042.pdf>, erişim 12.12.2014

⁹ T.B.M.M. 6. Dönem Tutanak Dergisi, Cilt 10, Birleşim 42, s. 117

¹⁰ İşlenen suçlar sebebiyle 187 mahkûm 10 yıldan az, 54 mahkûm ise 10 yıldan fazla süreli hapis cezası almışlardır. 27 Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzelede Felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı Mahkûmların Cezalarının Affı Hakkında Kanun Tasarısı Gerekçesi

mahkûmların affedilmesini kendilerinin de istediğini, fakat affa konu olan mahkûmların 125 tanesinin adam öldürmekten ceza aldığını hatırlatmıştır. Maktullerin yakınlarının halen hayatta olduklarını, bu kişileri öldürenlerin kısa süre sonra salıverilmesinin tepkiye, belki de asayiş bozacak olaylara sebep olabileceğini belirtmiştir. Bu sebepten ötürü Devrin mahkûmların cezalarının beşte dördünün affedilmesini içeren kanun tasarısının kabul edilmesini rica etmiştir.¹¹

Devrin'den sonra Bolu milletvekili olan Adalet Bakanı Fethi Okyar söz almıştır. Okyar adam öldüren birisinin birkaç ay veya yıl yattıktan sonra tahliye edilip tekrar köyüne dönmesinin maktullerin ailelerini kötü etkileyeceği düşüncesiyle, affın mahkûmların cezalarının beşte dördünü kapsamaması gerektiğini ve tasarının bu şekilde kabul edilmesinin doğru olacağını söylemiştir. Bundan sonra Salih Boşotaç'ın önergesi oylanmış ve reddedilmiştir. Daha sonra Hükümet'in kanun tasarısı (Adliye Encümeni tarafından değiştirilmiş hali) madde madde oylanmış ve kabul edilmiştir.¹² 19.04.1940 tarihinde kabul edilen ve 27 *Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzelede Felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı Mahkûmların Cezalarının Affı Hakkında Kanun* adını taşıyan 3804 sayılı kanun, 26.04.1940 tarihinde 4494 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.¹³

Kanun 241 mahkûmun affedilmesi hakkındadır.¹⁴ Affedilen mahkûmların işlediği suçların arasında; adam öldürmek, adam öldürmeye teşebbüs etmek, ölüme sebebiyet vermek, zorla ırza geçmek, hırsızlık, yaralama, gasp, zimmet, vazifeden men etmek, tahkir, soygun yapmak, kızlık bozmak, kız bozmak, hırsızlık, kız kaçırmaya teşebbüs, haneye girmek, ölüye el uzatmak, emniyeti suiistimal, çocuk düşürmek, zina, tütün kaçakçılığı, iftira, kız kaçırmak, kadın kaçırmak,

¹¹ TBMM 6. Dönem Tutanak Dergisi, Cilt 10, Birleşim 42, s. 117

¹² TBMM 6. Dönem Tutanak Dergisi, Cilt 10, Birleşim 42, s. 117-118

¹³ 27 Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzelede Felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı Mahkûmların Cezalarının Affı Hakkında Kanun, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc021/kanuntbmmc021/kanuntbmmc02103804.pdf, erişim tarihi 12.12.2014. Kanun'un Resmi Gazete'de neşir ve ilanının Başbakanlık'a bildirildiğine dair Cumhurbaşkanlığı'ndan 24.04.1940 tarihinde 4/533 numarasıyla tezkere gelmiştir. Bu yüzden kanun tarihi bazı metinlerde 24.04.1940 olarak gösterilmektedir.

¹⁴ Tüm mahkûmların isimleri için bakınız; 27 Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzelede Felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı Mahkûmların Cezalarının Affı Hakkında Kanun

kaçakçılık, yalan tanıklık, asker kaçağı olmak, sahte kimlik taşımak ve vazifede hakaret etmek suçları yer almaktadır.¹⁵ Bu hususi bir af olduğundan dolayı, kanunun 2. maddesinden de anlaşılacağı üzere, bir sanatın veya mesleğin icra edilmesi yasağı gibi ferî, tamamlayıcı cezalar affın kapsamı dışındadır.¹⁶

3- Günümüzde Af Kurumunun Kullanılma Şekli ve Sonuç

Türkiye Cumhuriyeti'nin tarihi aflarla doludur ve aflara günümüzde de sıkça başvurulmaktadır.¹⁷ Burada sadece mahkûmlara yönelik olan aflardan değil, öğrencilere, vergi ve prim borçlarına yönelik olanlardan da bahsedilmektedir.¹⁸ Yukarıda bahsedildiği üzere, hata yapanlara ikinci şans verilmelidir ve af kurumu bunun için kullanılacak en iyi araçlardan birisidir. Bunun yanı sıra, af kurumu yerinde kullanıldığında zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevap verir.

Son yıllarda af kurumuna oldukça sık şekilde başvurulmaktadır.¹⁹ Bu afların sosyal ihtiyaca karşılık vermekten ziyade seçim malzemesi

¹⁵ 27 Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzelede Felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı Mahkûmların Cezalarının Affı Hakkında Kanun

¹⁶ 27 Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzelede Felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı Mahkûmların Cezalarının Affı Hakkında Kanun Tasarısı Gerekçesi

¹⁷ Ankara Ticaret Odası, "Affınıza Sığınyorum", <http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=198&l=1>, erişim 13.12.2014

¹⁸ Türkiye Cumhuriyeti tarihindeki vergi afları için bakınız; Ramazan Besen, Devletin Vergi Alacağı'nın Ortadan Kalkması ve Vergi Aflarının Mükellefler Üzerindeki Tespitine İlişkin Bir Araştırma, (Danışman Zeki Doğan), Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Niğde, 2007, s. 98-139, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, erişim 13.12.2014. Türkiye Cumhuriyeti tarihindeki öğrenci afları için bakınız; Yasemin Çandır, Yüksek Öğretimdeki Öğrenci Aflarının Verimliliğinin Erciyes Üniversitesi Örneğinde Değerlendirilmesi, (Danışman Mustafa Durmuşçelebi), Erciyes Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2010, s. 12-22, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, erişim 13.12.2014. Armağan Güneş, Yükseköğretimde Öğrenci Affı Olgusuna İlişkin Öğretim Elemanı ve Öğrenci Görüşlerinin Değerlendirilmesi, (Danışman Bayram Aşılıoğlu), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006, s. 25-38, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, erişim 13.12.2014

¹⁹ Örneğin 2000 yılından itibaren yasalaşan vergi afları için bakınız; Ahmet Martin, Vergi Aflarının Vergi Tahsilatı ve Vergi Uyumu Üzerindeki Etkileri, (Danışman Yusuf Kıldıç), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013, s. 63-112, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, erişim 13.12.2014

olarak kullanıldığı öne sürülmektedir.²⁰ Af kurumu yukarıda bahsedildiği üzere oldukça faydalı olabileceği gibi, yerinde kullanılmadığında yurttaşların devlete ve sisteme bakış açılarını olumsuz yönde etkileyebilir. Vergisini düzenli olarak ödeyen vergi yükümlüleri, sıkça olarak yasalaşan aflar sonucu adeta “enayi” konumuna düşürülmektedirler.²¹ Aynı durum öğrenci afları sebebiyle dersini zamanında çalışan öğrenciler için de geçerlidir.²² Af kurumunun bu şekilde kullanılması, yurttaşların devlete ve sisteme olan inancının azalmasına sebep olmaktadır. Bu durum yurttaşların yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmasına sebep olabilir. Günümüzde çıkarılan aflara ilişkin bir başka sorun ise aftan yararlanacak kesimlerdir. Duruma güncel bir örnek 6552 sayılı kanundur.²³ Son çıkarılan vergi ve prim affı (6552 sayılı

²⁰ Örneğin öğrenci afları hakkında benzer görüş için; Abbas Güçlü, “Öğrenci affı, hocaların maaşı ve burslar...”, Milliyet Gazetesi, 30.10.2013, <http://www.milliyet.com.tr/ogrenci-affi-hocalarin-maasi-ve/gundem/ydetay/1784185/default.htm>, erişim 13.12.2014, “Öğrenci affı mı, seçim balonu mu?”, Milliyet Gazetesi, 27.12.2010, <http://www.milliyet.com.tr/ogrenci-affi-mi-secim-balonu-mu-/abbas-guclu/siyaset/siyasetyazardetay/28.12.2010/1331657/default.htm>, erişim 13.12.2014

²¹ Hürriyet Gazetesi yazarı Şükrü Kızılot’a gelen bir okuyucu mektubu bu duruma örnek gösterilebilir. Okuyucu mektubu şu şekildedir: “Ben vergimi ve çalışanların sigorta primlerini düzenli ödeyen biriyim. Gerekliğinde, bankadan kredi kullanır, ödemelerimi zamanında yaparım. Bitişik komşum ise tam tersi. Parası olduğu halde ödememez. Gider arsa alır, lüks araba alır. Bana da ‘Niye ödüyorsun? Nasıl olsa af çıkıyor. Bak ben bir arsa aldım, üç kat değer kazandı. Yarın af çıkar, borcumun bir kısmını silerler. Kalanını da 36 ay vade yaparlar’ diye, güya akıl veriyor. Şimdi, adam yine haklı çıktı. Daha ötesi bana bir de ‘Sen enayi gibi vergini sigortanı düzenli ödedin de ne oldu?’ demez mi?”. Şükrü Kızılot, “Ödemeyen kazanıyor”, Hürriyet Gazetesi, 05.06.2014, http://sosyal.hurriyet.com.tr/yazar/sukru-kizilot/82/odemeyen-kazaniyor_26550661, erişim 13.12.2014. Görüldüğü üzere Türkiye’de devlet eliyle “akıllı” yurttaş yetiştirilmektedir. Aynı görüşü destekleyen bir başka yazı için; Şükrü Kızılot, “Vergi affı çıkıyor ama ödeyenlere müjde yok!”, Hürriyet Gazetesi, 16.07.2014, http://sosyal.hurriyet.com.tr/yazar/sukru-kizilot/82/vergi-affi-cikiyor-ama-odeyenlere-mujde-yok_26816422, erişim 13.12.2014

²² 2003 yılındaki öğrenci affı hakkında Abbas Güçlü şu satırları kaleme almıştır: “Eğitimde affa şiddetle karşı çıkanlardan değilim. Ama sistemle bu kadar oynanması da doğru değil. Çalışan, okuluna devam eden, öğretmenlerine saygıda kusur etmeyen, ideoloji peşinde koşmayan öğrenciler adeta enayi durumuna düşürülüyor. Her türlü istismarı yapanlar da bırakın cezalandırılmayı adeta ödüllendiriliyor. Bütün yıl okul yerine dershaneye gidip üniversiteye girme şansını artıranlar affedilirken, kös kös okuluna gidenlere yani yasalara yönetmeliklere uyanlara, eeee siz de enayilik etmeseydiniz, siz de kaytarsaydınız mesajı veriliyor”, Abbas Güçlü, “Öğrenci affı???” , Milliyet Gazetesi, 21.06.2003, <http://www.milliyet.com.tr/ogrenci-affi---/abbas-guclu/turkiye/yazardetayarsiv/21.06.2003/14001/default.htm>, erişim 13.12.2014

²³ 6552 sayılı kanunun metni için bakınız; <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/09/20140911M1-1.htm>, erişim 13.12.2014

kanun); yolsuzluk, rüşvet, siyasetçilere usulsüz bağış gibi iddialarla kamuoyunun gündemine gelen kişilere yönelik maddeler içermektedir.²⁴ Sonuç olarak, devlet vergisini tam olarak ve zamanında ödeyen yurttaşlara yönelik bir oran indirimi yerine, kamuoyunun gündemine; yolsuzluk, rüşvet ve siyasetçilere usulsüz bağış gibi iddialarla gündeme gelen kişilere yönelik bir af çıkarmayı tercih etmiştir.

Yukarıda Erzincan depreminden sonra kurtarma çalışmalarında yer alan mahkûmların fedakâr çalışmaları ve bunun sonucu onlara layık görülmüş olan af anlatılmaya çalışılmıştır. İlgili mahkûmların haklarında çıkarılan affı hak ettikleri düşünülmektedir. Aynı tespiti günümüzde çıkarılan aflardan yararlanacak olan tüm kişiler için söylemek zordur. Eğer af ile ilgili bu hatalı ve eksik politikalar gelecekte de aynen uygulanmaya devam ederse, Türkiye’de yaşamın sloganı: “Devlet bir şey istiyorsa verme, devlet bir şey veriyorsa kaçırma” şekline dönüşebilir.

Kaynakça

- Ankara Ticaret Odası, “Affınıza Sığıyorum”, <http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=198&l=1>, erişim 13.12.2014
- Besen Ramazan, Devletin Vergi Alacağıın Ortadan Kalkması ve Vergi Aflarının Mükellefler Üzerindeki Tespitine İlişkin Bir Araştırma, (Danışman Doğan Zeki), Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Niğde, 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, erişim 13.12.2014
- Bozdemir Abdullah, “1939 Erzincan Depremi”, 10.10.2011, <http://www.kardere.com/default.aspx?pid=50646&nid=69392>, erişim 13.12.2014
- Bugün Gazetesi, “Torba Yasadaki Kasa Affının Ne Olduğu Anlaşıldı!”, 18.09.2014, <http://ekonomi.bugun.com.tr/kasa-affi-bakin-neymis-haberi/1261735>, erişim 13.12.2014
- Çandır Yasemin, Yüksek Öğretimdeki Öğrenci Aflarının Verimliliğinin Erciyes Üniversitesi Örneğinde Değerlendirilmesi, (Danışman Durmuşçelebi Mustafa), Erciyes Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, erişim 13.12.2014
- Güçlü Abbas, “Öğrenci affı??”, Milliyet Gazetesi, 21.06.2003, <http://www.milliyet.com.tr/ogrenci-affi---/abbas-guclu/turkiye/yazardetayarsiv/21.06.2003/14001/default.htm>, erişim 13.12.2014
- Güçlü Abbas, “Öğrenci Affı, Hocaların Maaşı ve Burslar..”, Milliyet Gazetesi, 30.10.2013, <http://www.milliyet.com.tr/ogrenci-affi-hocalarin-maasi-ve/gun->

²⁴ Bugün Gazetesi, “Torba yasadaki kasa affının ne olduğu anlaşıldı!”, 18.09.2014, <http://ekonomi.bugun.com.tr/kasa-affi-bakin-neymis-haberi/1261735>, Çiğdem Toker, “Havuzcular da Affediliyor”, Cumhuriyet Gazetesi, 04.06.2014, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/78891/Havuzcular_da_Affediliyor.html, Şükrü Kızılot, “Hayali paraya da af!”, Hürriyet Gazetesi, 04.06.2014, <http://sosyal.hurriyet.com.tr/Yazar/78/sukru-Kizilot/20758/Hayali-paraya-da-af>, erişim 13.12.2014

- dem/ydetay/1784185/default.htm, erişim 13.12.2014
- Güçlü Abbas, "Öğrenci Affı Mı, Seçim Balonu Mu?", Milliyet Gazetesi, 27.12.2010, <http://www.milliyet.com.tr/ogrenci-affi-mi-secim-balonu-mu-/abbas-guclu/siyaset/siyasetyazardetay/28.12.2010/1331657/default.htm>, erişim 13.12.2014
- Güneş Armağan, Yükseköğretimde Öğrenci Affı Olgusuna İlişkin Öğretim Elemanı ve Öğrenci Görüşlerinin Değerlendirilmesi, (Danışman Aşlıoğlu Bayram), T.C. Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, erişim 13.12.2014
- Hürriyet Gazetesi, "İnsanlık Dersi", 18.08.1999, <http://arama.hurriyet.com.tr/arsiv-news.aspx?id=-96900>, erişim 13.12.2014
- Martin Ahmet, Vergi Aflarının Vergi Tahsilatı ve Vergi Uyumu Üzerindeki Etkileri, (Danışman Kıldış Yusuf), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013, <https://tez.yok.gov.tr/Ulusal-TezMerkezi/>, erişim 13.12.2014
- Kızılol Şükrü, "Hayali Paraya da Af!", Hürriyet Gazetesi, 04.06.2014, <http://sosyal.hurriyet.com.tr/Yazar/78/sukru-Kizilot/20758/Hayali-paraya-da-af>, erişim 13.12.2014
- Kızılol Şükrü, "Ödemeyen Kazanıyor", Hürriyet Gazetesi, 05.06.2014, http://sosyal.hurriyet.com.tr/yazar/sukru-kizilot_82/odemeyen-kazaniyor_26550661, erişim 13.12.2014
- Kızılol Şükrü, "Vergi Affı Çıkıyor Ama Ödeyenlere Müjde Yok!", Hürriyet Gazetesi, 16.07.2014, http://sosyal.hurriyet.com.tr/yazar/sukru-kizilot_82/vergi-affi-cikiyor-ama-odeyenlere-mujde-yok_26816422, erişim 13.12.2014
- TBMM Adliye Encümeni'nin 17.04.1940 tarihli, 1/358 Esas, 34 Karar Sayılı Mazbatası, <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c010/tbmm06010042.pdf>, erişim 12.12.2014
- TBMM 6. Dönem Tutanak Dergisi, Cilt 10, Birleşim 42, <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c010/tbmm06010042.pdf>, erişim 12.12.2014
- T.C. Başvekâlet Kararlar Dairesi Müdürlüğü'nün 6/1453 Sayılı, 05.04.1940 Tarihli Yazısı, <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c010/tbmm06010042.pdf>, erişim 12.12.2014
- Toker Çiğdem, "Havuzcular da Affediliyor", Cumhuriyet Gazetesi, 04.06.2014, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/78891/Havuzcular_da_Affediliyor.html, erişim 13.12.2014
- 27 Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzelede Felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı Mahkûmların Cezalarının Affı Hakkında Kanun, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc021/kanuntbmmc021/kanuntbmmc02103804.pdf, erişim tarihi 12.12.2014
- 27 Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzelede Felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı Mahkûmların Cezalarının Affı Hakkında Kanun Tasarısı Gerekeşi, <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c010/tbmm06010042.pdf>, erişim 12.12.2014
- 6552 sayılı Kanun, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/09/20140911M1-1.htm>, erişim 13.12.2014

İNGİLİZ, AMERİKAN VE TÜRK HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK UYGULAMALARININ KARŞILAŞTIRILMASI

COMPARISON OF THE MODUS OF JURISDICTION ABOUT EXPERT
WITNESS BETWEEN ENGLAND, U.S.A AND TURKEY

Oğuz POLAT*
A. Taner GÜVEN**

Özet: Türk hukuk terminolojisinde kendisinden teknik konular-
da açıklama istenen kişi veya kuruma “bilirkişi” denmektedir. Tıbbi
uygulamalar kapsamlı teknik bilgi ve deneyim gerektirdiğinden, tıbbi
uygulama hataları hakkında açılan davalar ancak bilirkişilerin kanıt-
ları açıklamaları ve yorumlamaları sayesinde karara bağlanabilmek-
tedir. Türkiye çeşitli farklılıklar içermekle birlikte genel olarak kıta
Avrupası hukukunu izlemektedir. Bilirkişilik usulleri ve anlayışları da
kıta Avrupası ile büyük oranda aynıdır. (Avrupa birliği üyeliği uyum
süreci). Amerikan ve İngiliz hukuku ise bilirkişilik anlayışları açısından
kıta Avrupası ile ciddi farklılıklar içermektedir. Bu yazıda benzerlikle-
ri ve farklılıkları açısından Türkiye, Kuzey Amerika ve İngiltere’deki
bilirkişilik sistemleri tartışılarak Türkiye’deki mevcut tıbbi bilirkişilik
sistemini nasıl uygulanabileceği konusu masaya yatırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Uygulama Hatası, Bilirkişi.

Abstract: Evaluating a malpractice case in the court needs
highly educational and technical skills. So many times only the exp-
lanations of the medical experts can enlight the case and so again
so many times experts asses the judgement of the court. Turkey fol-
lows the modus of continental Europe about expert witness. Altho-
ugh England and U.S.A have some smilarities with Europe and Tur-
key; they have some serious differences about expert witness posi-
tion in the court too. In this paper we aimed to make a comparison
between England, U.S.A. and Turkey’s medical expertise in the court
so that to offer the best sides of this three systems in a synthesis in
the Turkish judgement system.

Keywords : Malpractice Expert Witness, Single Joint Expert,
Assessor, Court Appointed Expert Witness.

* Prof. Dr., Acıbadem Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı
** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilim Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

Giriş

Mahkeme heyetinin süre giden bir dava hakkında hukuki bir karar alabilmesi için mutlaka somut bilgiye diğer bir deyişle “kanıta” ihtiyacı vardır. Yargıcın mesleki ve genel bilgisi ile bilmesi mümkün olmayan teknik konulardaki kanıtları kavrayabilmesi için ise uzman bir kişinin açıklamaları gerekir. Türk hukuk terminolojisinde kendisinden teknik konularda açıklama istenen kişi veya kuruma “bilirkişi” denmektedir.

2009 da yayınlanan Dünya Bankasının “Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi hakkında karşılaştırmalı çalışma” başlıklı bilirkişiliğin sorunlarının 4 ülke ile yapılan karşılaştırmalı araştırmasının inceleme raporuna göre bilirkişi görüşü ‘*mesleki, bilimsel ya da teknik bir konuyla ilgili olarak yasal kovuşturmada kanıt olarak sunulacak (yazılı veya sözlü) herhangi ifade*’ olarak tanımlanmaktadır.

Tıbbi uygulamalar kapsamlı teknik bilgi ve deneyim gerektirdiğinden, tıbbi uygulama hataları hakkında açılan davalar ancak bilirkişilerin kanıtları açıklamaları ve yorumlamaları sayesinde karara bağlanabilmektedir. Hatta bir tıbbi uygulama yapabilmek için gereken bilgi birikimi ve uzmanlık o kadar üst düzeydedir ki tıbbi uygulama hataları nedeni ile açılan davalarda sonucu mahkeme heyeti ve avukatlardan çok bilirkişilerin belirlediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bilirkişinin savunan veya suçlayan tarafın lehine yönelik rapor hazırlaması, tıbbi bilgisi kısıtlı olan mahkeme heyeti tarafından kanıtların yanlış yorumlanmasına yol açabilmektedir. Hatta bilirkişinin profesyonel etkisi genel tıp görüşünün tam tersi kararlara yol açabilmektedir.¹

Tıbbi uygulama hataları ile ilgili yargılamalarda tüm hukuki sistem kamusal bir faaliyet yürütmekte olan ve yargıca destek sağlayan ve bir yargıç yardımcısı niteliği taşıyan bilirkişinin tarafsız ve bilimsel verilere dayanan kanıt sunması üzerine kurulmuştur.² Bu sebeple

¹ Eloy JA, Suider PF, Folbe AJ, Couldwell WT, Liu JK. “Comparison of Plaintiff and Defendant Expertwitness Qualification in Malpractice Litigation in Neurological Surgery”, J. Neurosurg, 2014, 120 (1). S.185-190

² Kamil Yıldırım, “Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki

mali kazanç, meslektaş veya yandaş dayanışması gibi kışkırtıcı motiflerin varlığında bilirkişinin güvenilirliği konusu önemli bir sorun haline gelmektedir.³ Ancak burada önemli olan görüş verilen konu hakkında objektif, referanslara dayalı ve bilimsel görüş vermektir. Bu yapıldığında kişisel kanaatim veya temayüle göre diye başlayan sübjektif yorumlara yer olmayacak ve bilirkişi raporu kriterlere dayandığından üzerinde spekülasyon yapabilme olasılığı olmayacaktır.

Tıbbi uygulama hataları suçlamaları özensizlik, dikkatsizlik ve ihmal sonucu standart tıbbi uygulamaların dışına çıkılması veya yapılması gerekeni yapmama iddialarıdır. Hatanın hekimin tedaviyi veya tanı yöntemini seçişinde tercih kullanması nedeni ile değil ihmal ve dikkatsizlik nedeni ile oluşması gerekir. Aslında hata normal bir insan davranışıdır ve öğrenme sürecinde önemli bir yeri vardır. Mahkemeler evet/hayır şeklinde kesin bir cevaba ihtiyaç duyduğundan doğal hata ile ihmal, özensizlik arasındaki ince çizgi, bilirkişi tarafından genellikle gerçekte olan durumu anlatır şekilde değil arzu edilen sorulan soruya göre raporlanır.⁴

Suçlamaların çoğu gerçek bir ihmal veya özensizliğe dayanmaktadır. İddia yargı konusuna dönüştüğü zaman bilirkişi raporunun suçlanan kişi açısından hukuki yaptırımlar doğurması olasıdır.⁵ Tıbbi uygulama hatası davalarının anlaşılması ileri düzey tıbbi-tek-nik bilgi gerektirdiğinden Türkiye’de ve dünyada tıbbi uygulama hatası davalarında sonuç büyük oranda bilirkişi raporları tarafından belirlenmektedir.

Türkiye çeşitli farklılıklar içermekle birlikte genel olarak kıta Avrupası hukukunu izlemektedir. Bilirkişilik usulleri ve anlayışları da kıta Avrupası ile büyük oranda aynıdır. Amerikan ve İngiliz hukuku ise bilirkişilik anlayışları açısından kıta Avrupası ile ciddi farklılıklar

³ Durumu”, 75. Yaş günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.833-841.
⁴ Charles Deitschel, “Unreliable Medical Experts, Letter To the Editor”, Pediatrics,2003;111:3, s.711
⁵ Wood C, “The Misplace of Litigation in Medical Malpractice”, Aust. NZJ Obstet. Gynaecol. 1998, 38(4): s.365-376
⁵ Horton JB., Reece E, Janis JE., Broughton G., Hollier L., Thornton JF., Kenkel JM., Rohrich RJ, “Expert Witness Reform”, Plast. Rekonstruktif Surg 2007, 120(7) 2095-2100.

içermektedir. Bu yazıda benzerlikleri ve farklılıkları açısından Türkiye, Kuzey Amerika ve İngiltere'deki bilirkişilik sistemleri tartışılarak Türkiye'deki mevcut tıbbi bilirkişilik sisteminin nasıl uygulanabileceği konusu masaya yatırılacaktır.

Tartışma

Türkiye

Türk Hukuk Sisteminde bilirkişi esas olarak mahkeme tarafından tayin edilmektedir. HMK m. 293 ve 5271 sayılı CMK m. 67'ye göre özel uzman mütalaası taraflar tarafından özel bilirkişilik görüşü olarak sunulabilmekte ise de tarafların iddiaları kapsamında sunulan bir teknik not olarak kabul edilmektedir.⁶ 5271 sayılı CMK 68. Madde'ye göre ise özel bilirkişi sözlü olarak tanıklık yapabilir ve gerek mahkeme heyeti gerekse taraflar tarafından sorgulanabilir. Ceza hukuku açısından bu esaslar halen geçerliliğini korumakla birlikte özel hukuk açısından yani tıbbi uygulama hatalarından doğan tazminatlar açısından baktığımızda Özel bilirkişilik veya Anglosakson hukukunda taraf bilirkişiliği olarak geçen kavram; tıbbi uygulama hatasına yönelik zorunlu sigortanın getirildiği 2010 yılından bu yana, büyük önem kazanmıştır. Türkiye zorunlu sigorta yolu ile tıbbi uygulama hatalarından doğan finansal sorumluluğu tamamen özel sektöre devretmiş bulunmaktadır. Bu durumun dünyada ki tek örneği Amerika Birleşik Devletleridir.

ABD'de uygulamanın geçmişine baktığımız zaman; finansmanın özel sigorta sistemine devredildiği 1970'lerden sonra ödenen tazminatların yüksekliğinden ötürü ekonomik kriz meydana gelmiştir. Tüm hekimlerin %42'si dava edilirken bunların %20'si iki veya daha fazla kere sanık sandalyesine oturmuştur. 55 yaş üstü tüm hekimlere baktığımız zaman bu rakam %61'e çıkarken cerrahide %90'ı bulmaktadır.⁷ Resmi rakamlara göre dava süreçlerinden kaynaklanan kayıp

⁶ Hakan Pekcanitez, "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü Değerlendirilmesi", Ankara Adalet Yayınevi 2009, s. 397-418.

⁷ Mark Crane, "Malpractice Threat to Physicians Pervasive, AMA Study Finds" Medscape Medical News 2010, Augusts 05.

45,6 ila 55,6 milyar dolar arasındadır ki bu rakam tüm sağlık bütçesinin %2,4'dür. Özel bir kuruluş olan Price Waterhouse Coopers verilerine göre ise dava süreçlerinden kaynaklanan kayıp 200 milyar dolar civarındadır.⁸

Türkiye'de mahkeme sürecini ve masraflarını azaltabilmek için zorunlu sigorta genel şartları B. 3. 4. maddesine "sigortacı haklı olmayan sebeplerden ötürü sulh yoluyla anlaşmaya onay vermekten kaçınmaz" ibaresi eklenmiştir. Sigortacının haksız talep nedeni ile sulhu reddetmesinin iki sebebi olabilir. Hastanın görmüş olduğu zarar tıbbi uygulama hatası ile ilgili değildir veya talep edilen rakam fahiştir, meydana gelmiş olan zararın çok üstündedir.

Bu durumda taraf bilirkişiliği çok büyük önem kazanmaktadır çünkü olayın mahkemeye yansımadan basitçe çözümü tamamen taraf bilirkişilerin hastanın gördüğü zararın nedenlerini bilimsel metodoloji içinde kalarak açıklamasına ve meydana gelmiş maddi zararı tarafları ikna edebilecek şekilde ortaya koymasına bağlıdır.

Sigorta anlaşmazlıklarına bağlı mahkeme süreçlerini azaltmanın ikinci bir yolu olarak da 14/06/2007 tarih 26552 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan sigortacılık kanununun 30. Maddesi ve 17/08/2007 tarih 26616 sayılı RG'de yayınlanan sigortacılıkta tahkime ilişkin Yönetmelik'e dayanan sigortacılık tahkim komisyonu kurulmuştur.

Sigorta Tahkim Komisyonu, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde oluşturulmuştur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, ilgili kuruluşun sisteme üye olduğu tarihten sonra gerçekleşen rizikolar bakımından, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir.

⁸ Mello MM, Kachalia A, Goodell S, "Medical malpractice - april 2011 update", Synth Proj Res Synth Rep 2011 Apr

Tahkime başvurulabilmesi için söz konusu sigorta şirketinin tahkim sistemine üye olması gerekmektedir. Sigortacıdan talepte bulunmuş olması ve sigortacının bu talebi yazılı olarak ret etmesi veya 15 gün içinde cevaplamamış olması gerekmektedir. Uyuşmazlık mahkemeye, hukuk mahkemeleri yolu ile tahkime veya tüketici sorunları hakem heyetine yansımamış olmalıdır.

Uyuşmazlığa düşen taraflar arasında, açık ve yazılı şekilde yapılması gereken sözleşme ile daha yüksek bir tutar belirlenmemiş ise hakemin verdiği Kırk bin TL'ye kadar olan tutarlar her iki taraf içinde kesindir. Kırk bin TL'nin üzerindeki tutarlar için temyize gidilebilir.

Ancak tahkim süresinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri içinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumunda her türlü temyiz yolu açıktır.

Görüldüğü üzere tahkim yolu ile istenilen neticeyi elde edebilmek de tamamen özel veya taraf bilirkişilerinin sunduğu mütalaaların ışığında gerçekleşecektir. Tüm hekimler özel sigorta yaptırmak zorunda olduğuna göre eğer özel bilirkişilik kavramı iyi kullanılabilirse tıbbi uygulama hatası iddialarının %90'ı sigortacılık sistemi içinde çözülebilir.

Mahkemeye yansıyan olgularda ise Mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiler: Yüksek Sağlık Şurası (eskiden tıbbi hata ile ilgili ceza davalarında başvurulması zorunlu iken 2010 yılında bu zorunluluk Yargıtay kararı ile kaldırılmıştır), Adli Tıp Kurumu, Üniversitelerin ilgili anabilim dalları veya önceden belirlenmiş bilirkişi listelerinden seçilmiş hekimler olabilmektedir.

Esas itibari ile Türkiye'de mahkemeler bilirkişi raporuna göre karar vermek zorunda değildir ve mahkeme nezdinde bilirkişi hiyerarşisi bulunmamaktadır. Hukuki olarak durum bu şekilde olmakla birlikte, pratikte bilirkişi raporu özellikle de Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen rapor sonucun belirlenmesinde ana unsur olmaktadır.

Uygulamada gerçekleşen bu durumun nedeni Türkiye’de tüm kıta Avrupa’sında da olduğu gibi mahkemede baskın unsurun yargı heyeti olması ve taraflara daha pasif roller biçilmesidir. Anglo-Amerikan hukuk düzeninde ise daha mücadeleci ve taraf egemenliğinin olduğu yargı ortamı mevcuttur⁹. Türkiye’de taraf bilirkişiliğinin mahkeme nezdindeki rolü iki şekilde olabilir. Birincisi mahkeme henüz bir bilirkişi tayin etmeden verilecek özel uzman mütalaası alanında saygın ve yetkin kişiler tarafından düzenlenir ise resmi bilirkişilere yol gösterici olabilmektedir.

İkincisi ise mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilerin sonuca ulaşmak için kullandıkları teknik ve metodolojinin hatalı veya eksik olduğunun ispatı yani var olan resmi bilirkişi raporuna itirazdır. Her iki durumda mahkemenin gidişatı üzerine belirleyici rol oynayabilmektedirler. Başta bahsedildiği gibi taraf bilirkişilerinin uzman tanık olarak mahkeme heyetine dinletilmesi mevzuat itibari ile mümkün olmakla birlikte; henüz Anglosakson hukukundaki kadar sık başvuru bir metot değildir. Bu konuda tarafları temsil eden avukatların henüz yeterince bilgili olmadıkları düşünülmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de farklı eyaletlerde kendine özgü uygulamalar olabilmekle birlikte, genel çerçeve tüm ülkede geçerli olan Federal Delil Kanunu (F.R.E : Federal Rules of Evidence) ve Federal Medeni Usul Kanunu (F.R.C.P : Federal Rules of Civil Procedure) tarafından çizilmektedir. Söz konusu kanunlara göre mahkeme iki tür bilirkişiye başvurabilmektedir. Bu bilirkişiler Türkiye’de de olduğu gibi mahkeme tarafından tayin edilir ve sadece mahkemeye karşı sorumludurlar. Türkiye’den farklı olarak ise sözlü ifade de verirler ve taraflar tarafından sözlü olarak sorgulanabilirler (çapraz sorgu). İlki mahkeme bilirkişisi (Court-appointed expert) olarak adlandırılırken ikinci tür ise Türkçe’de yardımcı hakim olarak adlandırabileceğimiz “special master” dır.¹⁰

⁹ Barış Toraman, “Anglo-Amerikan hukukunda mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiler”, *Anadolu Üniv. Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı* 2013, s. 115-130.

¹⁰ Hoge MA, Tebes JK, Davidson L, Griffith EE, “The Roles of Behavioral Hath

ABD’de mahkeme bilirkişisi:

Federal delil kanununa göre mahkeme taraflardan gelen talep üzerine veya herhangi bir sebeple ihtiyaç olduğunu düşünürse zorlayıcı (re’sen) kararlar bilirkişi tayin edebilmektedir. Uygulamada tarafların bilirkişi talep etmesi çok ender rastlanabilen bir durumdur. Amerikan yargıcı tarafından bu yetki taraf bilirkişilerinin (expert witness) güvenilir veya kalifiye olmadığı düşünüldüğünde kullanılmaktadır. Tarafların bilirkişi ataması konusunda söz hakkı bulunmamaktadır. Bu şekildeki uygulamalara mahkeme bilirkişisinin jüriyi etkileyebileceği düşüncesi ile daha çok jürinin bulunmadığı durumlarda başvurulmaktadır. Yapılan araştırmalarda mahkeme tarafından bilirkişi tayin edilmesinin tarafların anlaşmasının istendiği durumlarda daha sık kullanıldığı saptanmıştır.¹¹

Mahkemenin “resmi bilirkişiyi” taraf bilirkişilerinden sonra tayin etmesi resmi bilirkişinin her iki tarafında raporlarını incelemesi böylece tarafların tutarsızlık ve zayıf yanlarını mahkemeye sunabilmesi için zemin yaratmaktadır. Resmi bilirkişi de aynı taraf bilirkişileri gibi çapraz sorgu sistemine tabiidir. Yani yargıç ve taraflar tarafından sorulanabilmektedir.

ABD’de Yargıç yardımcısı:

Türk hukukunun aksine Amerikan hukukunda yargıcın yardımcı yargıç atama yetkisi bulunmaktadır. Türk hukukunda bilirkişi yargıç yardımcısı sayılmakla birlikte, yargıcın otoritesini asla paylaşamaz. Amerikan yargıcı da bu yetkisini sadece çok fazla tarafın olduğu ve karmaşık finansal hesaplamaların gerektiği davalarda kullanabilir. İş yükünün fazlalığını bahane ederek kendisine yardımcı (special master) ataması yasaklanmıştır.¹²

Professional in Class Action Litigation”, J Am Acad Psychiatry Law 2002, 30(1); s.49-58

¹¹ Cecil JS, Willging TE, “Court-appointed Experts, “Defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706” Federal Judicial Center 1993

¹² Davenport JL, Stinson V, Cutler BL, Krawitz DA, “How Effective are the Cross-Examination and Expert Testimony Safeguards? Jurors Perceptions of the Suggestiveness and Fairness of Biased Line up Procedures” J.Appl Psychology 2002, 87(6): s. 1042-1054.

Yargıç yardımcısı görevi ile ilgili araştırmasında mahkemenin tüm yetkilerine sahiptir ve talimatlarına uyulmaması halinde cezai yaptırım söz konusudur. Yargıç yardımcısı pozisyonu Türkiye ve Kıta Avrupası'nda mevcut değildir ve yerleşmiş yargılama usulleri açısından da ileride olması da pek mümkün görülmemektedir. Bu sebeple "special master" uygulamasının bilirkişilik kurumu ile karşılaştırılmasının uygun olmadığı görüşündeyiz.

ABD' de esas olan taraf bilirkişileridir (expert witness). Verdikleri özel uzman mütalaası ve sözlü ifadelerin mahkemenin tüm gidişatını değiştirebileceğinin farkında olan Amerikan uzmanlık dernekleri alanlarında bilirkişilik rehberleri (guide lines) yayınlamakta ve belirli sürelerde bilirkişilik sertifika programları düzenlemektedirler.¹³

Özel bilirkişilik ABD'de artık bir sektör haline gelmiş durumdadır. Hekimler normal mesleki faaliyetlerinin yanında bilirkişilikten de ciddi gelirler elde edebilmektedirler. Bu durumda bir rekabet ortamı doğmakta ve bilirkişilik için gerekli niteliklere sahip olmayan veya bilimsellikten, nesnellikten uzak uzman mütalaası veren kişiler meslektaşları tarafından deşifre edilmektedirler. Rekabet ortamı sayesinde özel bilirkişiliğin nitelik ve etik ile ilgili sorunları özellikle uzmanlık dernekleri tarafından belirlenmiş ve yazılı hale getirilmiştir. Bu kurallara uymamak karşı tarafın eline koz vereceğinden pek mümkün olmamaktadır.¹⁴

Her ne kadar etik kurallar ve bilimsellik ile ilgili nitelik sorunları iyi tanımlanmış olsa da tıbbi uygulamaların doğası gereği değerlendirilmesi gereken pek çok ihtimal ve farklı tanı, tedavi alternatifleri vardır. Bu durum özel bilirkişiyeye nedensellik bağını değerlendirme ve kesin sonuçlar bildirme konusunda geniş bir hareket alanı sağlar. Bu durumda tıbbi hataların değerlendirildiği bir Amerikan mahkemesinde sonucu negatif veya pozitif yönde değiştiren uzman mütalaası veren özel bilirkişinin mesleki tecrübesi ve mahkeme salonunda gösterdiği kişisel performansdır.¹⁵

¹³ Svider PF, Eloy JA, Baredes S, Setzen M, Folbe AJ, "Expert Witness Testimony Guidelines: Identifying Areas for Improvement", *Otolaryngol Head Neck Surg.* 2014, Nov 11.

¹⁴ Meadows G, Baum N, "Taking the stand: marketing your expertise as an expert witness" *J Med Pract Manage* 2013, 28(5): s. 275-278.

¹⁵ Jerrold L, *Litigation and legislation. "Possibility, probability, and causation: a*

İngiltere

İngiltere'deki bilirkişilik sistemi Amerika ve Türkiye'ye göre daha farklı uygulamalar sunmaktadır. İngiltere tıbbi uygulama hatası davalarının önemini erken sayılabilecek bir dönemde fak etmiştir. 1932 Yılında "Law of Negligence" ihmal-özensizlik yasası çıkarılmıştır.¹⁶ Kanunun çıkışından sonra tıbbi uygulama hatası davalarının sayısı büyük bir hızla artmıştır. Hatta günümüzde İngiltere sağlık bütçesinin %10'unu tıbbi uygulama hatası nedeniyle tazminat ödemelerine ve hukuki masraflara ayrılmış durumdadır.¹⁷ İngiliz tabipler birliğinin (BMA) açıklamalarına göre İngiliz hastanelerinde her gün 800 civarında tıbbi hata kayda geçirilmektedir.¹⁸

İngiltere'de yapılan tüm tıbbi uygulama hatası suçlamalarından 1948 yılında kurulmuş olan Milli Sağlık Servisi (NHS : National Health Service) sorumludur. Milli Sağlık Servisi Avukatlık ve Mahkeme masrafları ile tazminata hükmedilir ise doğacak miktarı ödemekle yükümlüdür.¹⁹ Sayı olarak daha az olan özel sektöre ait tıbbi uygulama hatası suçlamaları için ise doktorların üye olabilecekleri sendika ve dernekler bulunmaktadır. Bu sivil toplum örgütleri de aynı Milli Sağlık Servisi gibi üyelerine karşı açılan tüm tıbbi kötü uygulama davalarından ve doğabilecek tazminatlardan sorumludur.²⁰ Bu sebeple İngiliz sisteminde hekim taraf bilirkişisi çok kuvvetlidir.

Türkiye'de olduğu gibi İngiltere'de de mahkeme tarafından bilirkişi tayin edilmesi mümkündür. Hatta Jüri sistemi ile çalışan İngiliz mahkemelerinin tüm jüriyi konunun uzmanı kişilerden oluşturması (tıbbi uygulama hatası davasında jürinin hekimlerden oluşması) örnekleri mevcuttur. Ayrıca mahkeme konunun uzmanı bir kişiyi expert witness adı altında Türkiye'deki anlamı ile bilirkişi olarak ataya-

study of proximate causation." Am J Orthod Dentofacial Orthop. 2014, 145(6): s. 836-838.

¹⁶ Lieb R, "After Hendricks: Defining Constitutional treatment for Washington States Civil Commitment Program" Ann. NY Acad Sci 2003, 989: s. 474-488.

¹⁷ Woolfson J, "Medical Liability Reform: The British Approach;" Medical Liability" Ob and Gyn 2010, 115 (6): s. 1120-1124

¹⁸ Chacko D, "Medical Liability Litigation: An Historical Look at the Causes for It's growth in the U.K" Discussion Papers in Economic and Social History Number 77, April 2009.

¹⁹ "Doctors Want No Fault Compensations". BBC News, 6 July 1999.

²⁰ National Audit Office: Handling Clinical Negligence Claims; (2000-2001) pp:1

bilmektedir.²¹ Halbuki Amerika'daki expert witness taraf bilirkişisidir. Bunun haricinde İngiliz yargısında halen taraflar kendi bilirkişilerini tayin edebilmektedirler. Ancak Amerikan ve Türk yargılarından farklı olarak tek ortak bilirkişi (Single Joint Expert) ve Mahkeme danışmanı olarak adlandırılabilir (assessor) bilirkişilik uygulamaları da mevcuttur. Her iki bilirkişilik uygulaması da çok fazla ön planda değil iken mahkeme masraflarını azaltmayı, yargı sürecini kısaltmayı ve basitleştirmeyi amaçlayan Lord Woolf reformlarından sonra (1996) sık kullanılır hale gelmişlerdir.²²

Tek ortak bilirkişi yapılanması Lord Woolf Reformlarının bir sonucu olarak 1999 yılında İngiliz Medeni Usul Kanunu (CPR) 35-7 maddesi ile uygulamaya konulmuştur. Bu uygulamanın düzenlenme nedeni olarak taraf bilirkişilerinin nesnelliklerini yitirebilmeleri, çok sayıdaki bilirkişilerin farklı görüşlerle mahkeme kararları konusunda şüpheye yol açmaları, aynı maddi imkanlara sahip olmayan kişilerin, benzer etki gücüne sahip bilirkişilere ulaşamaması ve adalet önünde eşitliğin sağlanamaması sayılmıştır.

Lord Woolf'un kendisi de 1996 tarihli "Access to Justice: The Final Report" isimli çalışmasında aynı noktaya dikkat çekmiş ve ortak bilirkişinin yargı masraflarını düşürerek yargı kararlarında tarafların eşitliğini sağlayacağını savunmuştur. Lord Woolf raporundan aslında yapılmak istenenin kıta Avrupa'sında ve Türkiye'de hali hazırda yürürlükte olan resmi bilirkişilik yapılanmasının İngiliz yargısına adapte edilmek istendiği anlaşılmaktadır.²³

İngiliz avukatların resmi bilirkişiliğin sakıncalarından örnekler getirerek şiddetli karşı çıkışları sonucu bir sentez olarak ortak bilirkişilik kavramı oluşmuş ve uygulamaya konulmuştur.

Ortak Bilirkişinin görevlendirilmesinde tarafların söz hakkı olmakla birlikte bu kişinin sadece mahkemeye karşı sorumlu olması ve görevlendirilmesinde yargıcın takdir hakkının bulunması esasında

²¹ Goldberg R, "Medical Malpractice and Compensation in the U.K" *Chicago-Kent Law Review*, January 2012, 87; (1) s. 130-161.

²² Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales: The Law Commission no:325 ; 21 March 2011.

²³ Fenn P, Rickman N, Vencappa D, "The Impact of Woolf Reforms on Costs and Delay" CRIS Discussion Paper Series-2009.1, March 2009.

İngiliz yargısı içinde yeni sayılan bu uygulamanın kıta Avrupası bilirkişilik uygulamasına bir atıf olduğu söylenebilir.

Ortak bilirkişi görevlendirilmesi genellikle tazminat taleplerinin küçük olduğu ve çözümü basit davalar için uygulanmakla birlikte tıbbi uygulama hatası gibi çok tarafı olan karmaşık konularda da belirli teknik ayrıntılar için devreye sokulmaktadır.²⁴

İngiliz Medeni Kanununda ortak bilirkişinin görevinin uzmanlık bilgisi ile mahkemeyi aydınlatmak olduğu ve bu kişinin mahkemenin sevk ve idaresi altında olduğu açıkça yazmaktadır. (CPR 35-3, CPR r. 35-14)

İngiliz yargısında tazminat talebinin yüksek olduğu ve dava konusunun ayrıntılı teknik bilgi gerektirdiği durumlarda taraf bilirkişileri ile birlikte ortak bilirkişi de görevlendirilebilmektedir. Şöyle ki; taraf bilirkişilerin yaptığı açıklamaların net bir karar verilmesini engellediği durumlarda taraf görüşlerinin meta analizi için ortak bilirkişinin görüşü yahut ortak bilirkişinin görüşlerinin çürütülmesi noktasında taraf bilirkişilerin görüşleri dikkate alınabilmektedir.²⁵

Sonuç olarak ortak bilirkişinin belirlenmesi taraf bilirkişiliğini ortadan kaldırmamakta ve etkisini azaltmamaktadır. Yalnız eğer ortak bilirkişi görüşü karar verme açısından net ve tatmin edici ise mahkeme sadece bu görüşe dayanarak hüküm verebilir.²⁶

Ortak bilirkişinin görevini nasıl yerine getireceği konusu Türk hukuku ile hemen hemen aynıdır (HMK 271, HMK Bilirkişi Yönetmeliği madde 11).

Amerikan yaklaşımından farklı olarak İngiliz hukukunda ortak bilirkişinin çapraz sorguya tabii olması mümkün olduğunca kısıtlanmıştır. Ortak bilirkişinin görüşünün başlı başına bir delil olduğu kabul edilmektedir.²⁷

²⁴ Dwyer D, "The Judicial Assesment of Expert Evidence" Cambridge University Press 2008 s.307

²⁵ Payne J, Busuttill A., Smock W.S, "Forensic Medicine: Cincial and pathological Aspects" Cambridge University Press 2003, s.782.

²⁶ "Birmingham Health Authority" Lloyd's Rep Med 2001, s. 382.

²⁷ Samuels A, Barrister JP, "The single joint expert" Med Sci Law. 2003, 43(1): s. 9-12.

Netice itibari ile son takdir yetkisi ve hüküm yargıca ait olduğundan ortak bilirkişinin görevi mahkemeye görüş sağlamaktan ibarettir. Bu durum Amerika, Avrupa ve Türkiye’de bir farklılık arz etmemektedir.

İngiliz Mahkemelerinde Danışmanlık : Assessor

İngiliz mahkemelerindeki diğer bir farklı kurum olan danışmanlık (assessor) uygulaması ise 18. yy.’ dan beri mevcut bulunmakla birlikte Lord Woolf reformlarından önce sadece deniz ticareti konuları ile sınırlandırılmıştır.²⁸ Yeni medeni usul kanunundan sonra ise diğer davalarda da görev alabilmektedir.²⁹

Danışmanlık uygulamasının yargıcı eğitime işlevini üstlendiği kabul edilmektedir³⁰. Danışmanların ortak bilirkişiden farkı çapraz sorguya alınamamaları, sözlü görüş bildirememeleri ve görevlerini yemin altında yerine getirmemeleridir. Bununla beraber davanın görüşülmesi esnasında yargıcın yanında yer alabilirler ve dava sürerken mahkemeye ara verip ayrı bir salonda yargıcı sözlü olarak aydınlatılabirler.

Danışmanların bu yetkilerine karşı olarak bölge adliye mahkemelerinin kararları ise danışmanların yazılı sunduğu görüşlerin taraflarca tartışılmadan yargı hükmüne temel teşkil edemeyeceği doğrultusundadır.³¹

SONUÇ

Kıta Avrupası ve dolayısı ile Türkiye’de mahkemenin baskın unsuru taraflar değil yargıçlardır. Bilirkişilik uygulaması olarak baskın unsurda yargıç yardımcısı olarak ta kabul edilen mahkeme bilirkişisidir.

²⁸ “Protocol for the Instruction of Expert to Give Evidence in Civil Claims” Civil Justice Council June 2005; amended October 2009.

²⁹ Andrews N, “The Three Paths of Justice” Springer 2012 : s.87

³⁰ McAvoy PA1, McCrorie P, Jolly B, Ayers AB, Cox J, Howes AD, Macdonald EB, Slimmon DJ, Southgate L, “Training the assessors for the General Medical Council’s Performance Procedures” Med Educ. 2001, 35(1): s. 29-35

³¹ Courts: Rules and practice directions; Ministry of justice; Practice direction 35.15

Türkiye’de tıbbi uygulama hatası olgularında resmi bilirkişi olarak Adli Tıp kurumu ve Yüksek sağlık şurası kendilerine özgün kanun ve yönetmelikleri ile görev yapmaktadırlar. Bu kurumlar yemin altında çalışmamaları, sadece mahkemeye karşı sorumlu olmaları ve çapraz sorgu ile ifade vermeye çağrılmamaları açısından İngiliz hukukundaki danışman (assessor) uygulaması ile benzerlik göstermektedirler. Ayrıldıkları nokta ise mahkeme salonunda hazır bulunmamaları ve yargıca sözlü bilgilendirmede bulunmamalarıdır. İngiliz hukukundaki bölge mahkemelerinin (istinaf mahkemeleri)’nin benzer yapıdaki assessorlar için verdiği: taraflar tarafından sorgulanmadan mahkemeye görüş teşkil etmemesi hakkının Türkiye’de de bir usul haline getirilmesinin resmi bilirkişilik ile ilgili nesnellik ve nitelik sorunlarını çözebileceğini düşünüyoruz. Tabii bu durum tarafların muhakkak birer özel bilirkişi görüşü almasını gerektirecektir. Yargı karşısında eşitliğin gerçekleşebilmesi içinde tıpkı ceza davalarında maddi durumu yeterli olmayan kişiye avukat tayin edilmesi gibi taraf bilirkişisi tayini gündeme gelecektir.

İngiliz hukukunda reform adı altında Türkiye’de hali hazırda uygulanan mahkeme bilirkişiliği sistemine yaklaşılması dikkat çekicidir.

Amerikan hukukunda da Mahkeme bilirkişisi (court-appointed expert) kavramı olmakla birlikte söz konusu bilirkişinin çapraz sorguya alınabilmesi ve taraflarca sözlü olarak sorgulanabilmesi en önemli ayrımı oluşturmaktadır. İngiliz hukukunun bilirkişilik anlayışı konusunda Amerikan hukukundan ayrılarak Kıta Avrupası ve Türkiye’ye yaklaşan bir sentez yaratması üyesi bulunduğu Avrupa birliğine uyum kaygısı ile de açıklanabilir.

İngiliz hukukunda mevcut olan “single joint expert” kavramının Türkiye’de uygulanması tarafların mahkeme tarafından atanan bilirkişinin niteliği konusunda müdahalede bulunabilmesinin yolunu açacaktır. Tüm tarafların mutabakatını alacak bir bilirkişinin de nesnelliği ile tanınmış olmasının gerekeceği açıktır. “assessor” kavramının yakın karşılığı olan Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası mütalaalarının mahkeme kayıtlarına girmeden önce taraflar adına incelenerek var ise itirazların belirtilmesi hem rapor niteliklerinin yükselmesi hem de sürecin hızlanması adına olumlu katkı sağlayacaktır. Amerikan hukuku

anlamında (expert witness) aktif taraf bilirkişilik uygulamasının yaygınlaşması yani taraf bilirkişilerinin sözlü ifade verip çapraz sorguya alınabilmesi; tarafların adalet duygusunu pekiştireceği gibi bilirkişilik uygulamalarının niteliğini üst seviyeye taşıyacaktır. Amerikan Hukukunda “Court appointed expert” in çapraz sorguya alınabildiği gibi Türk Hukukunda da mahkemenin tayin ettiği bilirkişi taraflar tarafından davet edilip sorgulanabilse nitelik sorununun çözümünde önemli katkı sağlanacağı açıktır.

Bizim önerimiz mahkeme bilirkişiliği uygulamasından vazgeçilerek tamamen taraf bilirkişiliğine yönelmek değildir. Her iki uygulamanın da kendine özgü sakıncaları diğer hukuk sistemlerinde de fark edilmiş ve yeni uygulamalar yaratılarak veya eskileri ihya edilerek sentez yoluna gidilmiştir.

Türkiye’deki mevcut uygulamada maddi ve sosyal imkanları geniş olan taraf kendi uzman mütalaasını hazırlayarak mahkeme bilirkişisi görüşünün olası negatif etkilerinden korunabilecekken karşı tarafın kendi uzman mütalaasını sunmadığı durumlarda adil yargılanma ilkesi çiğnenmiş olacaktır.

Bu sebeple Türkiye’nin de kendi şartlarına uygun özgün bir sentez bilirkişilik uygulaması yaratması gerektiğini düşünüyoruz.

Düşüncemize göre mahkeme usul olarak önce taraflardan bilirkişilik görüşü ister ve sonrasında bu görüşler ışığında mahkeme bilirkişisinden rapor hazırlamasını talep eder ise mahkeme bilirkişiliğinin dezavantajları olan: sürekli aynı işi yapan kişilerde mesleki körlük oluşması (raporların otomatikçe bağlanması), mahkeme bilirkişisine çeşitli motivasyonlar aracılığı ile ulaştırılması durumunda raporun objektif hazırlanmaması gibi sorunlara karşı bir denetim sağlanmış olacaktır.

Bu düşüncemizin adil yargılanma esası ile çelişmemesi için taraf bilirkişisinin niteliklerini belirleyen yönetmelik ile ekonomik gücü yerinde olmayan kişiler için tıpkı avukatlık hizmetlerinde olduğu gibi bilirkişilik adli yardımı sağlanması gerekmektedir.

Sonuç olarak bugünkü pratik uygulama bilirkişi raporunun içerik yeterliliğinin değil sadece veren kurumun yeterliliğinin sorgulandığı bir durum yaratmaktadır. Ancak buradaki yeterlilik kriterinin tek fak-

törü de devlet kurumu olmasıdır. Halbuki bilirkişilik; alınmış olunan eğitime bağlı olarak bilimsel yöntemlerle ve bilginin kullanılmasıyla somut olayın mahkeme tarafından daha net anlaşılabilmesi için görüş vermek olduğuna göre buradaki temel kriter bilgi düzeyi ve bilimsel metodlar olmalıdır. Bugün mahkemelerin resmi bilirkişi kurumu olarak sadece adli tıp kurumundan rapor almalarında pratikte şu iki problem çok sık karşımıza çıkmaktadır. İlgili konu hakkında ilgisiz uzmanların imzalarının raporda yer alması ki örnek olarak Kadın hastalıkları ile ilgili bir konuda göz hastalıkları uzmanının da imzasının yer alması verilebilir. Raporlarda yer alan çok sayıda imza mahkeme heyetini etkileyebilmekle birlikte aslında çoğu zaman sadece bürokrasi gereği bir takım uzmanların imzaları yer almaktadır. Ayrıca bazı alanlarda uzmanların hiç olmayışı ya da bilimsel yeterliliklerinin en son bilgiyle güncellenmesi kaygısı taşımamaları gibi faktörler raporların da yetersizliğini gündeme getirmektedir.

Öte yandan nerede ise tüm bilirkişilik isteklerinin resmi kurumlara gelmesi de aşırı iş yüküne bağlı yeterli zamanın ayrılamamasını ve buna bağlı olarak da kaliteli raporların çıkmasını engelleyen bir başka durumdur.

Bu açıdan bilirkişilik raporlarının yeterliliğine geldiği kuruma göre değil de raporun içeriğine bakılarak karar verilmesi çok önemlidir. Yargıtay son yıllarda bu yönde adımlar atmış ve bilirkişilerce verilen raporları içeriğine bakarak değerlendirmeye başlamıştır. Aynı şekilde mahkemelerin de bu şekilde yaklaşımları önemlidir. Bilirkişi Raporunun içeriği dikkate alındığında ve bu raporun referanslara dayalı, objektif, bilimsel, güncel bilgiye dayanılarak yazıldığı saptandığında değerlendirmeye alınması bilirkişilik sisteminin sağlıklı ve verimli çalışmasını sağlayacaktır.

Kaynakça

- Eloy JA, Suider PF, Folbe AJ, Couldwell WT, Liu JK. "Comparison of Plaintiff and Defendant Expertwitness Qualification in Malpractice Litigation in Neurological Surgery", J. Neurosurg, 2014, 120 (1). S.185-190
- Kamil Yıldırım, "Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk Ve Türk Hukukundaki Durumu", 75. Yaş günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.833-841.

- Charles Deitschel, "Unreliable Medical Experts, Letter To the Editor", *Pediatrics*, 2003;111:3, s.711
- Wood C, "The Misplace of Litigation in Medical Malpractice", *Aust. NZJ Obstet. Gynaecol.* 1998, 38(4): s.365-376
- Horton JB., Reece E, Janis JE., Broughton G., Hollier L., Thornton JF., Kenkel JM., Rohrich RJ, "Expert Witness Reform", *Plast. Rekonstruktif Surg* 2007, 120(7) 2095-2100.
- Hakan Pekcanitez, "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü Değerlendirilmesi", *Ankara Adalet Yayınevi* 2009, s. 397-418.
- Mark Crane, "Malpractice Threat to Physicians Pervasive, AMA Study Finds" *Medscape Medical News* 2010, August 05.
- Mello MM, Kachalia A, Goodell S, "Medical malpractice - april 2011 update", *Synth Proj Res Synth Rep* 2011 Apr
- Barış Toraman, "Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler", *Anadolu Üniv. Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı* 2013, s. 115-130.
- Hoge MA, Tebes JK, Davidson L, Griffith EE, "The Roles of Behavioral Hath Professional in Class Action Ligitation", *J Am Acad Psychiatry Law* 2002, 30(1); s.49-58
- Cecil JS, Willging TE, "Court-appointed Experts, "Defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706" *Federal Judicial Center* 1993.
- Davenport JL, Stinson V, Cutler BL, Krawitz DA, "How Effective are the Cross-Examination and Expert Testimony Safeguards? Jurors Percptions of the Suggestiveness and Fairness of Biased Line up Procedures" *J.Appl Psychology* 2002, 87(6): s. 1042-1054.
- Svider PF, Eloy JA, Baredes S, Setzen M, Folbe AJ, "Expert Witness Testimony Guidelines: Identifying Areas for Improvement", *Otolaryngol Head Neck Surg.* 2014, Nov 11
- Meadows G, Baum N, "Taking the stand: marketing your expertise as an expert witness" *J Med Pract Manage* 2013, 28(5): s. 275-278
- Jerrold L, Litigation and legislation. "Possibility, probability, and causation: a study of proximate causation." *Am J Orthod Dentofacial Orthop.* 2014, 145(6): s. 836-838.
- Lieb R, "After Hendricks: Defining Constituonal treatment for Washington States Civil Commitment Program" *Ann. NY Acad Sci* 2003, 989: s. 474-488.
- Woolfson J, "Medical Liability Reform: The British Approach;; Medical Liability" *Ob and Gyn* 2010, 115 (6): s. 1120-1124
- Chacko D, "Medical Liability Litigation: An Historical Look at the Causes for It's growth in the U.K" *Discussion Papers in Economic and Social History* Number 77, April 2009.
- Goldberg R, "Medical Malpractice and Compensation in the U.K" *Chicago-Kent Law Review* ,January 2012, 87; (1) s. 130-161.

Fenn P, Rickman N, Vencappa D, "The Impact of Woolf Reforms on Costs and Delay" CRIS Discussion Paper Series-2009.1, March 2009.

Dwyer D, "The Judicial Assessment of Expert Evidence" Cambridge University Press 2008 s.307

Payne J, Busuttill A., Smock W.S, "Forensic Medicine: Cinical and pathological Aspects" Cambridge University Press 2003, s.782.

Samuels A, Barrister JP, "The single joint expert" Med Sci Law. 2003, 43(1): s. 9-12.

Andrews N, "The Three Paths of Justice" Springer 2012 : s.87.

McAvoy PA1, McCrorie P, Jolly B, Ayers AB, Cox J, Howes AD, Macdonald EB, Slimmon DJ, Southgate L, "Training the assessors for the General Medical Council's Performance Procedures" Med Educ. 2001, 35(1): s. 29-35

DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME USULÜNÜN FORMEL İŞLEYİŞİ ÜZERİNE

ON FORMAL PROCESS OF THE COUNCIL OF STATE'S UNIFICATION OF CONFLICTING JUDGMENTS PROCEDURE

Serkan KIZILYEL*

Özet: İçtihatları birleştirme, Türk İdare Hukukuna özgü olan ve hukuki istikrarı ve güvenliği sağlamayı amaçlayan bir usuldür. Bu usul ile bir hukuk normunun ileriye dönük olarak nasıl uygulanacağı ortaya konulmaktadır. Olağan ve olağanüstü kanun yollarından farklı olan bu usulün yaygın olarak işletilememesi sonucunu doğuran sıkı bir formel yapısı vardır. Bu makalenin amacı, Danıştay içtihatları birleştirme usulünün detaylı inceleme konusu yapılmayan formel işleyişini eleştirel bir şekilde incelemektir.

Anahtar Kelimeler: İçtihatları Birleştirme, Danıştay, Formel İşleyiş, İdare Hukuku, İdari Yargılama Usulü.

Abstract: The unification of conflicting judgments procedure that is unique to the Turkish administrative law aims to provide legal stability and security. By this legal procedure, it is set out how to apply to a norm prospectively. This procedure that is different from the ordinary and extraordinary remedies has a strict formal structure that results in failure to operate in a widespread manner. The purpose of this article is to examine the formal process of the Council of State's unification of conflicting judgment procedure in a critical way.

Keywords: Unification of Conflicting Judgment, Formal Process, Council of State, Administrative Law, Procedure of Administrative Justice.

1. Giriş

Hukuku uygulamak suretiyle önüne gelen somut olayda adaleti gerçekleştirme görevini üstlenmiş olan hâkime sağlanan en önemli araç, takdir yetkisidir. Bu yetkinin verdiği olanakla hâkim, önüne gelen uyuşmazlıklarda farklı değerlendirmeler yapabilmekte ve önceden verilmiş olan kararlarla bağlı olmaktan kurtulmaktadır. Bu hu-

* Dr., Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kıdemli Tetkik Hakimi, s_kizilyel@hotmail.com

kuki aygıt, hâkimler eliyle taraflar arasında adaletin, hakkaniyetin ve nesafetin uygulanabilmesine olanak sunmaktadır. Takdir yetkisinin bulunmaması halinde, hâkimin hareket alanı daralacak, kendisinden beklenen rolü yerine getiremeyecek ve normların hukukun genel ilkelere ve adalet ile yumuşatılması mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte, hâkimin takdir yetkisinin çok geniş tutularak bu konuda sınırlandırmaya gidilmemesi halinde, hukuki güvenlik ilkesinin mahkeme kararlarıyla ihlal edilmesi tehlikesi söz konusu olabilir. Takdir yetkisini dengeleyen en önemli araçlardan biri, hâkimin daha önce verilen kararlarla hukuken olmasa da ahlaken kendisini bağlı hissetmesidir.¹ Mahkemelerden bir hukuk normunun benzer olaylarda aynı şekilde yorumlanmasını beklemek doğaldır. Başka bir ifadeyle aynı normun benzer maddi olaya uygulanması sırasında farklılığa gidilmesi mahkemeler için bir eksikliklerdir.

Bununla birlikte, aynı normun aynı olaya farklı uygulanmasını meşru kılacak bir takım nedenler de olabilir. Yaşayan bir aygıt olduğu gerçeğinden hareketle hukukun günün koşulları dikkate alınarak yorumlanması ve koşulların değişmesi halinde normun önceki yorumundan farklı bir sonuca ulaşılması mümkündür.² Bu nitelikteki bir değişimin, bir veya sayısı belli bir uyumsuzluk için değil, bundan sonraki tüm uyumsuzlukları kapsayacak nitelikte uygulanması gerekir. Dolayısıyla koşulların değişimine bağlı içtihatlarıdaki değişim, hukukun gelişimine ve sağlıklı bir hukuk sisteminin varlığına işaret eder.

Türk idare hukukunda, hukuki istikrarı ve eşitliği sağlama adına bulunan dengenin adı içtihatları birleştirmedir.³ Avrupa örneklerinde

¹ Ahlaki bağlılık kavram ile kast edilen, meşru ve açıklanabilir bir gerekçe olmadan mahkemelerin önceden verdiği kararları devam ettirmesi konusundaki iradesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki istikrarın nedeni, yeni yargıçların önceki yargıçlar tarafından verilen kararlara ahlaki bağlılığıdır.

² E.B./Fransa, AIHM, No. 43546/02, 22.1.2008, p. 92.

³ Bu usulün adının ne olması gerektiği hususu açıklanmaya muhtaçtır. Usulün adı için "içtihatları birleştirme" ya da "içtihadı birleştirme" ifadelerinden hangisinin kullanılması daha doğru olacaktır? Sentaktik ve semantik olarak daha doğru olan hangisidir? Terminoloji konusunda mevzuatta tam bir uyum bulunmamaktadır. 1859 sayılı Kanunda "içtihat" kelimesi kullanılmış ve kelime "lar" eki almamışken, 521 sayılı Kanun ile 2575 sayılı Kanunda çoğul ekli olarak "içtihatlar" kelimesi kullanılmıştır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu da "içtihatlar" kelimesi geçmektedir. Danıştay uygulamasında da, her iki kelimenin eş zamanlı ve eş anlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir. Sözcük anlamı itibarıyla içtihat şu şekilde tanımlanmakta-

rastlanmayan bu hukuki yol, Türk hukukunun kendine özgü az sayıdaki usulünden biridir.⁴ 1925 yılında kabul edilen 669 sayılı Şurayi Devlet Kanununun ilk halinde bulunmayan bu usul, 1931 yılında yapılan değişiklik ile getirilmiştir.⁵ Bu düzenleme ile Danıştay'a verilen bu görev ve yetki, sonraki tarihlerde kabul edilen tüm kuruluş kanunlarında varlığını korumuştur.

dır: "Yasada veya örf ve âdet hukukunda uygulanacak kuralın açıkça ve tereddütsüz olarak bulunmadığı konularda, yargıcın veya hukukçunun düşüncelerinden doğan sonuç." Bkz. (Erişim) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54d8c605464c82.75240847, 10.2.2014. Benzer şekilde, yargısal içtihat hukuki uyumsuzluklar hakkında mahkemeler tarafından verilen kararlardır. Bkz. Atilla İnan, "Genel Olarak İçtihatları Birleştirme Kurumu ve Sayıştay'da İçtihatları Birleştirme", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1984, C. 10, S. 1-2, 1984, s. 56. Yılmaz, "İçtihadı birleştirme kararı" ve "İçtihat" kavramlarını kullanmıştır. Bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 511. Bununla birlikte, "İçtihat" ve "İçtihatlar" kelimelerinin birlikte kullanıldığı sözlükler de bulunmaktadır. Bkz. Hüseyin Özcan, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 7. baskı, Alfa Basım, İstanbul, 1993, s. 328. Arapça bir kelime olan içtihat, tek başına tekidir. Kelimenin çoğul hali içtihadattır. Bkz. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Doğu Matbaası, Ankara, 1970, s. 487. İçtihat, uygulanabilir (bozulmamış) olan yüksek yargı organı kararı anlamında kullanılmaktadır. Bu anlam, teoride, uygulamada ve pozitif düzenlemelerde yaygın olarak kullanılmaktadır. İçtihatları birleştirme usulü, doğası gereği, çoklu sayının bire indirgemesi olduğundan, bu usulün adında "İçtihat" kelimesi yerine, çoğul eki almış hali olan "İçtihatlar" kelimesinin kullanılması yerinde olur. Dolayısıyla bu çalışmada, 2575 sayılı Kanunda yer alan terminolojiye uygun olarak "İçtihatlar" kelimesi kullanılacaktır.

⁴ Arif Bilgin, "Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesesinin Yaşama Şansı", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 1972, C. 27, S. 3, s. 592.

⁵ Mülga Kanunun 15. maddesi şöyleydi: "Deavi daireleri kararları arasında ihtilaf vukuunda Şurayi Devlet Reisi içtihadın tevhidi için keyfiyeti deavi daireleri umumî heyetine tevdi eder. Bundan sonra tekevün edecek mümasil hadiselerde bu heyet tarafından verilecek karara ittiba mecburidir." Metinle ilgili olarak Adliye Encümeni tarafından şu yönde bir değerlendirme yapılmıştı: "Deavi dairelerinden verilecek mümasil mesailde bir birlerine mübayin kararlar için içtihadın tevhidi hususunda bir hüküm konmasını tamamen mucip gören encümenimiz, ancak bu maksatla bir dairenin karar vermeden evvel keyfiyeti umumî heyete havalesini doğru bulmamış ve çünkü aynı mahiyeteki mesail hakkında diğer dairenin ne yolda karar verdiğini mutlak olarak öteki dairenin bilmesinin imkânsızlığı nazarı itibare alınmakla beraber bundan nasılsa zühul edilerek bir karar verildiğinde kararın netayicine müessir olabilmesi mahzuru da derpiş edilerek dairelerin biri birine mütenakiz kararlarının hükmüne halel gelmemek üzere tenakuz anlaşıldıktan sonra işin umumî heyetçe tetkik ile verilecek karara ondan sonra tekevün edecek hadiselerde ittihad edilmesi hukukî noktai nazardan lüzumlu görülerek madde bu suretle değiştirilmiştir." Bkz. Adliye Encümeni mazbatası, 13.7.1931, E:1/128, K:16, TBMM Zabıt Ceridesi, Dördüncü Devre, C. 3, Otuz birinci İnikat, 19.7.1931.

İçtihatları Birleştirme Kurulunun⁶ verdiği kararların en önemli özelliği, benzer durumdaki tüm olaylar bakımında bağlayıcı olmasıdır. Bu özelliği ile diğer yargı kararlarından ayrılır. Başka bir ifade ile içtihatları birleştirme kararı, genel ve soyut bir normu yorumladığından benzer tüm durumlar yönünden icrai bir nitelik taşımaktadır. 2575 sayılı Danıştay Kanununun 40. maddesine göre, bu kararlara Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idareler uymak zorundadır.⁷

İçtihatları birleştirme yoluyla Danıştay, somuttan soyuta ve öznel- den nesnele geçerek hukuka daha çok ve daha açık bir biçimde katkıda bulunmaktadır.⁸ Bu kararlar ile objektif hareket edilmekte, bir uyumsuzluğun çözümlenmesinden ziyade bir ilke ortaya konulmaktadır.⁹ Daha açık bir ifadeyle Danıştay, bu yolu kullanarak idarenin hukuki çerçevesini ve yönünü belirleyerek, benzer veya yakın bütün olay ve durumlarda geçerli genel ve nesnel kurallar ve ilkeler öngörmekte, bireylerin hak ve özgürlükleri ile kamu gücü ve yararı arasındaki dengeyi kuran esasları koyarak idarenin gelişmesine ve yenileşmesine katkı sunmaktadır.¹⁰

Bununla birlikte, kesinleşmiş yargı kararlarının, verilecek bir içtihadı birleştirme kararı uyarınca değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması ve bu suretle ilgililer lehine yeni bir hukuki durumun ortaya çıkması söz konusu olamadığından, bu yolla geriye dönük olarak bir hakkın sağlanması mümkün değildir.¹¹ İctihadın birleştirilmesine iliş-

⁶ Bu çalışmanın ana metninde "Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu"nu ifade etmek için "Kurul", dipnotlarında ise kararı veren yeri ifade etme anlamında "DİBK" kısaltması kullanılacaktır.

⁷ Maddenin içtihatları birleştirme kararlarıyla bağlı olanları "Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare" olarak tek tek sayması dikkate değerdir. Anılan yargısal ve idari merciler, somut normu uygulamak suretiyle işlem tesis eden ve eylemde bulunanlar ile bunun yargısal denetimini yapan yerlerdir. Tek tek sayılmak yerine "herkes" ibaresi de kullanılabilirdi. Kanaatimizce yasama ya da yürütme tarafından kabul edilen normlardan bağlayıcılık yönüyle farklılığını ortaya koymak için kararlara zorunlu olarak uyacak olan yerlerin belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

⁸ Lütfi Duran, "Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Ankara 1972, C. 27, S. 3, s. 419.

⁹ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 409.

¹⁰ Duran, s. 439.

¹¹ DİBK, 27.2.1992, E:1991/1, K:1992/2.

kin kararlar geriye yürümeyeceğinden ancak verildikleri tarihten sonraki olaylara uygulanır.¹²

Belirtmek gerekir ki içtihatları birleştirme kararları bakımından yapılan açıklamaların önemli bir kısmı, birleştirilmiş olan içtihatların değiştirilmesi bakımından da geçerlidir. Zira bu değişiklikler de teknik olarak bir içtihatları birleştirme kararı ile olmaktadır. Birleştirilmiş olan içtihatların değiştirilmesi, içtihatları birleştirme kararlarının donmasını gidermeye dönük bir tedbirdir.¹³ Zamanın ruhunun gerisinde kalan ve gözden geçirilmesinde hukuki zorunluluk bulunan birleştirilmiş içtihatlar, aynı usul takip edilmek suretiyle değiştirilebilir. Birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi konusu ayrı bir irdelemeyi gerektirdiğinden bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bu çalışma, içtihatları birleştirme kararlarının esası hakkında herhangi bir açıklama içermemektedir. Başka bir ifadeyle makalede içtihatları birleştirme usulünün hukuki niteliği ve kararlarının bağlayıcılığı konularına girilmeden formel bir inceleme yapılmaktadır. Buna göre, çalışma bütünüyle içtihatları birleştirme kararının esasına geçilmeden önceki süreci, yani içtihatların birleştirilmesi için yapılan taleplerin kabul edilebilirliğini ele almaktadır.

Çalışmayla idare hukuku bakımından içtihatları birleştirmeye gerek olup olmadığı, içtihatları birleştirmenin yarar ve zarar analizi, bu kararların bağlayıcılığı sorunu ile kanun ve diğer düzenleyici normlarla karşılaştırılması gibi alanlara yoğunlaşan akademik çalışmalara, içtihatları birleştirmenin formel işleyişini eklemek suretiyle bu alandaki akademik çalışmaların farklılaştırılması ve uygulamaya açıklık getirilmesi amaçlanmaktadır.

2.İçtihatları Birleştirme Usulünün Şartları

2575 sayılı Kanununun 39. maddesine göre, içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilebilmesi için birden fazla yargısal kararın olması, bu kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluğun bulunması ve içtihadın

¹² Aydın H. Tuncay, Orhan Özdeş ve Recep Başpınar, "İdari Yargılama Usulü", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 709.

¹³ Ibid, s. 708.

birleştirilmesinin lüzumlu görülmesi gerekir.¹⁴ Buna göre, bir konu hakkında içtihatların birleştirilmesi ancak bu üç şartın bir arada bulunması halinde mümkündür.

Bu şartlar arasında bir öncelik söz konusudur. Birden fazla karar ve bunlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması şartları, hukuki ve şekli nitelik taşıması nedeniyle lüzum unsurundan önce aranır.¹⁵ Buna göre, lüzum unsuru Kurulun işin esasına geçmeden önce arayacağı son şarttır.

Anılan şartların varlığını, içtihatları birleştirme için bir usul sorunu olarak değerlendirmek gerekir. Zira Kurul, ancak bu şartların gerçekleşmesi halinde işin esasına geçebilir. Şu halde, anılan şartların varlığı, kabul edilebilirlik niteliğinde olması nedeniyle bu usulün formel işleyişine ilişkindir.

2.1. Birden Fazla Karar Şartı

İçtihatların birleştirilebilmesi için öncelikle ortada birden fazla kararın bulunması gerekir.¹⁶ Bu şart, madde metninden ve usulün doğasından çıkan bir zorunluluktur. Karar sayısının alt sınırı en az ikidir. Bununla birlikte, bu konuda bir üst sınır yoktur. İçtihatları birleştirme usulünde yaygın olarak iki ya da üç karar söz konusudur. İçtihat aykırılığı yönünden iki ya da daha fazla kararın bulunması arasında bir fark yoktur.

¹⁴ Madde metni şöyledir: "İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir." Tuncay, içtihatları birleştirme şartı olarak temelde "lüzum unsurunu" kabul etmiş, aykırılık ve uyumsuzluk şartını da "zaman ve yer bakımından ayniyat aranmalıdır" başlığı ile lüzum unsuru altında değerlendirmeyi uygun bulmuştur. Bkz. Aydın H. Tuncay, İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Danıştay Başkanlığı Yayınları, No. 14, Ankara, 1972, s. 254. Bu yöndeki sınıflandırmanın kısmen de olsa Işıklar tarafından da devam ettirildiği görülmektedir. Bkz. Celal Işıklar, "İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hal ve Şartları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2013, Y. 4, S. 14, s. 480.

¹⁵ Işıklar, s. 471.

¹⁶ Ceza hukuku anlamında "birden fazla" ifadesi, iki veya daha çok sayıyı ifade eder. Bkz. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*, 3. baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 181.

İçtihatları birleştirme anlamında karar, bir normu yorumlayan karardır. Buna göre, içtihatları birleştirmede, bir normu farklı şekilde yorumlayan kararların varlığı aranır. Aynı yöndeki yorumu içeren sayısız karar, bu yönüyle tek bir karar olarak kabul edilir.

Her yargı organı tarafından verilen kararın içtihatları birleştirmeye konu olması mümkün değildir. Sadece Danıştay idare ve vergi dava daireleri kurulları ile dava daireleri kararları bu usulde incelenebilir. Böyle olunca, idari yargıda görülen iki farklı karar türü içtihatların birleştirilmesinin konusu dışında kalmaktadır. Bunlardan birincisi, idare, vergi ve bölge idare mahkemesi kararlarıdır.¹⁷ Kural olarak bu kararlar aleyhine içtihatları birleştirme yoluna gidilemez.

Yine, Danıştay'ın danışma işlevini üstlenen idari dairesince ve bu dairenin kararlarını yasa gereği kendiliğinden veya sevk üzerine inceleyen İdari İşler Kurulunca verilen kararlar, yargısal nitelikli olmaması nedeniyle içtihatları birleştirme usulüne konu olması mümkün değildir.

Kural olarak bu usule konu olabilecek kararlar, esas hakkında verilen kararlardır. Zira bu kararlarda, Danıştay bir normu yorumlamak suretiyle maddi olayın hukukiliği konusunda kanaatini ortaya koymaktadır. Bu nitelikteki kararlar, dava sonrasında verilen kararlar ile temyiz ve karar düzeltme istemleri üzerine verilen kararları kapsamaktadır. Bununla birlikte, yargı merciinin dosyadan elini çekmesini gerektiren yargılama usulüne dair kararlar da içtihatları birleştirmeye konu olabilir.¹⁸ Ara kararları ve özellikle yürütmenin durdurulması istemleri üzerine verilen kararlar bakımından içtihatları birleştirmeye gidilemez.

¹⁷ 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen 3/C maddesinde yer alan "Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay Başkanlığına iletmek." hükmüyle bölge idare mahkemesi kararlarına karşı içtihatları birleştirme imkânı tanınmış ise de, 2576 sayılı Kanunun Geçici 20. maddesi nedeniyle bu düzenleme halen yürürlüğe girmemiştir.

¹⁸ Tuncay, s. 250.

Aynı daire tarafından da birbirine aykırı kararlar verilmekte ise de, yaygın biçimiyle içtihatları birleştirme usulü farklı dava dairelerinin kararları arasında söz konusu olmaktadır. Danıştay daireleri arasında işbölümüne dayanan bir uzmanlaşma söz konusu olduğundan ve 2575 sayılı Kanunun 27. maddesinin mevzuat ayırımına dayalı bir uzmanlaşmayı öngördüğünden, kural olarak farklı dairelerin aynı normu uygulamaması beklenir.

Buna karşın, Kanunun öngördüğü bu ayırımın uygulamada sağlanması mümkün gözükmemektedir. Kamu görevlilerine ve vergiye ilişkin mevzuattan doğanlarda olduğu gibi bazı uyuşmazlık türleri, birden fazla daire tarafından görülmektedir. Zira bu normlardan doğan uyuşmazlık, bir daire hatta bazen iki daire tarafından çözülemeyecek kadar çok olabilmektedir. Durum böyle olunca, benzer maddi olaylara aynı hukuk normunun farklı dairelerce farklı şekilde yorumlanması ve uygulanmasıyla karşılaşmaktadır.¹⁹

Yerel mahkemelerce verilen ısrar kararları ile dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların temyiz ve karar düzeltme istemlerini incelemek üzere görevlendirilen dava daireleri kurullarının verdikleri kararlar, kararın verildiği uyuşmazlık bakımından yerel mahkemeleri ve Danıştay dava dairelerini bağlar. Doğal olarak, üst derece yargılama yapan kurulların bu nitelikteki kararları ile aynı dosya için Danıştay dava dairelerinin verdiği kararlar arasında aykırılık olduğu ileri sürülemez. Bununla birlikte, kurul kararlarının dahi genel bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, aynı uyuşmazlık için verilmemiş olması kaydıyla kurul kararları ile daire kararları arasında da aykırılık bulunduğu bahisle içtihatları birleştirme yoluna gidilebilir.²⁰

Yargısal içtihat, bir konuda aynı yönde verilen kararın devamlılık kazanacak kadar sürmesi anlamına gelir.²¹ İçtihadın birleştirilmesindeki amacın da kararlar arasında oluşan aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi suretiyle hukuki istikrarın sağlanması olduğu dikkate alındığında, isteme konu kararlardaki norm yorumunun hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir sürekliliği haiz olması gerekir.²² Buna

¹⁹ Bkz. DİBK, 14.11.2002, E:2002/1, K:2002/4.

²⁰ Bkz. DİBK, 7.12.2007, E:2005/2, K:2007/1; DİBK, 2.7.2012, E:2009/1, K:2012/1.

²¹ Ali Cavit Zeybek, "Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri", *Danıştay Dergisi*, Ankara 1988, S. 68-69, s. 91.

²² DİBK, 2.7.2012, E:2009/1, K:2012/2.

göre, belli bir süre devam etmek suretiyle istikrar kazanmayan kararın içtihatları birleştirmeye konu olmaması gerekir. Bununla birlikte, istikrar kazanmanın kaç kararla yahut ne kadar süre devam etmekle sağlanacağı konusunda somut bir belirlemeye gitmek de mümkün değildir. En azından, Kurulun karar verdiği dönem itibariyle de bu kararın devam ettiğinin tespit edilmesi yerinde olacaktır.

Benzer şekilde, içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilmesi için aykırı kararların belli bir etki genişliğine de ulaşması gerekir.²³ İdare hukuku alanında geniş uygulama alanı bulmayan veya bulma potansiyelini bünyesinde barındırmayan, bir ya da birkaç kişinin menfaatiyle ilgili münferit kararlar, bu usulün işletilmesi için gerekli olan objektiflikten yoksundur.²⁴ Şu halde, bu usule konu olabilecek kararların bireysel olma niteliğini aşması ya da aşabilecek nitelikte olması gerekir.

Son olarak, içtihatları birleştirmeye konu olabilecek kararların kesinleşmesinin gerekip gerekmediğinin de irdelenmesi gerekir. 2575 sayılı Kanunun 39. maddesi, herhangi bir sıfatı bulunmayan yalın bir karardan bahsetmektedir. Buna göre, karar aleyhine kanun yollarına başvurulması bu usulün işletilmesine engel teşkil etmemektedir. Başka bir ifadeyle kanun yollarının sonucunun beklenilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁵ Böyle olunca, temyiz üzerine verilen karar sonrasında eş zamanlı ve çoğu zaman aynı dilekçe ile hem karar düzeltme hem de içtihatları birleştirme isteminde bulunulduğu görülmektedir. Bu durumda, karar düzeltme aşamasında düzeltilebilecek ayrılığın içtihatların birleştirilmesine konu yapılması durumu söz konusu olabilmektedir. Uygulamada sorun olabilecek bu husus, içtihatların birleştirilmesi konusunun karar düzeltme isteminin karara bağlanmasından sonra ele alınması suretiyle yine uygulamada geliştirilen filtrelerle giderilmeye çalışılmaktadır.²⁶

²³ DİBK, 17.6.1982, E:1977/4, K:1982/6.

²⁴ Tuncay, s. 257.

²⁵ 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesine göre, bölge idare mahkemesi dairelerine verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması hâlinde, içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilebilecektir. Bölge idare mahkemesi kararları yönünden içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilebilmesi için kanun yollarına gidilmemesi ya da gidilmiş ise verilecek nihai kararın beklemesi gerekecektir. Böylece bölge idare mahkemesi kararları yönünden. 2575 sayılı Kanunun 39. maddesinden farklı bir düzenleme yapılmıştır.

²⁶ Bkz. DİBK, 7.2.2012, E:2009/1, K:2012/2.

2.2. Aykırılık veya Uyuşmazlık Şartı

2575 sayılı Kanununun 39. maddesinde, kararların birbirinden farklı olması gerektiğini ifade etmek üzere aykırılık ve uyuşmazlık ibareleri birlikte kullanılmıştır. “Aykırılık” kavramı ile hükme esas alınan ve sonuca etki eden normun birbirine tam zıt ve aksi yönde yorumlanması kastedilirken, “uyuşmazlık” kavramı ile norma verilen anlamların tam olarak örtüşmemesi anlatılmaktadır. İçtihatların birleştirilmesi için aykırılık veya uyuşmazlık durumlarından birinin gerçekleşmesi yeterlidir.

İçtihatların birleştirilmesi yoluna gidilirken kararların maddi ve hukuki konusunun aynı olması konusunda özenli davranılması gerektiği savunulmaktadır.²⁷ Bununla birlikte, Kanundaki “aykırılık veya uyuşmazlık” ibaresinin bu şartın dar bir şekilde yorumlanması nedeni olarak görülmemesi gerekir. Bu usulün işletilmesi için ortada hukuki meselelere getirilen çözümlerin birbirinden belirgin bir şekilde farklı olması yeterli görülmelidir.²⁸

Aykırılık ve uyuşmazlık şartı, iki ayrı niteliği bünyesinde barındırır. Bunlardan ilki, kararlara konu maddi olayın aynı veya benzer olmasıdır. Aynılık veya benzerlik şartı, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan uyuşmazlıklar anlamında kullanılamaz.²⁹ Bilindiği gibi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 53. maddesi, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki kararın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması halini yargılamanın yenilenmesi nedeni saymıştır. İçtihatları birleştirme usulü bu kadar dar yorumlanmamalıdır.

Bu usulün işletilmesi için kararların taraflarının aynı olması aranmaz. Bu durum davacı taraf için olduğu kadar, davalı idare için de

²⁷ Tuncay, s. 255.

²⁸ Işıklar, s. 473.

²⁹ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 4946; Duran, s. 421; “Bu duruma göre içtihadın birleştirilmesi istemine neden olan ve yukarıda anılan kararlarda maddi olay yönünden birlik bulunmadığından, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39 uncu maddesinde ‘belirtilen kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık’ söz konusu değildir.” Bkz. DİBK, 17.6.1982, E:1981/11, K:1982/7.

aynıdır. Buna karşın, maddi olayın konusunun ve sebebinin aynı veya benzer olması gerekir. Örneğin, askerlik hizmetini yapmaktayken askeri kanunlara aykırı davranması nedeniyle hüküm giyen kamu görevlisinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca memuriyet şartlarını yitirip yitirmediği sorununun tartışıldığı bir uyuşmazlık yönünden maddi olayın konusunun ve sebebinin aynı olduğu kabul edilebilir.

Bir kararında Kurul, birbirine aykırı olduğu ileri sürülen kararlardan ilkinde davanın konusunun kamulaştırma kararının ve bu karara bağlı işlemlerin ilgisine kamulaştırma kararından iki yılı aşkın bir süre sonra tebliğ edilmesine, ikincisinde ise iki kez kamulaştırılan aynı yer hakkında yeniden kıymet takdiri yapılması gerekirken iptal edilen ilk kamulaştırmaya ilişkin değerler takdir edilmesine ilişkin olduğu ve bu iki kararın konuları arasında aynılık bulunmadığı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar vermiştir.³⁰

Burada dikkat edilmesi gereken husus, maddi olayın fiziki dünyadaki gelişiminin değil, hukuki nitelemesinin aynı veya benzer olmasıdır. Maddi olayın hukuki nitelemesinin önemli olması nedeniyle fiziki dünyadaki karşılığı benzer olan uyuşmazlıklar için dahi içtihatları birleştirme usulü işletilemez.

Her olayın özelliğine göre farklı değerlendirmeler nedeniyle farklı sonuca varılması mümkündür. Bu gibi durumlarda bir içtihat aykırılığından ve dolayısıyla içtihatların birleştirilmesi gereğinden söz edilemez. Aksi düşünce modern hukukun kabul etmediği şekilde, hâkimin takdir hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.³¹ Önüne gelen bu nitelikteki bir olayda Kurul, yargı kararlarının uygulanmamasından doğan zararın kesinleşme safhasının her somut olaya göre değişkenlik göstermesi nedeniyle yargı kararı gereği işlem tesis etmeyen veya eylemde bulunmayan idarelere karşı açılacak tazminat davalarında usul ve sürelerin belirlenmesi konusunda görüş birliğine varılmasının olanaksız olduğu gerekçesiyle içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına karar vermiştir.³²

³⁰ DİBK, 20.5.1982, E:1981/2, K:1982/3.

³¹ DİBK, 27.1.1983, E:1966/55-56-57-78-41, K:1983/4.

³² DİBK, 25.12.1997, E:1996/2, K:1997/2.

Aynı konuda ve aynı normlar uygulanmak suretiyle bile olsa delillerin değerlendirilmesinden dolayı farklı kararların verilmesi durumunda içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilemez.³³ Bazı durumda, aynılık ya da benzerlik bulunmasına rağmen delillerin farklı olması yahut farklı değerlendirilmesi nedeniyle sonuç farklı olabilmektedir. Delillerin takdirindeki bu farklılıklar, ancak olağan kanun yolu incelemesinde ileri sürülebilir. Bir kararında Kurul, çeşitli vergilendirme dönemlerinde ortaya çıkan maddi olaylarda, bu olayların özelliğine göre delillerin değerlendirilmesinde farklı sonuçlara varılmış bulunmasının, içtihatların birleştirilmesi anlamında farklı kararların bulunduğu anlamına gelmediği sonucuna varmıştır.³⁴

İkinci nitelik ise, içtihatların birleştirilebilmesi için konusu ve sebebi aynı olan olayların, ayrı normların uygulanması veya aynı normun farklı yorumlanması suretiyle çözümlenmiş olmasıdır.³⁵ Ancak bu şekilde verilmiş olan kararlar bu usule konu edilebilir.

İçtihatların birleştirilmesi anlamında normun kapsamına, öncelikle bir kanun hükmü girer. Kural olarak, içtihatların birleştirilmesine yol açan karar uyumsuzluğunun temelinde bir kanun hükmünün farklı yorumlanması yatar. Bununla birlikte, tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemler de farklı yorumlanıp uygulanması halinde içtihatları birleştirme usulüne konu olabilir. Zira norm, uyumsuzluğun mutlaka kanundan kaynaklanması gerektiğine ilişkin bağlayıcı bir kural bulunmamaktadır.³⁶

İçtihatların birleştirilmesi yürürlükte bulunan standart hükümler için geçerlidir. Ek ve geçici maddelerin bu usule konu olması noktasında bu maddelerin niteliğine bakılması gerekir. Bilindiği gibi ek madde, mevzuatta yapılacak yeni düzenlemenin mevcut maddelerden birine eklenememesi ve mevcut maddelerin sıralamasına uygun düşmemesi durumlarında karşımıza çıkar.³⁷ Ek maddelerle getirilen hükümler, devamlılık arz etmesi nedeniyle bu usule konu olmalıdır.

³³ DİBK, 6.1.1984, E:1983/5, K:1984/2.

³⁴ DİBK, 7.12.1989, E:1988/2-3-4, K:1989/5.

³⁵ DİBK, 20.5.1982, E:1981/2, K:1982/3.

³⁶ Işıklar, s. 497.

³⁷ Bkz. 17.2.2006 tarih ve 26083 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesi.

Benzer şekilde, yeni mevzuat metni ile getirilen düzenleme uygulanmaya başlayınca veya yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde yapılacak işlem ve düzenlemeler ya da uyulacak ilke ve kurallar ile daha önceki düzenlemelerden doğan hakların korunmasına ilişkin hususlar ve benzeri geçiş hükümleri için kabul edilen geçici maddelerin³⁸ devamlılık unsuru taşıdığı hallerde içtihatları birleştirmeye konu olabilir. Dolayısıyla düzenleme bir kez ya da kısa bir süre uygulanmakla tükenecek nitelikte ise, içtihatları birleştirmeye konu edilmemesi gerekir.

İdari yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler gibi bazı normların, her bir olayda farklı değerlendirmeyi gerektirmesi nedeniyle içtihatları birleştirmeye konu olması hususunda çekingen davranılmaktadır. Bir ilkeye bağlanması zor olan bu gibi normlar hakkında içtihatları birleştirme yoluna gidilmemesi önerilmektedir.³⁹ Özellikle süre ve ehliyet gibi konuları farklı kararlar arasında, kıyas yoluyla aykırılıklar aranarak içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilmesi bu usul kurumlarının amacına uygun düşmez.⁴⁰ Ancak bu usul kurallarının da içtihatları birleştirmeye konu edilmesinin teorik olarak mümkün olduğunun kabul edilmesi gerekir.

2.3. Lüzum Şartı

2.3.1. Genel Olarak Lüzum Şartı

2575 sayılı Kanununun 39. maddesinde, diğer şartların varlığı halinde bile bir konunun Kurulda esastan görüşülmesi lüzum şartına bağlanmıştır. Kanun koyucunun Kurula tanıdığı bu çok geniş takdir yetkisinin objektif kurallar çerçevesinde kullanılması gerektiği açıktır. Dolayısıyla, Kurulun lüzum şartı nedeniyle bir konunun esasına girmediği hallerde inandırıcı gerekçelere dayanması gerekir.⁴¹ Bu gerekçelerin de usulün amacı, işlevi ve niteliği merkezinde olması sağlanmalıdır.

Kurul, ortada içtihatları birleştirmeyi gerektiren bir durumun bulunmasına rağmen içtihatların birleştirilmesinde bir hukuki yararın

³⁸ Bkz. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesi.

³⁹ Tuncay, s. 260.

⁴⁰ DİBK, 27.1.1983, E:1965/5, K:1983/7.

⁴¹ Duran, s. 424.

bulunmaması halinde işin esasına girilmesine lüzum görmeyebilir.⁴² Dolayısıyla Kurulun, lüzum şartı konusunda değerlendirme yaparken başvurabileceği temel kavram, hukuki yarardır. Buradaki hukuki yarar, tarafların yararının çok ötesinde bir kavramdır. Bu yararın temelinde, içtihatları birleştirmek suretiyle hedeflenen hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ile bunu yaparken takdir yetkisinin kısıtlanmaması ve içtihatların gelişiminin engellenmemesi arasındaki makul denge yatmaktadır.

2.3.2. Lüzum Şartının Gerçekleşmediği Özel Durumlar

2.3.2.1. Normun Uygulanabilir Olmaktan Çıkması

Yürürlükten kalkan⁴³ veya değiştirilen⁴⁴ norma dayanan kararlar arasındaki aykırılık veya uyumsuzluğun içtihatları birleştirmeye konu edilmesinde bir yarar bulunmamaktadır.⁴⁵ Daha açık bir ifadeyle, normun yürürlükten kalkması veya değişmesi karşısında, bundan böyle eski norma dayalı olarak aynı nitelikte uyumsuzlukların doğması beklenmeyeceğinden, içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına karar verilmektedir. Bu durum içtihatların birleştirilmesinin, bir normun ileriye dönük olarak uygulanmasına açıklık getirme işlevinin doğal bir sonucudur.

⁴² Zeybek, s. 102.

⁴³ DİBK, 17.6.1982, E:1978/4-5, K:1982/8.

⁴⁴ Bir olayda, emniyet mensuplarının sicilleriyle ilgili olarak açılan davayı görmeye yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda Beşinci ve Onuncu Dairelerin kararları arasında çıkan içtihat aykırılığı Kurulun önüne sorun olarak gelmiştir. Beşinci Daire kararında, davacıların olumsuz sicillerinin görevli buldukları yer bünyesi içindeki makamlarca düzenlenerek tamamlanmış bulunduğundan olumsuz sicile karşı açılacak iptal davalarında yetkili mahkemenin sicil düzenlendiği yerdeki idare mahkemesi olacağı belirtilmiştir. Buna karşın, Onuncu Dairece ilgili yönetmelikte birinci ve ikinci sicil amirlerince verilen sicil raporlarının Emniyet Genel Müdürlüğü Değerlendirme Komisyonunca olumlu veya olumsuz olarak değerlendirilmesi sonucunda bir karara bağlanarak kesinleştiği gerekçesiyle olumsuz sicil ilgililere bildirilmesi üzerine açılan davalarda, Ankara idare mahkemeleri yetkili görülmüştür. Anılan aykırı içtihatlar rağmen Kurul kararında, ilgili yönetmelikte yer alan Emniyet mensuplarının olumsuz sicillerinin Komisyon kararı ile kesinleşeceğine ilişkin hükmün yürürlükten kaldırılmasından sonra Onuncu Daire tarafından anılan düzenlemeye bağlı olarak davaların sicil tekemmül ettiği yer idare mahkemesinde görülmesi gerektiği yönündeki kararlara dikkat çekilmiştir. Böylece Beşinci ve Onuncu Daire kararları arasındaki ayrılıklar ortadan kalmış olduğundan içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Bkz. DİBK, 15.11.1990, E:1989/3, K:1990/1.

⁴⁵ Duran, s. 424.

Kurul, 3546 ve 521 sayılı Kanunları kapsayan dönemde idari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında sürenin başlangıcıyla ilgili birbirine aykırı verildiği ileri sürülen kararların dayanağı olan iki Kanunun da yürürlükten kaldırılmış olması ve 2577 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi nedeniyle içtihatların birleştirilmesinde hukuki yarar bulunmadığına karar vermiştir.⁴⁶

Benzer şekilde, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde yer alan tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya sorumlu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirileceği, bunların bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin ve vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi alacaklarının kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı yolundaki hüküm karşısında vergi borcunun zamanında ödenmemiş olmasının, kanuni temsilcinin kasıt ve ihmali göstermeye yeterli olup olmadığı konusunu değerlendiren Kurul, 213 sayılı Kanununun 10. maddesinde yer alan “kasıt ve ihmal” unsurunun 3505 sayılı Kanunla madde metninden çıkarılması nedeniyle ileride bu tür uyuşmazlıkların doğmasının beklenemeyeceği gerekçesiyle içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına karar vermiştir.⁴⁷

Uygulanmakla tükenen normlar da içtihatların birleştirilmesi anlamında normun yürürlükten kaldırılması gibi değerlendirilir. 2705 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesi uyarınca bazı personelin Türkiye Elektrik Kurumunca devrinin zorunlu olup olmadığı konusunda verilen kararlar arasında içtihat aykırılıkların irdeleyen Kurul, aykırılık ve uyuşmazlık bulunduğunu kabul etmekle birlikte, 2705 sayılı Kanunun

⁴⁶ DİBK, 17.6.1982, E:1965/100, K:1982/4; Kamu iktisadi teşebbüslerine bağlı müesseselerin vergi borçlarından dolayı taşınır ve taşınmaz mallarının haczedilip edilemeyeceği konusunda içtihatların birleştirilmesini değerlendiren Kurul, kararların dayanağını teşkil eden 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 70 inci maddesinin 1 inci bendinin 3986 sayılı Kanunla değiştirildiği ve 4011 sayılı Kanunla da 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 57 nci maddesinin 2 nci bendinin yürürlükten kaldırıldığı, bu nedenle aynı konuda yeni uyuşmazlıkların çıkmasının söz konusu olmadığı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. DİBK, 4.5.1995, E:1994/1, K:1995/1.

⁴⁷ DİBK, 7.12.1989, E:1988/2-3-4, K:1989/5.

Geçici 1 inci maddesi çerçevesinde gerçekleştirilen devir işlemlerinin tümüyle tamamlandığı, bu madde uygulamasından doğan uyuşmazlıkların tamamen karara bağlandığı, zaman itibarıyla uygulama olancağı kalmayan geçici maddenin yoruma dayalı içtihat aykırılığının artık söz konusu olamayacağı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar vermiştir.⁴⁸

Bir normun yürürlüğü ile uygulanabilirliği farklı kavramlardır. Yürürlükte olan her norm aynı zamanda uygulanabilir norm ise de, yürürlükten kaldırılan normun uygulanabilir olması mümkündür. İdari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimi, işlem ve eylem tarihinde yürürlükte bulunan norma göre yapıldığından, bazen yürürlükten kaldırılan bir norm mahkeme tarafından uygulanmaya devam edilir. Bununla birlikte, yürürlükten kalkan normun bu tür münferit uyuşmazlıklar için içtihatları birleştirmeye konu edilmesi rasyonel değildir. Ancak, normun yürürlükten kaldırılmış halinde dahi, onun idare veya yargı organları önünde ihtilaf konusu yapılması mümkün olduğundan, içtihat yolunun da açık olması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁹

Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü iptal etmesinin de içtihatların birleştirilmesi üzerinde etkisi vardır. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümediği⁵⁰ için, Mahkemece iptal edilen kanun hükmü ileriye dönük olarak yürürlükten kaldırılmaktadır. Bu durum, kanun koyucu tarafından yerine başka bir düzenleme yapılmadan bir kanun hükmünün yürürlükten kaldırılmasından farklıdır. Bu yönü dikkate alındığında, iptal edilen bir hüküm nedeniyle içtihat aykırılığının giderilmesine gerek bulunmamaktadır.⁵¹

2.3.2.2. İçtihatların Doğal Seyrinde Birleşmesi

Danıştay'ın önüne ilk kez gelen bir hukuki uyuşmazlığı tüm yönleriyle irdelendikten sonra karara bağlaması ve bu kararını bundan sonra gelen benzer uyuşmazlıklarda da dikkate alması gerekir. Buna rağmen, aynı konuda verilen kararlar arasında dalgalanmalara rastlanmaktadır. Bu, daha çok seri ya da grup dava denilen uyuşmazlık türlerinden zaman itibarıyla önce gelenlere verilen kararın, serinin

⁴⁸ DİBK, 24.2.1994, E:1992/3, K:1994/1.

⁴⁹ Duran, s. 429; Tuncay, s. 257.

⁵⁰ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 153. maddesi.

⁵¹ Duran, s. 426.

geri kalanları için verilmemesi halinde yaşanmaktadır. Başta verilen kararın sonradan değişmesi ve geri kalan dosyaların sonuçlandırılması durumunda, farklı verilen ilk kararlar nedeniyle içtihatları birleştirme usulü işletilmemektedir. Daha açık bir ifadeyle, Danıştay dava daireleri ve kurulları, önüne gelen aynı nitelikteki davalardan az bir kısmını belli yönde, geri kalanları tutarlı bir şekilde başka yönde karara bağladığı hallerde, o konuda içtihadın doğal yollarla istikrar kazandığı kabul edilerek içtihatların birleştirilmesine gerek görülmemektedir.⁵²

İçtihatların istikrar kazanmış olmasından, idari uygulamanın istikrar kazanmasını anlamamak gerekir. İdarenin bir normun uygulaması konusunda istikrar kazanmış bir uygulamasının bulunması, içtihatların birleştirilmesi usulüne başvurulmasına asla engel teşkil etmez.⁵³

Koruma amaçlı imar planlarının kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde olup olmadığına ilişkin Altıncı Dairenin içtihatları arasında oluşan aykırılığın giderilmesi istemini ele alan Kurul, son kararlarında Altıncı Dairece planların idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem niteliğinde görülerek uyuşmazlıkların karara bağlandığı ve bu haliyle kararların istikrar kazandığı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir.⁵⁴

⁵² Ibid, s. 430. Tahakkuk eden vergi hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine dayanılarak bir verginin vadesi bitmeden ve teminat gösterilmeden yazılı tescil talebinde bulunulmasının, bu istek hakkında bir karar verilip ilgisine tebliğine kadar tahsilatının ödeme emri ile yürütülüp yürütülemeyeceği konusunda Dördüncü ve Yedinci Daireler arasında verilen farklı kararlar üzerine konuyu değerlendiren Kurul, 6183 sayılı Kanununun 48 inci maddesi gereğince tescil talebinde bulunulmasının tahsilata ilişkin yürütmeyi durdurmadığı ve aynı Kanununun 55 inci maddesine göre kamu alacağının vadesinde ödenmemesi halinde ödeme emri tebliğ edilmesinin usulsüz olmadığı yönünde karar veren Yedinci Dairenin içtihatlarını, tescil talebinde bulunulmasından sonra isteğin reddi halinde idarece azami otuz güne kadar belirlenecek bir vade, istemin kabulü halinde ise belirlenecek taksit süreleri ve koşullarda bir ödemenin söz konusu olduğunu belirten Dördüncü Daire içtihadı doğrultusunda değiştirdiği gerekçesiyle içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Bkz. DİBK, 27.2.1992, E:1991/1, K:1992/2.

⁵³ Duran, s. 433.

⁵⁴ DİBK, 14.11.2002, E:2002/2, K:2002/5; Kamu personelinin başlangıç derecesinin tespiti ve intibaklarının yapılmasına ilişkin işlemlerin her zaman dava konusu edilip edilmeyeceği hususunda verilen aykırı kararlar üzerine Kurul, Beşinci Daire tarafından verilen ilk kararda, intibak işleminin memuriyet yaşamı boyunca etkisini sürdürdüğü ve her ay hukuki sonuçları doğurduğundan hareketle aynı konuda idareye başvurarak ileriye dönük sonuç doğurmak üzere tesis ettirecek-

Benzer şekilde, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu uyarınca emekli aylığı almakta iken 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 8 inci maddesine göre Yükseköğretim Denetleme Kurulu üyeliğine atananların, 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanununun 25 inci maddesinin yürürlüğe girmesiyle emekli aylıklarının kesilmesi ve hatalı ödendiği ileri sürülen emekli aylıklarının borç çıkartılması konusunda Onbirinci Daire tarafından verilen kararlar arasındaki aykırılığın giderilmesi konusunu değerlendiren Kurul, Onbirinci Daire tarafından aynı normun farklı yorumlandığını, dolayısıyla içtihatların birleştirilmesi istemine konu kararlar arasında aykırılık oluştuğunu belirlemiştir.

Bununla birlikte Kurul, aynı konuda birbirine aykırı kararlar verilmesinin bu usule gidilebilmesi için yeterli olmadığı, konunun lüzum unsurunun da irdelenmesine gerek bulunduğu ve içtihadın birleştirilmesinde amacın kararlar arasında oluşan aykırılık veya uyumsuzluğun giderilmesi suretiyle hukuki istikrarın sağlanması olduğu tespitine yer vererek Dairenin son verdiği aynı yöndeki kararlarıyla hukuki istikrarın kendiliğinden oluştuğunu ve bu nedenle lüzum unsurunun olayda gerçekleşmediğini hükme bağlamıştır.⁵⁵

İstikrar kazanan son içtihat, hukuken yanlış ya da daha az isabetli olduğu düşüncesiyle içtihatları birleştirmeye konu edilemez. Zira Kurulun, dava dairelerinin ve kurulların üzerinde yargısal denetim yapma görevi bulunmamaktadır. Kurulun tek görevi uygulama birliğini sağlamak olduğundan, kendiliğinden istikrar kazanmış olan içtihadın hukuki isabetliliği tartışmaya açılmaz.⁵⁶ Farklı verilen kararlar yönünden özel bir durum ortaya çıkmışsa da, sorunun giderilmesinde içtihatları birleştirme usulü doğru adres değildir.

leri işlemlere karşı dava açabileceğinin kabul edildiğini, ikinci kararda ise bu işlemlerin ancak, ilk tesis ve tebliğ tarihinden itibaren dava konusu edilmeleri gerektiğine karar verildiğini, böylece her iki uyumsuzlukta aynı süre kuralları uygulandığı halde farklı sonuçlara ulaşıldığını, buna göre ortada birbirine aykırı iki kararın mevcut olduğunu tespit edilmiştir. Bununla birlikte, ilgisine bildirildiği halde süresi içinde dava konusu edilmeyen intibak işleminin düzeltilmesi isteğiyle yapılan başvuru üzerine idarece, tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda içtihadın davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi yönünde istikrar kazandığı gerekçesiyle içtihadın birleştirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Bkz. DİBK, 4.5.1995, E:1993/1, K:1995/2.

⁵⁵ DİBK, 2.7.2012, E:2008/1, K:2012/1.

⁵⁶ Tuncay, s. 256.

2.3.2.3. Kararı Veren Dairenin Görevsiz Hale Gelmesi

İçtihatların birleştirilmesinde aranılan lüzum şartının gerçekleşmediği kabul edilen durumlardan birisi de, kararları veren dairenin görevsiz hale gelmesi oluşturmaktadır. 2575 sayılı Kanununun 27. maddesine göre, Danıştay dava daireleri arasında işbölümüne dayalı olarak uygulanan bir uzmanlaşma söz konusudur. Bu işbölümü belli dönemlerde gözden geçirilerek bir dairede görülen bir uyumsuzluk türü, başka dairelerin görevine bırakılabilmektedir. Böyle bir durumda, yeni görevli dairenin verdiği kararların eski görevli daire kararlarıyla aykırılık oluşturduğu ileri sürülemez.⁵⁷ Benzer şekilde, eski görevli dairenin kararları arasındaki aykırılığın içtihatları birleştirmeye konu edilmesine gerek bulunmamaktadır.

Kurul, mesleğe özel yarışma sınavı ile girmeyen müfettişlerin, 657 sayılı Kanunda düzenlenen özel bir ek göstergeden yararlandırılıp yararlandırılmayacakları konusunda Onuncu, Beşinci ve On İkinci Dairelerce verilen kararlar arasında aykırılığın giderilmesi talebi karşısında, emeklilik ve kamu görevlilerin parasal haklarını ilgilendiren mevzuattan doğan uyumsuzlukların Başkanlar Kurulu kararıyla On Birinci Daireye devredildiği, yeni duruma göre Onuncu, Beşinci ve On İkinci Dairelerin bu konudaki uyumsuzlukları çözme görevinin kalmadığı, buna bağlı olarak da söz konusu kararlar arasındaki aykırılığın sürmesi olasılığının da ortadan kalktığı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir.⁵⁸

⁵⁷ 2575 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesiyle hukuki varlığını yitirmiş olan mürettep dairede bulunan memur hukukuna ilişkin dosyalar aynı Kanununun Geçici 7. maddesine göre Üçüncü Daireye devredildiği ve Üçüncü Dairenin davaları Beşinci Daire kararlarına egemen olan görüş doğrultusunda sonuçlandırdığı için hukuki varlığını yitirmiş olan bir dairenin aksi yönde verdiği kararlardan dolayı içtihatların birleştirilmesini istemeye yasal yönden imkân bulunmamaktadır. Bkz. DİBK, 6.1.1984, E:1983/4, K:1984/1 ve DİBK, 27.1.1983, E:1982/2, K:1983/6.

⁵⁸ DİBK, 24.1.2002, E:1999/2, K:2002/2; Yine ithal edilen kömür nedeniyle Çevrenin Korunması Yönünden Kontrol Altında Tutulan Maddelere İlişkin 93/16 sayılı İthalat Tebliği uyarınca Çevre Bakanlığına verilen taahhünameye aykırı hareket edildiğinden bahisle ithal edilen kömürün CİF bedeli tutarının %60'ının Çevre Kirliliğini Önleme Fonuna yatırılmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda, Onuncu ve Altıncı Dairelerce verilen kararlar arasındaki aykırılık tespitini inceleyen Kurul, Başkanlar Kuruluna kabul edilen karar sonrasında Onuncu Dairenin Çevre Kanununun uygulanmasına ilişkin uyumsuzlukları karara bağlama görevinin kalmadığı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. DİBK, 16.1.2001, E:1999/4, K:2001/2.

Yine, noter satış sözleşmesi ile yapılan satış işlemine rağmen yeni malik adına kayıt ve tescil işlemi yaptırılmamış olan aracın motorlu taşıtlar vergisi mükellefinin kim olacağı konusunda Yedinci ve Dokuzuncu Daire kararları arasında çıkan aykırılık konusunda Kurul, Başkanlar Kurulu kararı ile Yedinci Dairenin motorlu taşıtlar vergisine ilişkin davaları çözümlenmekle görevlendirilmesi sonrasında Dokuzuncu Dairenin bu konuda görevinin kalmadığı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir.⁵⁹

Son olarak, aykırı olduğu ileri sürülen kararlardan birinin görevli olmayan daire tarafından verildiğinin belirlenmesi durumunda dahi Kurul, tek görevli olarak kalan dairenin verdiği kararların kendi içinde istikrar kazanıp kazanmadığı irdelemesini de yapmaktadır. Yukarıda verilen kararda Kurul, ek bir gerekçe olarak da Yedinci Daire kararlarının, satış sözleşmesinin düzenlendiği tarih itibarıyla taşıtı satanın mükellefiyetine son verilmesi gerektiği yönünde istikrar kazandığını tespit etmiştir.⁶⁰ Bu da, Kurulun içtihatları birleştirme konusunu kısmi olarak genişletmeye yetkili olduğunu göstermektedir.

2.3.2.4. Uyuşmazlık Mahkemesinin Görev Alanına Giren Konular

Kural olarak içtihatları birleştirmenin kapsamına girebilecek kararla ilgili bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu bakımdan, yargı merciinin dosyadan elini çekmesi sonucunu doğuran tüm hususların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Bununla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesinin görevine giren konularda farklı bir durum ortaya çıkmaktadır.⁶¹ 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun ile kurulan Mahkeme, Anayasa ile görevlendirilmiş adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmekle yetkilidir. Hal böyle olunca, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarına ilişkin kararlar yönünden içtihatların birleştirilmesi usulüne başvurulması olanağı bulunmamaktadır.

⁵⁹ DİBK, 16.1.2001, E:1998/1, K:2001/1.

⁶⁰ DİBK, 16.1.2001, E:1998/1, K:2001/1.

⁶¹ Tuncay, s. 277.

3. İçtihatları Birleştirme Usulüne Başvurabilecekler

İçtihatları birleştirme, çok sıkı şartlara bağlanan bir usuldür. Dolayısıyla ilgililerinin doğrudan işletmesine hukuki olanak sunulmamıştır. 2575 sayılı Kanununun 40. maddesi içtihatları birleştirme usulüne başvurabilecekleri iki gruba ayırmıştır.⁶² Başvuruculardan bir kısmı usulü doğrudan, diğerleri ise dolaylı olarak işletebilmektedir. 2576 sayılı Kanununun 3/C maddesi de yeni bir başvuru grubunu belirleyerek bölge idare mahkemelerine usulü işletme konusunda yetki vermiştir.

3.1. Doğrudan Başvurabilenler

İçtihatları birleştirme usulünü doğrudan işletebilecek bir başvuru grubu bulunmaktadır. Doğrudan başvurabilmekten kast edilen, araya başka herhangi bir iradenin girmesine gerek olmaksızın Kurulda bir konunun görüşülmesini sağlayabilmektir. Doğrudan başvurabileceklerin, talep şartına bağlı olmaksızın Kurulu toplamalarına olanak bulunmaktadır. Bu yetki resen kullanılabilir bir yetkidir. Kurulun bir konuyu karara bağlamak için toplayabilme münhasır yetkisi, Danıştay'daki iki makama ve yargı mercilerine verilmiştir.

Bir konuda içtihadın birleştirilmesini isteyebilecek makamların başında Danıştay Başkanı gelir.⁶³ Aynı zamanda Kurulun da başkanı olan Danıştay Başkanı, Danıştay'ın genel işleyişinden ve uyumundan sorumlu olmasına bağlı olarak bir konuda farklı kararın verildiğini resen tespit etmesi durumunda Kurulu toplayabilir. Danıştay Başkanı, bir konunun Kurulda görüşülmesini sevk yazısı ile sağlar. Sevk yazısında, hangi konuda hangi daire ya da kurul kararları arasında aykırılık olduğu detaylı olmayacak şekilde yer alır.

Kurulu resen toplayabilecek ikinci makam ise, Danıştay Başsavcısıdır. Danıştay Başsavcısı, kendisine bağlı olan savcılarla birlikte kamu adına uyuşmazlıklarda düşünce bildirmeye, kanun yararına bozmaya

⁶² Madde metni şöyledir: "1. İçtihatların birleştirilmesi veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi, Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı tarafından istenebilir.

2. Aykırı kararlarla ilgili kişiler, içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurabilirler.

3. Kurulun, içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkındaki kararları, gönderildikleri tarihten itibaren bir ay içerisinde Resmi Gazete'de yayımlanır."

⁶³ Bkz. DİBK, 7.12.1989, E:1988/2-3-4, K:1989/5; DİBK, 7.12.1989, E:1988/2-3-4, K:1989/5; DİBK, 6.1.1984, E:1983/6, K:1984/3.

gitmeye ve olumlu görev uyumsuzluğu çıkarmaya yetkili makamdır. Danıştay Başsavcısının da aynı konuda farklı karar verildiğini tespit etmesi halinde, bu usulü resen işletebilmesine olanak sağlanmıştır.

Son olarak Danıştay'ın yargısal mercileri olan dava daireleri ve dava daireleri kurullarının da içtihatları birleştirme yoluna başvurma yetkileri vardır.⁶⁴ Bu yönde başvuruda bulunan daire ya da kurulun aykırı olduğu belirtilen kararlardan birinin karar vericisi olması beklenir. Ancak Kanunda böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Daire ve kurulların, bu usulü işletmeleri, bir ara kararı ile olur. Karar, başkan ve üyeler tarafından imzalanarak gereğinin yapılması için Kurula gönderilir.

3.2. Dolaylı Başvurabilenler

Doğrudan başvurulardan farklı olarak dolaylı başvuranların bu usulü salt kendi iradeleriyle işletmeleri mümkün değildir. 2575 sayılı Kanunun 40. maddesine göre, aykırı kararlarla ilgili kişiler, içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurabilirler. Burada, ilgili kişiler ile Kurul arasında, Danıştay Başkanının iradesi gibi bir filtre konulmuştur. Kanun koyucu, böyle yapmakla bu usulün bir kanun yoluna dönüştürülmesini ve sık karar almasını önlemek istemiştir.

Düzenlemede geçen "aykırı kararlarla ilgili kişiler" ibaresi yeterli açıklıkta olmadığından, değerlendirme konusundaki takdir Danıştay Başkanına bırakılmıştır. İlgili kişilerin kapsamına, sadece aykırı kararların tarafları girmektedir. İlgili kişilerin, içtihatları birleştirmeye başvurma konusunda güncel bir menfaatinin bulunması şart değildir.⁶⁵ Başvuran davacı taraf⁶⁶ olabileceği gibi davalı idare⁶⁷ de olabilir. Bununla birlikte, idare mahkemesinin içtihat talep etmesi üzerine de konunun içtihadı birleştirmeye sevk edildiği görülmüştür.⁶⁸ Ancak bu son durumun, kanun metni ile bağlaşmadığı söylenebilir.

İlgili kişilerin başvurması için bir şekil şartı bulunmamaktadır. İlgililer, Danıştay Başkanlığına veya Kurul Başkanlığına hitaplı müs-

⁶⁴ Bkz. DİBK, 2.7.2008, E:2008/1, K:2012/1.

⁶⁵ Kuru, s. 4952.

⁶⁶ Bkz. DİBK, 20.5.1982, E:1981/2, K:1982/3.

⁶⁷ Bkz. DİBK, 14.11.2002, E:2002/2 K:2002/5.

⁶⁸ Ankara 5. İdare Mahkemesi, 19.1.2001, E:2000/1484, K:2001/36 kararı üzerine bkz. DİBK, 14.11.2002, E:2002/1, K:2002/4.

takil bir dilekçeyle başvurabilirler.⁶⁹ Bununla birlikte, yargılaması devam eden bir uyuşmazlıkta, temyiz ya da karar düzeltme dilekçesiyle birlikte de başvurunun yapılması mümkündür. Bu takdirde, başvurunun yapıldığı yargısal merci, dilekçenin bir örneğini içtihatları birleştirme istemi yönünden değerlendirmek üzere Danıştay Başkanlığına gönderir.

İçtihatları birleştirme başvurusu için süre şartı aranmamaktadır.⁷⁰ Uzun yıllar önce verilen kararlar esas alınarak içtihatların birleştirilmesi talep edilebilir. Bununla birlikte, dilekçede gösterilen kararlardaki hukuki uygulamanın değişmemesi, aynı yaklaşımın halen uygulanıyor olması gerekir. Yine, bu kararların münferit değil, devam eden hukuki yaklaşımın bir parçası olması da zorunludur.

Danıştay Başkanına bu tür başvurularda verilen değerlendirme olanağının kapsamı önem arz etmektedir. Danıştay Başkanı, doğal olarak, başvuruda içtihatları birleştirmenin şartlarının oluşup oluşmadığına göre bir değerlendirme yapmaktadır. Dolayısıyla başvurunun Kurul önüne gelmesi halinde, Kurulun işin esasına geçmeden önceki ilk aşamada yapması gereken tüm değerlendirmeler, Danıştay Başkanı tarafından da yapılmaktadır. Şu halde, Danıştay Başkanı aykırı ve uyumsuz olan birden fazla kararın bulunup bulunmadığını ve sevk için lüzum şartının oluşup oluşmadığını değerlendirmektedir.

Bununla birlikte, Danıştay Başkanı tarafından yapılacak değerlendirmenin Kurula göre daha genel ve yüzeysel olması gerekir. Önemli hukuki sorunların Kurulda görüşülmesi sağlanmalıdır. Şu halde, açık nedenlerin bulunması halinde başvurunun reddedilmesi; şartların gerçekleşmesi halinde ise tartışmalı olan ya da ilk kez karşılaşılan durumların Kurulda görüşülmesinin sağlanması yerinde olur.

3.3. Bölge İdare Mahkemesi Kararları Yönünden Başvurabilenler

2575 sayılı Kanun sistematığında idari mahkemelere içtihatları birleştirme usulüne başvurma olanağı sunulmamıştır. Bununla

⁶⁹ Yargılama hukukunun genel doğasına uygun olarak başvurunun yazılı olması gerektiğine kuşku bulunmamaktadır. M. Kürşak Coşkun, "İçtihatların Birleştirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2001, S. 1, s. 109. (87-146)

⁷⁰ Kuru, s. 4952.

birlikte, 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla 2576 sayılı Kanuna eklenen 3/C maddesi ile bu usulü işletme konusundaki Danıştay tekeline son verilmiştir. Hükme göre, benzer olaylarda, aynı veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde, resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay Başkanlığına iletme konusunda bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu yetkili kılınmıştır.⁷¹

Düzenleme ile aynı ya da farklı bölge idare mahkemesi dairelerinin kesin kararları arasındaki aykırılık ve uyuşmazlıklar yönünden içtihatları birleştirme usulünü işletme yetkisi münhasıran bölge idare mahkemesi başkanlar kuruluna verilmiştir. Böyle bir ihtiyacın belirmesi halinde, bölge idare mahkemesi bu yetkisini resen kullanabilir. Bu durumda, başkanlar kurulu usulü işletme anlamında doğrudan başvuru yapabilecek son grubu oluşturmaktadır. Başvurunun yapılması halinde konu Kurulda görüşülmek durumundadır.

Öte yandan, içtihatların birleştirmesini bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunan tarafların istemeleri halinde, başkanlar kurulu bir değerlendirme yapmak durumundadır. Bu başvuru üzerine konuyu içtihatları birleştirmeye sevk edip etmemeye başkanlar kurulu yetkilidir. Daireler ile istinaf yoluna başvurma hakkı bulunan taraflar, dolaylı başvurabilen grubuna dahildir.

2576 sayılı Kanunun 3/C maddesine eklenen bu düzenlemenin yürürlüğe girip girmeyeceği, girecek ise ne zaman gireceği ve yürürlüğe girmesi halinde bölge idare mahkemesi kararları arasında içtihat birliğini sağlayıp sağlamayacağı konusunda bir belirlilik bulunmamaktadır. Bununla birlikte, düzenlemenin iki bakımdan eksik olduğu savunulabilir. Bunlardan birincisi, bölge idare mahkemelerinin birbirine aykırı olan kararlarını, Danıştay'ın da içtihatları birleştirmeye konu edebilmesi gerekir. Yetkinin Danıştay'da yer alan hiçbir makam ve yargı merciine bırakılmaması doğru değildir. Bu yetkinin Kurul

⁷¹ Anılan hükmün 2576 sayılı Kanunun Geçici 20. maddesi nedeniyle halen yürürlüğe girmediği için içtihatları birleştirmeye ilgili olarak sadece 2575 sayılı Kanunun uygulanmaktadır.

Başkanı olan Danıştay Başkanına dahi tanınmamış olması, Kurulun gündeminin Başkan tarafından belirlenememesi gibi bir sonucu da beraberinde getirmektedir.

İkinci olarak, bölge idare mahkemelerinin birbirine aykırı olan kararlarını görüşmek üzere toplanan Kurulun oluşumu bakımından bir eksiklik söz konusudur. Bölge idare mahkemelerinin kararlarının değerlendirileceği Kurul toplantılarına, bölge idare mahkemesi başkanlarının da üye olarak katılması yerinde olur. Bu suretle, yerel mahkemelerin yaklaşımlarının daha iyi analiz edilmesine ve içtihatları birleştirme kararlarının bölge idare mahkemesi kararlarına gecikmeksizin yansıtılmasına olanak sunulmuş olur.

4.İçtihatları Birleştirme Başvurusunun Değerlendirme Süreci

İçtihatları birleştirmenin sürecine ve işleyişine ilişkin olarak 2575 sayılı Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna ilişkin tüm detaylar uygulama ile ortaya konulmuştur. Süreç, başvuruyu yapanın kim olduğuna göre belirlenir. Doğrudan başvurabilenler tarafından başlatılan süreç daha kısa ve basit iken, dolaylı başvuru yapabilenlerin süreci daha uzun ve karmaşıktır.

Doğrudan başvuru yapmaya yetkili olanlardan biri tarafından bir konunun Kurulda görüşülmesinin istenmesi halinde bir karar verilerek, karar ve ekleri içtihatları birleştirme esas numarası alınması için yazı işlerine gönderilir. Yazı işleri tarafından esas numarası verildikten sonra dosyanın sevk ve idaresi Kurul Başkanı sıfatıyla Danıştay Başkanı tarafından yapılır. Dosya ilk aşamada düşüncesi alınmak üzere Danıştay Başsavcısına gönderilir. Danıştay Başsavcısı düşüncesini yazılı ve detaylı olarak verir. Düşünceyi veren Başsavcının emeklilik gibi bir nedenle görevinden ayrılması halinde yerine seçilen yeni Başsavcı tarafından tekrar düşünce bildirilir. Bu suretle, Kurulda sözlü olarak düşüncesini ifade eden Başsavcının yazılı olarak düşünce bildirmesi sağlanır.

Başsavcı düşüncesini oluştururken hem içtihatları birleştirmeye gerek olup olmadığını hem de işin esasında içtihatların hangi yönde birleştirilmesi gerektiğini belirtmek durumundadır. Başsavcı, içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığını düşünse dahi esas hakkında da ayrıca görüş bildirmek durumundadır.

Başsavcının yazılı düşüncesini bildirmesinden sonra, bu kez konu hakkında bir rapor hazırlaması için dosya belirlenen raportör üyeye gönderilir. Raportör üye, Danıştay üyeleri arasından Danıştay Başkanı tarafından belirlenir. Raportör üye belirlenirken, birbirilerine aykırı kararları veren dairelerde görev almamasına ve konu hakkında yetkin ve geniş bilgi ve tecrübe sahibi olmasına özen gösterilir.

Raportör üye tarafından hazırlanan raporda, içtihatları birleştirme usulü için şartların gerçekleşip gerçekleşmediği, yani başvurunun esasına geçilmeden reddedilmesi gerekip gerekmediği ve konunun esastan görüşülmesi halinde içtihatların hangi yönde birleştirilmesi gerektiğine ilişkin değerlendirmeler yer alır. Raporda nesnel değerlendirmeler yanında raportör üyenin kişisel düşüncelerine de yer verilir.

Tamamlanan raporun bir örneği, toplantının konusu ve zamanını içeren gündem ekinde Kurul üyelere dağıtılır. Kurulun toplantısında öncelikle raportör üye içtihatların birleştirilmesine gerek olup olmadığı yönünden raporu sunar, Danıştay Başsavcısı bu yönüyle düşüncesini bildirir ve konunun tartışmaya açılmasından sonra oylamaya geçilir. İçtihatları birleştirmesine gerek olmadığına kararı verilirse dosya sonuçlanmış olur. Eğer içtihatların birleştirilmesi yönünde karar verilirse bu takdirde işin esasına geçilir ve sırasıyla raportör üye ve Başsavcı düşüncelerini Kurula aktarır; konu tartışıldıktan sonra esas yönünden oylanır.

Kurulun içtihatların birleştirilmesine karar verdiği durumlarda içtihat, söz konusu kararlardan biri yönünde veya hepsinin dışında yepyeni bir çözüm biçiminde olabilir. İçtihatların salt kararlardan biri yönünde birleştirilmesi gerektiğini ileri sürenler de vardır. Ancak bu tezin kabul edilmesi halinde, hâkimin bağımsız bir biçimde hukuka en uygun çözüm yolunu araştırıp bulması olanağı reddedilmiş oluncaktır.⁷² Uygulamada daha çok aykırı kararlardan biri yönünde içtihatların birleştirilmesi tercih edilmektedir.⁷³ Esas hakkında verilen karar Resmi Gazetede yayımlanır.

İçtihatları birleştirmeye ilgililerden birinin başvurması halinde ise, daha farklı bir usul takip edilmektedir. Birbirilerine aykırı olduğu ileri sürülen kararlardan birinin tarafı olan ilgilinin başvurusu değişik iş numarası alır. Danıştay Başkanının bu başvuruyu yerinde

⁷² Tuncay, s. 251.

⁷³ Duran, s. 435.

görmemesi halinde talep reddedilir. Başvurunun reddine ilişkin karar Danıştay Başkanı tarafından imzalanarak ilgisine tebliğ edilir.⁷⁴ Ret kararına karşı bir itiraz yolu öngörülmemiştir. Başvurunun ciddi ve yerinde görülmesi halinde, Danıştay Başkanı bu başvuruyu içtihatları birleştirmeye sevk edebilir. Bu takdirde, başvuruya esas numarası verilerek yukarıda açıklanan Kurulun görüşme süreci başlamış olur.

Bazı hallerde durum bir karar vermeyi mümkün kılmayacak kadar karmaşık yahut belirsiz olabilir. İşte bu tür durumlarda, Danıştay Başkanı ön inceleme yaptırmaktadır. Fazla detaylı olmayan ön incelemenin yapılması ve rapor hazırlaması için bir Danıştay üyesi görevlendirilir. Ön incelemede istenen husus, başvuru konusunun içtihatları birleştirmeyi gerektirecek nitelikte olup olmadığının tespiti ile sınırlıdır. Kanunda yer almayan önceleme, uygulamayla getirilen bir yöntemdir. Ön inceleme raporunun hazırlanmasından sonra, Danıştay Başkanı, ret veya Kurula sevk yönündeki iradesini, raporun sonucu ile bağlı olmaksızın kullanabilmektedir.

5. Sonuç

Birçok nedene bağlı olarak bir hukuk normu farklı şekillerde yorumlanabilmektedir. Bu yorumlardan birinin yargı tarafından kabul edilerek benzer tüm olaylarda uygulanması beklenir. Böylece, hukuki güvenliğin, öngörülebilirliğin ve eşitliğin⁷⁵ pekişmesi sağlanır. Bunun gerçekleşebilmesi için yargı mensuplarının içtihat haline gelen yorum ile kendilerini ahlaki olarak bağlı hissetmeleri gerekir.

Hâkimin yorum özgürlüğü öne çıkarılarak bu ahlaki yükümlülüğün zayıflatılması halinde, hukuki bağlayıcılığı olan bir usulün kabul edilmesi zorunlu hale gelir. Ahlaki bağlayıcılığın yaygın olmadığı Türk idari yargı uygulamasında, uygulama birliğini sağlayacak etkin bir usul de içtihatları birleştirmedir. Bu yönüyle bakıldığında, içtihatları birleştirme kararlarının pek çok faydası vardır.

Beklenen faydanın sağlanabilmesi için bu usulün daha etkin kullanılması gerekir. Buna karşın, Danıştay'ın içtihatları birleştirme usu-

⁷⁴ Danıştay Başkanı tarafından başvurucuya hitaplı olarak verilen ret kararları herhangi bir yerde yayımlanmadığından tarih ve sayısı verilerek buraya taşınması uygun görülmemiştir.

⁷⁵ Hukuk kurallarının tüm ülke çapında herkese aynı şekilde uygulanması eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Coşkun, s. 101.

lünü işletmekte çekingen davrandığı da bir gerçektir. Rakamsal verilere bakıldığında bu gerçek daha yalın bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Kurul, 1965-2015 tarihlerini kapsayan son 50 yıl içinde sadece 90 başvuruyu esastan incelemiştir. Bu rakam, usulün kendisinden beklenen amacı yerine getirmekten çok uzak olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Formel işleyişine pozitif düzenlemede yer verilmemesi ve geniş bir inisiyatifin Danıştay'a bırakılması, içtihatları birleştirmenin etkin bir şekilde işletilememesinin temel nedenini oluşturmaktadır.

İstinaf incelemesinin kabul edilmesinden sonra, bölge idare mahkemelerinde kesinleşen kararlar aleyhine bu usulün işletilmesi yerindedir. Bununla birlikte, hiç olmazsa Danıştay Başkanı ve Başsavcısına da bölge idare mahkemesi kararları aleyhine içtihatları birleştirme usulünü işletme olanağı sunulması ve bölge idare mahkemesi başkanlarının Kurul üyesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Kaynakça

- Bilgin Arif, "Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesesinin Yaşama Şansı", İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 1972, C. 27, S. 3, s. 592-59.
- Çoşkun M. Kürşak, "İçtihatların Birleştirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2001, S. 1, s. 87-146.
- Devellioğlu Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Doğu Matbaası, Ankara, 1970.
- Duran Lütfi, "Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ankara 1972, C. 27, S. 3, s. 419-441.
- Hafizoğulları Zeki ve Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, 3. baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013.
- İşıklar Celal, "İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hal ve Şartları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara 2013, Y. 4, S. 14, s. 467-500.
- İnan Atilla, "Genel Olarak İçtihatları Birleştirme Kurumu ve Sayıştay'da İçtihatları Birleştirme", Yargıtay Dergisi, Ankara 1984, C. 10, S. 1-2, 1984, s. 55-69.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- Onar Siddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, 3. baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Özcan Hüseyin, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 7. baskı, Alfa Basım, İstanbul, 1993.
- Tuncay Aydın H., İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Danıştay Başkanlığı Yayınları, No. 14, Ankara, 1972.
- Tuncay Aydın H., Özdeş Orhan ve Başpınar Recep, "İdari Yargılama Usulü", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 599-729.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Zeybek Ali Cavit, "Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri", Danıştay Dergisi, Ankara 1988, S. 68-69, s. 46-109.

TRANSFER FİYATLANDIRMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

LEGAL NATURE OF TRANSFER PRICING

Serkan AĞAR*

Özet: Vergiden kaçınmak için özel hukuk işlemleri, sıkça kullanılır. Vergi hukukunda “peçeleme” olarak nitelenen bu tür işlemlerin yaygın örneklerinden biri de transfer fiyatlandırmasıdır. Transfer fiyatlandırmasının hukuki niteliğinin doğru bir şekilde tespit edilmesi için öncelikle peçelemenin incelenmesi şarttır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Hukuku, Peçeleme, Transfer Fiyatlandırması.

Abstract: Frequently used in civil law transactions to avoid tax. One common example of this type of process is described as the “tax-veiling” of the tax law is transfer pricing. The legal nature of the transfer pricing to determine the correct priorities of tax-veiling must be examined.

Keywords: Tax Law, Tax-veiling, Transfer Pricing.

I. GİRİŞ

Farklı hukuk özneleri olsalar da kurumlar, kurumla ilişkili kişiler ve özellikle ortakların temel hedefi ekonomik menfaat elde etmektir. Kurum, ortaklarının kazanç elde etme amacını sağlamaya yönelik bir araçtır. Bu durum, ticaret hukuku ve borçlar hukuku ilişkilerinin sıklıkla iç içe geçmesine ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını sonucunu doğuran vergi sorunlarına yol açar. Vergi hukuku, kural olarak, ilişkili kişiler ile kurumlar arasındaki borçlar hukuku ilişkilerini tanıır. Bu ilişkiler vergi hukuku bakımından da geçerlidir. Ancak borçlar hukuku bağları, ilişkili kişiler ile kurumlar arasındaki menfaat aktarımlarını gizlemeye yönelik olarak kullanılmaya elverişli olduğundan, bunların hukuki niteliğinin vergi hukuku bakımından özenle ve dikkatle değerlendirilmesi zorunludur.

* Yrd. Doç. Dr., Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı (Asst. Prof., Rumi University Law School, Financial Law Department), sagar@mevlana.edu.tr

Vergi hukukunda muamelelerin ekonomik yönü önemlidir ve bu muameleleri özel hukukun katı şekil şartlarına bağlamak vergi hukuku ilkeleriyle bağdaşmaz.¹ Vergi hukukunda özel hukuk kavramları ihtiyatla karşılanmalı ve bu kavramlar vergi hukukuna uygun düştüğü ölçüde ele alınıp değerlendirilmelidir.²

II. VERGİYİ DOLANMAYA YÖNELİK ÖZEL HUKUK İŞLEMLERİ: PEÇELEME

A.KAVRAM VE KAPSAM

Ticari hayatta mükellefin vergilendirmeye konu iktisadi olaylarla hiç ilişkiye girmemesi veya ilişkilerini vergi normları tarafından kavranmayan alanlarda yoğunlaştırması mümkün olduğu gibi, yaptığı işlemler verginin doğmasına ilişkin soyut olay kapsamına girmeyebilir veya vergisel avantajlar içeren normlara uygun somut maddi olaylar şeklinde gerçekleşebilir.³ Bu bakımdan vergi hukuku, hukuk düzeninin sunduğu imkânların kullanılmasına ve mükellefin iktisadi özgürlüğünü serbestçe kullanmasına saygılı olmak zorundadır.⁴ Ancak hukuk düzeninin tanıdığı düzenleme imkânlarının hukuk düzeniyle çatışan bir şekilde kötüye kullanılması da hiçbir hukuk dalı tarafından kabul edilmez.⁵

Özel hukuk ilişkilerinin yönlendirilmesinde vergilerin etkisi küçümsenemeyecek derecede büyüktür.⁶ Vergiler işletmelerin hukuki kişiliğini, sermaye yapısını, kuruluş yerini, faaliyet göstereceği alanın ve büyüklüğünün seçimini, yatırım ve finansman kararlarını, yapılan sözleşme tiplerini, birleşme, devir, nevi değiştirmeleri ve sona erme kararlarını etkiler.⁷ Vergilendirme işlemlerinin büyük çoğunluğu özel hukuk ilişkileri üzerine kurulduğu için vergilendirme alanında yapı-

¹ Dan. 4. D., 10/01/1978, E. 1977/1196, K. 1978/7, DD, S. 32-33, s. 363.

² Doğan Şenyüz, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Ankara, Kasım, 2002, s. 4.

³ Mustafa Akkaya, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Ankara, 2002, s. 94.

⁴ K. Tipke, H. W. Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar zur AO 1977 und FGO, 15. Aufl., Köln, 1965/80, § 42, Tz., 14, nak. Akkaya, a.g.e., s. 94.

⁵ Akkaya, a.g.e., s. 94-95.

⁶ Serkan Açar, Transfer Fiyatlandırması-Örtülü Kazanç Dağıtımı, Ankara, 2011, s. 238.

⁷ Şenyüz, a.g.e., s. 5.

lan işlemler özel hukuk kurallarını esas alır.⁸ Vergisel menfaat sağlamak isteyen mükellefler özel hukuk alanında sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisinden yararlanmak suretiyle vergiyi doğuran olayı kısmen veya tamamen gizleyen durumlar yaratabilir.

İktisadi sonuçtan vazgeçmek suretiyle vergi konusuyla ilişkiye girmemek (vergiden kaçınma) veya vergi kanunları tarafından sunulan imkânlardan yararlanmak (vergi tasarrufu) vergi hukuku bakımından reddedilmeyen davranış şekilleridir. Ancak hiçbir vergi sistemi özel hukuk şekillerinin vergi normunun konuluş amacına aykırı olarak vergisel avantajlara ulaşmak için kötüye kullanılmasını (vergiyi dolanma/peçeleme) kabul etmez.⁹

213 sayılı VUK'un 2365 sayılı kanunla değiştirilen 3/A maddesine göre, "*Vergi kanunları lâfzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lâfzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır.*"¹⁰ Aynı kanunun 3/B maddesine göre de, "*Vergilendirilmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.*"

⁸ Nihal Saban, Vergi Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, 2014, s. 52.

⁹ Akkaya, a.g.e., s. 95.

¹⁰ 2565 sayılı kanunun gerekçesinden: "Bilindiği üzere vergi hukukuna ait konuları kapsayan, usul ve uygulamaya ilişkin hükümleri ihtiva eden Vergi Usul Kanunu'nda, kanun maddelerinin ne yolla anlaşılması gerektiği hususuna ışık tutan bir yorum hükmü bulunmamaktadır (...) Vergi Usul Kanunu'na, vergi kanunlarının ne suretle yorumlanacağı hususunda hüküm vazedilirken hukuk biliminde uygulanan yorum metotları ve batı ülkeleri vergi hukukunda yer alan yorumlarla ilgili hükümler incelenmiş ve bilimsel yorumlama metodunun vergi kanunlarının bünye ve mahiyetine en uygun bir metot olduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim vergi usul hukukumuzda yenilik teşkil eden bu hükmün, vergi uygulamaları ve vergi ihtilaflarının çözümlenmesinde büyük bir noksanlığı gidereceği ve tatbikatta vergi adaleti ve vergi güvenliğini sağlayıcı bir ortam yaratacağı, idare ve mükelleflere büyük kolaylıklar sağlayacağı şüphesizdir. Ayrıca bu hükmün, iyi bir vergi uygulaması için gerekli bulunan kazai içtihatları geliştireceği, idare ve yargı mercilerine kanun maddelerinin uygulanmasında ışık tutacağı muhakkaktır. Madde metninde, 'vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifa eder.' denildiğine göre uygulamalarda ilk olarak olaya ilişkin metin hükmü nazara alınacaktır. Öngörülen yorum metoduna göre, olaya ilişkin bir lafzın kanunda mevcut bulunmaması halinde olay için uygulanacak işlem tayin edilirken veya bir çözüm yolu aranırken, önce vergi kanununun konuda takip ettiği maksat, hükümlerin kanun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle bağlantısı nazara alınmak suretiyle bir sonuca varılması ve bu sonuca göre hükümlerin uygulanması derpiş olunmaktadır.", Maliye ve Gümrük Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, Türk Vergi Kanunları Gerekçeleri (Vergi Usul Kanunu), C. 3, Ankara, 1988, s. 561-562.

Vergi mükellefleri özel hukuk biçimlerini ve kurumlarını olağan kullanımları dışında kötüye kullanarak vergi kaçırma amacı güdüyorlarsa, bu amaca yönelik sözleşmelere “peçeleme sözleşmeleri” adı verilir.¹¹ Peçeleme, borçlar hukukunun muvazaâ kavramı ile benzerlik gösterir. Her ikisinde de gerçek irade ile açıklanan arasında kasıtlı bir uyumsuzluk vardır.¹² Kanunların yorumu, kanun koyucunun, kanun metninde belirtilmiş olan iradesinin tespiti ve bu iradeye göre kanun metninin gerçek anlamının belirlenmesi amacıyla yapılır. Gerçekten de kanun, metinleri itibariyle her şeyin kolaylıkla anlaşılmasına veya metnin bütün olaylara kolaylıkla uydurulmasına her zaman imkân vermez. Bir metin içindeki bir cümleden, bir ibareden veya terimden farklı anlamlar çıkarılabilir.¹³

Değinen hükümlerle vergi hukukunda hukuki pozitivizmin deyimsel (lâfzî), tarihi ve sistematik yorum yöntemlerinin yanı sıra sosyolojik hukuk okulunun amaçsal yorum yöntemi de kabul edilmiştir. Deyimsel (lâfzî) yorum yöntemi dışındaki yöntemler, kanun metninin açık olmadığı durumlarda ve vergilerin kanuniliği ilkesinin sınırları içinde geçerlidir.¹⁴ Kıyas yasağı ekonomik yaklaşım ilkesinin sınırını oluşturur.¹⁵ Vergi hukukunda kıyas yasağı maddi vergi hukukuyla, bir diğer deyişle vergi ilişkisinin özünü ilgilidir. Vergi boşluğu kıyas yoluyla doldurulmaz. Bunun temel nedeni vergilerin kanuniliği ilkesidir.¹⁶ Aksi halde kanunun esprisi ve metni dikkate alınmamış ve yeni

¹¹ Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2011, s. 167; Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, Vergi Hukuku, Genel Hükümler, 6. Baskı, Bursa, 2015, s. 60.

¹² Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 06/12/1996 tarih ve 1996/320 Esas, 1996/410 Karar sayılı kararından.

¹³ Akif Erginay, Vergi Hukuku, 6. Bası, Ankara, 1977, s. 45.

¹⁴ Muallâ Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, 23. Bası, Ankara, Eylül, 2014, s. 24.

¹⁵ 143 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği m. I-A: “(...) kanun hükümlerinin kanuna hâkim olan hukuki düşüncenin sınırlarını aşacak şekilde genişletilerek yorumlanmaması ve kıyas yolu ile başka hadiselerle teşmil edilmemesi gerekir. Kanunda diğer bir hükme atıf yapıldığı durumda bile kanunun öngördüğü sınırlar içinde kalınmalıdır. Ayrıca, kanun hükümlerinin açık olmaması veya kanunda birbirleriyle çelişen hükümlerin bulunması halinde, objektif hüsnüniyet kuralı gözönünde tutularak yorum yapılması esastır. Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise, hüküm koyacak kanun boşluklarının doldurulması kuralı vergi hukukunda kullanılamaz.”, RG, 14/07/1981, 17402.

¹⁶ Nevzat Saygılıoğlu, Vergi Hukukunda Yorum, Ankara, 1987, s. 74. “Vergilendirilmede belirsizlik ve keyfiliği önlemeye yönelik en temel hüküm vergilerin kanunili-

bir kural ihdas edilerek kanuna eklenmiş olur.¹⁷ Vergi kanunlarında olaya uygulanacak somut bir hüküm bulunmayan hallerde kıyas yoluyla hüküm belirleyerek kanun boşluklarının doldurulması kuralı vergi hukukunda kullanılmaz.¹⁸ Buna karşılık usul ve şekle ilişkin kuralarda boşluk bulunduğu takdirde, kıyas yoluyla doldurulmasına bir engel yoktur.¹⁹

Vergi hukukunda kanunun sözünden ilk bakışta bir anlam çıkarılamaz veya çıkartılan anlam ciddi bir kuşku ve duraksamaya yol açarsa, kanunun amacı ve özü araştırılır. Bu araştırmada başvurulacak yorum yöntemleri ise tarihi,²⁰ sistematik²¹ ve amaçsal yorum yöntem-

ği ilkesidir. Vergilendirme yetkisinin kullanılması hukuki esaslara dayanmalı, vergilendirme hukuk kuralları çerçevesinde yapılmalıdır.”, İdris Hakan Furtun, Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Ankara, 2009, s. 147. Verginin kanuniliği ilkesi ile ilgisi ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Tıpkı Baskı, İstanbul, Eylül, 2014.

¹⁷ Fr. Loecks, R. Van Dionant, G. Neyens, Elemens de la Science des Impôts, Tome 2, 2e Edition, Bruxelles, 1962, s. 296, nak. Saygılıoğlu, a.g.e., s. 74.

¹⁸ Gürboğa, Ataboğa, Vural, Ayfer, Sencar, Yıldırım, Berk, Berk, Vergi Rehberi, Ankara, Ağustos, 2014, s. 83.

¹⁹ Ahmet Kumrulu, Uzlaşmaya İlişkin Bir İçtihatları Birleştirme Kararının Işığında Vergi Hukukunda Teori, Uygulama ve Öğretim, Danıştay Dergisi, S. 72/73, s. 15.

²⁰ Tarihi yorum yönteminde bir kanun hükmü yorumlanırken, kanun koyucunun kanunun yapıldığı andaki iradesi ve amacı araştırılır. Bu araştırma, kanun tasarısı ya da taslakları, gerekçe, meclis komisyonlarındaki ve genel kuruldaki görüşmelere ilişkin tutanaklar üzerinde yapılır. Demokratik parlamenter rejimlerde kanun koyucunun subjektif iradesi karmaşık bir görünümde olduğundan tarihi yorum elverişli bir yöntem değildir. Bununla beraber, belli bir hükmün yorumunda o hükmün zaman içinde geçirdiği değişikliklerin incelenmesi, bu değişikliklerin amacından belli sonuçlara varılmasında tarihi yorum yönteminin kapsamına girer. Bu kapsamda 5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinin gerekçesine bakıldığında, OECD düzenlemelerinin bir tekrarından ibaret olduğu görülür: “Bu madde ile ‘transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım’ müessesesi, uluslararası gelişmeler özellikle Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD)’nin düzenlemeleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, ‘kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım veya satımı işlemlerinde bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır.’ denilmiş ve ilişkili kişi kavramı maddenin yine üçüncü fıkrasında, emsallere uygunluk ilkesi tanımı da maddenin beşinci fıkrasında yapılmıştır. Buna göre ilişkili kişi, ‘kurumların kendi ortakları, ortakların ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır’ biçiminde tanımlanmıştır. Fıkra da geçen ‘gerçek kişi’ ifadesi, Gelir Vergisi

Kanununun uygulanmasında gerçek kişi olarak kabul edilip vergiye tabi tutulan şahıslar ile şahıs şirketleri ya da adi ortaklıkları; 'kurum' ifadesi de, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflar ile bunlara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarını kapsamaktadır. Ayrıca, kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler kötüye kullanımların önlenmesi amacıyla ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır. Maddenin birinci fıkrasında geçen "mal veya hizmet alım veya satımı" ifadesinin; alım, satım, imalat, inşaat işlemleri, kiralama, kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması, verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemlerinin de her halükarda mal veya hizmet alım veya satımı olarak değerlendirileceği, maddenin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Maddenin beşinci fıkrasında 'emsallere uygunluk ilkesi'nin tanımı yapılmıştır. OECD'nin 'Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi' esas alınarak yapılan bu tanım, 'emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım veya satımında uygulanan fiyat ya da bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat ya da bedele uygun olmasını ifade eder' şeklindedir. Burada, emsallere uygun fiyat ya da bedel, aralarında ilişkili kişi tanımı kapsamında söz konusu bu fiyat ya da bedeli etkileyecek herhangi bir bağ, ilişki olmayan kişilerin, tamamen işlemin gerçekleştiği andaki koşullar altında oluşturduğu, piyasa ya da pazar fiyatı olarak da adlandırılan tutarı ifade etmektedir. Bu şekilde oluşan fiyat ya da bedel, işlem anında hiç bir etki olmaksızın objektif olarak belirlenen ideal tutardır. Emsallere uygun fiyat ya da bedelin tespitinde mükelleflerin uygulayabileceği üç ayrı yöntem öngörülmüştür. Bu yöntemler, OECD'nin 'Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi'nde 'geleneksel işlem yöntemleri' olarak öncelikle önerilen temel yöntemlerdir. Mükellefler, ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerde bu yöntemlerden işlemin niteliğine en uygun olanını seçerek, söz konusu yöntem doğrultusunda fiyat ya da bedeli belirleyeceklerdir. Bu yöntemlerden hiçbirisi yukarıda açıklanan emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde fiyat ya da bedel tespitine olanak vermiyorsa, mükellefler kendi belirleyecekleri bir yöntem ile anılan fiyat ya da bedeli belirleyebileceklerdir. Ancak, bu şekilde bir belirleme yapabilmeleri için maddede öngörülen üç yönteme de başvurabilme olanağının olmaması gerekmektedir. Bu durum, maddede 4 üncü yöntem olarak belirtilmiştir. Bu yöntemler arasında uygulama açısından herhangi bir öncelik sırası yoktur, uygulama kistası, 'işlemin niteliğine en uygun yöntem'dir. Bu bağlamda, işleme uygulanacak yöntemlerden birisi, emsallere uygun fiyat ya da bedeli yanı sıra açısından diğer yöntemlerden daha belirleyici ise yani 'işlemin niteliğine en uygun yöntem' ise, uygulanacak yöntem olarak söz konusu bu yöntem seçilecek, diğer yöntemlere kesinlikle başvurulmayacaktır. Maddede emsallere uygun fiyat ya da bedele ulaşmak için belirlenen yöntemler, karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, maliyet artı yöntemi ve yeniden satış fiyatı yöntemidir. Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım veya satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek ya da tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade etmektedir. Bu yöntemin uygulanabilmesi için ilişkili kişilerle yapılan işlemin, birbiriyle ilişkili olmayan kişilerin yaptıkları işlem ile karşılaştırılabilir nitelikte olması gerekmektedir. Burada karşılaştırılabilir nitelik kavramı, işleme konu mal veya hizmet ile

işlemin koşullarının gerek ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde, gerekse aralarında ilişki bulunmayan kişilerin arasındaki işlemlerde benzer nitelikte olmasını ifade etmektedir. Söz konusu işlemler arasında, ölçülebilir nitelikte küçük farklılıklar varsa, bu farklılıklar düzeltilerek yöntemin uygulanması mümkündür. Ancak, farklılıkların büyük olması ya da farklılıkların ölçülebilmesinin yani somut bir biçimde, tespit işlemlerinde dikkate alınabilme olanağının mümkün olmaması halinde, yöntemin de uygulanabilmesi mümkün olamayacaktır. Doğrudan karşılaştırma yapılmasına olanak veren bu yöntem, karşılaştırılabilir kontrol dışı işlemler için uygulamada en sık kullanılan yöntemdir. Maliyet artı yöntemi, emsallere uygun fiyatın, ilgili mal ya da hizmet maliyet bedelinin uygun bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade etmektedir. Buradaki uygun brüt kâr oranı, söz konusu mal veya hizmet alım veya satım anında ilişkisiz kişilere satılması halinde uygulanacak fiyatı yansıtan kâr oranını ifade etmektedir. Eğer koşullar uygunsa, işlemi yapan mükellefin bu mal veya hizmetlere ilişkin olarak ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde uyguladığı genel brüt kâr marjı (iç emsal), ideal oran olacaktır. Karşılaştırma için gerekli işlem sayısı yetersizse, uygun brüt kâr oranı kıstası, söz konusu mal veya hizmetin ilişkisiz kişilere satılması halinde uygulanacak fiyatı yansıtan kâr oranı olarak dikkate alınacaktır. Bu yöntem özellikle hammadde ve yarı mamuller ile imal edilen mallara ilişkin işlemlerde uygulama alanı bulmaktadır. Yeniden satış fiyatı yöntemi, emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir bağlantı bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan uygun bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade etmektedir. Bu yöntemde emsallere uygun fiyat ya da bedele ulaşmak için temel alınan unsur, aralarında herhangi bir bağlantı bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yapılması muhtemel satış ve bu satışta uygulanacak fiyat ya da bedeldir. Varsayımlara dayalı olarak saptanan söz konusu fiyat ya da bedelden uygun bir brüt satış kârı düşülerek ilgili işlem için emsallere uygun fiyatı ulaşılabilecektir. Buradaki uygun brüt satış kârı, söz konusu mal ya da hizmet için işlem anında uygulanabilecek, piyasa koşullarına göre belirlenen ya da belirlenebilecek objektif nitelikte bir oran ile saptanan kârı ifade etmektedir. Bu kâr tutarı düşüldükten sonra da mal ya da hizmetin ilişkili kişilere satılmasında uygulanabilecek emsallere uygun fiyata ulaşılabilecektir. Emsallere uygun fiyata ulaşmada bu yöntemlerin hiç birisi uygulanamıyorsa, mükellef kendi belirleyebileceği ve daha doğru sonuç verdiği inandığı bir yöntemi de transfer fiyatlandırmasına konu işlemlere uygulayabilir. Mükellefler, bu kapsamda uygulayabilecekleri yöntemleri tamamen kendileri belirleyecekleri gibi, maddede sayılmayan ancak OECD'nin 'Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi'nde belirtilen ya da diğer ülkelerin uygulamalarında karşılaşılabilen yöntemleri de kullanabileceklerdir. Bu bağlamda uygulama olanağı bulabilecek yöntemlerin en önemlileri, OECD'nin Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi'nde 'geleneksel işlem yöntemleri'ne başvurma olanağının olmadığı haller için "diğer yöntemler" başlığı altında önerilen kâr bölüşüm yöntemi ve işleme dayalı net kâr marjı yöntemidir. Bu yöntemler, bağlantılı şirketler arasındaki işlemlerden doğan kârı temel almaktadır. Emsallere uygun fiyat ya da bedele ulaşmak için bu yöntemlere başvurulmasında en güvenilir karşılaştırma unsuru olması açısından öncelikle mükellefin ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde kullandığı fiyat ya da bedel (iç emsal) karşılaştırmaya esas ölçü olarak alınacaktır. Bu şekilde kullanılan fiyat ya da bedellerin bulunmaması ya da güvenilir olmaması halinde doğrudan benzeri nitelikteki mükellef ya da kurumların işlemleri (dış emsal) karşılaştırmada esas alınacaktır. Bu belirleme, iç emsalle-

rin ya da dış emsallerin birbirlerinin karşıt seçeneği olduğu, yani bu emsallerden yalnızca birisinin kullanılması gerektiği anlamına gelmemektedir. Emsallere uygunluğun saptanması amacıyla karşılaştırma yapılması esnasında, gerek iç emsallerin gerekse dış emsallerin birlikte kullanılması her zaman mümkündür. Amaç, en doğru ve güvenilir şekilde emsallere uygun fiyat ya da bedeli tespit etmektir. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur. Bu doğrultuda, seçilen yöntem ve uygulanmasına ilişkin bütün hesaplama ve işlemler ayrıntılı olarak tutulmalı ve saklanmalıdır. Bu hesaplama ve belgeler, yöntemin seçilme gerekçelerini açıklayan en önemli unsurlardır. Maddenin sekizinci fıkrası ile mükellefin ilişkili taraflarla yaptığı işlemlere ilişkin olarak belirleyeceği yöntem konusunda Maliye Bakanlığına başvurarak anlaşma yapma olanağı getirilmiştir. Uygulayacağı yöntem konusunda tereddüdü bulunan mükellef, Maliye Bakanlığı'na başvurarak belli bir dönem için yöntem tespiti isteğinde bulunabilecektir. OECD'nin Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberinde de önerilen ve birçok gelişmiş ülkenin vergi sisteminde yer alan bu uygulama (advance pricing arrangements ya da advance pricing agreements) için mükellefin Maliye Bakanlığına gerekli bilgi ve belgelerle birlikte başvurması gerekmektedir. Yöntem üzerinde anlaşma sağlanması halinde, bu yöntem üç yılı aşmamak üzere belirlenen süre ve koşullar altında kesinlik taşıyacaktır. Bu şekilde tespit edilen yöntem, belirlenen koşullar altında eleştiri konusu yapılamayacaktır. Bu sistemin en büyük avantajı, mükellefler açısından belli bir süre için uygulanacak yöntemin kesinlik taşıması ve herhangi bir eleştiri, ceza riski olmadan plan yapabileme, önünü görebilme olanağı vermesidir. İdare açısından en büyük avantaj ise konunun başlangıçta belli bir anlaşma ile belirlenmesi ve eleştiri sürecinden başlayarak yargı sürecine kadar taşınabilecek bir işlemin getirdiği zaman ve iş yükünden tasarruf sağlanmasıdır. Maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan düzenleme ile 'tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, gelir ve kurumlar vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kar payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacaktır'. Bu hükmün getirilmesindeki temel amaç, transfer fiyatlandırması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımını yapan mükellef nezdinde bir eleştiri getirildiği zaman, örtülü kazanç dağıtılan mükellef nezdinde de bir düzeltmenin yapılmasını sağlamaktır. Örtülü olarak dağıtılan kazancın kâr payı sayılması ile mükellefler bu kâr payına ilişkin olarak istisna hükümlerinden yararlanacağından, 'karşı taraf düzeltilmesi' bu şekilde, işleme taraf olanlar arasında gerçekleşmiş olacaktır. Böylece, aynı işlem üzerindeki mükerrer vergilemenin önüne de geçilmektedir. Bu şekilde dağıtılmış kar payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden ortakların hukuki niteliğine göre belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılacaktır. Onuncu fıkra ile transfer fiyatlandırması düzenlemesi; gerek tanımlar, gerek yöntemler, gerekse de getirilen yeni uygulamalar açısından ayrıntılı açıklamaları ve süreçleri gerektirmektedir. Maddede ayrıca Bakanlar Kuruluna, düzenlemenin işleyişine ilişkin olarak usulleri belirleme yetkisi verilmektedir.", <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1216&uid=293>, Erişim Tarihi: 19.05.2015.

leridir. Amaçsal yorum yöntemi,²² vergi hukukunun özellikleri çerçevesinde ekonomik yaklaşımın geçerli olması sonucunu doğurur.²³

Peçeleme sözleşmeleri ve vergisel neticeleriyle ilgili olarak 213 sayılı VUK'da genel bir düzenleme yoktur. Vergi borcunun doğmasına vücut veren özel vergi kanunlarındaki hükümler de sadece düzenledikleri hususlardaki peçeleme işlemlerine yöneliktir. Peçelemenin tespitinde hangi yorum yönteminin uygulanması gerektiği de başka bir sorundur. Vergi hukukunda kanunun amacından hareket edilerek yorum yapılması ekonomik yaklaşımın uygulanması sonucunu doğurur. Ekonomik yaklaşım, vergiyi doğuran olayın tespitinde ve vergi hükümlerinin yorumlanmasında hukuki şekillerin ötesine geçilmek suretiyle gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerin esas alınmasıdır. Ekonomik yaklaşım ilkesiyle vergi hukukunda diğer hukuk dallarının şekilsel olarak öngördükleri bazı kalıplar kırılabilir.²⁴ Ekonomik yaklaşım vergi hukukuna özgü bir yorum yöntemidir. Bu kavram, hem maddi olayın tespitini ve hem de hukuk kuralının yorumunu içerdiğinden bir üst kavram olarak kullanılır. Vergiyi doğuran olayın ekonomik niteliği ve işlerliğine göre tespit edilmesi ve değerlendirilmesi vergi hukukunda "ekonomik irdeleme" olarak nitelenir.²⁵ Vergiyi doğuran olaya uygulanacak hukuk kuralının ekonomik gerçekler dikkate

²¹ Sistematik yorum yönteminde bir kanun hükmünün anlamı belirlenirken bu hükmün kanunun yapısı içindeki yeri ve diğer mevzuat hükümleri ile olan bağlantısı ve ilişkisi araştırılır. Buna göre bir vergi kanunu hükmünün bir yandan söz konusu kanun içindeki konumu diğer yandan da Türk vergi sistemini oluşturan diğer kanun hükümleri ile bağlantısı açısından anlamı araştırılır.

²² Vergi kanunları ekonomik şartlara bağlı olarak değişen olay ve durumlara uygulandığından, kanun koyucunun kanunu çıkarırken neyi amaçladığından çok kanunun değişen ekonomik ve sosyal şartları altında kazandığı objektif anlam üzerinde durulmalıdır. Bu da amaçsal yorum yöntemi ile gerçekleşebilir. Amaçsal yorum yönteminde kanun ile ulaşılmak istenen sonuçlar günün şartlarına ve toplumun gereksinimlerine uygun olarak değerlendirilir. Gerçekten bir kanun yürürlüğe girdikten sonra kanun koyucunun subjektif iradesinden bağımsız objektif bir anlam kazanır. Amaçsal yorumda sosyolojik ve ekonomik verilere geniş ölçüde başvurulur.

²³ Sadık Kırbas, Vergi Hukuku, Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 19. Baskı, Ağustos, 2012, s. 57; S. Ateş Oktar, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 59.

²⁴ Gülsen Güneş, Hukuka ve Ahlâka Aykırı Faaliyetlerin Vergilendirilmesi, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, 1996, s. 241.

²⁵ Osman Pehlivan, Vergi Hukuku, Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Trabzon, Ağustos, 2014, s. 45.

alınarak tespit edilmesi ise “ekonomik yorum”dur.²⁶ Ekonomik yorum, amaçsal yorum yönteminin vergi hukukundaki yansımasıdır. Zira vergi, ekonomik bir olaydır.²⁷

Ekonomik yaklaşım, takdire yer bırakmayan, anayasal ve kanuni vergileme ilkeleriyle sınırlanmış bir yöntemdir. Bu nedenle ekonomik yaklaşımın içinde kalmak ve belli ilkelere uymak şartıyla bu yoldan yararlanmak daha akılcıdır.²⁸ Ekonomik yaklaşım, vergilemede iktisadi boyutun dikkate alınması adına bütün kapıları açan bir maymun-cuk veya kanun koyucunun vergi uygulamacısına dilediği gibi doldurmak üzere verdiği açık bono değildir.²⁹

Mükellefler muhtemel vergisel sonuçları dikkate alarak özel hukuk işlemlerini olağan kullanımlarından farklı şekillendirmek suretiyle istedikleri sonuçlara ulaşma girişimlerinde tümüyle özel hukuktaki irade özgürlüğünün sunduğu imkânlardan yararlanır ve bu yolla vergi borcunu etkileme yönünde sonu gelmeyen bir çaba içine girerler. Özel hukuktaki irade özgürlüğünün belli, somut bir iktisadi amaca ulaşılması bakımından farklı yollar izlenmesine imkân tanınması, mükellefleri hedefledikleri iktisadi sonuca vergi normunda vergi borcunun doğumu için öngörülen soyut tanımda yer alan özel hukuk işleminin dışındaki işlemlerle ulaşmaya yöneltir.³⁰ Ekonomik içerik, kullanılan biçimsel kalıptan daha önemlidir.³¹ Yorum alanında ekonomik yaklaşım ilkesinin uygulanmasının bir sonucu olarak vergi kanunlarının kullandığı kavramlar ekonomik içeriklerine göre anlamlandırılır.³²

Peçeleme ve peçelemeye bağlanan vergisel sonuçlar öğretide 213 sayılı VUK’un “*Vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.*” şeklindeki 3/B maddesine dayanır. Aceleyle getirilmiş, sistematik bozuklukları bünyesinde barındıran bu maddeyle ekonomik yaklaşım Türk vergi hukukunda kanuni bir dayanağa kavuşmuştur.³³ Bu düzenleme, vergisel saikli diğer özel

²⁶ Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 25.

²⁷ M. Kamil Mutluer, Vergi Genel Hukuku, İstanbul, Ocak, 2006, s. 61.

²⁸ Saygılıoğlu, a.g.e., s. 100.

²⁹ Salih Şanver, Vergi Hukukunda Yorum ve Kanıtlama, Reşat Kaynar’a Armağan, İstanbul, 1984, s. 195.

³⁰ Akkaya, a.g.e., s. 28-30.

³¹ Selim Kaneti, Vergi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s. 48.

³² Yusuf Usta, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, İstanbul, Mayıs, 2013, s. 25.

³³ Akkaya, a.g.e., s. 39-40.

hukuk işlemlerinden farklı bir nitelik taşıyan peçelemenin somut maddi (vergiyi doğuran) olaya ilişkin olduğu gerçeğini dikkate almaz. Anılan hüküm, özün biçime önceliği ilkesinin pozitif hukuktaki karşılığı olup, hem vergisel dolanmayı, yani peçeleme işlemlerini (dolaylı hile) ve hem de vergisel/mali muvazaayı (dolaysız hile) kapsar.³⁴ 5520 sayılı KVK'da düzenlenen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, özel bir kötüye kullanmayı önleme hükmü olarak ekonomik yaklaşım uygulamasına bir örnektir.

Ekonomik sonuçtan vazgeçmek suretiyle vergi konusu ile ilişkilendirilmemek (vergiden kaçınma) veya vergi kanunlarınca sunulan olanaklardan yararlanmak (vergi tasarrufu), vergi hukuku bakımından reddedilmeyen davranış biçimleridir. Oysa özel hukuk işlemleri vergisel amaçlarla kötüye kullanılırsa (peçeleme), ortaya çıkan sonuç vergi hukuku bakımından kabul edilmez.³⁵

213 sayılı VUK'ta, somut maddi olay olarak vergiyi doğuran olayın gerçek niteliğinin esas alınmasına ilişkin 3/B maddesi ve "*Vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz.*" şeklindeki 9/2 maddesi dışında vergilendirmede lehe veya aleyhe etkili unsurların (somut maddi olayın) görünüşünün değil, gerçek niteliklerinin esas alınacağına dair başka hükümler de vardır:

- Tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin "*gerçek durumu yansıtmadığına dair*" delil bulunursa (m. 30/2-6),
- 1 ve 2 numaralı fıkralarda "*yazılı giderlerin gerçek miktarları üzerinden*" kayıtlara geçirilmesi ve miktarlarının "*işin genişliğine ve mahiyetine uygun*" bulunması şarttır (m. 228/son),
- Tasarruf değeri, bir iktisadi kıymetin değerlendirme gününde "*sahibi için arz ettiği gerçek değer*"dir (m. 264),
- "İktisadi ve teknik bakımdan bütünlük arz edenlerde" bu had topluca dikkate alınır (m. 313/son),
- "*Değersiz alacaklar, bu mahiyete girdikleri tarihte*" tasarruf değerlerini

³⁴ Billur Yalıtı, VUK, 3B'nin Sınırlarına İlişkin Bir Uygulama: Vergi Hukukunda Sermaye Tamamlama Akçesi, Vergi Sorunları, Temmuz, 2010, S. 262, s. 8.

³⁵ Yıldırım Taylar, Vergi Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Genel Esaslar ve Bu Bağlamda Bir Danıştay Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan, C. II, Ankara, 2009, s. 1199.

kaybeler ve mukayyet kıymetleriyle zarara geçirilerek yok edilirler (m. 322/2),

- Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, “gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar” (m. 359/a-1),
- Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu “muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan” belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir (m. 359/a-2),
- “Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde” bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir (m. 359/b).

Peçelemenin varlığının tespit edilmesi ve taraflarca seçilen ölçüsüz işlem yerine ikame edilen varsayımsal ölçülü işlemin vergilendirilmede esas tutulmasıyla birlikte vergi hukukunda kanunilik, takdir yetkisinin kısıtlı kullanımı ve matrahın belirlenmesinde beyanın esas alınmasına ilişkin temel ilkeler geçersiz hale gelir.³⁶

B. PEÇELEMENİN VERGİSEL SAIKLİ İŞLEMLER KARŞISINDA KONUMU

1. Kanundan Kaçınma³⁷ ve Peçeleme

Özel hukuk ilişkilerinin vergisel saiklerle şekillendirilmesi ve vergi normlarında verginin bağlandığı olayların soyut tanımında özel hukuk kurum ve kavramlarının yoğun şekilde kullanılması, iktisadi içeriği vergi normları tarafından kapsanan birtakım ilişkileri normun

³⁶ “(...) Bir ödeme aracı olan çekin tacirler arasındaki belli bir ticari muameleden doğan borcun ödendiğine kanıt kabul edilebilmesi için bütün unsurlarıyla, varlığı iddia edilen ticari işlemin belgesi olmasına hiçbir kuşkuyla yol açmaksızın uygun düşmesi gerekir. Bir faturada satıcının alıcıya teslim ettiği emtia bedelini temsil etmek üzere düzenlenen çek lehdarının satıcı, keşide edenin de alıcı olması gerekir. Bu yüzden, iki tacir arasındaki alım-satım konu emtia bedelinin ödendiğine kanıt oluşturabilecek ve emtiayı alan tarafından keşide edilen çekin satıcı adına değil de hamiline yazılı düzenlenmesi ticari icaplara uygun değildir.”, Dan. VDDK, 20/03/2009, E. 2007/697, K. 2009/111, nak. Mehmet Ali Özyer, Açıklama ve Örneklemlerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 6. Baskı, Temmuz, 2014, s. 11.

³⁷ Kanuna karşı hile olarak nitelenen işlemler hakkında “kanundan kaçınma” tabirinin kullanılması hukuk tekniğinin gereklerine daha uygun düşer. Zira burada kanunu aldatma değil, kanundan kaçınma durumu vardır. Bu çalışmada da “kanuna karşı hile” yerine “kanundan kaçınma” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

kapsamı dışında tutmaya elverişli özel hukuk şekillerinin tercih edilmesine yol açar. Kaldırılmadıkça veya değiştirilmedikçe hukuk düzeninde kanun hükümlerinin mevcut şekline uyulması şarttır. Hukuk düzeni bunların ihlâl edilmesini istemez. Kanundan kaçınmada, her şeyden önce, kendisine uyulması zorunluluğu bulunan bir normla bundan kaçmaya çalışan, eş anlatımla hem bu norma uymamak ve hem de bu uymamayı gizlemek isteyen kişi ya da kişiler vardır.³⁸ Kanunu dolanlı bir şekilde ihlâl etmek suretiyle kişi "*işine gelmeyen*" kanun hükmünü kendi hesabına ilga eder. Kişinin ihlâlini gizleme girişiminin sonuca etkili olmadığı kabul edilebilmesi için kanundan kaçınma olarak nitelenen bu bir çeşit "*hukuki ikiyüzlülük*" ile mücadele zorunluluğunu tanımak gerekir.³⁹

Kanundan kaçınmada taraflar, hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek için yapılması hukuken caiz başka bir işlem yaparlar. Böylece yasak olan sözleşme yerine dolambaçlı bir yolla aynı sonuca varan diğer bir sözleşme kurmuş olan taraflar, bu suretle kanunu bertaraf etmeye yönelik kimseler olarak kanunsuz hareket etmiş sayılır.⁴⁰

Ekonomik ve sosyal hayatı düzenlerken kanun koyucu lafzî unsurlardan, yani kelimelerden yararlanır. İradesini bu unsurlarla ifade etmek zorunda olan kanun koyucu, kişilerden de kullandığı kelimelere değil, bunlarla kastettiği anlama yönelik bir hareket tarzı bekler.⁴¹ Kanunun yasakladığı bir şeyi yapan kimse ona karşı gelmiş olur. Oysa kanunun lafzına uyarak ruhundan sapan kişiler ondan kaçınmış olur.⁴² Kanundan kaçınma, o tarzda bir harekettir ki bu hareket doğrudan doğruya kanun hükmünü ihlâl etmemekle beraber böyle bir hükmün amacının gerçekleşmesini imkânsız hale getirir.⁴³

Vergi kanunları uygulamada belki de en fazla kaçınılan hukuk kuralları olarak karşımıza çıkar. Vergi matrahını az gösterme veya

³⁸ Hamide Topçuoğlu, Kanuna Karşı Hile, Doktora Tezi, İzmit, 1950, s. 3.

³⁹ Topçuoğlu, a.g.e., s. 7.

⁴⁰ Osman Fazıl Berki, Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile, *AÜHFD*, 1943, C. 1, S. 3, s. 409; Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, çev. Cevat Edege, Ankara, 1980, s. 246.

⁴¹ Topçuoğlu, a.g.e., s. 12-13.

⁴² Paulus, D. I. 3. 29, nak. Topçuoğlu, a.g.e., s. 181.

⁴³ Vetsch, Die Umbehung des Gesetzes, Zürich, 1917, s. 12, nak. Topçuoğlu, a.g.e., s. 185.

saklama, gerçeğe aykırı beyanname verme, yalan beyanda bulunma gibi davranışlardan başlayıp hukuki işlem şekillerinden yararlanmak suretiyle yapılan kaçınmalara kadar birçok değişik yollar kullanılır.⁴⁴ Vergi hukukunda kanundan kaçınma durumlarına örnek teşkil eden bu gibi durumlar en kurnazla en kuvvetlinin oyununa benzer.⁴⁵

Kanundan kaçınmanın önemli niteliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür.⁴⁶

- Kanun hükümlerinin dolambaçlı bir ihlali olduğundan hukuka aykırı işlemler kategorisindedir.
- Gizli veya sahte bir işlem olmayıp hukuken hüküm ifade etmesi istenen gerçek bir işlemdir.
- Ne bizzat işlemin kendisi, ne de yapılmasını mümkün kılan niyet gizlidir. Genellikle gizlenen yön, işlemin niyeti değil; belki saikidir ve bu saik emredici hükümden kurtulma amacına yönelik olmakla gayrimeşrudur (yolsuzdur).
- Tüm hukuki işlemler hakkında gerçekleştirilebilir.
- İspatında tam bir delil serbestisi vardır.
- Mutlaka bir yaptırımla karşılanmalıdır. Bu yaptırım kaçınmayla ulaşılmak istenen amaca bu işlemi yapan kişi veya kişileri eriştir-memekten ibaret olmalıdır. Zira hukuki bir yaptırım hiçbir zaman bir medeni ceza demek değildir.

Kanundan kaçınmada taraflar hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek için, yapılması hukuken caiz başka bir işlem yaparlar. Örneğin; meslekten yasaklanmış avukat (A)'nın, (B)'nin (C)'deki alacağını, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 185 ilâ 193. maddelerinde düzenlenen alacağın devri ile devralıp onu mahkeme ve icra dairelerinde kendi adına tahsil etmek istemesi durumunda kanundan kaçınma vardır. Zira (A) ile (B) bu takip ve tahsil işini vekâlet sözleşmesine göre gerçekleştirmeyi düşünmelerine karşılık (A) meslekten yasaklı olduğu için alacağın takip ve tahsili temlik sözleşmesine dayandırılmıştır. Burada (A), hukuk düzeninin emredici

⁴⁴ Topçuoğlu, a.g.e., s. 48.

⁴⁵ Ripert'ten akt. Topçuoğlu, a.g.e., s. 176.

⁴⁶ Topçuoğlu, a.g.e., s. 248.

bir hükümle yasakladığı⁴⁷ bir sonucu, kanunun izin verdiği alacağın devri sözleşmesiyle elde etmek ister. Burada dolanlı işlem ciddi olup, bir hakka dayanır. Ancak yapılmasına sebep olan saik, kanun maddesini hükümsüz bırakmaya yöneliktir.

Kanundan kaçınma, bertaraf edilmek istenen kanun hükmünün yorumuyla tespit edilir. Kanundan kaçınma, kanun koyucunun arzu edip de açıkça ifade edemediği amaçlarının ihlâl edilmesi ve kişilerin de bu amaçları çeşitli saiklerle hükümsüz bırakmasıdır. Kanundan kaçınma, sinemaya giriş ücretini ödememek için bilet gişesinin arkasından dolaşmaya benzetilebilir. Kanundan kaçınmaya bağlanan yaptırım dolanlı olarak yapılan ve kanun tarafından yasaklanan işlemin tâbi olduğu yaptırımdır.

Bu çerçevede kanundan kaçınmanın unsurları şu şekilde sıralanabilir:

- Bir işlemin yapılması emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmış olmalıdır,⁴⁸
- Kanunun izin verdiği başka bir işlem yapılmalıdır,⁴⁹
- Tarafların yaptıkları işlem, yasaklanan işlemin doğuracağı sonucu meydana getirmeye elverişli olmalıdır.

Örnekler

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355/1 maddesine göre, kiralayan gereksinim amacıyla boşaltılmasını sağladığı kiralananı, haklı sebep olmaksızın, (3) yıl süreyle eski kiracısından başkasına kiralayamaz.

⁴⁷ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 63: "(...) işten yasaklanmış olan avukatlar, şahıslarına ait olmayan dava evrakını düzenleyemez, icra işlemlerini takip edemez ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamazlar (...) Avukatlık yapmak yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullanarak avukatlara ait yetkileri kullananlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar."

⁴⁸ Kanun, her şeyden önce, bir işlemin yapılmasını emredici bir normla yasaklanmış olmalıdır. Örneğin; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 873/2 maddesine göre, borcun ödenmemesi durumunda rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair bir sözleşme yapılamaz.

⁴⁹ Taraflar, taşınmaz satış vaadi gibi, emredici normun etkisinden kurtulmak için onun etki alanına girmeyen ve hukuken izin verilen başka bir işlem yapmış olmalıdır.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, kiraya veren, bu hükme aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu hükmün etkisiz bırakılması için kuru mülkiyeti kiralayanda kalacak şekilde boşaltılan kiralanan üzerinde bir başkası lehine intifa hakkı tesis edildiği ve kiralananın intifa hakkına sahip kişi tarafından kiraya verildiği görülür. Boşaltılan kiralananın kiralayan tarafından yeniden kiraya verilmeyip, intifa hakkı tesis edilen kişi tarafından kiraya verildiği bir durumda tazminat hükmünün işletilmesi mümkün değildir. Zira intifa hakkının tesis sebebi taraflar arasındaki iç ilişkiyi teşkil etmekte olup, intifa hakkı devam ettiği sürece hukuken geçerlidir. Sözleşmenin kanundan kaçınma olduğuna dair asliye hukuk mahkemesinde dava açılıp, intifa hakkının devri işlemi iptal edilmedikçe, yapılan işlemler geçerlidir.⁵⁰ Öte yandan intifa hakkının iptali bizzat intifa hakkı sahibi veya taşınmazın maliki tarafından istenebileceğinden, kiralananın gereksinim amacıyla tahliye edilen eski kiracının taşınmazın kiralayan tarafından 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinin bertaraf edilmesi amacıyla devredildiği iddiasıyla intifa hakkının iptal edilmesini istemesinde hukuki yararı bulunmadığından⁵¹ böyle bir dava açması da mümkün değildir.⁵²

Eşinden boşanamayan kimsenin cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak⁵³ evlilik bağı-

⁵⁰ Yar. CGK, 06/05/1991, 1991/7-109-137.

⁵¹ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 114: "(1) Dava şartları şunlardır: a) Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması. b) Yargı yolunun caiz olması. c) Mahkemenin görevli olması. ç) Yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması. d) Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması. e) Dava takip yetkisine sahip olunması. f) Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması. g) Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması. ğ) Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi. h) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması. ı) Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması. i) Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması. (2) Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır."

⁵² Yar. 14. HD, 01/11/1999, 1999/6046-7424.

⁵³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 40: "Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliği-

nı çözmek istediğinde kanundan kaçınma karşısında bulunulur. Yine aynı şekilde bir kimse erkeklere özgü olan askerlik, milli görevden (askerlik yükümlülüğünden) kurtulmaya veya kadınlar için tanınan daha erken emeklilik hakkı elde etmeye benzer başka haksız yararlar sağlamaya imkân bulabilir.⁵⁴

Kupon karşılığı verilmesi taahhüt edilen cep telefonunun teslim edilebilmesi için tek başına Telefon Sözlüğü gazetesini almanın yetmemesi, aynı zamanda kampanya süresince Star gazetesinin her gün alınması ve bu gazetenin içinde yayınlanan telefon sözlüğü kuponunun da kesilmesi ve biriktirilmesinin gerektiği bir durumda hukukun yasakladığı amaca dolambaçlı yollardan ulaşılmış ve kanundan kaçınılmış olur. Zira Star gazetesi tarafından değil de, başka yayın tarafından yapıyormuş gibi gösterilerek gazetenin satışı artırılmak suretiyle kazanç elde edilmiştir.⁵⁵

Yolcu taşımacılığında kullanılan bir otobüsün maliki ile kiracısı arasında yazılı olmasa da yolcu listesi üzerinden %20'lik gelirin otobüs sahibine ait olacağı şeklinde mevzuatta yasaklanmış olan komisyonculuk sözleşmesinin olduğu bir durumda kanunun yasakladığı bir hukuki ilişkinin başka bir isim altında akdedilmesi anlamında kanun-

nin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yönlemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir." Evlenmenin kurucu unsurlarından biri de, aynı cinsten kişiler arasında yapılmış olmasıdır. Aynı cinsten kişiler arasındaki evlilik yok hükmündedir. Ancak eşlerin evlilik birliğinin kurulmasından sonra cinsiyetini değiştirmesi halinde evliliğin akıbetinin ne olacağı hususunda kanunda açık bir düzenleme mevcut yoktur. Yukarıda yer verilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40/1 maddesine göre; cinsiyet değiştirme ameliyatlarına izin verilmesi için evli olmamak gerektiğinden, evli bir kimsenin kurallara uygun olarak cinsiyetini değiştirmesi söz konusu olamaz. Buna rağmen, evli olan bir kimse anılan hükme aykırı olmasına rağmen cinsiyetini değiştirmiş olabilir. Bu durumda o kişinin sırf evli olduğu için hukuka onun cinsiyetini değiştirmedeğini kabul etmek ve onu hala eski cinsiyetinde varsaymak, kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Evliliğin butlanı sebepleri, kanunda numerus clausus olarak sayıldığı için bu durumda evliliğin "yok" hale, eş anlatımla evlilik birliğinin kendiliğinden hükümsüz hale geldiğini kabul etmek uygun olacaktır, Turgut Akıntürk, Medeni Hukuk, 31. Bası, Ocak, 2003, İstanbul, s. 262; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2010, s. 74.

⁵⁴ Yar. 3. HD, 17/06/1982, 1982/2644-2751.

⁵⁵ Yar. 4. HD, 25/10/2001, 2001/5536-10173.

dan kaçınma karşısında bulunulur.⁵⁶ Aynı şekilde işçinin kıdem tazminatı almak için kocasından boşanıp kısa süre sonra tekrar onunla evlenerek iş sözleşmesini feshetmesi durumunda kanundan kaçınma vardır.⁵⁷

Kanundan kaçınma sonucunu doğuran işlemlerden bazen başkalarının menfaati de zarar görebilir. Ancak bu durum ikincil bir sonuçtur. Asıl ihlâl bizzat kanun koyucunun iradesine karşıdır. Kanundan kaçınma, bir anlamda, “*kanun gümrüğünden menfaat paketlerinin kaçırılması*”dır.⁵⁸ Transfer fiyatlandırmasında da kanundan kaçınmaya dayanan özel hukuk işlemlerinin temel sebebi, devletin vergi gelirlerinin eksilmesine uygun menfaat elde eden ilişkili kişilerin, devletin vergi gelirlerinin azalmasına sebebiyet vermeleri şeklindeki zararlandırıcı davranışlarıdır.

Uygulamada çoğu kez kanundan kaçınma ile muvazaa kavramları karıştırılır. Dolayısıyla transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının hukuki nitelemesi de yanlış yapılırdır. Kanundan kaçınma ile muvazaa, amaç ve nitelikleri bakımından birbirinden ayrı müesseselerdir. Muvazaanın esası özel bir kasta tâbi olarak doğru olmayan bir işlem üzerinde birden çok kimsenin ittifak etmesidir.⁵⁹ Muvazaalı işlemde taraflar zahiri (görünürdeki) işlemin sonuçlarını istemezler. Oysa kanundan kaçınmada, taraflar gerçek niyetlerini gizleyerek kurdukları sözleşmenin sonuçlarını isterler.⁶⁰

Vergi kanunları belirli işlemler için objektif bir kaçınma ölçütü kabul etmiştir. Böylece bu işlemleri yapanların işlemdeki subjektif niyetlerini, kaçınma kastıyla hareket edip etmediklerini araştırmaya gerek kalmaz. Zira burada kanuni bir karine⁶¹ vardır. Vergi kanunlarının bu niteliği daha çok mükellefin kaçınma niyetini ispat etmek zorun-

⁵⁶ Yar. 11. HD, 09/10/2006, E. 2005/9406, K. 2006/9955.

⁵⁷ Yar. HGK, 14/02/1990, 1990/9-52-84.

⁵⁸ Topçuoğlu, a.g.e., s. 278.

⁵⁹ Andreas Bertalan Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, 1947, s. 293.

⁶⁰ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, C. 1, İstanbul, 1998, s. 347; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, s. 422.

⁶¹ Kanuni karine, belli bir olaydan belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçtur, Nihal Saban, Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Karinelerde Aksini İspat, Danıştay Dergisi, Y. 22, S. 82-83, s. 6. Kanuni karineler, kesin kanuni karine ve adi kanuni karine olmak üzere ikiye ayrılarak incelenir.

da olan vergi idaresinin bu külfetten kurtarılmasının istenmesinden kaynaklanır.⁶²

Kanunların anlam ve amaçlarına aykırı olmakla beraber lafızlarına uygunluğu yüzünden metinlerin olağan bir şekilde uygulanmasıyla (hukuki pozitivizmin yorum yöntemlerinin kullanılmasıyla) takip edilemeyen ve ancak sosyolojik hukuk okulunun “amaçsal yorum” yönteminin kullanılması sayesinde yaptırma bağlanabilen fiil ve işlemler kanundan kaçınma sonucunu doğurur. Amaçsal yorumun vergi hukukundaki pozitif temeli 213 sayılı VUK’un 3/B maddesidir.

Peçeleme sözleşmesi, mükellef ve sorumluların vergiden kaçınmak amacıyla başka tür özel hukuk sözleşmelerinin arkasına saklanmalarıdır.⁶³ Peçeleme ile vergilendirilmesi amaçlanan iktisadi sonuç, başka bir hukukî kılıklandırma altında vergi dışı bırakılmak, kanun bu yoldan dolanılmak istenir.⁶⁴ Peçeleme sözleşmesi ile amacın vergiden kaçınmak olması şartıyla dolanılmak istenen vergi kanunu hükmü maddi vergi hukukuna⁶⁵ veya şekli vergi hukukuna⁶⁶ ilişkin olabilir.⁶⁷ Peçelemede iç işlem (gizlenen iktisadi saik) ile dış işlem (görünürdeki özel hukuk işlemi veya sözleşmesi) bir ahenk oluşturarak birbirlerini tamamlar ve amaçsal bir bütünlük oluşturur. Bu amaçsal bütünlüğün nihai amacı ise, lafzından yararlanılması suretiyle vergi normlarının dolanılmasıdır.⁶⁸

Türk vergi mevzuatında peçeleme sözleşmesi veya peçeleme kavramına⁶⁹ açıkça yer verilmemiştir. Peçeleme bir sözleşme üzerine ku-

⁶² Topçuoğlu, a.g.e., s. 54.

⁶³ Selim Kaneti, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi, Vergi Dünyası, Temmuz, 1992, S. 131, s. 2, <http://vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=1079>, Erişim Tarihi: 09/05/2015.

⁶⁴ Kaneti, a.g.m., s. 4.

⁶⁵ Maddi vergi hukuku, vergi borcu konusunda hak ve ödevlerin doğumunu, sona ermesini ve bunların içeriğine ilişkin hukuki ilkeleri inceler, Serkan Ağar, Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Ankara, Şubat, 2009, s. 95.

⁶⁶ Şekli vergi hukuku, maddi hukukça belirlenen vergi ilişkisinde hak ve yükümlülüklerin gerçekleştirilme usullerini düzenler, Ağar, a.g.e., s. 95.

⁶⁷ Aziz Taşdelen, Vergisel Açıdan Nakit Tahsilat ve Ödemenin Belgelendirilmesi Ödevi, AÜHFD, 2004, C. 53, S. 2, s. 154.

⁶⁸ Şefik Taylan Akman, Vergi Hukukunda “Peçeleme” Kavramının Hukuksal ve Sosyolojik Analizi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 3, Yaz, 2008, s. 29.

⁶⁹ Öğretide genel olarak “peçeleme” tabiri tercih edildiği gibi buna alternatif olarak “vergide kaçamak” (Salih Şanver, İşletme Vergiciliği ve Türk Vergi Sistemi, İstan-

rulur. Peçeleme sözleşmesi, hukuki açıdan şekli unsurları içeren vergi kaçırmaya yönelik bir sözleşmedir.⁷⁰ Peçeleme sözleşmesiyle gerçek iktisadi olay saklanmak istenir.⁷¹ Vergiye tâbi olan iktisadi sonuç, peçeleme sözleşmesiyle vergi dışı bırakılmak ve kanun bu yoldan dolanılmak istenir. Kanundan kaçınma ile peçelemenin unsurları büyük oranda örtüşür. Farklılık sadece alana özgü olarak geliştirilen kavramlardadır.⁷² Bu sebeple peçeleme, kanundan kaçınmanın özel bir türü olarak nitelenebilir.⁷³

Örnek

193 sayılı GVK'nın 86/2 maddesine göre, dar mükellefiyette tamamı Türkiye'de tevkif suretiyle vergilendirilmiş olan ücretler, serbest meslek kazançları, menkul ve gayrimenkul sermaye iratlarıyla diğer kazanç ve iratlar için yıllık beyanname verilmez, diğer gelirler için beyanname verilmesi halinde bu gelirler beyannameye dâhil edilmez. Gayrimenkul sermaye iradı beyan sınırını geçtiği için beyanname vermek durumunda bulunan ve 193 sayılı GVK'nın 103. maddesinde yazılı gelir vergisi tarifesinin üst dilimlerinden vergilendirilen (A), Almanya'da işçi olarak çalıştığı için dar mükellef olan kardeşi (B)'ye gayrimenkulleri üzerinde intifa hakkı tanıyarak kendisini mükellefiyetten kurtarmıştır. (A)'nın kardeşi (B) ise, bu işlem sonucunda 193 sayılı GVK'nın 70/1-1 maddesi uyarınca intifa hakkı sahibi olarak gelir vergisi mükellefi olmuştur. (A)'nın gayrimenkulleri üzerinde intifa hakkı tanınmasıyla dar mükellef kardeşi (B), vergisi tevkifat yoluyla kesilen gayrimenkul sermaye iratlarının tutarı ne kadar olursa olsun beyanname vermeyecek ve kendine artan oranlı tarife uygulanmayacaktır. Bu işlemle (A), özel hukukun düzenleme imkânlarını kötüye kullanarak şahsına terettüp edecek vergiden kurtulmak istemiştir. Gerçekte vergiye tâbi olan iktisadi sonuç, (A)'nın dar mükellef (B)'ye intifa hakkı tanınmasıyla vergi dışı bırakılmış ve kanun bu yoldan dolanılmıştır. Bu bakımdan verilen örnekte kanundan kaçınmanın özel bir türü olan peçeleme vardır.

bul, 1968, s. 123) veya "perdeleme işlemi" (Kaneti, a.g.e., s. 49) tabirleri de kullanılır.

⁷⁰ Şanver, a.g.e., s. 124.

⁷¹ Veysi Seviğ, Muvazaa (Collusion), Dünya, 10/06/1998.

⁷² Saban, a.g.e., s. 56.

⁷³ Kaneti, a.g.e., s. 49.

b. Muvazaa ve Peçeleme

ba. Özel Hukukta Muvazaa

Muvazaa kavramı hem özel hukuk ve hem de vergi hukuku bakımından farklı anlamlar ifade eder. Hukuk düzeni kişilerin çeşitli sebeplere dayanarak beyan ettikleri iradelerini farklı şekillerde anlamlandırır. Bazı durumlarda bilerek veya bilmeden beyan edilmek istenen iradeyle ortaya çıkan irade arasında uyumsuzluk ortaya çıkar. Her iki tarafın isteğiyle meydana getirilmiş olan uygunsuzluk hali “muvazaa” olarak nitelenir.⁷⁴

Bir beyanın karşı tarafın da kabulüyle sadece görünürde yapılmasına veya beyan edilen şeyin istenilen şey olmadığı hususunda tarafların uyuşmuş bulunmaları muvazaa, bu şekilde yapılmış muamele de muvazaalı muamele olarak nitelenir.⁷⁵ Muvazaa, tarafların gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapmalarıdır.⁷⁶

Muvazaa, iki tarafın iradesiyle beyanları arasında istenerek meydana getirilen uyumsuzluktur. Tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmaları “muvazaa”dır.⁷⁷ 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 19/1 maddesine göre, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

⁷⁴ Ahmet Samim Gönensay, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1948, s. 90; Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, İstanbul, 1992, s. 225; Turgut Önen, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1999, s. 49.

⁷⁵ Turgut Akıntürk, Borçlar Hukuku, Ankara, 2001, s. 46; Yaşar Karayalçın, Muvazaa (Danışık) Hileli Anlaşma, Miras Bırakanın Muvazaası, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 43; Osman Kiper, Öğretide ve Uygulamada Muvazaa (Mirasçıdan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma), Tenkis, Mirasta Geri Verme, Mirasta Hakediş (İstihkak) Davaları, Ankara, 1995, s. 17.

⁷⁶ Mahmut Kizir, Ümit Süleyman Üstün, Vergi Hukukunda Muvazaa, Mevlana (Rumi) University, Uluslararası Hukuk ve Ekonomi Sempozyumu, Konya, 2013, s. 96.

⁷⁷ Eren, a.g.e., s. 350, Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012, s. 201, Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya, 2012, s. 163, Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012, s. 169.

Muvazaa, genellikle, ortada görünen bir durumun gerçeğe uymaması anlamına gelir. Dilin “ikrar ettiğini” kalbin “tasdik etmediği” ve zahirin gerçeği örtmek ve saklamak üzere bir perde olarak kullanıldığı durumlarda muvazaanın varlığından söz edilir. Muvazaada taraflar bilinçli olarak ve isteyerek iradelerine asla uygun düşmeyen bir açıklamada bulunarak gerçekte hiç arzulamadıkları bir işlemi yapmış gibi görünür. Oysa tarafların gerçekten böyle bir işlem yapmaya hiç niyeti yoktur. Yapılması asla arzu edilmeyen bir hukuki işlemi tarafların yaptığı, açıklamanın gerçek iradeye ters düştüğü ve böylece “zarfın mazrufa” uymadığı durumlarda muvazaayı öngören bir davranış karşısında bulunulur. Danışıklı dövüş gibi danışıklı bir işlem olan muvazaa hayatta yer alan, uyumsuzluklara konu olan ve hukukta tanınan bir müessesedir. Kişiler çeşitli saik ve sebeplerle muvazaalı işlemler yapmak gereğini duyar. Bu sebepler sayısız ve çeşitlidir. Çoğu kez bazı kimselerin muvazaayı can kurtaran simidi gibi kullanmakta sakınca görmedikleri kuşkusuzdur.⁷⁸

Özel hukukta muvazaa, mutlak ve nispi muvazaa olmak üzere ikiye ayrılır. Mutlak muvazaa, üç unsurdan oluşur. Bunlar; görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastıdır. Nispi muvazaada bu üç şarta ek olarak gizli işlem unsuru da vardır.

“Görünürdeki (muvazaalı) işlem”, tarafların kişileri aldatmak için yapmış oldukları işlemidir. Taraflar burada hukuki işlemi sırf görünüşte yapar, bu sebeple kendileri hakkında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmış bulunmalıdır. Görünüştaki işlem hukuki niteliği itibarıyla muvazaalı işlemin kendisidir.⁷⁹

“Muvazaa anlaşması”, tarafların muvazaalı işlemi sırf üçüncü kişileri aldatmak için yaptıklarına ve kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine dair anlaşmalarıdır. Muvazaa anlaşması görünüşteki muvazaalı işlemden ayrı bir sözleşme olup onunla birlikte veya daha önce yapılabilir.⁸⁰ Muvazaa bir sözleşmeye dayanması sebebiyle vasiyetna-

⁷⁸ Yar. 1. HD, 02/11/1978, 1978/10321-11567.

⁷⁹ Görünürdeki işlem bir sözleşme olabileceği gibi varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla da kurulabilir. Görünürdeki işlemin kanunen öngörülen şekilde yapılması gerekir. Örneğin; görünürdeki işlemin konusu taşınmaz mülkiyetinin devriyse 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 706 ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 237/1 maddesi uyarınca bu işlem resmi şekle tâbidir.

⁸⁰ Görünürdeki işlemden daha sonra yapılacak bir sözleşme muvazaa anlaşması ol-

me ve vakıf kurma gibi tek taraflı işlemler ile hata, hile ve gabin gibi irade sakatlığı oluşturan durumlardan farklı bir niteliğe sahiptir.⁸¹

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 18/1 maddesi tarafların sözleşmenin gerçek niteliğini gizleme niyetinden söz eder. Gizleme niyeti, ancak üçüncü kişilerin aldatılması yoluyla gerçekleşebileceğinden "aldatma kastı" muvazaanın içeriğine dâhil zorunlu bir şarttır. Aldatma kastındaki amaç, tarafların dışarıya karşı aldatıcı durum yaratmak hususundaki niyetidir.⁸²

Nispi muvazaada geçerli olan "gizli işlem", tarafların görünüşteki işlemin örtüsü altında gerçekten arzu ettikleri ve gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları işlemidir. Örneğin; (A), saklı paylı mirasçılardan tenkis davası açmalarını önlemek amacıyla mallarını (B)'ye bağışladığı halde satmış gibi gözükme için (B) ile satım sözleşmesi yapmış olabilir. Bu takdirde (A) ile (B) arasında biri bağışlama, diğeri de satım sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme akdedilmiştir. Bunlardan bağışlama sözleşmesi gizli sözleşmeyi, satım sözleşmesi ise muvazaalı (görünürdeki) sözleşmeyi oluşturur. Muvazaa anlaşması hiçbir şekle tâbi değilken,⁸³ gizli işlemin kanunun öngördüğü şekilde yapılması zorunludur.

Gizli işlemin geçerli olabilmesi için, kanunen öngörülen şekle uygun olarak yapılmış olması gerekir.⁸⁴ Türk hukukunda alacağın devri (TBK m. 184/1), hayvan alım satımında ayıba karşı tekeffül (TBK m. 220), bağışlama sözü verme (TBK m. 288/1), taşınmazla ilgili simsarlık sözleşmesi (TBK m. 520/3), ömür boyu gelir sözleşmesi (TBK m. 608) yazılı şekilde; evlenme (TMK m. 142) ve sözlü vasiyetnamenin (TMK m. 539) sözlü şekilde; sağlararası vakıf kurma işlemi (TMK m. 102), ev-

mayıp, BK'nın 12'nci maddesi uyarınca görünürdeki sözleşmeyi ortadan kaldıran veya değiştiren bir sözleşme niteliğinde olur, Eren, a.g.e., C. 1, s. 316; Turhan Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956, s. 22.

⁸¹ Muvazaa anlaşması TBK'nın 12/1 maddesi uyarınca herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Muvazaa anlaşması yazılı veya sözlü herhangi bir şekilde yapılabilir. Resmî şekle tâbi bir sözleşmede muvazaa anlaşmasının da resmî şekilde yapılması şart değildir.

⁸² Yar. HGK, 06/11/1991, E. 1991/14-369, K. 1991/562.

⁸³ Şekle bağlı sözleşmeler hakkında ileri sürülen muvazaa iddiasının ispatı bakımından muvazaa anlaşmasının yazılı olması şartı aranır. Ancak burada aranan şekil şartı, geçerlilik şartı olmayıp ispat şartıdır, Ali İhsan Özuğur, Açıklamalı İçtihatlı Tenkis, Muvazaa, Mirasta İade Davaları, Ankara, 1999, s. 837.

⁸⁴ Yar. HGK, 22/12/1982, E. 1979/13-1905, K. 1982/966.

lenme sözleşmesi (TMK m. 205), evlilik dışı çocuğun tanınması (TMK m. 295), taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşme (TMK m. 706), mülkiyeti saklı tutma akdi (TMK m. 764), resmi vasiyetname (TMK m. 532) ile ölünceye kadar bakma sözleşmesinin (TBK m. 612/1) resmî şekilde yapılması geçerlilik şartıdır. Örneğin; tapulu taşınmaz aslında bağışlandığı halde işlem tapuda satış olarak gösterilmişse görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından geçersiz olduğu gibi, gizlenen bağış işlemi de resmi şekilde yapılmadığından geçersizdir.

Muvazaa, “mutlak muvazaa” ve “nispi muvazaa” muvazaa olmak üzere ikiye ayrılır.⁸⁵ Tarafların, gerçekte herhangi bir işlem yapmayı düşünmedikleri halde, sırf üçüncü kişilere karşı onları aldatmak amacıyla bir işlem yapmış gibi gözükme için görünüşte bir işlem yapmaları “mutlak muvazaa” olarak nitelenir. Mutlak muvazaada görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastı mevcut olup gizli işlem yoktur. Mutlak muvazaada taraflar, gerçekte herhangi bir işlem yapmayı düşünmedikleri halde, sırf üçüncü kişilere (vergi idaresi de dâhil) karşı onları aldatmak (az vergi ödemek veya hiç vergi ödememek) maksadıyla bir işlem yapmış gibi görünmek için görünürde bir işlem yapar. Örneğin; vergi dairesine borcu olup da bunu ödemek istemeyen (B)'nin, mallarının haczedilmesini önlemek için mallarını yakın akrabası (C)'ye devretmesinde mutlak muvazaa vardır. Zira mallar gerçekte satılmak istenmediği halde taraflar vergi dairesini aldatarak görünürde satım sözleşmesi yapmıştır.

Yine, veraset ve intikal vergisinin doğmaması için mirasbırakanla mirasçı arasında mirasbırakanı borçlu gösteren muvazaalı bir sözleşme kurulması halinde gerçekte olmayan bir borç ilişkisi varmış gibi bir görünüm yaratılmış olur. Görünürdeki borç ilişkisi geçersiz kabul edilir ve veraset ve intikal vergisine uygun olarak fiili iktisadî sonuçlara göre vergilendirme gerçekleştirilir. Vergilendirmede veraset ve intikal vergisinin matrahı tespit edilirken mirasbırakanla mirasçı arasında muvazaalı bir sözleşmeyle yaratılan borç tutarı indirim olarak dikkate alınmaz.⁸⁶

⁸⁵ Yar. HGK, 04/05/1960, 2/24-24; Yar. HGK, 03/06/1964, 1964/422-398; Yar. HGK, 03/06/1964, 1964/335-397; Yar. HGK, 04/05/1966, 1966/2-406-132; Yar. HGK, 22/12/1982, 1982/13-1905-966; Yar. HGK, 01/03/2000, 2000/1-126-143.

⁸⁶ Dan. 7. D., 04/02/1986, E. 1985/2894, K. 1986/286, nak. Şükrü Kızılot, Danıştay Kararları ve Özelgeler, C. 2, Ankara, s. 1654.

Tarafların, kendi aralarında yaptıkları bir işlemi, kendi gerçek amaç ve iradelerine uymayan sırf üçüncü şahısları aldatmak için yaptıkları başka bir işlemle gizlemeleri ise “*nispi muvazaa*”dır. Nispi muvazaada, mutlak muvazaanın aksine taraflar bir sözleşme yapmak ister, ancak bu sözleşmeyi başka bir sözleşme altına gizleme gereği duyar. Görünürdeki işlem arkasında bulunan bu işlem “*gizli işlem*” olarak nitelenir. Borçlar Kanunu, nispi muvazaayı düzenlemiştir.⁸⁷

Önalım (şûfa) hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını önlemek için bağışlama sözleşmesi arkasında yapılan satım sözleşmesinde; saklı paylı mirasçıdan mal kaçırmak için satım sözleşmesi altında yapılan bağışlama sözleşmesinde nispi muvazaa vardır.⁸⁸ Önalım hakkı örneğindeki bağışlama sözleşmesi görünürdeki sözleşme, satım sözleşmesi ise tarafların ciddi olarak istedikleri ve bu sebeple de gerçek iradelerine uygun bulunan gizli sözleşmedir. Saklı payın ihlali örneğinde ise, satım sözleşmesi görünürdeki sözleşmeyi, bağışlama sözleşmesi ise tarafların gerçekten istedikleri ve gerçek iradelerine uygun olan gizli sözleşmeyi oluşturur.

Tarafların gizli işlemi, görünürdeki işlemin niteliği ve mahiyetini değiştirmek için yapmakta ise sözleşmenin niteliğiyle ilgili muvazaa karşısında bulunulur. Örneğin; saklı paylı mirasçılarından mal kaçırmak isteyen bir mirasbırakanın karşı tarafla yapmış olduğu bağışlama sözleşmesini bir satım sözleşmesiyle gizlemesi veya yüksek miktarda vergi ödemekten kurtulmak için karşılıksız kazandırma olan işlemin satış şeklinde gösterilmesi durumunda sözleşmenin niteliğiyle ilgili muvazaadan bahsedilir.

Tarafların görünürdeki işlemi ciddi olarak yapmak istemekle birlikte bunun bazı şartlarını gerçek iradelerinden farklı olarak tayin etmeleri durumunda sözleşmenin konusunda veya şartlarında yapılan muvazaa karşısında bulunulur. Bu tür nispi muvazaa sözleşmenin konusunun bir kısmı tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için “*kısmî muvazaa*” olarak da nitelenir.⁸⁹ Bu tür muvazaa, uygulamada

⁸⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 117; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Refet Özdemir, Borçlar Kanunu Şerhi, Genel-Özel, Ankara, 1987, s. 50.

⁸⁸ Yar. İBK, 01/04/1974, 1974/1-2.

⁸⁹ Eren, a.g.e., C. 1, s. 315; Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Kitap, Ankara, 1971, s. 251.

özellikle taşınmaz satışlarında satım parasında (bedelde) muvazaa şeklinde ortaya çıkar.

Görünürdeki işlemde, tarafların gerçek iradesine uygun olan hukuki işlemde taraf olarak yararlanan kimsenin yerine başka biri ikame edildiğinde sözleşmenin tarafında (şahısta) muvazaadan söz edilir. Burada, sözleşmenin taraflarından biri olarak görünen kimse sözleşmeden yararlanan kimse olmayıp, sözleşme başka şahıs namına yapılır, sözleşmeden taraf olarak gözükmeyen kimse yararlanır.⁹⁰ Örneğin; (C)'nin dairesini satın almak isteyen (A)'nın, böyle bir işlemde bulunduğu vergi borcuna karşılık dairenin tapu kaydına haciz konulabileceği ihtimalini düşünerek taşınmazı (B) adına satın alması durumunda şahısta muvazaa vardır.⁹¹ Zira taşınmazın alıcısı (B) ile satıcısı (C), gerçek alıcının (A) olduğunu bildikleri halde görünürde bir satım sözleşmesi yapmışlardır. (B) ile (C) arasındaki satım sözleşmesi şahısta muvazaa sebebiyle geçersizdir.

Örneğin; borçlu (B), alacağı evi alacaklıların takibinden kurtarmak için kendi alacağı yerde yakın arkadaşı (C) ile anlaşarak işlemi yüklenici ile arkadaşı (C) arasında yaptırmada durumunda arkadaşı (C) ev alımına borçlu yerine katılır ve işlemin şahısta muvazaalı tarafı olur. Burada yapılan gizli muvazaa sözleşmesinde gerçek alıcının (B) olduğu, yakın arkadaşı (C)'nin satış sözleşmesinden hiçbir hak talep edemeyeceği ve taşınmazın (B)'ye ait olduğu kararlaştırılır.

Muvazaalı olduğu iddia olunan hukuki işlem bir adi senede veya bir resmi senede bağlanmışsa tarafların (ve mirasbırakanın küllî halefi olarak hareket eden mirasçılarının) muvazaa iddiasını tanık ile ispat etmeleri mümkün değildir. Hukuki işleme taraf olup işlemin muvazaa sebebiyle geçersizliğini ileri süren kimse bu iddiasını adi veya resmî bir senetle (yazılı kesin delille) ispat etmek zorundadır. Hukuki işlem resmî şekilde yapılmış olsa dahi taraflar muvazaa iddialarını adi senetle ispat edebilirler.⁹² Bu kural taraflar ve küllî halefleri için geçerli olup, üçüncü kişiler muvazaayı tanık deliliyle ispat edebilirler. Esasen üçüncü kişiye tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaa olgusunun yazılı delil ile kanıtlama yükümü getirilmesine hukuken imkân da yoktur.⁹³

⁹⁰ Esener, a.g.e., s. 88.

⁹¹ Eren, a.g.e., C. 1, s.345; Şenyüz, a.g.e., s. 83.

⁹² İnan, a.g.e., s. 259; Özüğür, a.g.e., s. 847.

⁹³ Yar. HGK, 02/10/2002, 2002/6-618-659.

Genel kabule göre görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradelerine uymadığı için geçersizdir. Muvazaalı işlemlerde görünürdeki işlemin geçersizliğini incelerken TBK'nın 19. maddesinden hareket edilmelidir. Bu maddeye göre tarafların birbirine uygun gerçek iradeleri aranmalıdır. Tarafların beyanları yorumlanırken irade teorisi esas alınmalıdır. İrade teorisi uyarınca bir beyan yorumlanırken beyan sahibinin iradesi esas alınmalı, bu irade araştırılarak gerçek anlamı bulunmalıdır. Buradaki iradeden kasıt dışarıya karşı beyan edilen irade olmayıp, beyan sahibinin gerçek iradesidir. Beyan, sadece bu iradeyi muhataba bildiren bir araçtır. Beyan gerçek iradeye uygun olması, onu ifade etmesi durumunda mevcut ve geçerli kabul edilmelidir. İrade teorisine göre irade beyanının anlamı beyan sahibinin gerçek iradesine göre tespit edilmelidir.⁹⁴

Muvazaalı işleme bağlanan hukuki sonuç (geçersizlik müeyyidesi) butlandır. Muvazaalı işlem, gerçekte geçerli bir hukuki işlem değildir.⁹⁵ TBK'nın 19. maddesi muvazaalı işlemin bâtil olduğunu açık bir şekilde hükme bağlamamış olmakla birlikte öğretisi ve uygulama butlan müeyyidesini kabul eder. Alman Medeni Kanunu, muvazaalı muamelenin bâtil olduğunu açıkça düzenlemiştir.⁹⁶

Bu çerçevede, irade teorisi uyarınca muvazaada tarafların beyanı gerçek iradeye uygun olmadığından herhangi bir hüküm ifade etmeyecek, gerçek iradeler ise bu işlemin kurulmaması yönünde olduğu için görünürdeki işlem kurulmamış sayılacaktır. Butlan müeyyidesi kabul edildiğinden muvazaalı sözleşmeler taraflar arasında yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz.⁹⁷ Hâkim yargılama sırasında dosyadan işlemin muvazaalı olduğunu öğrendiği takdirde, bunu resen nazara alır.⁹⁸ Ayrıca belirli bir sürenin geçmesiyle veya tarafların rızaları ile geçerli hale gelmez.⁹⁹ Tarafların muvazaalı sözleşmeyi ifa etmeleri dahi onu geçerli hale getirmez.

⁹⁴ Eren, a.g.e., C. 1, s. 136.

⁹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e., s. 411; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, s. 106; İhsan Özmen, Eraslan Özkaya, Muvazaa Davaları, Ankara, 1993, s. 12.

⁹⁶ Eren, a.g.e., s. 331.

⁹⁷ Yar. 1. HD, 26/05/2005, 2005/6029-6521.

⁹⁸ Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1984, s. 485.

⁹⁹ Yar. 1. HD, 08/10/1997, 1997/10570-11956.

Görünürdeki işlemin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülemediği istisnai durumlar yazılı borç ikrarı (TBK m. 19/2), tapu kütüğüne güvenin korunması (TMK m. 1023) ve dürüstlük kuralıdır (TMK m. 2). Örneğin; alacaklılarının icra takibi endişesine düşen (B) böyle bir takip gerçekleştiğinde onların tahsilat yapmasını önlemek için güvendiği yakını (A)'ya 100 bin liralık yazılı borç ikrarında bulunmuş, ancak (A) bu senetten doğan alacağını borçlusu olan ve borç ikrarından habersiz iyiniyetli (Ü)'ye olan borcunu ifa amacıyla devretmişse, (B) bu senetten doğan borcun muvazaalı olduğunu ileri süremez. Bunun gibi muvazaa sebebiyle geçersiz satım sözleşmesine dayanan yolsuz tescile güvenerek mülkiyet veya sınırlı aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı korunmuştur.¹⁰⁰

bb. Vergi Hukukunda Muvazaa

Muvazaada, bir veya birden fazla kişinin, diğer gizli bir sözleşme tarafından değiştirilen veya ortadan kaldırılan başka bir sözleşme üzerinde anlaşmış olmaları gerekir iken, vergiden kaçınmanın bir gizliliğe dayalı olması beklenmez.¹⁰¹ Vergi hukukunda muvazaa, mükelleflerin kendi aralarında yaptıkları görünürde bir anlaşmayla vergi idaresini yanıltmak ve bu yolla ödeyecekleri vergiyi ya az ödemek ya da hiç ödememek istemeleridir. Bunun için görünürde hukuki kurallara uygun, fakat gerçekte vergiden kurtulmayı amaçlayan sözleşmeler yapılır.¹⁰² Burada sözleşmeyi yapan taraflar vergiyi doğuran olayı asıl amacından saptırarak ödenecek olan verginin konusunu, mükellefini ve matrahını etkileyen sonuçlara ulaşmak ister. Bu takdirde yapılan işlem vergi hukuku bakımından muvazaalı sayılır.

Türk vergi mevzuatında muvazaa kavramıyla ilgili çeşitli hükümler bulunur. 213 sayılı VUK'un 3/B maddesine göre vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Vergi hukukunu ilgilendiren muvazaalı bir işlemle karşılaşıl-

¹⁰⁰ Kazanımda bulunan kişi hakkın kazanılmasına engel olan durumu (tescilin yolsuzluğunu) bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa iyiniyetli sayılır.

¹⁰¹ Daniel Gutmann, Vergiden Kaçınmanın Tanımlanması, Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi, çev. Selçuk Özgenc, Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi-2, Editör: Prof. Dr. Billur Yaltı, İstanbul, Ağustos, 2014, s. 7.

¹⁰² Burhan Gündoğdu, Muvazaa I, Özel Hukukta Muvazaa, Vergi Dünyası, 2005, S. 287, s. 99.

dığında anılan hüküm uyarınca görünürdeki muvazaalı işlem değil, tarafların gerçek iradelerini ve yapılan işlemin gerçek mahiyetini gösteren gizli işlem esas alınır. 213 sayılı VUK'un 8/3 maddesine göre, vergi kanunları ile kabul edilen durumlar dışında, özel sözleşmeler vergi dairesini bağlamaz. Bu hüküm vergi yükünü bertaraf etmek veya azaltmak amacını taşıyan işlemleri önlemeye yöneliktir.¹⁰³

Uygulamada taşınmaz satışlarında iktisap bedelinde muvazaa sıklıkla görülür. Bedelde muvazaa halinde işlem veya sözleşmede gösterilen bedel, tarafların anlaşmış oldukları gerçek bedelin altında veya üstünde olur. Vergi uygulamasında bedelde muvazaaya özellikle taşınmaz devir ve iktisaplarında tapu harcının az ödenmesi amacıyla resmi satış senedinde gerçek değer altında bir bedel gösterilmesi şeklinde rastlanır. Eksik beyanın tespit edildiği böyle bir durumda, gerçek bedel üzerinden ikmalen tarhiyat yapılarak eksik ödenen tapu harcının tahsili yoluna gidilir.¹⁰⁴

04/06/2008 gün ve 5766 sayılı kanunun 11/c maddesiyle 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 63. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları değiştirilmiştir. Buna göre taşınmaz devir ve iktisaplarında tapu ve kadastro harcı, emlak vergisi değerinden az olmamak üzere, beyan edilen devir ve iktisap bedeli üzerinden hesaplanır. Tapuda yapılan işlemde sonra emlak vergisi değerinden daha düşük bir bedel üzerinden harç ödendiğinin veya beyan edilen devir ve iktisap bedelinin gerçek durumu yansıtmadığının tespit edilmesi halinde aradaki farka isabet eden harç ikmalen veya resen tarh edilir. Bu suretle tarh edilecek tapu ve kadastro harcı için 213 sayılı VUK'ta yer alan vergi ziyayı cezası %25 nispetinde uygulanır. Takdir komisyonu kararlarına istinaden bu düzenleme uyarınca tarhiyat yapılamaz. Bu değişikliğin ardından 56 seri no'lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği yayımlanmış¹⁰⁵ ve uygulamaya yönelik açıklamalarda bulunulmuştur.

Yapılan düzenlemeyle taşınmaz devir ve iktisaplarında gerçek alım satım bedeli üzerinden tapu harcı tahsil edilmesi esasına geçilmiştir. Söz konusu değişiklik, sadece taşınmaz devir ve iktisaplarına yöneliktir. Taşınmaz devir ve iktisaplarında gerçek alım-satım bedeli-

¹⁰³ Gündoğdu, a.g.m., s. 90.

¹⁰⁴ Dan. 3. D., 21/11/1990, 1990/2057-3199.

¹⁰⁵ RG, 12/07/2008, 26934.

nin tapu işlemine yansıtılmadığının, bir başka deyişle bedelde muvazaaya yapıldığının tespit edilmesi halinde, alıcı ve satıcı adına cezalı tarhiyat yapılır. Tapuda işlem yapıldıktan sonra, harcın gerçek alım satım bedelinden daha düşük bir bedel üzerinden beyan edilip ödendiğinin tespiti halinde, aradaki farka isabet eden harç, %25 oranında vergi ziyayı cezasıyla birlikte tahsil edilir. Kısmi muvazaaya örnek teşkil eden bu durumda, sadece bedele ilişkin kısmı muvazaalı olduğu için satım işleminin tamamı değil, muvazaalı (bedele ilişkin) kısmı geçersiz, diğer kısımları ilke olarak geçerlidir.

Örnek

(A), emlak vergisi değeri 40 bin lira olan dairesini (B)'ye 12/06/2009 günü 100 bin lira bedelle satmıştır. Taraflar tapuda iktisap bedelini 70 bin lira olarak beyan etmiş ve bu tutar üzerinden tapu harcı ödemişler ise, bu bedel emlak vergisi değerinin üzerinde olmakla birlikte, gerçek iktisap (alım-satım) bedelini yansıtmadığından (muvazaalı olduğundan), gerçek alım-satım bedeli vergi idaresi tarafından tespit edilerek aradaki matrah farkı (30 bin lira) üzerinden alıcı ve satıcı adına %25 oranında vergi ziyayı cezalı harç tarhiyatı yapılır.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, bedelde muvazaaya durumunda tarafların gerçek iradelerine uymadığı için görünürdeki bedelle yapılan satım sözleşmesi ile geçerlilik şartının bir unsurunu gizlediğinden gerçek (gizli) bedelle yapılan sözleşme bătıldır.¹⁰⁶ Ancak Federal Mahkeme, hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki muvazaaya iddiasını kabul etmez. Federal Mahkeme, tarafların hukuki muameleyi tamamen ifa etmiş olmaları durumunda tapu harcından kaçınmak için bedelin düşük gösterilmesinde şekil noksanlığına dayanılarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğuna karar vermiş ve muvazaaya iddiasını kabul etmemiştir.¹⁰⁷ Türk vergi mevzuatında ise tapuda eksik gösterilen bedel gerçek bedele iblağ edilerek eksik ödenen harç cezalı olarak alınır ve böylece satım sözleşmesinin geçerliliği kabul edilir. Kaldı ki bedelde muvazaaya taşınmaz malın mülkiyeti, tapuya yapılan tescille alıcıya geçtiğine ve böylece taraflar borçlarını bilerek ve isteyerek ifa ettiklerine göre gizli işlemin

¹⁰⁶ BGE, 78 II 224, 86 II 404, 88 II 160, 90 II 156, 98 II 316, 104 II 101, nak. Eren, a.g.e., s. 329.

¹⁰⁷ BGE, 104 II 99, 101, 86 II 402, nak. Eren, a.g.e., s. 329.

şekil kurallarına aykırı olarak yapıldığını taraflardan birinin ileri sürmesi, aynen şekil konusunda olduğu gibi, hakkın kötüye kullanılması yasağıyla da çatışır.¹⁰⁸

Muvazaada görünürdeki sözleşme taraflarca arzulanmaz, hukuki sonuç doğurması istenen (gerçek) sözleşme gizlenir. Peçeleme sözleşmesinde ise, seçilen hukukî şekil yapıldığı durumuyla istenir. Muvazaada tarafların gerçek iradeleriyle görünürdeki iradeleri arasında kasıtlı olarak meydana getirilen bir uygunsuzluk bulunur. Peçeleme sözleşmesinde ise, böyle bir uygunsuzluk bulunmaz.¹⁰⁹ Zira ortaya konan iradeyle (işlem, sözleşme) ortaya konmak istenen irade (işlem, sözleşme) aynıdır.

Muvazaalı sözleşmeler sırf vergiyi ortadan kaldırmak maksadıyla yapılabileceği gibi bu amacı taşımamakla beraber vergiye ilişkin sonuçlar doğuran veya doğurmeyen şekillerde de yapılabilir. Peçeleme sözleşmesi ise, tümüyle vergi hukukuna özgü bir kavram olup, vergiyi doğuran olayı dolanmayı veya azaltmayı amaçlar.

Muvazaalı sözleşmelerde temel amaç gerçek işlemin gizlenmesidir. Peçeleme sözleşmesinde ise işlem değil, menfaat aktarımı gizlenir. Bir başka anlatımla, muvazaada görünürdeki sözleşmenin amacı üçüncü kişileri aldatmak olup borçlar hukuku bakımından bu sözleşme tüm unsurları ile tamamdır. Gizli sözleşme taraflar arasında önceden kararlaştırılmış, ancak herhangi bir sebeple ortaya çıkmasını önlemek için başka bir anlaşma yapılmıştır. Peçelemede ise taraflar görünürde yaptıkları sözleşmeyle iktisadi olayı gizlemeye çalışır.

Muvazaada gizli ve görünüşte olmak üzere iki işlem vardır. Peçelemede görünüşte ve gizli olmak üzere iki işlem yoktur, işlem tektir. Muvazaada görünürdeki işlem özel hukuk ve vergi hukuku bakımından başlangıçtan itibaren geçersizdir. Peçeleme sözleşmeleri ise, özel hukukta geçerli, vergi hukukunda geçersizdir.

Muvazaalı (görünürdeki) sözleşme mutlak butlanla malûl olduğu için muvazaa iddiasının her zaman ileri sürülebilmesi mümkündür. Peçeleme ise, ancak vergi hukukundaki zamanaşımı süreleri içinde iddia edilebilir. Diğer yandan muvazaayı hukukî menfaati

¹⁰⁸ Eren, a.g.e., C. 1, s. 329.

¹⁰⁹ Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 29.

olmak kaydıyla (aldatılan) üçüncü kişilerin de (vergi dairesi dâhil) ileri sürmesi mümkün iken peçeleme sadece vergi dairesi tarafından iddia edilebilir.

Vergi mevzuatında “muvazaa”¹¹⁰ kelimesinin açıkça geçtiği tek düzenleme 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 110/2 maddesidir. Bu maddeye göre, kamu alacağının tahsili için hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak amacıyla mallarından bir kısmını veya tamamını gizleyerek, kaçırarak “muvazaa yoluyla” başkasının uhdesine geçirerek gerçeğe aykırı surette varlığını yok eder veya azaltır ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmezse altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Muvazaa, iki tarafın iradesiyle beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuzluk halidir.¹¹¹ Muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususunda anlaşmalarıdır.¹¹² Tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla, fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve netice doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmaları durumunda muvazaadan söz edilir.¹¹³ Muvazaa, açıkladıkları beyanlarının gerçek maksatlarına uymadığını bildikleri halde tarafların, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak suretiyle kendilerini kastettikleri durumdan başka bir hukuki ilişkide anlaşmış gibi göstermeleridir.¹¹⁴

Muvazaa olduğu ispatlanan ve özel hukuk açısından başlangıçtan itibaren geçersiz sayılan bir sözleşme aynı zamanda vergiyi doğuran olay niteliğinde ise, bu sözleşmenin vergi hukuku yönünden doğurduğu sonuçlar da ortadan kalkar. Örneğin; dört çocuğu olan (A) diğer

¹¹⁰ Sözlük anlamıyla muvazaa “danışık, danışıklık”; terim anlamıyla ise “danışık”; muvazaalı muamele de “danışıklı işlem”dir, İsmet Sungurbey, Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü, Osmanlıca’dan Türkçe’ye-Türkçe’den Osmanlıca’ya, Ankara, 1966, s. 52.

¹¹¹ Eren, a.g.e., C. 1, s. 324.

¹¹² Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 104; Özmen, Özkaya, a.g.e., s. 4; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 407; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, C. I, İstanbul, 1976, s. 291.

¹¹³ Esener, a.g.e., s. 1.

¹¹⁴ Yar. İBK, 07/10/1953, 1953/8-7; Yar. HGK, 01/03/2000, 2000/1-126-143.

mirasçılarını mirasından yoksun bırakmak için taşınmazını çocuklarından (B)'ye satmış ve bu işlem asliye hukuk mahkemesi tarafından muvazaa olarak nitelendirilip geçersiz sayılmışsa, bu işlem sırasında ödenen tapu harcı düzeltme işlemiyle mükellefe iade edilmelidir. Zira vergilendirme işleminin sebep unsurunu oluşturan vergiyi doğuran olay, başlangıcından itibaren geçersiz sayılmıştır. Danıştay, bağış (hibe) suretiyle iktisap olunan taşınmaza ait tapu kaydının iptal edilmesinin, vergiyi doğuran bağış işlemi ortadan kaldırması sebebiyle yapılan veraset ve intikal vergisi tarhiyatının terkin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹¹⁵

Muvazaalı işlemlerde ispat külfeti, kural olarak, vergi dairesine aittir. Doğrudan veya dolaylı vergiyi ortadan kaldırmak için yapılmış olsun, vergi dairesi muvazaanın vergiye ilişkin sonuçlarıyla ilgilenir. Vergi dairesi, 213 sayılı VUK'un 3/B maddesi gereğince, sadece vergi kaçırmaya yönelik iradenin varlığını, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan tanık ifadesi ve yemin hariç her tür delille ispatlayabilir.

Vergi dairesinin muvazaa sonucuna varması tarhiyat yapması için yeterlidir. Ancak vergi dairesi muvazaanın varlığını, açık, kesin ve inandırıcı delillerle ortaya koymalıdır. Varsayım veya kanaate dayalı şekilde nitelendirme yapılması ve bunun sonucunda vergi tarh edilmesi işlemi sakatlar. Verginin ortadan kaldırılması maksadıyla yapılmamasına rağmen vergiye ilişkin sonuçlar doğuran işlemlerin kesin olarak tespiti durumunda, vergi dairesinin bu kesin varğıdan delil olarak yararlanması doğal olup, vergilendirme buna göre gerçekleştirilebilir. Muvazaa sebebiyle ortadan kaldırılan sözleşmenin yerine ikame edilen gerçek sözleşmeye göre işlem yapılırken bu gerçek işlemin tapudaki tescili ayrıca harca tâbidir.¹¹⁶

Vergisel saikli muvazaa ve peçeleme kavramları karşılaştırılırken vergilendirmede her iki hukuki müessesenin de işlemin gerçek iktisadi sonuçlarını esas aldıkları ve bu bakımdan vergisel sonuçları itibarıyla farklılık göstermedikleri gerekçesiyle bir özel hukuk işleminin

¹¹⁵ Dan. 3. D., 25/06/1985, E. 1983/4102, K. 1984/2217.

¹¹⁶ 2015 yılı için uygulanan 492 sayılı Harçlar Kanunu (4) Sayılı Tarife (I) Tapu İşlemleri (19). bent: "Muvazaa tarikiyle vaki tescillerin hükmen düzeltilmesinde kayıtlı değer üzerinden (Binde 136,62)."

muvazaa veya peçeleme olarak nitelendirilmesinin önem arz etmediği şeklindeki bir yaklaşım, peçelemede “gerçek işlem yerine varsayımsal bir işlemin ikame edilmesi” kuralı karşısında kabul edilebilir değildir.

Muvazaada ulaşılmak istenen hedefe (vergisel menfaat sağlanması), gerçekte yapılmak istenen işlemin dışında bir işlemle ulaşılır. Muvazaada yapılan ve yapılmak istenen olmak üzere daima iki ayrı işlem vardır ve dış dünyaya görünürdeki işlem yansıtılır. Peçelemede ise, yapılan ve yapılmak istenen işlemler aynıdır ve yapılan işlem özel hukuk bakımından geçerlidir. Peçelemede vergisel menfaat değişik içerik ve şekilde bir veya birden fazla özel hukuk işlemiyle elde edilir.¹¹⁷

Peçeleme sözleşmesi ile vergisel saikli muvazaa arasında farklar vardır. Muvazaada gerçek sözleşme gizlenmiştir ve görünürdeki sözleşme üçüncü kişilere karşı geçerli kılınmak istenir. Peçeleme sözleşmesinde ise, yapılan sözleşme özel hukuk için geçerlidir, vergi hukuku için geçersizdir. Peçeleme sözleşmelerinde taraflar, peçeli sözleşmenin sadece şeklini değil, muhtevasını dahi yerine getirebilirler. Ancak vergi hukuku, vergiyi azaltmaya yönelmişse peçeleme sözleşmesini tanımaz.¹¹⁸ Görünüşteki işlem yerine gerçek işlemin vergilemede esas tutulduğu muvazaada gerçek durum tespit edilerek nitelendirilir. Oysa peçelemede bunlara ek olarak somut maddi olay yerine vergilemede esas tutulacak varsayımsal olayın da tespit edilmesi gerekir.¹¹⁹

Peçelemede, yapılan işlem taraflarca görünüşteki şekliyle istenmiştir, nispi muvazaadakinin aksine görünürdeki ve gizli olmak üzere iki ayrı işlemden bahsedilemez. Peçelemede özel hukuk bakımından geçerli, ancak vergi normunu dolanmak için seçilen bir hukuki yapı vardır. Oysa nispi muvazaada asıl ekonomik sonuçları istenilen işlem, tarafların görünürdeki işlemin altında gizledikleri gizli işlemidir. Vergi kanunlarının doğrudan doğruya vergilendirdiği işlem, işte bu gizli işlemidir.¹²⁰

Peçelemeye vergisel saikli muvazaa arasındaki farkları şu şekilde sıralamak mümkündür:¹²¹

¹¹⁷ Akkaya, a.g.e., s. 105.

¹¹⁸ Şanver, a.g.e., s. 124.

¹¹⁹ Akkaya, a.g.e., s. 103.

¹²⁰ Kaneti, a.g.e., s. 53.

¹²¹ Akkaya, a.g.e., s. 103-104.

- Peçelemede tarafların yapmak istedikleri ve yaptıkları işlemler aynıdır. Nispi muvazaa niteliğindeki vergisel saikli muvazaada ise, tarafların yaptıkları (görünürdeki işlem) ile yapmak istedikleri işlem (gerçek işlem) farklıdır.
- Peçelemede özel hukuk bakımından geçerli bir işlem vardır. Nispi muvazaa niteliğindeki vergisel saikli muvazaada ise görünürdeki işlem geçersiz, geçerlilik şartlarına uygun yapılmışsa gerçek işlem geçerlidir.

Kanundan kaçınma ile vergisel saikli muvazaa arasındaki sınırı belirlemek kolaydır. Zira kanundan kaçınmada hukuk düzeni tarafından yasaklanan bir sonuca ulaşmak için yasaklanmamış başka yollar amaçları dışında kullanılır, muvazaada ise üçüncü kişilerin hak ve borçlarını etkileme amaçlı, ancak yasaklanmamış işlemler yapılır.¹²² Oysa peçeleme ile vergisel saikli muvazaa arasında sınır çizmek bu kadar kolay değildir. Zira peçeleme ve muvazaalı işlem taraf iradelerini de kapsayacak şekilde tümüyle kavranamadığı gibi özel hukukun düzenleme imkânlarının ne zaman kullanıldığı konusu da açık değildir. Bu bakımdan kanundan kaçınma ve muvazaa ayırımında kullanılan ölçüt, peçelemede ve vergisel saikli muvazaada aldatılmak istenen üçüncü kişinin vergi idaresi olması sebebiyle vergi hukukunda yetersiz kalır.¹²³

Kanundan kaçınmanın vergi hukukuna yansımaları olan peçeleme ile vergisel saikli muvazaa arasında tam bir ayırım yapılması güçtür. Bu tür bir ayırımı kesin bir ölçüt tespit edilmesinin uygulamada birbirinden farklı şekillerde gerçekleştirilebilecek işlemler karşısında geçerliliğini yitirmesi ihtimali çok yüksektir. Bu itibarla peçeleme ile vergisel saikli muvazaa arasındaki kuramsal belirsizlik¹²⁴ peçelemenin kavram ve kapsamının bir kanun hükmünde belirlenmesi suretiyle ortadan kaldırılmalıdır.¹²⁵

Transfer fiyatlandırmasının neden “muvazaa” olmayıp, bir “peçeleme” olduğu aşağıdaki açıklamalarla şu şekilde somutlaştırılabilir:

¹²² Topçuoğlu, a.g.e., s. 207.

¹²³ Akkaya, a.g.e., s. 104-105.

¹²⁴ Peçeleme ile vergisel saikli muvazaa arasında vergisel sonuçları bakımından bir farklılık yoktur. Zira kuramsal ayırımı bir önem atfetmeyen vergi idaresi uygulamada gizlenen iktisadi gerçekliği vergilendirir.

¹²⁵ Akman, a.g.m., s. 37-38.

lır: Ekonomik yaşamın bir gereği olarak kurumlar kazanç elde etmek amacıyla hukuki işlemler yapar. Hukuki işlemlerin muhatabı ister ortak veya ister diğer ilişkili gerçek kişi veya kurumlar olsun bu amaç kurumun bütün işlemlerine sirayet etmiştir. Kurum giriştiği hukuki işlemlerle “kâr etme” amacından sapmak suretiyle bir kazançtan feragat ederse bu hukuki işlemin saikinin ilişkili kişiye bir menfaat sağlamak olduğu kabul edilir.¹²⁶ Bir kurumun, ilişkili olduğu gerçek kişi veya kurumla olan hukuki münasebetini dikkate alarak ilişkili kişi lehine sağladığı her menfaat transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına yol açabilir. Kurumun ilişkili kişi lehine kendi menfaatlerinden ve kazanç elde etme imkânından vazgeçmesi de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına sebebiyet verebilir. Bir fırsatı görmezlikten gelmek veya ilişkili kişi lehine kurumun kazancını menfi şekilde etkileyen herhangi bir işlem yapmak da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının varlığını gösterir.¹²⁷

Kurum, ivazsız olarak veya küçük bir ivazla edimlerde bulunarak ya da ilişkili kişinin edimlerine karşı çok yüksek bir ivaz ödeyerek veya sahip olduğu bir haktan ilişkili kişi lehine feragat ederek ilişkili kişiye menfaat sağlar. Kurumun ilişkili kişiye sağladığı menfaat para, hizmet veya ayın ödemeleri şeklinde olur. İlişkili kişiye faizsiz veya çok düşük bir faizle verilen borçlar para ödemelerine örnek olarak gösterilebilir. Bunun gibi, sermaye indirimi durumunda ortağa sermaye payının itibari değerini aşan ödemelerde bulunulması da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayılır. Kurumun ilişkili kişiden olan alacağını tahsil etmekten vazgeçmesi veya ilişkili kişi lehine bir borcu üstlenmesi de ilişkili kişiye dolaylı olarak parasal bir menfaat sağlamış olur.¹²⁸

Hizmet edimlerinde kurum, organlarının hizmetlerini veya üçüncü kişilerin kuruma yapmakta olduğu hizmetleri ivazsız olarak ilişkili kişinin emrine verir. Örneğin; kurumun ilişkili kişiye ivazsız bir iş yaptırması veya ilişkili kişinin kurumun elemanlarını karşılık ödemedenden kendi işinde çalıştırması durumunda kazancın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtıldığı kabul edilir. Yine, kurumun

¹²⁶ Öncel, a.g.e., s. 14.

¹²⁷ H. Wallis, Fragen des Bilanzsteuerrechts bei Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, GmbHHR, 1968, s. 89, nak. Öncel, a.g.e., s. 18.

¹²⁸ Öncel, a.g.e., s. 18-19.

mülkiyetindeki malları çok küçük bir ivazla ilişkili kişinin kullanımına terk etmesi, özellikle işletme binalarını, kuruma ait taşıt araçlarını ilişkili kişinin emrine vermesi, bu araçların yakıtlarını sağlaması, işletmedeki sabit sermayeyi değerlerinin çok altında bir ivazla ilişkili kişiye devretmesi gibi durumlarda kurumun ilişkiye yaptığı bu türden ayın ödemeleri de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına sebebiyet verir.¹²⁹

İlişkili kişi de kuruma çeşitli edimlerde bulunabilir. Örneğin; ortağın çok yüksek oranda bir faizle kuruma borç vermesi, ilişkili kişinin kuruma para ödemesi şeklinde gerçekleştirdiği bir edimdir. Buna karşılık ilişkili kişinin sahip olduğu malları çok yüksek fiyatla kuruma kiralaması, taşınır ve taşınmaz mallarını değerlerinin çok üstünde bedelle satması ayın edimlerine örnektir. Bir ortağa kuruma yaptığı hizmetler karşılığında çok yüksek maaş, ücret, kâr payı, emeklilik maaşı ödenmesi ise hizmetleri aracı kılarak yapılan transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıdır. Sayılan durumlar dışında ortağın veya ilişkili kişinin kuruma ait bir menfaati elde etmesine göz yumulması veya kurumun aleyhine olmak üzere bir işlemin yapılmasının, bir önlemin alınmasının ortak veya ilişkili kişi lehine ihmal edilmesi (örneğin bir sözleşmenin fesih ihbarının yapılmaması) transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını oluşturabilir.

İlişkili kişiye menfaat sağlanıp sağlanmadığı tespit edilirken objektif ölçütler kullanılmalıdır. Bir başka anlatımla ilişkili kişi objektif olarak zenginleşmiş olmalıdır. Örneğin; ilişkili kişi (örneğin ortak) sahip olduğu arsayı, bu arsanın hemen yanında taşınmazı bulunan (ortağı olduğu) kuruma satmak isteyip kurumun idare binasını genişletebilmek için bu arsaya duyduğu ihtiyaca binaen (özel menfaati sebebiyle) cari değerinden çok daha yüksek bir fiyat ödemesi durumunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını gerçekleştirmiştir. Zira kurumun sübjektif durumu arsanın değerini yükseltmekte ise de, ilişkili olmayan bir alıcı bu arsa için objektif ölçütler dâhilinde kurumun verdiği bedelden daha düşük bir tutar ödeyeceğinden, bir başka anlatımla kurumun ödediği bedel emsaline uygun olmadığından verilen örnekte kazanç transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmıştır.¹³⁰

¹²⁹ Öncel, a.g.e., s. 19.

¹³⁰ Öncel, a.g.e., s. 23.

c. İnançlı İşlem ve Peçeleme

İnançlı işlem, inananın bir borca teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere malvarlığına dâhil bir şey veya hakkı aynı amacı güden hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak amacıyla inanılana kazandıran, sonra da yeniden devretme yükümlülüğünü içeren işlemidir.¹³¹ İnançlı işlemle inanan, inanılana mülkiyeti veya alacak hakkını belirli bir tarz ve amaçla kullanmak ve sonra da bu amaç gerçekleşince iade etmek üzere devreder.¹³²

İnançlı işlemin iki unsuru vardır. Bunlar, temel işlem niteliğindeki inanç anlaşması ve devir işlemidir. İnanç anlaşması, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı işlemin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın inanılan tarafından kullanılma, idare edilme, inananın iadesi şartlarını içeren borçlandırıcı bir işlemidir.¹³³ İnanç işleminin muvazaadan temel farkı inanç anlaşmasının inançlı devrin kendine özgü hukuki sebebini oluşturmasıdır.

Alacağın devriyle taşınmazların devrine ilişkin inançlı işlemlerde hukuki sebebi oluşturan inanç anlaşması şekle tâbidir. Taşınmazlara ilişkin inançlı işlemlerde inanç anlaşmasının tapuda resmi şekilde yapılması gerekir. İnançlı işlemlerin ispatında yazılı delil esastır.

İnançlı işlemle muvazaalı işlemin her ikisinde de taraflar, dışarıya karşı bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmıştır. Her iki işlemde kazanan, devredilen şey üzerinde fiili bir iktidara sahiptir. Taraflar arasındaki iç ilişkide de, inançlı işlemde inanç anlaşmasıyla, muvazaada muvazaanın anlaşmasıyla kurulan bir ilişki vardır.¹³⁴ Taraflar inançlı işlemde devri ciddi olarak istedikleri halde muvazaada bunu istemez. Taraflar, inançlı devir işlemiyle inanılana devredilen hak üzerinde inanılanın tam bir mülkiyet veya alacak hakkı kazanmasını kesin ve ciddi olarak ister. İnanç anlaşmasından doğan sınırlamalar sadece borçlandırıcı niteliktedir. İnançlı işlemler sadece tasarruf işlemlerinde

¹³¹ Eren, a.g.e., s. 339; Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 108; Ergun Özsunay, İnançlı Muameleler, İstanbul, 1968, s. 1.

¹³² Esener, a.g.e., s. 113; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükmeler, 2. Bası, İstanbul, 1976, s. 212; Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 108; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e., s. 415; Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 319.

¹³³ Eren, a.g.e., C. I, s. 340; Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 320.

¹³⁴ Esener, a.g.e., s. 112-113; Özsunay, a.g.e., s. 22; Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 321.

yapılabilirken, hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemleri muvazaalı olarak yapılabilir.¹³⁵

İnançlı işlem (veya sözleşme) türünde bir hakkı devredene “inanın”, devralana ise “inanılan” denir. Bu ilişkide inanılan taraf, bu sözleşmenin kendisine sağladığı hukuki durumu ancak belirli bir amaçla kullanacağını ve bu amaç gerçekleştikten sonra terk edeceğini kabul ve taahhüt eder. Böyle bir işlemde üçüncü kişileri aldatma amacı yoktur. İşlemin mahiyeti dış âleme farklı yansıtılır. Arada bir iç ilişki vardır ve bunun üçüncü kişiler tarafından bilinmesi istenmemiş olabilir. Bu haliyle inanç sözleşmesi kendine özgü özel bir borç ilişkisidir.

İnançlı işlem kavramına yakın olan başka bir kavram ise kanundan kaçınma niteliğindeki işlemlerdir. İnançlı işlem ile kanundan kaçınmanın unsurları aynıdır. Ancak kanundan kaçınmada taraflar kanunun geçerli saydığı hukuki işlemleri kanuna aykırı sonuçlara varmak amacıyla yapar. Oysa inançlı işlemde hukuka aykırı bir amaç güdülmez. Örneğin; aralarında yapılan anlaşma çerçevesinde Hollanda uyruklu bir kişinin Marmaris’te inşa ettirdiği (belli bir ağırlığın altındaki) teknesini limana kendi adına kaydettirmek istemeyip, yanında kaptan olarak çalışan kişi adına kaydettirmesi durumunda inançlı işlem vardır.¹³⁶

İnançlı işlemler bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlanması amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği şekilde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir. Bu tür işlemler vekâlet veya vekâlet hükümlerinin uygulanacağı vekâlet benzeri kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilebilir.¹³⁷

İnanç konusunun, inanılan tarafından edinilmesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir: İnanılan, inanç konusunu doğrudan doğruya inanan dan edinebileceği gibi bir üçüncü kişiden de edinebilir. Uygulamada inanç konusunun üçüncü kişiden edinilmesi, özellikle bir dolaylı tem-

¹³⁵ Esener, a.g.e., s. 113; Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 321; Velidedeoğlu, Özdemir, s. 42-43

¹³⁶ Yar. 11. HD, 01/06/1999, 1999/2842-4719.

¹³⁷ Yar. HGK, 17/05/2000, 2000/2-888-885.

sil ilişkisi içinde gerçekleştirilir. Bu görünümde inanan, inanç konusunun edinilmesi amacıyla inanılana bir temsil yetkisi verir, inanılan da bu yetkiye dayanarak, inanç konusunu bir üçüncü kişiden edinir.¹³⁸ Bundan amaç, iktisabın üçüncü kişiler ve çok defa alacaklılar bakımından gizli kalmasını sağlar. İnanç anlaşması, inanç konusunun yeniden inanana devredilmesinin hukuki sebebini oluşturur.

Peçeleme ve inançlı işlem arasındaki karşılaştırma, peçeleme ile vergisel saikli muvazaa karşılaştırmasına göre daha kolaydır. Özel hukuk bakımından içerdikleri önemli farklara rağmen inançlı işlem ile vergisel saikli muvazaaya vergi hukukunda bağlanan sonuçlar bakımından herhangi bir fark yoktur. Her ikisinde de gerçekte yapılmak istenen işlem vergilemede esas alınır. İnançlı işlemi vergisel saikli muvazaadan farklı kılan gerçekte ve görünürde olmak üzere iki işlemin bulunmamasıdır. İnançlı işlemin iktisadi sonuçları başlı başına inanılan üzerinde meydana geldiğinden, inanılana devredilmenin iktisadi sonuçları vergiyi doğuran olay çerçevesinde değerlendirilir. İnanılan inançlı işlemde dolayı geri verme borcunu ifa ediyorsa, bunun da vergiyi doğuran olayla ilgili olması halinde ayrıca vergilendirilir.¹³⁹ İnançlı işlem vergi yükünün aktarılmasını amaçlayan bir sözleşme değildir. Vergiyi doğuran olay, inanılan kişi nezdinde meydana gelir ve vergi mükellefi inanılan kişi olur. İnançlı işlem daha sonra inanılan kişinin bu edinimleri inanan kişiye aktarması bakımından geçerlidir. Örneğin; sahip olduğu mal ve hisse senetlerini belli süreyle idare etmek, bu sürenin sonunda da kendisine devretmek üzere inandığı bir kişiye aktarma şeklinde gerçekleşen inançlı işlemde, mal ve hakların getirileri sebebiyle doğacak vergiler sadece inanılan için hüküm ifade eder.

d. Hakkın Kötüye Kullanılması ve Peçeleme

Hakkın kötüye kullanılması, kanun kuralları ile gerçek hukuk arasındaki çelişmeden doğar.¹⁴⁰ Hakkın kötüye kullanılmasıyla kanun-

¹³⁸ Ergun Özsunay, Saf İnançlı Muamelelerde Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 1977, s. 114.

¹³⁹ Şenyüz, a.g.e., s. 89-90.

¹⁴⁰ Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1971, s. 328.

dan kaçınma arasında farklar vardır.¹⁴¹ Hakkın kötüye kullanılmasında saptırılan şey bir hak veya yetkidir. Oysa kanundan kaçınmada sapmaya konu olan şey bir kanun hükmüdür ve bu sapma bir başka maddeden kaçmak için yapılmıştır.

Hakkın kötüye kullanılmasında bir başka hak sahibinin hak veya menfaati bozulmuş veya kendisi için kuvvetli bir zarar ihtimali doğmuştur. Zira hiç kimseyi ilgilendirmeyen bir kullanma olsa olsa keyfî bir kullanımdır ve bundan doğan sosyal zarar hukuki sorumluluk alanındaki ölçülerle takdir edilebilecek bir zarar olarak kabul edilemez. Ortada somut bir zarar olmadığı halde ve şikâyetçi bulunmadığı halde bir hakkın kötüye kullanımını araştırmak ferdi vicdanlara müdahale anlamına gelir. Uygulamada durum ancak hak süjelerinin menfaatinin haleldâr olmasına hasredilmiştir. Vergi kanunlarının korumadığı belirli amaçlara yönelik davranışların varlığı halinde kötüye kullanmadan söz edilir.¹⁴²

Öğretide transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının hakkın kötüye kullanılmasının bir örneği olduğu yönündeki görüşler,¹⁴³ kanuna karşı hile ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki değinilen temel farklılıkları dikkate almaz. Oysa bu iki kavram arasındaki farklar göz önünde bulundurulduğunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının hakkın kötüye kullanılması olmadığı açıkça ortaya çıkacaktır.

3. Unsurları

Peçeleme sözleşmesi, mükellef ve sorumluların özel hukuk şekillerini vergiden kaçınma amacıyla olağan kullanımları dışında kötüye kullanmalarıdır.¹⁴⁴ Bir başka deyişle peçeleme, vergi normunun iktisadi içeriğiyle vergileme konusu yaptığı bir özel hukuk işlemi yerine olağan kullanımı dışında vergilemeye konu edilmeyen bir özel hukuk işleminin yapılmasıdır.¹⁴⁵ Peçelemede vergi mükellefi, vergi kanununu

¹⁴¹ Topçuoğlu, a.g.e., s. 236.

¹⁴² Kaneti, a.g.e., s. 50.

¹⁴³ Kaneti, a.g.e., s. 45; Şükrü Kızılot, Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması, C. 6, Ankara, 1994, s. 44; Taşdelen, a.g.m., s. 154.

¹⁴⁴ Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 26.

¹⁴⁵ Kaneti, a.g.e., s. 44-45.

dolanmak için hukuki kalıp ve biçimlerden yararlanma olanağını kötüye kullanır.¹⁴⁶ Peçelemede somut maddi olayın, doğması muhtemel vergi mükellefiyetinin önlenmesi veya bir vergi kolaylığından yararlanılması amacıyla iktisadi özünden vazgeçilmeksizin soyut olay tanımına uygun (olduğundan farklı) şekilde sergilenmesi vardır.¹⁴⁷

Mali güce göre vergilendirme ve eşitlik ilkeleri için ciddi bir tehdit oluşturan peçeleme, kanundan kaçınmanın özel bir türü olarak vergi hukukundaki yansımasıdır. Peçeleme gerçekte mali güçleri olmasına rağmen bu işlemleri yapanların vergilendirilmemesi veya aynı mali güce sahip mükelleflerin farklı şekilde vergilendirilmesi sonucunu doğurur. Bu bakımdan peçelemeye vergi kanunlarının dolanılmasının önlenmesi için vergi hukuku kendine özgü tedbirler geliştirmiştir.¹⁴⁸

Peçeleden bahsedilebilmesi için somut maddi olayda şu unsurların gerçekleşmiş bulunması gerekir:

- Özel hukukun düzenleme imkânlarının kullanılması,
- Özel hukukun düzenleme imkânlarının kötüye kullanılması,
- Vergisel menfaat sağlanması,
- Vergiyi dolanma amacı (kast).

Sayılan unsurlardan ilk üçü “objektif”, sonuncusu ise “sübjektif” unsur olarak nitelenebilir.

a. Objektif Unsurlar

Peçelemenin varlığı için aranan ilk şart özel hukukun düzenleme imkânlarının somut maddi olayda kullanılmış olmasıdır. Bir özel hukuk işleminde peçelemenin varlığı için vergi normunun bir özel hukuk kavram veya kurumunu iktisadi içeriğiyle vergileme konusu yapmış olması gerekir. Diğer bir deyişle vergi normunda özel hukuk kavramının iktisadi içeriğinden bağımsız şekilde kullanılması durumunda peçeleden bahsedilemez.¹⁴⁹ Örneğin; 197 sayılı Motorlu Ta-

¹⁴⁶ Saban, a.g.e., s. 56.

¹⁴⁷ Akkaya, a.g.e., s. 95.

¹⁴⁸ Akkaya, a.g.e., s. 96-97.

¹⁴⁹ Örneğin; verginin bağlandığı soyut olay tanımında “evlilik” ve “boşanma” terimlerine aile hukukundaki anlamlarıyla yer verilmişse, bu tür özel hukuk işlemlerin-

şıtlar Vergisi Kanunu'nun 3. maddesine göre mükellefin “trafik, belediye veya liman sicili ile Ulaştırma Bakanlığı'nca tutulan sivil hava vasıtaları sicilinde adlarına motorlu taşıt kayıt ve tescil edilmiş olan gerçek ve tüzel kişiler” şeklinde tespit edilmiş olması, vergisel amaçlarla adına kayıt tescilinden kaçınmak suretiyle aracı fiilen malik gibi kullananların mükellef sayılması sonucunu doğurmaz.¹⁵⁰

Vergi normundaki vergisel sonucu ortaya çıkaracak somut maddi olay mutlaka bir özel hukuk işlemi veya temerrüt ihtarı gibi hukuki işlem benzeri bir davranış olmalıdır. Verginin bağlandığı soyut olayın tanımında vergi hukukuna özgü kavramların veya içeriği ait olduğu alanlardan farklı belirlenmiş kavramların kullanılmış olması durumunda somut maddi olay peçeleme olarak nitelendirilemez.¹⁵¹ İşlemin özel hukuk bakımından da geçersiz sayılması onun peçeleme olarak değerlendirilmesini engellemez, geçersizlik durumunda işlemin vergisel konumu geçersiz işlemler için öngörülen kurallar çerçevesinde belirlenir.¹⁵²

Peçelemenin varlığı için aranan ikinci şart özel hukukun düzenleme imkânlarının somut maddi olayda kötüye kullanılmış olmasıdır. Peçelemenin tartışıldığı bir özel hukuk işleminde vergisel avantaj sağlama amacı dışta tutulduğunda geride anlamlı bir iktisadi bütünlük kalmakta ise, seçilen formun “ölçülü” olduğu tespit edilir ve bu durumda “kötüye kullanma şartı” gerçekleşmez. Buna karşılık vergisel avantaj sağlama amacı dışta tutulduğunda geride anlamlı bir iktisadi bütünlük kalmaz ise, seçilen form “ölçüsüz”dür ve “kötüye kullanma şartı” gerçekleşmiştir.¹⁵³

Peçelemenin varlığı için aranan objektif unsurlardan bir diğeri, işlem neticesinde vergisel bir menfaatin ortaya çıkmış olmasıdır. Vergi-

de vergisel menfaat elde etme amacı görülse dahi ait oldukları alanlardaki anlamla bağlı kalınacağından imam nikâhı veya fiili birliktelik durumunda evlenmenin ve fiili ayrılıkta boşanmanın varlığından, dolayısıyla da peçelemeden bahsetmek mümkün değildir, Tipke, Kruse AO, § 42, Tz. 12, nak. Akkaya, a.g.e., s. 98.

¹⁵⁰ Akkaya, a.g.e., s. 97-98.

¹⁵¹ Tipke, Kruse AO, § 42, Tz. 12, 13, nak. Akkaya, a.g.e., s. 98.

¹⁵² Götürü gider, gerçek gider veya hızlandırılmış amortisman, normal amortisman gibi vergi kanunlarının sunduğu düzenleme imkanlarından veya seçimlik haklardan yararlanılması durumunda da peçelemeden söz edilemez, Tipke, Kruse AO, § 42, Tz. 13, nak. Akkaya, a.g.e., s. 98.

¹⁵³ Kruse, AO, § 42 TZ. 17, nak. Akkaya, a.g.e., s. 100.

sel menfaat sağlanması, verginin doğmasının önlenmesi veya bir vergi kolaylığından yararlanılması şeklinde gerçekleşebilir. Bu bakımdan mükellefin aleyhine vergisel sonuçlar doğuran özel hukuk işlemlerinde peçelemenin varlığından söz etmek mümkün değildir.¹⁵⁴

b. Sübjektif Unsur

Peçelemenin varlığı için aranan sübjektif unsur somut maddi olayda vergiyi dolanma amacının, diğer bir deyişle kastın gerekliliğidir. Vergi kanunlarının dolanılması amacı, peçelemenin temel bir unsuru ve göstergesidir. Kanunda böyle bir unsur öngörülmemiş olsa da “kötüye kullanma unsuru”ndan hareketle peçelemeye kast aranır. Aksi takdirde düzenleme imkânlarının bilgisizlik ve tecrübesizlikten dolayı eksik veya yanlış kullanılmasının peçeleme olarak kabul edilmesi tehlikesi vardır.¹⁵⁵

4. Hukuki Sonuçları

Peçeleme tespit edildiğinde taraflarca seçilen ölçüsüz işlem yerine ikame edilen varsayımsal ölçülü işlem vergilemede esas tutulur. Vergiyi dolanma yönündeki amaç ortadan kaldırılarak işlem olağan şartlarda yapılırdı ne şekilde vergilendirilecek idiyse o şekilde vergilendirilir. Vergi hukuku bakımından bir işlemin peçeleme olarak nitelendirilmesi, işlemin özel hukuktaki geçerliliğine halel getirmez. Diğer bir deyişle bir işlemin vergi hukukunda peçeleme olarak kabul edilmesi özel hukuk bakımından geçerliliğine herhangi bir etkide bulunmaz.

Peçelemeye taraflarca seçilen ölçüsüz işlem yerine varsayımsal olarak ölçülü olduğu kabul edilen işlemin vergilendirmede esas alınması vergi hukukunda “gerçeklik ilkesi”nin istisnasıdır. Normun uygulanmasında somut maddi olayın hiçbir surette değiştirilemeyeceği ve sadece fotoğrafının çekilebileceği kuralının geçerli olmadığı tek durum peçelemedir.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Akkaya, a.g.e., s. 100-101.

¹⁵⁵ Akkaya, a.g.e., s. 101.

¹⁵⁶ Akkaya, a.g.e., s. 102.

Hukukun genel ilkeleri, kamu düzeni ve hakkaniyet gibi çeşitli mülahazalarla kanundan kaçınma bütün hukuk sistemlerinde müeyyideye bağlanmıştır. Vergi hukukunda peçeleme tespit edildiğinde gerçekleşen olay yerine varsayımsal olayın ikame edilmesi esasen anayasal vergileme ilkelerinin de bir gereğidir. Bu itibarla peçeleme, vergi hukukuna özgü bir “savunma mekanizması” olarak görülebilir.¹⁵⁷

Somut maddi olayın ortaya çıkarılması suretiyle nitelendirmenin buna göre yapılmasıyla peçeleme sonucuna ulaşılır. Modern vergi inceleme anlayışı defter ve belgeyle sınırlı olmaksızın vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini tespite yönelik bütün araştırma, karşılaştırma ve iktisadi gerçekleri dikkate alma ve bu olayın tespitinde her türlü delili değerlendirme gibi geniş bir muhteva kazanmıştır. Bu çerçevede 213 sayılı VUK’un 134. maddesinde vergi incelemesinin, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılacağı yazılıdır.

B. PEÇELEMENİN YAYGIN ÖRNEĞİ: TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

1. Emsallere Uygunluk İlkesine Aykırılık

Emsallere uygunluk ilkesi, uluslararası bir ölçüt olarak vergisel bir perspektiften transfer fiyatlarına hükmetmeyi sağlar.¹⁵⁸ Bu ilke, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına ilişkin düzenlemenin en önemli unsuru ve bir uluslararası transfer fiyatlandırması standardıdır. 5520 sayılı KVK’nın 13. maddesinde yapılan tanım, ulusal ve uluslararası ölçekte bu konuda yapılan düzenlemelerin ortak, temel noktalarını içerir. Bu tanım, OECD’nin “Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi” esas alınarak yapılmıştır. Bu ilke, OECD Rehberi’nin (1). bölümünde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. OECD Rehberi’nde kullanılan emsallere uygunluk kavramı da OECD Vergi Anlaşması Modeli’nin 9. maddesindeki tanımdan

¹⁵⁷ A.y.

¹⁵⁸ M. Cools, C. Emmanuel, A. Jorissen, Management control in the transfer pricing tax compliant multinational enterprise, Accounting, Organizations and Society, 2007, s. 3.

alınmıştır.¹⁵⁹ Emsallere uygunluk ilkesinin genel tanımı, OECD Vergi Anlaşması Modeli'nin "Bağlı Kuruluşlar (Associated Enterprises)" başlıklı 9/1 maddesinde yer almaktadır. Bu madde şu şekildedir:¹⁶⁰

"1. a) Bir âkit devlet kuruluşu, diğer bir âkit devlet kuruluşunun idare, denetim veya sermayesine doğrudan ya da dolaylı olarak katıldığında veya

b) Bir âkit devlet kuruluşunun ve diğer âkit devlet kuruluşunun idare, denetim veya sermayesine aynı kişiler doğrudan ya da dolaylı olarak katıldığında

ve her iki halde iki bağlı kuruluş arasında ticari veya mali ilişkilerle ilgili olarak oluşturulan şartlar, bağımsız kuruluşlar arasında oluşandan farklı ise kârlılık anılan bağlı kuruluşlardan birinde birikebilir ve bundan dolayı olması gereken kâr, ilgili olduğu kuruluşun kazancına eklenerek vergilendirilebilir."

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespit edilmesi bakımından emsal bedel veya fiyatın ortaya konması önem arz eder. Zira transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı; bir kurumun ortaklarına, yabancılara sağlayacağı en iyi şartlardan daha iyisini sağlayabileceği noktada değil, yabancılara tanıyabileceği en gayrimüsait imkânlardan daha iyisini temin ettiği noktada başlar.¹⁶¹

Emsallere uygunluk ilkesi, "ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olması"nu ifade eder. 5520 sayılı KVK'nın 13/1 maddesi çerçevesinde kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılmaktadır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hâl ve şartta mal veya hizmet alım veya satımı olarak değerlendirilir. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında

¹⁵⁹ OECD, Transfer Pricing Guidelines, G-I

¹⁶⁰ OECD, Model Tax Convention, M-21.

¹⁶¹ Emsal tespitiyle ilgili olarak Gerhard Heuer'den akt. M. Koyuncu, Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Uluslararası Transfer Fiyatlandırması, Ankara, 2005, s. 165.

Bakanlar Kurulu Kararı'nın¹⁶² 4. maddesine göre, emsallere uygunluk ilkesinin amacı, ilişkili kişiler arasındaki mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin bu mal veya hizmet alım ya da satımı için aralarında ilişki bulunmayan kişiler arasında belirlenen fiyat veya bedele karşılaştırılabilir şartlar altında eşit olması olarak belirtilmiştir. Aslında içerik olarak emsallere uygunluk ilkesi, 5422 sayılı KVK'nın 17. maddesinde yer aldığı şekliyle “*emsaline göre göze çarpacak derecede*” ifadesiyle benzerdir. Ancak emsallere uygunluk ilkesi daha fazla belirleyici özelliğe sahiptir.

Burada emsallere uygun fiyat veya bedel, aralarında ilişkili kişi tanımını kapsamında fiyat veya bedeli etkileyecek herhangi bir bağ, ilişki olmayan kişilerin, tamamen işlemin gerçekleştiği andaki şartlar altında oluşturduğu, piyasa veya pazar fiyatı olarak da isimlendirilen tutarı ifade etmektedir.¹⁶³ Bu şekilde oluşan fiyat veya bedel, işlem anında hiçbir etki olmaksızın objektif olarak tespit edilen ideal tutardır. Örneğin (X) A.Ş., piyasa şartlarında %30 faiz oranının uygulandığı dönemde iştiraki (ilişkili olduğu) (Y) A.Ş.'ye %10 faiz oranı üzerinden 200 bin lira borç vermiştir. Oysa öyle bir borç ilişkisinin kurulması emsallere uygunluk ilkesine aykırıdır. Zira edimler arasında açık bir eşitsizlik vardır. Verilen örnekte $[200.000 \times \%30 = 60.000]$ $[200.000 \times \%10 = 20.000]$ $[60.000 - 20.000 =]$ **40 bin lira** tutarında kazanç, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmıştır. Dağıtılan bu kazanç (X) A.Ş. için gelir, (Y) A.Ş. için giderdir.

OECD'nin emsallere uygunluk ilkesi uygulaması, transfer fiyatlandırması rejimini aydınlatacak tek norm değildir ve eleştirilmeye muhtaç birçok yönü vardır.¹⁶⁴ Transfer fiyatlandırmasıyla ilgili düzenlemeler işletme kayıtlarının bütün bir ekonomik analizinin yapılmasını sağlayacak ayrıntıda tutulmasını gerektirir.¹⁶⁵ Ancak işletme kayıtlarının bu derecede ayrıntılı tutulması uygulamada çok güçtür. Yine eczacılık, otomobil, finansal hizmetler ve elektronik gibi küresel sektörlerde karşılaştırma yapılabilecek uluslararası serbest pazar işleme-

¹⁶² 2007/12888 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, 06/12/2007, 26722.

¹⁶³ J. Isenbergh, International Taxation, New York, 2000, s. 61.

¹⁶⁴ C. Jr. McLure, Implementing State Corporate Income Taxes in the Digital Age, NTJ, Vol. 53, No. 4, December, 2000, s. 1299-1300.

¹⁶⁵ L. Dworin, Transfer Pricing Issues, NTJ, Vol. 45, No. 3, September, 1990, s. 291.

rinin bulunması her zaman mümkün değildir.¹⁶⁶ Çok uluslu işletmelerin her bir birim kârının belirlenmesi rasyonel veriler yerine bazen avukatların ve muhasebecilerin pazarlık yeteneklerine bağlı olabilir.¹⁶⁷ Kaldı ki emsali olmayan bir patentin bağlı işletmeler arasındaki transferi örneğinde olduğu gibi¹⁶⁸ sayısız uluslararası işlemin emsal bedeli de yoktur.¹⁶⁹

Kurumla ilişkili kişi arasındaki münasebetin tek bir hukuki işlem den ibaret olmadığı durumlarda edimlerin karşılaştırılması, dolayısıyla emsallere uygunluğun araştırılması güçleşir. Özellikle aynı ortağın her iki kurumda da çoğunluk payına sahip olduğu (kardeş) şirketler arasında sürekli bir edim alışverişi olduğundan bu gibi sürekli edimi içeren sözleşmelerde edimlerin tek tek ele alınıp transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması ekonomik hayatın icaplarına aykırı olur. Sürekli bir edim alışverişi içeren işlemler bir bütün olarak değerlendirildiğinde ilişkili kişiye, ilişkili olmayan kişiye sağlanmayacak bir menfaatin aktarıldığı anlaşılıyorsa kazancın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtıldığı sonucuna ulaşılabilir.

Edimlerin karşılıklı olması, ancak aynı ekonomik temele dayanan durumlarda mümkündür. Örneğin; kuruma ait bir aracın kira bedeli kararlaştırılmadan ilişkili kişinin özel garajında durması, buna karşılık kurumun garajın bakım ve onarım masraflarını yüklenmesi durumunda (ivazların birbirini karşıladığına dair bir anlaşmanın yapılmış olması ve ivazların birbirlerine eşit olmaları kaydıyla) transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını gerçekleştirmez. Öte yandan

¹⁶⁶ D. R. Bucks, M. Mazerov, The State Solution to The Federal Government's International Transfer Pricing Problem, NTJ, Vol. 46, No. 3, September, 1993, s. 387.

¹⁶⁷ R. Vernon, In the Hurricane's Eye: The Troubled Prospects of Multinational Enterprises, Cambridge MA, 1988, s. 41.

¹⁶⁸ J. R. Hines, E. M. Rice, Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business, National Bureau of Economic Research, October, 1990, s. 13.

¹⁶⁹ Sayılanların dışında transfer fiyatlandırması uygulamaları esnasında ortaya çıkan başka sorunlar da bulunmaktadır. Bunlardan biri de gizli karşılaştırmalardır. Kanada, Meksika ve Japonya gibi ülkelerde vergi idareleri emsal fiyat karşılaştırmalarında emsal aldıkları kontrol dışı işlemin kaynağını, işlemleri incelenen mükelleflere açıklamamaktadır. Böylece mükellefler kendilerini bu tür gizli karşılaştırmalara karşı savunma imkanından yoksun bırakılmaktadır, Öz, N. S., Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri, Ankara, Mart, 2005, s. 297.

edimler aynı ekonomik temele dayanmıyorsa aralarında karşılıklılık yoktur. Örneğin; kurumun ilişkili kişiye çok yüksek bir kira bedeli ödemesi ve buna karşılık ilişkili kişiyi yönetici olarak ücretsiz çalıştırması durumunda sağlanan menfaatler arasında ekonomik bakımdan hiçbir bağlantı bulunmadığından bunlar arasında karşılıklılık olduğundan bahsetmek mümkün değildir.¹⁷⁰

Emsallere uygunluk ilkesinin tespitinde üç yöntem veya mükellef ve Maliye Bakanlığının üzerinde anlaşacağı başka bir yöntem uygulanır. Vergilendirme için dikkat edilmesi gereken fiyatlar kurumun diğer müşterilerine verdiği fiyatlar (iç emsal) ve piyasada bu hizmet veya mal için belirlenen fiyatlardır (dış emsal). Bu uygulama genelde şartların birbirine çok yakın olduğu durumlarda geçerlidir. Ancak bağlı şirketlerde genelde farklı fiyat belirlenmesini gerekçelendiren özel durumlar da gerçekleştirilebilir.¹⁷¹

a. İç Emsal

İncelenen kurumun kontrol altındaki işlemleri için en doğru emsal, aynı kurumun benzer şartlarla üçüncü kişilerle yaptığı kontrol dışı işlemlerde kullandığı fiyat veya bedeldir. Burada kontrol altındaki işlemlerle kontrol dışı işlemlerdeki unsurların benzer olup olmadığı da araştırılmalıdır. Bu işlemler arasında benzerlik bulunmamakta ise farklı unsurların fiyat veya bedel üzerinde yarattığı etkinin tespit edilerek gerekli işlem düzeltiminin yapılması gerekir. İlişkisiz gerçek kişi veya kurumlarla yapılan işlemlerin, ilişkili gerçek kişi veya kurumlarla yapılan işlemlere emsal teşkil edebilmesi için işlem hacminin makul seviyesinin ne olması gerektiği belirsizdir. İşlem hacminin makul seviyesi konusunda transfer fiyatlandırmasına ilişkin düzenlemelerde herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Ancak 213 sayılı VUK'un "*Emsal Bedeli ve Emsal Ücreti*" başlıklı 267. maddesi gerçek bedeli olmayan veya bilinmeyen malların rayiç bedelinin tespitinde kullanılacak yöntemleri sayar. Buna göre ilk başvurulacak yöntem olan "*ortalama fiyat esası*"nda, aynı cins ve nevideki mallardan sırayla değerlemenin yapılacağı ayda veya bir önceki veya daha önceki aylarda satış yapılmışsa

¹⁷⁰ Öncel, a.g.e., s. 29-30.

¹⁷¹ BFH, 06/04/2005, I R 22/04, <http://juris.bundesfinanzhof.de/>, 15/04/2009.

emsal fiyat veya bedel bu satışların miktar ve tutarlarına göre mükellef tarafından çıkarılacak olan ortalama satış fiyatına göre hesaplanır. Bu esasın uygulanması için aylık satış miktarının emsal bedeli tayin olunacak her bir malın miktarına nazaran %25'ten az olmaması şarttır. Doğrudan transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıyla ilgili olmayan bu %25 oranının kanun koyucunun kabul ettiği makul oran olarak dikkate alınması mümkündür. Bir başka anlatımla, kurumun ilişkili gerçek kişi veya kurumlarla yaptığı işlem hacmi 100 birim ise, ilişkisiz gerçek kişi veya kurumlarla aynı nitelikteki işlemlerinin hacminin en az 25 birim olması, bu işlemlerin iç emsal olarak kullanılması için yeterli sayılabilir.

5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinde belirtilen mal hareketi ve hizmet ifalarıyla kiralama, ödünç para verme ve ücret ödemesinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespit edilirken işletme içi ölçütler veri teşkil eder. Kurumun madde metninde sayılan transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapılabilecek gerçek kişi veya kurumlarla ilişkili olmayan üçüncü kişiler arasında uyguladığı fiyatların karşılaştırması yapılabilir. Emsal alınacak ölçüt ilişkili olmayan üçüncü kişilerle yapılan iş ve işlemlerdir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapılabilecek gerçek kişi veya kurumlara emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak farklı fiyat uygulanması halinde "emsal", ilişkili olmayan üçüncü kişilere uygulanan fiyat veya bedeldir. Ancak sektörel olarak iç emsal uygulaması mümkün olmayabilir. Örneğin; baraj inşaatıyla uğraşan bir firma, hem nadiren faaliyette bulunması, hem de inşaat niteliği olarak farklı işler yapması sebebiyle iç emsalleri kullanamaz. Ancak benzer konumda pek çok taşınmazını kiraya veren bir kurum için emsal tespiti iç emsaller bakımından daha kolay olur. Bu çerçevede aynı türden işlemlerin birden çok yapıldığı, bu işlemlerin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapılabilecek kişiler ve ilişkili olmayan kişilerle birlikte gerçekleştirildiği kurumlar bakımından iç emsaller kullanılabilir.¹⁷² Kurum tarafından yapılan aynı nitelikteki işlemler ve bu işlemlere uygulanan bedel ve fiyatlar birbirleri bakımından emsal teşkil eder. Bu emsaller iç emsal olarak nitelenmekte olup,

¹⁷² D. Erdem, Örtülü Kazanç Dağıtımında Emsal Uygulaması, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 95, Ağustos, 1996, s. 24.

transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespitinde dikkate alınması gereken ilk emsal, iç emsaldir.¹⁷³

Bir şirket, kardeş şirketten ve aynı zamanda bağlı bulunmadığı başka bağımsız bir şirketten aynı malı almakta ise, transfer fiyatının belirlenmesinde yabancı şirketten alınan mallardaki brüt kâr dikkate alınmalıdır. Bir şirket bağlı olduğu şirkete aynı şartlar altında üçüncü kişilere ödemeyeceği bir fiyatı öderse bu durumda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını karşısında bulunulur. Bu menfaat aktarımı şirketin kârını azaltamaz. Bu sebeple hali hazırda anlaşmaya varılmış fiyatla iç emsal arasındaki farkın bilançodaki kâra eklenmesi gerekir.¹⁷⁴ Konuyla ilgili olarak vergi yargısının görüşü de, iç emsallerin dikkate alınması şeklindedir. Teşhir ve tanıtım hizmetleriyle ilgili emsal karşılaştırması sırasında ölçü alınacak fiyatların iç emsallerden seçilmesi esastır. İç emsallerin kabul edilmemesi durumunda kurum dışından emsal araştırmasına gidilmesi ve emsallerin iyi seçilmiş olması önem taşır.¹⁷⁵ Emsal alınacak fiyat veya bedelin bizatihi kendisinin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını neticesinde ortaya çıkmamış olması gerekir. Özellikle grup şirketlerinde bu durum iç emsal tespitini güçleştirir.

İç emsal kavramıyla murat edilen, kurumun aynı işlem için kânda sayılan kişiler dışındaki kişilerle yaptığı işlemlerdeki fiyat veya bedeldir. Bir başka anlatımla, burada, emsal fiyat veya bedel, ilişkili olmayan üçüncü kişilere uygulanan fiyat veya bedeldir.

b. Dış Emsal

İç emsale ulaşamıyorsa, diğer kurumların ilişkili olmadığı gerçek kişi veya kurumlarla yaptığı benzer işlemler emsal olarak dikkate alınır. İncelenen işlemlerle bu işlemler tümüyle benzer değilse, fiyat veya bedel üzerinde farklılık yaratan unsurların etkisini telafi etmek için gerekli işlem düzeltiminin yapılması gerekir. Burada da iç emsalde olduğu gibi emsal alınacak işlem hacminin incelenen işlemin miktarına göre makul olup olmadığı hususu önem arz eder. Ancak başka bir emsal yok ise, zorunlu olarak miktarın fiyat veya bedel üzerindeki

¹⁷³ H. Yalçın, Örtülü Kazanç Dağıtım, Vergi Dünyası, 1991, S. 124, s. 46.

¹⁷⁴ BFH, 06/04/2005, I R 22/04, <http://juris.bundesfinanzhof.de/>, 15/04/2009.

¹⁷⁵ Dan. VDDGK, 17/01/1997, E. 1995/415, K. 1997/6.

etkisi düzeltildikten sonra herhangi bir miktardaki emsalin kullanılabilmesi mümkündür. Zira dış emsalin muvazaalı olma ihtimali iç emsale göre çok düşüktür.

Emsal incelemesinde en doğru olan, incelenen kurumun dışındaki kurumların ilişkisiz gerçek kişi veya kurumlarla yaptığı benzer işlemlerin emsal olarak alınmasıdır. Nitekim OECD Rehberi'nde emsallere uygunluk ilkesinin genellikle kontrol altındaki işlemlerle bağımlı olmayan kurumlar arasındaki işlemlerin karşılaştırılması esasına dayandığı belirtilmiştir. Bu tür karşılaştırmaların yararlı olabilmesi için verilerin ekonomik yönden birbirleriyle yeterli düzeyde karşılaştırılmaya elverişli olması gerekir. Kazancını transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıttığı iddia edilen kurumla emsal olarak belirlenen kurumun yeterli ölçüde benzer olması gerekir. Farklılık olsa dahi bu farklılığın ölçülebilir olması da kabul edilmelidir.

Aynı faaliyet konusuyla iştigal eden ve yapıları itibariyle (sermaye, sevk, idare vb.) birbirine benzeyen kurumların aynı nitelikteki işlemleri ve bunlara uygulanan fiyat ve bedeller birbirleri bakımından emsal olarak kabul edilebilir.¹⁷⁶ Özellikle durumlarda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespitinde dış emsallerin dikkate alınması zorunludur. Aynı piyasada faaliyet gösteren kurumların belirledikleri fiyat veya bedellerin emsal araştırmasında dikkate alınabilmesi için aralarında çeşitli benzerliklerin bulunması şarttır. Şöyle ki; her iki kurumun da ürün veya hizmet, kapasite, organizasyon sermaye yapısı, karşılaştırılan dönemler ve piyasa konumları itibariyle benzer olması gerekir.

5520 sayılı KVK'nın 13/2 maddesinde sayılan kişiler arasında gerçekleşen alım, satım, imalat, inşaat işlemleriyle hizmet ilişkileri sebebiyle kazancın tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılabilmesi için bu işlem veya hizmetlerin emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde yapılmış olması şartı, bu işlem veya hizmetlerin taraflarının karşılıklı olarak edimlerinin değeri eşit olduğu sürece transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının gerçekleşmeyeceğini gösterir. Başka bir ifadeyle, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını kurumun belli ilişkiler içinde bulunduğu kişilere,

¹⁷⁶ H. Yalçın, S. Yücel, Gelir ve Kurumlar Vergisi Uygulamasında Giderler, İstanbul, 1996, s. 259.

kendi varlığından bedelsiz kıymet aktarması veya bunlarla olan mal ve hizmet alım satımlarında emsalinden farklı fiyat uygulanmasıyla menfaat sağlaması halinde mümkündür. Bu konuda emsal karşılaştırması önem taşır.

Kurumun (X) A.Ş. adına reklam hizmeti karşılığında düzenlediği faturaların tutarları üzerinden %90 oranında özel iskonto uygulamasına rağmen emsal alınan başka firmalara %30 iskonto uygulamasının ortakları yönünden aralarında mevcut ilişki dikkate alınarak örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilip matrah farkı hesaplandığı bir uyuşmazlıkta Danıştay; %90 iskonto uygulamasına konu edilen reklamların belirli programlar için yapılan devamlı ve yoğun reklam kampanyalarına yönelik bir uygulama olması, özellik gösteren reklam kampanyalarına normal ve olağan kabul edilenin üstünde iskonto uygulanmasında ticari gerekçelere aykırı bir yön görülmemesi ve bu konuda yapılmış bir emsal karşılaştırmasının da bulunmaması gerekçesiyle olayın örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmesini ve bu yönden matrah farkı hesaplanmasını hukuka aykırı bulmuştur.¹⁷⁷

Emsal tespitinde 5422 sayılı (eski) KVK'nın 17. maddesi kesin belirlemelere gitmemiş ve emsali açık bir şekilde düzenlememişti.¹⁷⁸ 5520 sayılı kanunun 13/4 maddesine göre ise kurumlar, ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri "*geleneksel işlem yöntemleri*" olarak nitelendirilen; "*karşılaştırılabilir kontrol dışı fiyat yöntemi*", "*maliyet artı yöntemi*" ve "*yeniden satış fiyatı yöntemi*"nden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanmak suretiyle tespit edebilirler. Emsallere uygun bedel veya fiyata geleneksel işlem yöntemlerinden herhangi biriyle ulaşma imkânı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak diğer yöntemleri kullanabilir. Bakanlar Kurulu diğer yöntemleri, "*işleme dayalı kâr yöntemleri*"¹⁷⁹ olarak tespit etmiştir. İşleme dayalı işlem yöntemleri; "*kâr bölüşüm yöntemi*" ve "*işleme dayalı net kâr*

¹⁷⁷ Dan. 4. D., 06/11/1996, 1996/2142-3934.

¹⁷⁸ 5422 sayılı (eski) KVK'nın 17'nci maddesinde bu konuda açık bir düzenleme yer almamasına karşılık Maliye Bakanlığı, kurumun aktifinde kayıtlı bulunan taşınmazların ortaklara emsal bedeliyle devredilmesi gerektiği, mahkemece resen tespit edilen bir değer bulunması halinde bu değer emsal bedeli olarak dikkate alınacağı görüşündeydi, Maliye Bakanlığı'nun 11/04/1998 tarih ve GEL. KVK/22116 sayılı özeldesesi, Yaklaşım, Y. 6, S. 71, Kasım, 1998, s.179-180.

¹⁷⁹ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı m. 11.

marjı yöntemi"dir.¹⁸⁰ Ancak "*diğer yöntemler*" olarak nitelendirilen işleme dayalı kâr yöntemlerinin emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde emsal fiyat veya bedel tespitine imkân vermemesi durumunda, mükellef kendi belirleyebileceği ve daha doğru sonuç verdiği inandığı bir yöntemi de kullanabilir. İşleyiş sistemi mükellefler tarafından belirlenecek bu yöntemin de emsallere uygunluk ilkesine göre tespit edilmesi zorunludur.

Toptancı kuruma uygulanan iskonto ile perakendeci satıcılara uygulanan iskonto haddinin emsal alınması ekonomik ve ticari icaplara uygun düşmediğinden Danıştay'a göre biri diğerine emsal olmayan iskonto oranlarından hareketle satışın düşük yapıldığı ve bu suretle transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu iddiasıyla yapılan tarhiyat hukuka aykırıdır.¹⁸¹

Kurumun pay senetlerinin % 99,6'sına sahip iki ortağının yarı payla kurdukları limited şirkete pazarlanmak üzere satılan ürünler sebebiyle tüm müşterilere diğer ürünler için tanınan %7 iskontoya ek olarak %15-30 arasında değişen oranlarda özel iskonto yapılmasının örtülü kazanç dağıtımını niteliği taşıdığı gerekçesiyle yapılan tarhiyatı Danıştay; ilaç ve tıbbi müstahzar üreten firmaların reçetesiz satılabilen iskontoya konu veya benzer ürünlerin aynı zamanda pazarlanmasını da üstlenen firmalara satışı sırasında uygulanan ve ticari teamüle uygun miktardaki iskonto düzeyinin araştırılmadan tarhiyat yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur.¹⁸²

Vergi idaresinin incelemeler sırasında edindiği sınırlı bilgi dışında, İMKB'de sadece halka açık kurumlarla ilgili sınırlı bilgi vardır. Bunlar dışında Türkiye'de işletmelerin finansal verilerini saklayan bir veri bankası yoktur. Böylece mükelleflerin dış emsalle fiyat tespiti yaparken kendi çabalarıyla (hatta bazen casusluk yoluyla) edindikleri bilgiler dışında başka bir veri kaynağı yoktur. Yurt dışında firmaların yararlanabilecekleri DATASTREAM, COMPUSTAT, CRISP, BvDEP, WRDS gibi veri bankaları vardır. Özel girişim tarafından oluşturulan bu veri bankalarından firmalar veya danışmanlık şirketleri belli bir

¹⁸⁰ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı m. 3/1-d.

¹⁸¹ Dan. 13. D., 10/12/1990, 1990/1414-3381.

¹⁸² Dan. VDDGK, 28/04/1995, E. 1994/263, K. 1995/144.

ücret karşılığında yararlanabilir. Ancak bu veri tabanlarında Türk firmaları ile ilgili bilgiler yoktur. Bu sebeple yurt dışı pazar imkânlarının farklılığı, coğrafi konum, hukuki nitelik gibi birçok unsurun etkisi altındaki dış emsallerin bu şekilde tamamen dışarıdan alınması uygulamada sıkıntılar yaratmaya elverişlidir.

Özel kesimin veri bankacılığı alanında faaliyet gösterinceye veya uluslararası veri bankaları Türk firmalarını kapsayınca kadar vergi idaresinin bu alanda yol gösterici olması gerekir. Vergi idaresi mükelleflerden temin edeceği bilgileri güvenli bir şekilde saklayarak veri havuzu oluşturabilir ve istenilen içerikte ve şekilde bu verileri mükelleflere vergi mahremiyetini ihlâl etmeden duyurabilir. Kesin ve hakkaniyete uygun sonuçlar vermesi beklenemeyecek böyle bir uygulamanın eksiklikleri inceleme elemanlarının mükelleflerin özel durumları karşısında daha esnek yaklaşımları veya peşin fiyatlandırma anlaşmalarının kapsamının genişletilmesiyle telâfi edilebilir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını incelemesi yapılırken emsal konusunda mükellef tarafından yapılan itirazın ve buna ilişkin açıklamaların dikkate alınması gerekir. Demir kütük satan kurumun nakliye imkânının kısıtlı olması sebebiyle taşıma işinin de alıcı firma tarafından yapıldığı, bundan dolayı nakliye bedeli düşülerek fatura düzenlendiği iddia edilmesine rağmen vergi dairesi tarafından satılan kütüklerin emsallerine göre düşük ve maliyet bedelinin altında satıldığı kabul edilirken emsal satışların tarihi, kıstasları, mükellefin iddia ettiği gibi ihracata verilen mallar açısından farklı bir fiyat olup olmadığı ve satışlarda nakliye ücretinin birim maliyete dahil olup olmadığı hususunda kıyaslama ve araştırma yapılmaması hatalıdır.¹⁸³ Alış fiyatının emsal fiyata uygunluğu sadece satıcının tüm müşterilere uyguladığı bir fiyat listesinden yola çıkmak suretiyle tespit edilemez. Bu çerçevede bir şirketin uzun süre büyük ihtimalle zarar edeceği bir fiyatı kabul etmesi mümkün değildir.¹⁸⁴ Emsal karşılaştırmasında ilgili kurumun faaliyet türü, iş hacmi, kârlılığı, öz varlığı, gelişmesindeki çabukluk ve istikrar gibi unsurların dikkate alınması ve iştigal sahaları benzer olan kurumlarda somut olarak ölçülebilir ve

¹⁸³ Dan. 3. D., 07/03/1990, E. 1989/762, K. 1990/775.

¹⁸⁴ BFH, 17/02/1993, I R 3/92, BFH 170, 550, BStBl II 1993, 457; vom 17/10/2001, I R 103/00, BFH 197, 68, BStBl II 2004, 171, <http://juris.bundesfinanzhof.de/>, 23/01/2009.

kavranabilir madde ve hizmetlerin karşılaştırılması gerekir. Üzerinde değerlendirilen kurum değil, o kurumun bağlı olduğu holdingin emsal olarak seçilmesi ve holdinglerin almış olduğu hizmet bedellerinin dünya çapında tutarlarının karşılaştırılması tarhiyatın iptalini gerektirir.¹⁸⁵

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını incelemelerinde gösterilen emsalin yeterli ve uygun olduğu durumlarda işlemdeki fiyat veya bedelle emsal fiyat veya bedel arasındaki fark emsallere uygunluk ilkesine açıkça aykırı ise bu farkın kurum yetkilileri tarafından izah ve ispatı gerekir. Zira 213 sayılı VUK'un 3/B maddesinin son cümlesine göre; *"iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia edilmesi halinde, ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir."* Bu hükme istinaden emsal karşılaştırması sonucunda ortaya çıkan müspet ya da menfi farkın izah ve ispatının kurum yetkilileri tarafından yapılması gerekir.

c. Gizli Emsal¹⁸⁶

Emsal araştırmasında kurumlarla vergi idaresi eşit imkânlarla sahip değildir. Vergi idaresinin diğer kurumların mali tablolarına ulaşması her zaman mümkündür. Ancak bu bilgiler kurumlar için kolaylıkla erişilebilir değildir. Kurumların iyi niyetli çabalarla ulaştıkları emsaller vergi idaresi tarafından erişilebilen emsallere göre yetersiz kalabilir. Vergi idaresinin bu şekilde temin ettiği gizli emsalleri kullanarak vergi tarhiyatı yapıp yapamayacağı tartışmalıdır. Türk vergi mevzuatında vergi idaresinin temin ettiği gizli emsale göre tarhiyat yapmasını engelleyen açık bir düzenleme yoktur. Ancak böyle bir uygulamanın verginin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur. Böyle bir tarhiyat aynı zamanda vergi mahremiyetinin ihlâli anlamına da gelebilir.

Emsal araştırmasında vergi idaresinin, ulaşılması ve denetlenebilmesi nispeten daha kolay olması ve benzer piyasa şartları sebebiyle

¹⁸⁵ Dan. 3. D., 25/01/1988, E. 1987/1694, K. 1988/181.

¹⁸⁶ Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Billur Yaltı, Transfer Fiyatlandırmasında "Gizli Emsal", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 251, Ağustos, 2009; Olcay Koloğlu, Transfer Fiyatlandırmasında Gizli Emsal, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 309, Haziran, 2014.

le yerli emsallerin kullanılmasını tercih etmesi daha doğru sonuçlar verir. Yerli ve yabancı kurumlar araştırmalarını öncelikle yerli piyasa verileri üzerinde yapar, ancak emsal bulunamaması veya bulunan emsallerin sınırlı bilgi içermesi durumunda yabancı emsallere başvurmak zorunda kalır. Ancak coğrafyadan bağımsız uluslararası emsallerin önemi ve yerli emsallere göre tercih edilmesinin sebebi bilgi ve belgelere dayanmalıdır.

2. Hukuki Niteliği

5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinde¹⁸⁷ düzenlenen transfer fiyat-

¹⁸⁷ "Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı
MADDE 13- (1) Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

(2) İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

(3) Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur.

(4) Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit eder: a) Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder. b) Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder. c) Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder. ç) Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef,

landırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında taraflar gerçek iradelerine uygun, ancak emsal bedel veya fiyattan düşük değerlerle işlem yaptıklarında bu durum peçeleme olarak nitelendirilir.¹⁸⁸ Burada işletmeyle ilişkili kişiler arasında yapılan sözleşmeler özel hukuka göre gerçeği yansıttığı için geçerli, peçeleme olduğundan vergi hukukuna göre emsal fiyat ile oluşan fiyat arasındaki farka isabet eden kısım ise geçersizdir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıyla bir kurumun vergilendirilmemiş geliri, açık kazanç dağıtımı veya sermayenin geri ödenmesi şeklinde olmaksızın, belirli kişi ve kurumlara (ilişkili kişilere) kaydırılır.¹⁸⁹ Menfaat aktarımı alım, satım, imalat ve inşaat, kiralama ve kiraya verme, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler gibi hukuki bir işlem perdesi arkasına gizlenerek gerçekleştirildiğinden kazancın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtıldığının anlaşılması güçtür. Bu şekilde sağlanan menfaate ivaz niteliği kazandırılarak yapılan harcamanın vergi hukuku yönünden işletme gideri olarak tanınması sağlanır. Oysa menfaat aktarımı ilişkili kişinin herhangi bir

işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir.

(5) İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dâhilinde kesinlik taşır.

(6) Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır.

(7) Tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığının kabulü Hazine zararının doğması şartına bağlıdır. Hazine zararından kasıt, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesidir.

(8) Transfer fiyatlandırması ile ilgili usûller Bakanlar Kurulunca belirlenir.”

¹⁸⁸ Savaş Çevik, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Konya, Ekim, 2014, s. 31.

¹⁸⁹ Abdurrahman Akdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Temel İlke ve Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, Kasım, 2014, s. 430.

edimine karşı verilen bir ivaz niteliğinde değildir. Yapılan hukuki işlemin dış görünümü maddi içeriğine uymadığı için bu gibi durumlarda menfaat aktarımı “örtülü”dür. Vergiden kaçınmak üzere yapılan bu tür sözleşmeler “peçeleme sözleşmesi” olarak nitelendirilir.

5520 sayılı KVK'nın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını düzenleyen 13. maddesi gerçekleşen olay yerine ikame edilecek varsayımsal olayı da tespit etmiştir. Bu sebeple 213 sayılı VUK'un 3/B maddesinin peçeleme işlemlerine uygulanması durumunda karşılaşılan sakıncaları içermez.

Kanundan kaçınmanın kanunda düzenlenmesi, bu müessesenin varlık sebebine ters ise de, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını, esasen, kanundan kaçınmadır. Zira kanundan kaçınma kanun koyucunun öngörmediği ve fakat istemediği bir sonucun ortaya çıkmasının önlenmesine yönelik hukuki bir sigorta görevini yerine getirir. Bunun da kanunda düzenlenmesi beklenemez. Ancak 5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını bu haliyle kanundan kaçınmayı yasaklayan bir hükme, diğer bir deyişle kanuna aykırılıktır. Ancak kanun koyucunun bu durumu açıkça öngörmüş ve düzenlemiş olması, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının kanundan kaçınma olarak tanımlanan hukuki niteliğini değiştirmez.

Vergi idaresi ve yargı, peçeleme sonucuna ekonomik yaklaşımla varır. Bu konuda ispat külfeti, kural olarak, vergi mükellefine aittir. Vergi idaresi ise, sadece vergi kaçırmaya yönelik iradenin varlığını, yemin ve vergiyi doğuran olayla ilgisi olmayan şahit ifadesi¹⁹⁰ dışında, her çeşit delille ortaya koyabilir. Vergi mahkemesi de delilleri resen araştırma ilkesi¹⁹¹ çerçevesinde araştırır.¹⁹² Ayrıca peçelemenin varlığı için şart olan vergi kanununun emredici hükmünün özel hukuk şekil-

¹⁹⁰ 213 sayılı VUK m. 3/B, c. 3: “Vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.”

¹⁹¹ 2577 sayılı İYUK m. 20/1: “Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.”

¹⁹² Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Recep İbiş, Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi, Ankara, 2013.

leriyle kötüye kullanılarak bertaraf edilmeye çalışılmasının varlığı da aranacaktır.

Peçeleme olduğu kanunda özel olarak düzenlenmiş durumlarda aksi ispat edilebilen adi bir karine söz konusu olduğundan ispat yükü yer değiştirip yükümlüye geçer. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıyla ilgili olarak 5520 sayılı KVK'da yer alan peçeleme sözleşmesi hükümleri (m. 13) adi kanuni karine¹⁹³ niteliğindedir. Bir başka anlatımla, bu sözleşmelerin ekonomik gerçekliği yansıttığını ispat yükü vergi mükellefi veya sorumlusuna aittir.¹⁹⁴ Peçeleme sözleşmesinin tarafları kanunun sözüne uygun davranıyor görünmekle beraber onun özünü ihlâl eder. Peçeleme sözleşmesiyle kanunun öngördüğü amaç tümüyle bertaraf edilir, mükellef ve sorumlular tarafından durumun gereklerine göre başvurulması ihtimal dışı bir hukuکی şekil sırf vergi kanununu dolanmak amacıyla gerçekleştirilir.¹⁹⁵ Bu çerçevede peçeleme, özel hukukun kanundan kaçınma müessesesinin özelliklerine sahiptir.

5520 sayılı KVK'nın 13/1 maddesinde kurumların ilişkili kişilerle yaptıkları mal veya hizmet alım ya da satım işlemleriyle kazancı transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtabilecekleri belirtilmiştir. Alım satım işlemlerinde edim ve karşı edim arasında açık bir uyumsuzluğun olması ve bu uyumsuzlukla tarafların ilişkili sıfatı arasında illiyet bağının bulunması transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespiti bakımından bir karinedir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı esasen bir vergi güvenlik önlemidir. Açıkça söz edilmemekle beraber 5520 sayılı KVK'nın 13. maddesindeki "(...) ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa (...)" ifadesi, kazancın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak aktarılmasının mükellef kurumun "bilerek ve is-

¹⁹³ Adi kanuni karine, aksi iddia ve ispat edilebilen karineler olup, aksi ispat edilinceye kadar delil olarak değerlendirilir. Adi kanuni karinenin aleyhine olan taraf, karinenin aksini ispat edebilir, Saban, a.g.m., s. 6. Kesin kanuni karine ise, aksinin ispatı mümkün olmayan karinedir. Bu tür olaylara dayanarak lehine haklar çıkarılan taraf, bu olayların varlığını ispat etmek zorunda olmadığı gibi, karşı taraf da bunların aksini ispat etme imkânına sahip değildir.

¹⁹⁴ Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 342.

¹⁹⁵ Kaneti, a.g.e., s. 49-50.

teyerek” gerçekleştirdiği bir fiili sonucunda ortaya çıktığını işaret eder. Kanun koyucunun 5520 sayılı KVK’nın 13. maddesinde tercih ettiği ifade tarzıyla bir “*kasıt karinesi*” sevk ettiği söylenebilir. Burada “*bilme ve isteme*” şeklinde ortaya çıkan kasıt, sadece vergi kaçırmaya yönelik değil, aynı zamanda menfaat sağlamaya ilişkindir.

5520 sayılı KVK’nın 13. maddesinde “mal veya hizmet alım ya da satımı” olarak sayılan işlemler bakımından “sadece kurumlar vergisine özgü” bir **kasıt karinesi** getirilmiştir. Buna göre, “mal veya hizmet alım ya da satımı” olarak kanunda sayılan işlemler bakımından vergi idaresinin matrah farkı takdir etmesi için mükellefin kasıtlı hareket ettiğini ispat etmesi gerekmez. İlişkili kişiler ile maddede sayılan işlemlerin gerçekleştirilmesi durumunda işlemde ivazlar arasındaki uyumsuzluğun emsallere uygunluk ilkesine aykırılık teşkil ettiğinin vergi idaresince belirlenmesi yeterlidir. Bunun aksini ispat külfeti mükellefin üzerindedir. Mükellef burada kanuni karinenin aksini ispata yarayacak delilleri ortaya koymak durumundadır. Diğer taraftan, maddede sayılmayan işlemler hakkında “kasıt karinesi” işletilemeyeceğinden, incelenen işlemin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına sebebiyet verebilmesi için maddede belirlenen diğer şartların yanında vergi idaresinin bu işlemin “mal veya hizmet alım ya da satımı” kapsamında olduğunu da ispat etmesi gerekir. Bu türden işlemlerde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsuru bakımından kasıt karinesi işletilemez, ispat külfeti mükelleften vergi idaresine geçer.

Kurumun ilişkili kişiler ile emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak “mal veya hizmet alım ya da satımı” yapması, kanuna göre, bu fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiğinin karinesidir. Bu sebeple, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına sebebiyet veren “mal veya hizmet alım ya da satımı” işlemini tespit eden vergi idaresinin, cezalı tarhiyat yapabilmesi için kurumun menfaat aktarımını kasten (bilerek ve isteyerek) gerçekleştirdiğini ispat etmesi gerekmez. Aksine mükellefin vergi ziyayı cezalı tarhiyattan kurtulmak için ivazlar arasındaki uyumsuzluğun haklı sebeplerden ileri geldiğini ispatlaması gerekir.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Öncel, a.g.e., s. 33.

III. SONUÇ

Bir kurumun ilişkili olduğu kişilerle ticari münasebet içinde bulunması gayet doğaldır. Ancak iktisadi ilişkinin değişik unsurlarında iradeler arasında uyumsuzluk olmamasına rağmen işlemde kullanılan fiyat veya bedelin emsalden farklılık göstermesi durumunda işlem vergi hukukunun ilgileneceğini gerektirecek bir duruma gelir. Emsalin tespiti sözleşmenin peçelemeyle olan ilişkisini ortaya koymayı sağlayan temel faktördür. Bu çerçevede ilişkili kişiler ile kurum arasındaki sözleşmede karşılaştırılan fiyat veya bedel emsallerine göre farklı ise peçeleme karşısında bulunulur.

Vergi kanunları bazen belli sözleşmelerin peçeleme sözleşmesi olarak kullanılabilmesi için öngörüsüyle belli şartlar altında yapılan sözleşmelerin geçersiz sayılacağını veya kısmen geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Kanun koyucu 5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinde sayılan şekillerde yapılan örtülü ödemelerin kurumlar vergisi matrahının tespit edilmesinde gider olarak indirilmesine izin vermez. Ancak transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında peçeleme sözleşmesi tümüyle değil, normal sınırları aşan kısmı bakımından geçersiz sayılır. Bu yönü ile peçelemenin yaygın bir örneği olarak transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını bir vergi güvenlik önleimidir.

İspat yükünün vergi mükellefine düşebilmesi için transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına ilişkin kanun hükmünün vergi idaresince doğru bir şekilde uygulanmış olması gerekir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından söz edilebilmesi için kullanılan özel hukuk olanaklarının emsallerine uygun olmayan bir bedel/fiyat/ücret üzerinden gerçekleştirilmiş olması şarttır.

Karmaşık ve sofistike bir kavram olan transfer fiyatlandırmasının,¹⁹⁷ ülkemiz için bir hayli yeni olması nedeni ile öğretide ve uygulamada tartışmaları beraberinde getireceği muhakkaktır.

¹⁹⁷ Tuncer, S., Vergi Hukuku ve Uygulaması, C-III, Ankara, 2012, s. 234.

Kaynakça

- Ağar Serkan, Transfer Fiyatlandırması-Örtülü Kazanç Dağıtımı, Ankara, 2011.
- Ağar Serkan, Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Ankara, Şubat, 2009.
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012.
- Akdoğan Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Temel İlke ve Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, Kasım, 2014.
- Akıntürk Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara, 2001.
- Akıntürk Turgut, Medeni Hukuk, 31. Bası, İstanbul, Ocak, 2003,
- Akkaya Mustafa, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Ankara, 2002.
- Akman Şefik Taylan, Vergi Hukukunda "Peçeleme" Kavramının Hukuksal ve Sosyolojik Analizi, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 3, Yaz, 2008.
- Ayan Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya, 2012.
- Berki Osman Fazıl, Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile, *AÜHFD*, 1943, C. 1, S. 3.
- Bucks D. R., Mazerov M., The State Solution to The Federal Government's International Transfer Pricing Problem, *NTJ*, Vol. 46, No. 3, September, 1993.
- Cools M., Emmanuel C., Jorissen A., Management control in the transfer pricing tax compliant multinational enterprise, *Accounting, Organizations and Society*, 2007.
- Çevik Savaş, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Konya, Ekim, 2014.
- Dural Mustafa, Ögüz Tufan, Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2010.
- Dworin L., Transfer Pricing Issues, *NTJ*, Vol. 45, No. 3, September, 1990.
- Erdem D., Örtülü Kazanç Dağıtımında Emsal Uygulaması, Vergi
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, C. 1, İstanbul, 1998.
- Erginay Akif, Vergi Hukuku, 6. Bası, Ankara, 1977.
- Esener Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956.
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 1976.
- Furtun İdris Hakan, Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Ankara, 2009.
- Hines J. R., Rice E. M., Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business, National Bureau of Economic Research, October, 1990.
- Gönensay Ahmet Samim, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1948.
- Gutmann Daniel, Vergiden Kaçınmanın Tanımlanması, Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi, çev. Selçuk Özgenç, Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi-2, Editör: Prof. Dr. Billur Yaltı, İstanbul, Ağustos, 2014.

- Gündoğdu Burhan, Muvazaa I, Özel Hukukta Muvazaa, Vergi Dünyası, 2005, S. 287.
- Güneş Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Tıpkı Baskı, İstanbul, Eylül, 2014.
- Güneş Gülsen, Hukuka ve Ahlâka Aykırı Faaliyetlerin Vergilendirilmesi, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, 1996.
- Gürboğa E., Atabey T., Vural İ., Ayfer Ü., Sencar H., Yıldırım M., Berk Y., Berk A. T., Vergi Rehberi, Ankara, Ağustos, 2014.
- Gürsoy Kemal Tahir, Eren Fikret, Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1984.
- Isenbergh J., International Taxation, New York, 2000.
- İbiş Recep, Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi, Ankara, 2013.
- İmre Zahit, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1971.
- İnan Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Kitap, Ankara, 1971.
- Kaneti Selim, Vergi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1989.
- Kaneti Selim, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi, Vergi Dünyası, Temmuz, 1992, S. 131.
- Karahasan Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, İstanbul, 1992.
- Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2011.
- Karayalçın Yaşar, Muvazaa (Danışık) Hileli Anlaşma, Miras Birakanın Muvazaası, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012.
- Kırbaş Sadık, Vergi Hukuku, Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 19. Baskı, Ağustos, 2012.
- Kiper Osman, Öğretide ve Uygulamada Muvazaa (Mirasçıdan Satış Görünümüyle Mal Kaçırma), Tenkis, Mirasta Geri Verme, Mirasta Hakediş (İstihkak) Davaları, Ankara, 1995.
- Kızılot Şükrü, Danıştay Kararları ve Özelgeler, C. 2, Ankara.
- Kızılot Şükrü, Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması, C. 6, Ankara, 1994.
- Kızır Mahmut, Üstün Ümit Süleyman, Vergi Hukukunda Muvazaa, Mevlana (Rumi) University, Uluslararası Hukuk ve Ekonomi Sempozyumu, Konya, 2013.
- Kolotoğlu Olcay: Transfer Fiyatlandırmasında Gizli Emsal, Vergi Sorunları Dergisi, S. 309, Haziran, 2014.
- Koyuncu M., Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Uluslararası Transfer Fiyatlandırması, Ankara, 2005.
- Kumru Ahmet, Uzlaşmaya İlişkin Bir İçtihatları Birleştirme Kararının Işığında Vergi Hukukunda Teori, Uygulama ve Öğretim, Danıştay Dergisi, S. 72/73.
- Maliye ve Gümrük Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, Türk Vergi Kanunları Gereklere (Vergi Usul Kanunu), C. 3, Ankara, 1988.
- McLure, C. Jr., Implementing State Corporate Income Taxes in the Digital Age, NTJ, Vol. 53, No. 4, December, 2000.
- Mutluer Kamil, Vergi Genel Hukuku, İstanbul, Ocak, 2006.

- Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000.
- Oktar S. Ateş, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, İstanbul, 2014.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, 23. Bası, Ankara, Eylül, 2014.
- Önen Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1999.
- Örmeci Musa, Kurumlar Vergisi Kanunu ve Uygulama Esasları, İstanbul, 1995.
- Öz, N. S., Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri, Ankara, Mart, 2005.
- Özmen İhsan, Özkaya Eraslan, Muvazaa Davaları, Ankara, 1993.
- Özsunay Ergun, Saf İnançlı Muamelelerde Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 1977.
- Özüğür Ali İhsan, Açıklamalı İçtihatlı Tenkis, Muvazaa, Mirasta İade Davaları, Ankara, 1999.
- Özyer Mehmet Ali, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 6. Baskı, Temmuz, 2014.
- Pehlivan Osman, Vergi Hukuku, Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Trabzon, Ağustos, 2014.
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, 2014.
- Saban Nihal, Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Karinelerde Aksini İspat, Danıştay Dergisi, Y. 22, S. 82-83.
- Saygılıoğlu Nevzat, Vergi Hukukunda Yorum, Ankara, 1987.
- Schwarz Andreas Bertalan, Borçlar Hukuku Dersleri, 1947.
- Seviğ Veysi, Muvazaa (Collusion), Dünya, 10/06/1998.
- Sungurbey İsmet, Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü, Osmanlıca'dan Türkçe'ye-Türkçe'den Osmanlıca'ya, Ankara, 1966.
- Şanver Salih, İşletme Vergiciliği ve Türk Vergi Sistemi, İstanbul, 1968.
- Şanver Salih, Vergi Hukukunda Yorum ve Kanıtlama, Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul, 1984.
- Şenyüz Doğan, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Ankara, Kasım, 2002.
- Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan, Vergi Hukuku, Genel Hükümler, 6. Baskı, Bursa, 2015.
- Taşdelen Aziz, Vergisel Açından Nakit Tahsilat ve Ödemenin Belgelendirilmesi Ödevi, AÜHFD, 2004, C. 53, S. 2.
- Taylar Yıldırım, Vergi Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Genel Esaslar ve Bu Bağlamda Bir Danıştay Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan, C. II, Ankara, 2009.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk, Altop Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul.
- Topçuoğlu Hamide, Kanuna Karşı Hile, Doktora Tezi, İzmit, 1950.
- Tuncer Selahattin, Vergi Hukuku ve Uygulaması, C-III, Ankara, 2012.

- Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, C. I, İstanbul, 1976.
- Usta Yusuf, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, İstanbul, Mayıs, 2013.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Özdemir Refet, Borçlar Kanunu Şerhi, Genel-Özel, Ankara, 1987.
- Vernon, R., In the Hurricane's Eye: The Troubled Prospects of Multinational Enterprises, Cambridge MA, 1988.
- Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, çev. Edege Cevat, Ankara, 1980.
- Yalçın, H., Yücel, S., Gelir ve Kurumlar Vergisi Uygulamasında Giderler, İstanbul, 1996.
- Yaltı, B., Transfer Fiyatlandırmasında "Gizli Emsal", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 251, Ağustos, 2009.
- Yaltı Billur, VUK, 3B'nin Sınırlarına İlişkin Bir Uygulama: Vergi Hukukunda Sermaye Tamamlama Akçesi, *Vergi Sorunları*, Temmuz, 2010, S. 262.

TÜRKİYE'DE ÇEVRE VERGİLERİ Mİ ÇEVRE VERGİSİ Mİ? ENVIRONMENTAL TAXES OR ENVIRONMENTAL TAX IN TURKEY?

Erdem ERCAN*

Özet: Çevresel sorunların çözümünde kullanılan maliye politikası araçlarından biri de vergilerdir. Bu tür vergiler, hazineye gelir sağlanması gibi mali amaçlarla değil, çevresel sorunların önlenmesi, çevresel zararların giderilmesi gibi amaçlarla kullanılan ve çevresel motivasyonla ihdas edilen vergilerdir. Dolayısıyla önleme, kirleten öder ve ihtiyat ilkesi gibi çevre hukukunun temel ilkelerinin de tezahürüdürler. Bu bağlamda, ülkemizde hangi verginin veya vergilerin çevre vergisi olarak nitelendirilebileceği, çevreye olumlu etkileri olabilen veya çevresel amaçlarla kullanılabilmesi mümkün olan her verginin çevre vergisi sayılıp sayılmayacağı, sayılmayacak ise bu vergilerin ne şekilde sınıflandırılmalarının gerektiği gibi soruların yanıtlanması önem arz etmektedir. Bu çalışma ile sayılan sorulara yanıtlar aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çevre Vergileri, Çevreye Yararlı Vergiler, Çevre Temizlik Vergisi, Motorlu Taşıtlar Vergisi, Özel Tüketim Vergisi, Katma Değer Vergisi.

Abstract: One of the fiscal policy instruments in order to solve environmental problems is tax. These kinds of taxes are not used as financial purposes like providing revenue to the treasury, but they are introduced as environmental motivation used on purposes like preventing environmental problems and mitigating their consequences. Accordingly, these taxes are the implications of the fundamental environmental law principles, such as the prevention, polluter pays and precaution principles. In this context, it is important to answer the following questions. In our country, which tax or taxes can be considered as environmental tax? Can all taxes, used for environmental purposes or positively effect the environment, be considered as environmental tax? If they cannot, how will they be classified? This study will seek for answers to these questions.

Keywords: Environmental Taxes, Environmentally Useful Taxes, Environmental Cleanup Tax, Motor Vehicle Tax, Private Consumption Tax, Value Added Tax.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Hukuk Müşaviri

GİRİŞ

Avrupa Birliği ve OECD ülkelerinde yaygın olan 'çevre vergileri',¹ üzerine konuldukları mal ve hizmetlerin maliyetini arttıracak şekilde üretici ya da tüketici birimleri çevreye zararlı olmayan faaliyetlere yönlendirmekte ve çevreye duyarlı teknolojilerin gelişmesini sağlamakta, ayrıca ekonomiye katkı sunmaktadır.² Bu kapsamda, bu ülkelerde uygulanan çevre vergileri mali amaçtan önce ilk planda çevrenin korunması amacını gütmektedir.³ Bunun yanı sıra, çevre kirliliği şeklinde tezahür eden 'negatif dışsallıkların' içselleştirilmesini⁴ de hedefleyebilmekte-

¹ Avrupa Birliği'nin yürütme organı olan Avrupa Komisyonu, 'çevre vergileri'ni; "A tax whose tax base is a physical unit (or a proxy of it) of something that has a proven, specific negative impact on the environment - matrahının çevre üzerinde olumsuz etkisinin bulunduğu bilimsel olarak kanıtlanmış fiziki ya da bunun temsilcisi konumundaki birim üzerine konulan vergiler" şeklinde tanımlamaktadır. Tanım için bkz. European Commission, Environmental Taxes - A Statistical Guide, European Communities, 2001, s. 9, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/5854253/KS-39-01-077-EN.PDF/5c97b328-6539-4290-9bca-97dea7b882bd?version=1.0>, (25/01/2015). Bu tanımda yer alan, bilimsel olarak kanıtlanmış olma kriteri, varlığı henüz bilimsel olarak kanıtlanmamış olan küresel ısınma ve iklim değişikliğine yönelik karbon vergisi mahiyetindeki vergilerin dışlamaktadır. Buna karşın, Çevre Hukukunun temel ilkelerinden olan ihtiyat ilkesi, bilimsel olarak henüz kanıtlanmamış ya da kanıtlanamıyor olmakla birlikte eldeki verilerden çevresel sorunun varlığı çok kuvvetle muhtemel görülmekte ise, o takdirde buna yönelik önlemlerin geç kalınmadan alınmasını gerektirmektedir. Bu sebeple, bilimsel olarak kanıtlanma kriteri ihtiyat ilkesinin gündeme geldiği konulara ilişkin vergilerde dikkate alınmamalıdır. Nitekim OECD'nin getirdiği 'çevre ile ilgili vergiler' tanımı; "... environmentally related taxes as any compulsory, unrequited payment to general government levied on tax-bases deemed to be of particular environmental relevance - çevre ile ilgili olduğu kabul edilen matrah üzerine yüklenen, karşılıksız ve zorunlu olarak devlete yapılan ödemeler", şeklinde olup, hem yukarıdaki tanımı hem de ihtiyat ilkesi uygulamalarını kapsar niteliktedir. Tanım için bkz. OECD, The Political Economy of Environmentally Related Taxes, OECD Publishing, 2006, s. 26, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/environment/the-political-economy-of-environmentally-related-taxes_9789264025530-en#page28, (26/01/2015).

² Tülin Canbay, Dünyada Vergileme Anlayışındaki Değişim (Antikçağdan Günümüze), Dora Yayınları, 1. Baskı, Bursa, 2009, s. 217 vd.

³ "Mali amaç dışı vergilendirme olgusu ortaya çıkıncaya kadar vergilerin amaçlarına ilişkin bir sınıflandırma ihtiyacı bulunmamaktaydı. Ancak günümüz vergi devletinde vergiler mali amaçların dışında da kullanıldığından teorik olarak böyle bir ayırımın yapılması ihtiyacı doğmuştur." Cenker Göker, Yönlendirici Vergilendirme, Turhan Kitabevi, Ankara, Mayıs, 2011, s. 10.

⁴ Çevresel negatif dışsallıkların içselleştirilmesi, "... kirletenin çevrenin kabul edilebilir bir durumda olmasını sağlamak için kamu otoritelerince belirlenen kirliliği önleme ve kontrol önlemlerinin masraflarına katlanması" şeklinde gerçekleşir. "Böylece bu masrafların ilgili mal ve hizmetlerin maliyetine yansıtılacağı (dışsallıkların içselleştirileceği); kirliliğin sosyal maliyetini belli ölçüde yüklenmek

dir.⁵ Buna göre, Ülkemizde Çevre Temizlik Vergisi dışında doğrudan çevresel amaçla konulmuş bir çevre vergisi bulunmamaktadır.⁶ Hal böyle iken, çevreye dolaylı olarak olumlu katkıları bulunan Motorlu Taşıtlar Vergisi ile kaldırılıp Özel Tüketim Vergisi kapsamına alınan Akaryakıt Tüketim ve Taşıtlar Alım Vergilerinin öncelikle mali amaçlı olmaları hasebiyle çevreye yararlı vergiler olarak kabul edilmeleri daha doğru olacaktır. Bu bakımdan, konuya ilişkin birçok çalışmanın aksine, Çevre Temizlik Vergisi ile Motorlu Taşıtlar ve Özel Tüketim Vergilerini birbirinden ayırmak gerekmektedir.⁷ Bu doğrultuda, öncelikle çevrenin korunması, tali olarak ise belediyelere gelir getirme amaçlarıyla ihdas edilmesi sebebiyle Türkiye'deki tek çevre vergisi olan Çevre Temizlik Vergisi müstakil olarak incelenmeli, çevreye dolaylı olarak yararları olduğu belirtilen diğer vergilere ise 'Çevreye Yararlı Vergiler' başlığı altında yer verilmelidir. Karbon salımına ve hava kirliliğine sebep olan akaryakıt ürünleri üzerinden alınabilen Katma Değer Vergisinin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde ise ayrıca durulmalıdır.

durumunda kalan kirletenin sınırlı çevresel varlıkları rasyonel kullanacağı varsayılmıştır." Nükhet Yılmaz Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 123. Buna göre, çevre vergileri, önleme ve ihtiyat ilkelerinin yanı sıra, kirleten öder ilkesinin de önemli araçlarından biri olabilmektedir.

5

Canbay, s. 209.

6

Ayşen Satır Reyhan, "Çevre Ekonomisinde Çevre Vergileri Uygulamaları", *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 7, S. 1, Haziran 2014, s. 116.

7

Literatürde, OECD ve Avrupa Birliği raporlarında, çevre vergilerinin; özel çevresel amaçlı vergiler ve yeniden tasarlanan vergiler; önleyici çevre vergileri ve destekleyici çevre vergileri; çevresel vergiler ve çevresel nitelikli diğer vergiler; enerji, ulaştırma, kirlilik ve doğal kaynak vergileri gibi sınıflandırmalara tabi tutulduğu görülmekte ise de, bunlar, vergilerin salınma amaçlarına ilişkin değildirler. Bir başka ifade ile, bu çalışmada öngörülen ayrımı ihtiva etmemektedirler. Bahse konu sınıflandırmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cihat Öner, "Çevre Vergileri Üzerine Kavramsal Bir Deneme: Terminoloji ve Uyumlaştırma Problemleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2014/3, s. 136-157. Sibel Bilgin - Işıl Fulya Orkunoglu, "Fiskal ve Ekstrafiskal Amaçlar Bağlamında 1970'lerden Günümüze Çevre Vergileri", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 12/1, Y. 2010, s. 77-108. Yusuf Şahin, "Türk Vergi Sisteminin 'Çevresel Vergiler' Açısından Değerlendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 133, Ekim 1999, s. 130-131. Canbay, s. 215 vd. European Commission, *Environmental Taxes - A Statistical Guide*, s. 12 vd. Bazı yazarlarsa, Çevre Temizlik Vergisi de dâhil Türkiye'de çevre vergisi bulunmadığını ileri sürmekte, 'çevresel amaçlı vergiler' şeklinde bir kategori oluşturarak Katma Değer Vergisi hariç yukarıda belirtilen tüm vergileri bu kapsamda değerlendirmektedir. Bkz. Biltekin Özdemir, "Küresel Kirlenme Sürdürülebilir Ekonomik Büyüme ve Çevre Vergileri", *Maliye Dergisi*, S. 156, Ocak-Haziran 2009, s. 28 vd.

1. Ülkemizdeki Tek Çevre Vergisi: Çevre Temizlik Vergisi

Çevre Temizlik Vergisi, 15/07/1993 tarihli ve 3914 sayılı Kanun'la, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun⁸ mükerrer 44'üncü maddesinde düzenlenerek yürürlüğe girmiştir. Bu maddede 25/12/2003 tarihli ve 5035 sayılı Kanun'un 41'inci maddesiyle yapılan değişiklikten önce bu vergi, 'katı atık ile ilgili' ve 'atık su ile ilgili' **Çevre Temizlik Vergisi** olarak ikiye ayrılmaktaydı.

Katı atıkla ilgili Çevre Temizlik Vergisi, binaların niteliklerine göre içerisinde yer aldıkları ve her bir bina grubu bakımından ayrı miktarda vergi öngören bir tarifeye göre belirlenmekteydi. Binaların boş veya kullanılmıyor olması, bina malikleri veyahut da malik gibi tasarruf edenler bakımından vergi yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktaydı.⁹ Bu durumda, kullanılmayan, boş binaların katı atık hizmetlerinden faydalanmalarının **söz konusu olamadığı**, dolayısıyla çevre ile ilgili birim veyahut da bu birimin temsilcisi niteliği taşımadıkları **gözetildiğinde**, bu binalar üzerinden alınan fakat **çevre ile bağlantısı kalmayan** katı atıkla ilgili Çevre Temizlik Vergisi, fiilen ek bir emlak vergisine dönüşmekteydi. Kullanılan binalar üzerinden alınan katı atıkla ilgili Çevre Temizlik Vergisi ise sadece çevre temizlik hizmetlerine hasredilmiş olmakla birlikte, üretilen atık miktarı değil de, atık üretici birimleri temsil eden bina grupları esas alınmak suretiyle karşılıksız olarak belirleniyor olması ve ücret görünümünde olmaması yönleriyle bir çevre vergisi niteliğindedi.

Öte yandan, atık sularla ilgili Çevre Temizlik Vergisinin, tüketilen suyun bedelini aşmayacak şekilde belediye meclislerince belirlene-

⁸ www.mevzuat.gov.tr, (27/01/2015).

⁹ Her ne kadar, mezkûr maddenin birinci fıkrasında yer alan; "Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde bulunan ve belediyelerin katı atık toplama ile kanalizasyon hizmetlerinden yararlanan konut, işyeri ve diğer şekillerde kullanılan binalar, çevre temizlik vergisine tabidir." hükmü uyarınca sadece belediyelerin çevre temizlik hizmetlerinden yararlanan binalar vergiye tabi kılınmış gözükmekteyse de, aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan; "Çevre temizlik vergisinin mükellefi, her ne şekilde olursa olsun binaları kullananlardır. Boş bulunan binalarda bu verginin mükellefi, binaların malikleri veya malik gibi tasarruf edenleridir." hükmü ile verginin mükellefi, kullanılan binalar bakımından söz konusu binaları kullananlar, boş bulunan binalar bakımındansa binaların malikleri veyahut da maliki gibi tasarruf edenler olarak belirlenmişti. Böylece, belediyelerin çevre temizlik hizmetlerinden faydalanmadığı açık olan ve çevre ile ilgili birimleri temsil etme vasfı bulunmayan boş, kullanılmayan binalar da vergiye tabi kılınmış idi.

cek miktarlarda tarh ve tahakkuk ettirileceği ve su bedeli ile birlikte tahsil edileceği, tahsil edilen miktarın sadece çevre temizlik hizmetlerinde kullanılabilceği **öngörülmekteydi**. Buna göre, adı geçen vergi, vergiden daha çok, (kanalizasyon-atık su) kamu hizmeti karşılığında ve kamu gücüne dayanılarak alınması, **ücret görünümünde olması** ve sadece **çevre kamu hizmetlerinde** kullanılmak üzere özel bir fonda toplanması yönleriyle mali yükümlülük niteliğindedir.¹⁰ Nitekim mali yükümlülükler, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında, kişilerden, kimi kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın maliyet-kâr esaslı güdülmeksizin kamu gücüne dayanılarak alınan paralar şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹ Doktrinde de, kişilerden, belirli grupların ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kimi kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan ve çoğunlukla özel fonlarda toplanan paralar şeklinde tanımlar mevcuttur.¹²

Hal böyle iken, Verginin karmaşık yapısı, atık su ile ilgili Çevre Temizlik Vergisinin (büyükşehirlerde atık su bedelinin) doktrinde üç-

¹⁰ Buna karşın, su ve kanalizasyon hizmetleri ayrı kanunla düzenlenen büyükşehir belediyelerince alınan atık sularla ilgili Çevre Temizlik Vergisi, 'atık su bedeli' adı verilen ve tahsili ile takibi özel hukuk hükümlerine tabi bir ücret geliri mahiyetindedir. Tek Çevre Temizlik Vergisine geçildikten sonra da, büyükşehir belediyelerince Çevre Temizlik Vergisi haricinde ve ayrıca alınmaya devam edilmesi atık su bedelinin bu niteliğini açıkça ortaya koymuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Tosuner - Abdullah Tekbaş, "Atık Su Bedeli ve Sıvı Atık Çevre Temizlik Vergisinin Gelişimi ve Niteliği Üzerine Bir İnceleme", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 189, Haziran 2004, s. 33 vd.

¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 26/10/1965 tarihli ve E.1965/25-K.1965/57 sayılı Kararında; çarşı ve mahalle bekçilerinin kamu hizmeti yaptıklarından ve bu nedenle hizmetleri karşılığında kendilerine ödenen paraların kamu gideri olduğundan bahisle bu giderin karşılanması için alınan paralar mali yükümlülük olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Şahnaz Gerek - Ali Rıza Aydın, *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 60. Anayasa Mahkemesi'nin 31/03/1987 tarihli ve E.1986/20-K.1987/9 sayılı Kararında ise; "Belediye ve mücavir alan sınırları içindeki yeraltı sularından kamu ve özel kişiler tarafından elde edilen kullanma ve sanayi suları için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre, "ücret" adı altında alınan paranın, bir hizmet veya malın karşılığını oluşturumaması, maliyet-kâr esasına göre belirlenmemesi ve kamu gücüne dayanılarak tek taraflı irade ile tespit olunması açısından, belediyeler için vergi benzeri mali kaynak oluşturduğu açıktır. Bu ödemenin, tarifeyle bağlanması ve adına ücret denilmiş olması onun bu niteliğini değiştirmez." denmektedir. Kazancı İçtihat Bankası, (31/01/2015).

¹² Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986/1987, s. 6.

ret ve harç olarak nitelendirilmesi,¹³ vergilendirme işlemlerinin yargı kararları ile sık sık iptal edilmesi¹⁴ kanun koyucuyu yeni bir düzenleme yapmaya yöneltmiştir. Bu çerçevede, 5035 sayılı Kanun'un 41'inci maddesiyle mükerrer 44'üncü madde değiştirilerek atık su vergisi-katı atık vergisi şeklindeki ayırım ile birlikte, **özel fonda toplanma ve çevre temizlik hizmetlerine hasredilme esası kaldırılmış, ücret görünümünden uzaklaşmıştır.** Ayrıca, atık su ile ilgili Çevre Temizlik Vergisinin **tüketilen su** bedeli esas alınarak tarh edilme özelliği, konutlardan alınan Çevre Temizlik Vergisinin hesaplanma **yöntemi** haline getirilmiştir. Buna paralel olarak, mezkûr maddenin altıncı fıkrası ile, belediyenin çevre temizlik hizmetlerinden yararlanan, fakat su ihtiyacını belediyece tesis edilmiş su şebekesi haricinden karşılayan konutlara ilişkin **Çevre Temizlik Vergisinin** binalara ilişkin tarifinin yedinci grubunun ilgili belediye meclisince belirlenecek derecesi üzerinden hesaplanması usulüne geçilerek vergilerin karşılıksız olma özelliği korunmuştur. Böylece, esası da tamamen vergi haline gelen tek Çevre Temizlik Vergisine geçilmiştir. Çevre temizlik hizmetlerinden faydalanmadığı açık olan boş veya kullanılmayan binaları vergiye tabi kılan üçüncü fıkra hükmünün, **vergi mükellefinin binaları kullananlar olarak belirlenmesi suretiyle değiştirilmesi de** bu verginin **çevre vergisi niteliğini** pekiştirmiştir.

Görüldüğü üzere, bu vergi türü öncelikle, belediyelerin çevre te-

¹³ Bahse konu verginin ücret niteliğinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Tosuner-Tekbaş, s. 43 vd. Verginin "karşılıksız olma" özelliğine aykırı olarak su kullanmayan mükellefin çevre temizlik vergisi ödemeyeceği gerekçesiyle, bu verginin, harç niteliği taşıdığı da iddia edilmiştir. Bkz. Şahin, s. 129.

¹⁴ Danıştay 9. Dairesi, 22/1/1997 tarihli ve E.1995/3871-K.1997/239 sayılı ve 17/9/1998 tarihli ve E.1997/4032-K.1998/3252 sayılı Kararlarında, tüketilen atık suyun ancak kanalizasyona takılacak sayaçlarla ölçülebileceğine, sayaçların takılı bulunmadığı durumda ise tahakkuka esas alınacak su tüketim miktarı önem arz ettiğinden belediyenin, tüketilen su miktarını bilirkişi incelemesi yoluyla tespit ettirmesi gerektiğine hükmetmiştir. Aynı Daire'nin 14/11/2000 tarihli ve E.1999/1898-K.2000/3299 sayılı Kararında ise; "...kullanılan suyun göle verildiği tespit edilmiş olup, kanalizasyon hizmetinden yararlanılmadığı saptandığından ve o mahalde kullanılması mümkün bir kanalizasyon hizmetinin bulunduğu da tespit edilmiş olmadığından ve bu nedenle kullanılmış sular için atık su bedeli istenmesi mümkün olmayacağından, yükümlü iddiaları 'borcum yoktur' kapsamında görülerek vergi mahkemesi kararı sonucu itibarıyla yerinde bulunmaktadırlar." demek suretiyle, mükellefler atık su üretmiyor ise belediyelerin atık su ile ilgili Çevre ve Temizlik Vergisi veyahut da atık su bedeli alamayacağına hükmedilmiştir. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, (31/01/2015).

mizlik hizmetlerinden yararlanan **tüm** binalar **üzerinden alındığından**, gerek **üretim** gerekse de tüketim birimlerince oluşturulan katı atıkların ve atık suların, yani doğrudan su ve toprak kirliliğine neden olan faaliyetlerin **çevre üzerinde yarattığı negatif dışsallıkların** (kirlilik maliyetinin) içselleştirilmesini amaçlamaktadır. Lakin su ihtiyacını belediyece tesis edilmiş su şebekesinden karşılayan konutlarda katı atık miktarları gözetilmeksizin yalnızca su tüketim miktarları esas alınmak suretiyle vergi miktarının belirleniyor olması ve su tüketim bedelinin vergi matrahı olması sebebiyle **çevre temizlik vergisi vasıtasıyla** negatif dışsallığın tam anlamıyla içselleştirilmesi mümkün olamamaktadır. Vergi miktarı binaların niteliklerine göre belirlenen binalar **açısından ise durum daha** da olumsuzdur. Keza katı atık ve atık su yönünden bir tespitin yapılabilmesi bu yolla imkânsıza yakındır. Bina nitelikleri ile katı atık ve atık su miktarının ve bunun yarattığı **maliyetin hesaplanmasının güçlüğü sebebiyle, negatif dışsal maliyetin bu binalar bakımından da gerçek anlamda içselleştirilmesi** olası değildir.

Tüm bu olumsuzluklara karşı, **çevresel** motivasyonla konulması,¹⁵ mükelleflerini en azından konutlardaki su tüketimini azaltmaya yönlendirebilmesi bakımından kısmi **önleyicilik** vasfının bulunması, kirlilik üreten birimlerin oluşturduğu negatif dışsallıkların **kısmen** de olsa içselleştirilmesine hizmet etmesi, **çevre** politikaları açısındansa **‘önleme’¹⁶** ve **‘kirleten öder’¹⁷** ilkelerini işlevsel kılmaması gibi hususlar **Çevre Temizlik Vergisini Ülkemizin** yegâne çevre vergisi konumuna taşımaktadır.

¹⁵ Nitekim bir verginin çevre vergisi sayılabilmesi için, o verginin öncelikle, çevresel amacı gerçekleştirecek mekanizmaları tesadüfen değil, kanun koyucunun bilinçli iradesiyle ve kasıtlı olarak içermesinin, bir başka deyişle verginin çevresel motivasyonla konulmasının gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Ali Değirmendereli, “Türk Vergi Sisteminde Uygulanan Bazı Vergilerin Çevresel Vergi Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 174, Mart 2003, s. 117.

¹⁶ Bu ilke ile, bir takım fiiller neticesinde ortaya çıkması muhtemel çevresel zararların önlenmesi ve tabii kaynakların dikkatli kullanımı suretiyle sürdürülebilir çevrenin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Reiner Schmidt, *Einführung in das Umweltrecht*, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, München, 1995, s. 4.

¹⁷ Bu ilke, çevre hukukunun ilk ve en temel ilkelerinden birisi olup; “kirliliğin bedelinin kirletene ödetilmesi” veya “kirletenin kirliliğin maliyetine katlanması” şeklinde tanımlanması mümkündür. Bkz. Turgut, s. 117.

2. Çevreye Yararlı Vergiler:

Yukarıda da belirtildiği gibi, özel çevresel amaçlı vergiler ve yeniden tasarlanan vergiler; çevre vergileri ve çevre ile ilgili vergiler; önleyici çevre vergileri ve destekleyici çevre vergileri; çevresel vergiler ve çevresel nitelikli diğer vergiler; enerji, ulaştırma, kirlilik ve doğal kaynak vergileri mahiyetindeki sınıflandırmalar vergilerin salınma amaçlarına ilişkin değildirler. Bir başka ifade ile, zaten çevre vergisi olan veyahut da kabul edilen vergilerin bu küme kapsamındaki alt bölümleri, alt grupları mahiyetindedirler. Bu çalışmada öngörülen ayırımıda ise, bir tarafta tek olması hasebiyle gruplandırılma ihtiyacı bulunmayan Çevre Temizlik Vergisi yani tek çevre vergisi ile mali amacı bakımından çevre vergisi olmamakla birlikte çevresel yönden olumlu neticeleri içerisinde barındıran çevreye yararlı vergiler gruplandırılması söz konusu olmaktadır.¹⁸

2.1. Motorlu Taşıtlar Vergisi:

Mali gücün bir göstergesi olarak kabul edilen servet unsurlarından motorlu araçların vergilendirilmesine ilişkin olan Motorlu Taşıtlar Vergisindeki asli amaç vergide adalet ve eşitlik ilkesi çerçevesinde kişilerin vergi ödeme gücünün kavranmasıdır.¹⁹ Bir başka deyişle, Motorlu Taşıtlar Vergisi mali amaçlı bir vergidir. Vergi borcu, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda²⁰ düzenli bulunan tarifelere göre tahakkuk etmektedir.

Bu vergi tarifelerinde sayılan taşıtlar, tükettikleri yakıtlar neticesinde karbon salımına neden olan motorlu hava ve kara araçlarıdır. Bu sebeple, Motorlu Taşıtlar Vergisi, hava kirliliğine ve küresel ısınmaya sebep olarak çevre üzerinde negatif dışsallık yaratan bu araçların kullanımının azaltılması, toplu taşımanın özendirilmesi veyahut da daha az kirleten yeni teknolojilerin teşviki gibi işlevleri itibariyle aynı

¹⁸ Buradaki 'vergi' kavramı dar anlamda ve Anayasadaki haliyle kullanılmaktadır. Tüm kamusal mali yükümlülükleri ihtiva eden ve doktrinde ifade edildiği şekliyle 'geniş anlamda vergi' kavramı gündeme geldiğinde işin içine çevresel resim ve harçlar da girmektedir.

¹⁹ Recep Kaplan, "Motorlu Taşıtlar Vergisinde Otomobillerin Tarife Yapısının Vergi Adaleti ve Çevre Politikaları Açısından Değerlendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 289, Ekim 2012, s. 215-216.

²⁰ www.mevzuat.gov.tr, (02/02/2015).

zamanda çevre kirliliğinin önlenmesine dolaylı olarak hizmet edebilen bir vergi türüdür. Gerçekten de, toplu taşımayla kat edilecek bir mesafenin bu araçların satın alınması yoluyla kat edilmesi halinde trafiğe çıkacak araç sayısının artması neticesinde ortaya çıkacak kirlilik, toplu taşımaya göre çok daha fazla olmaktadır. Bu minvalde, satın alınacak araçların satın alım aşamasında değil, kullanıldığı süre içerisinde her yıl ocak ve temmuz aylarında tahsil olunan bir vergi olan Motorlu Taşıtlar Vergisi, yıllara yayılı olarak vergiye tabi araçların maliyetini artırmakta, böylece özel olarak bu araçlara sahip olmak isteyenler açısından caydırıcı bir etki yaratabilmektedir. Aynı şekilde, vergisel avantajların sunulması durumunda üretici firmaları daha az kirlilik üreten araçları (teknolojileri) üretmeye, tüketicileri ise bunları kullanmaya teşvik etmeye de müsait bir vergidir.

Kanun'da üç tarife mevcut olup, bu tarifelerde motor hacmi artıkça ödenecek verginin arttığı görülmektedir. Her ne kadar motorlu aracın değeriyle doğru orantılı olduğu gerekçesiyle vergi miktarının belirlenmesinde vergi ödeme gücünün kavranmasına yönelik olarak böyle bir ölçüye başvurulmuş ise de,²¹ istisnalar dışında motor hacmi büyük olan araçların daha fazla karbon salımına neden olduğu görüldüğünden bu yollu bir vergi kademelendirmesinin çevresel açıdan da yararlı olduğu ortadadır.

Öte yandan, Bakanlar Kuruluna, mezkûr Kanun'un 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi hükmü ile, karbon ve sair zehirli gazların salımını azaltan katalitik konvertör teknolojisini kullanan motorlu taşıtlara ilişkin vergi miktarını %50'ye kadar indirme yetkisi verilmiş olup, bu yetkinin kullanılması durumunda çevreye yararlı teknoloji teşviki suretiyle hava kirliliğinin azaltılabilmesi mümkün olabilmektedir. Mezkûr çevresel amaçlı düzenlemenin benzeri 4760

²¹ "Öte yandan, bir aracın motor silindir hacmi, vergiye konu olan aracın değeri tam olarak yansıtılmamaktadır. Aynı silindir hacmine sahip olmasına rağmen çok farklı değerleri bulunan araçlar için aynı verginin ödenmesi vergilemede adalet ilkesine uygun düşmemektedir." Kaplan, s. 214-215. Mevcut sistemin vergide adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle otomobiller üzerinden alınan Motorlu Taşıtlar Vergisinin, aracın silindir hacmi ve yaşına göre değil, parasal değerine göre tarh ve tahakkuk ettirilmesinin gerektiğine dair görüş için bkz. Ahmet Şanlı, "Vergide Eşitlik Prensibi Yönünden Otomobil Fiyatları ile Ödenen Motorlu Taşıtlar Vergilerinin Değerlendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 168, Eylül 2002, s. 31-32.

sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun²² 12'nci maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde motorlu taşıtların ilk iktisabında alınacak Özel Tüketim Vergisi (eski Taşıtlar Alım Vergisi) için de mevcuttur. Lakin bahse konu yetkilerin bugüne değin kullanılmadığı görülmektedir.²³

Çevreye olumlu katkılarını bu şekilde sayabileceğimiz Motorlu Taşıtlar Vergisinin, çevre vergisi olmadığını gösteren hükümler bizzat mezkûr Kanun'da yer almaktadır. Bunlardan ilki, I ve IV sayılı tarifelerde yer alan taşıtlardan (ticari maksatla kullanılan uçak ve helikopterler ile taşıtların kiralamaya faaliyeti ile uğraşan işletmelerin bu amaçla kiraya verdikleri taşıtlar hariç) alınan vergi ve cezalar ile gecikme zamlarının gelir ve kurumlar vergilerinin matrahlarının tespitinde gider olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin 14 üncü maddedir. Madde ile, ticari amaçla kullanılan motorlu hava taşıtlarından uçak ve helikopterler ile taşıtların kiralamaya işini yapan şirketlerin bu kapsamda kiraya verdikleri her türlü motorlu taşıtlar ve ticari olsun veya olmasın II sayılı tarifede yer alan otobüs, minibüs, kamyon gibi büyük motorlu kara taşıtları için ödenen verginin Gelir ve Kurumlar Vergisi matrahlarının tespitinde gider olarak gösterilebileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu durum, maliyeti arttırmak suretiyle motorlu taşıtların bireysel kullanımının yaygınlaşmasının önüne geçilmesi ve yarattığı kirliliğin içselleştirilmesi amaçlarına zarar vermektedir. Çünkü bu kapsamda artan maliyet, mükellef açısından, ödeyeceği diğer vergilerin miktarının düşmesi neticesinde tekrar azaltılmış olmaktadır. Özellikle motorlu hava taşıtlarından uçakların, karbon salımında miktar açısından en zararlı taşıtlar olduğu göz önüne alındığında bu değerlendirmenin haklılık payı artmaktadır.²⁴ Aynı hususlar II sayılı tarifede yer alan kara taşıtları için de geçerlidir. Keza bu araçlar I sayılı tarifedeki araçlara göre daha fazla karbon salımına ve kirliliğe sebebiyet veren araçlardır.

²² www.mevzuat.gov.tr, (04/02/2015).

²³ Değirmendereli, s. 124, 127.

²⁴ Ülkemizde bu taşıtlardan ticari olanlar özendirilmekte iken, Avrupa Birliği, üyelerinin havaalanlarına iniş kalkış yapan yerli ve yabancı havayolu şirketlerine 01/01/2012 tarihinden itibaren karbon salım kotası uygulamasını başlatmıştır. Kirletme izni karşılığı ödenmesi hasebiyle bir nevi çevre resmi olan bu yükümlülük kirleten tarafından uçak biletlerine yansıtılmaktadır. Hem yeni teknolojileri teşvik suretiyle karbon salımını azaltma, hem de kirletenin kirlilik maliyetlerine katılmasını temin etme fonksiyonu bulunmaktadır. Bkz. <http://www.trthaber.com/haber/cevre/ab-ucaklara-karbon-vergisi-koydu-22971.html>, (06/02/2015).

Bir diğer çevresel amaca aykırı düzenleme ise, daha önce bu vergi kapsamında yer alan motorlu deniz taşıtlarını, verginin kapsamı dışına çıkararak 06/05/2009 tarihli ve 5897 sayılı Kanun'dur. Bu Kanun, çevre kirliliği ve karbon salımı yönünden önemli zararları bulunan motorlu deniz taşıtlarının ülkemizde kullanımını teşvik etmek amacıyla konulmuştur; fakat Motorlu Taşıtlar Vergisinin çevre vergisi olmadığının bir başka kanıtıdır.

Öte yandan, Kanun'daki tarifeler uyarınca motorlu taşıtın yaşı büyüdükçe ödenecek vergi miktarının azalması da, düşük karbon salımına yönelik yeni teknolojilerin hızla geliştiği çağımızda bu nitelikteki yeni araçların teşvik edilmesi gerekmekte iken, çevre bakımından tam tersine zararlı neticeler doğurmaktadır. Verginin mali niteliğini ortaya koyan en önemli hususlardan birisi de budur.²⁵ Buna karşın, bahse konu verginin Avrupa Birliği ve OECD ülkelerindeki²⁶ gibi karbon salımını temel alan bir çevre vergisi haline dönüştürülmesi için çalışmalar devam etmektedir.²⁷

²⁵ "... motor gücü yüksek olan araçların daha fazla vergi ödemesi çevresel bir unsur olarak ön plana çıkarılmak istense bile daha fazla çevre kirliliğine neden olan yaşlı araçların daha düşük miktarda vergilendirilmesi Motorlu Taşıtlar Vergisinin çevresel amaçlardan uzaklaşmış olduğunu mali amacının ön plana çıkartıldığını göstermektedir." Ali Çelikkaya, "Motorlu Taşıtların Vergilendirilmesinde Yeni Eğilim: Karbon Temelli Vergileme Modeli", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 266, Kasım 2010, s. 3.

²⁶ "Şu an AB üyesi ülkelerden 17'si binek otolarda kısmen ya da tamamen CO₂ emisyonuna dayalı vergi uygulamakta ve 15 ülke elektrikli araçlar için vergi teşvikleri sunmaktadır. Emisyon temelli vergilemeye geçen ilk ülkelerden biri olan İngiltere'de karbon vergisi sayesinde binek otoların CO₂ emisyonu önemli ölçüde düşmüştür. İrlanda'da motorlu taşıtlar vergisi tarifesi düşük emisyonlu araçlara 1900 Euro'ya kadar teşvik sağlamaktadır. Fransa'da yapılan araştırmalar sistemin tahmin edilenden daha başarılı olduğunu ve yeni araçların ortalama emisyon oranının yıllık ortalama 1.5 g/km azaldığını göstermektedir. Dünya otomobil üretiminin önde gelen ülkelerinden biri olan İsveç'te toplumun bütün kesimleri karbon temelli vergileme üzerinde uzlaşma sağlamış 2007 yılının ilk çeyreğinde CO₂ emisyonu 120g/km'den az araç sayısı bir önceki yıla göre 3 kat artmıştır. Karbon temelli vergileme eğilimi diğer birlik üyesi ülkelerde de hızla yükselmektedir. Neticе olarak AB'de karbon temelli motorlu taşıtlar vergisi uygulaması tüketicilerin yeni araç satın alma kararlarını önemli ölçüde değiştirmiştir." Çelikkaya, s. 3.

²⁷ Maliye Bakanı Mehmet Şimşek de, çevresel amaçlı yeni motorlu taşıtlar vergisi çalışmalarına dair bir konuşmasında, daha az kirletenden daha az vergi alınacağından bahsederken; "Sadece bu uygulama bile temiz çevreye büyük katkı sağlayacaktır. Ayrıca bu uygulama yüksek teknoloji üretimini teşvik edecektir. Bu çalışmada vergiyi artıralım, daha çok gelir sağlayalım kaygısı taşımıyoruz. Gelecek nesillere temiz bir çevre bırakmak da çok önemli." şeklindeki ifadesiyle mevcut verginin mali amaçlı olduğunu kabul etmektedir. 24/10/2013 tarihli ha-

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, çevresel amaçla konulmuş bulunmasa ve temelde mali amaçlı bir vergi olsa da, Motorlu Taşıtlar Vergisinin, çevreye olumlu sayılabilecek etkilerinin mevcudiyeti sebebiyle çevre vergisi değil, fakat çevreye yararlı vergilerden sayılması daha doğru olacaktır.

2.2. Özel Tüketim Vergisi:

Özel Tüketim Vergisi, ekonomik sürecin üretim ve dağıtım aşamalarında veya bunlardan sadece birinde, istisna ve muafiyetler dışındaki bütün mal ve hizmetlerden genel olarak alınan muamele vergisine karşılık, ayrı ayrı belirtilen çeşitli mal ve hizmetlerden alınan vergiler şeklinde tanımlanabilir.²⁸

Bu vergiye ilişkin esasları düzenleyen Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli I sayılı listede sayılı madeni yağlar üzerine vergi konulduğu görülmektedir. Bu uygulama, karbon salımının temel kaynaklarından birisini teşkil eden petrol ve petrol ürünleri ile diğer madeni yağların maliyetini arttırıcı etki doğurması açısından çevre kirliliğinin önlenmesi noktasında dolaylı bir katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla bu vergi türünün, karbon vergisi olarak nitelendirilmesi mümkün olmasa da,²⁹ hava kirliliğine ve küresel iklim değişikliğine karşı kısmi bir önlem sunduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu kapsamda, Özel Tüketim Vergisi, Ülkemizde, temel amacı hazineye gelir kazandırmak olmakla birlikte, ikincil olarak kirletici enerji kaynaklarının yerine, temiz enerji kaynaklarının ikamesinin sağlanması, kirlilik

ber için bkz. <http://otomobil.haber7.com/cevreci/haber/1087633-otoda-vergi-sistemi-sil-bastan-degisiyor>, (07/02/2015). Bu çalışmaların 2010 yılında başladığı bilinmektedir. Lakin henüz somut bir metin ortaya konulabilmiş değildir. Konuya ilişkin 10/03/2013 tarihli haber için bkz. <http://ekonomi.haberturk.com/para/haber/826320-vergide-devrim>, (07/02/2015).

²⁸ Salih Turhan, Vergi Teorisi ve Politikası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 165 - 166.
²⁹ Karbon vergileri; öncelikle küresel ısınma ve iklim değişikliğine sebebiyet verdiği yönünde kuvvetli emareler bulunan sera gazları içerisinde en büyük paya (%50) sahip olan karbondioksitin atmosferdeki miktarının azaltılmasını hedeflemektedir. Bu vergi, her bir fosil yakıt türünün (kömür, petrol, doğalgaz vb.) içermiş olduğu karbon miktarıyla doğru orantılı olarak belirlenmektedir. Örneğin, kömür petrole göre, motorin ise kurşunsuz benzine göre daha fazla miktarda karbon salımı ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda, kömür üzerine konacak karbon vergisi miktarının petrole, motorin üzerine konacak karbon vergisi miktarının ise kurşunsuz benzine göre daha yüksek olması gerekmektedir.

maliyetlerine katkı sunulması ve toplu taşımanın teşvik edilmesi gibi fonksiyonlar icra eden bir vergi konumundadır. Diğer taraftan, bu vergi türünün, Avrupa Birliği'nde sosyal maliyeti yüksek olan örneğin çevreyi olumsuz etkileyen bazı malları tüketmeyi sürdüren tüketicileri caydırmak ve cezalandırmak gibi sebeplerle oranları arttırılarak uygulandığı görülmektedir.³⁰ Nitekim madeni yağlar (petrol ve petrol ürünleri) çevreye verdiği zararların sosyal maliyeti nedeniyle tüketiciyi caydırmak, cezalandırmak ve bu sosyal maliyetin finansmanını sağlamak gibi amaçlarla Avrupa Birliği ülkeleri içerisinde en ağır vergilendirilen mal gurubunu teşkil etmektedir. 92/81AET ve 92/82/AET³¹ sayılı direktifler kapsamında düzenlenmiş olan bu mal gurubu içerisindeki ürünler; motorlu araç yakıtları (kurşunlu ve kurşunsuz benzin, motorin, LPG, metan v.s.) ve ısınmada kullanılan yakıtlar (gaz yağı, kerosen, ağır fuel oil v.s.) şeklinde sınıflandırılabilir.

Aynı durum, bu verginin, Kanun'a ekli II sayılı listede sayılan motorlu araçların ilk iktisabında bu araçlar üzerinden alınması nedeniyle de söz konusudur. Bu sayede Motorlu Taşıtlar Vergisinin yanı sıra bu araçların ilk iktisabında alınan Özel Tüketim Vergisi nedeniyle araçların maliyeti artmakta ve toplu taşımayı teşvik edici bir etki doğmaktadır. Bu, araç satın almama yoluyla olabileceği gibi mecbur kalmadıkça yeni araç almayarak trafikteki araç sayısının artmasını engellemek şeklinde de kendisini gösteren bir etkidir denebilir.

Görüldüğü üzere, yıllara yayılı olarak motorlu araçların maliyetini arttıran Motorlu Taşıtlar Vergisinin yanı sıra Özel Tüketim Vergisi kapsamına alınan Taşıtlar Alım Vergisi ile de bir kereye mahsus olarak motorlu araçların maliyeti arttırılmış olmaktadır. Bununla birlikte, karbon salımına neden olan petrol ve petrol ürünleri gibi kirletici enerji kaynaklarının da bu vergi kapsamında vergilendirildiği ve motorlu araçlarda kullanılan bu maddelerin de maliyetinin arttırılması söz konusu olduğundan, motorlu aracın piyasada oluşan değerinin oldukça yükselmesi sonucunun doğacağı aşikârdır. Bu durum gerek bu

³⁰ Şerafettin Aksoy, Kamu Maliyesi, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve İlaveli 3. Baskı, İstanbul, 1998, s. 372.

³¹ 19/10/1992 tarihli ve 92/81/AET sayılı Madeni Yağlardan Alınan ÖTV'nin Uyumlaştırılması ve 92/82/AET sayılı Madeni Yağlardan Alınan ÖTV'nin Oranlarının Yakınlaştırılması Direktifleri, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/uluslararası_mevzuat/92_82_AET.htm, (08/02/2015).

araçların edinilmesi gerekse de kullanılması noktasında caydırıcı bir etki doğurmaktadır. Ayrıca Motorlu Taşıtlar Vergisinden muaf tutulan ve karbon salımı ile hava kirliliğine sebebiyet veren motorlu deniz taşıtlarının bazılarının³² ilk iktisabı ile motorlu deniz taşıtlarınca kullanılan yakıtlar³³ da ilgili listelerinde vergiye tabi kılınmış ve böylece bu araçlar bakımından da bir maliyet artışı meydana gelmiştir.

Tüm bu olumlu yönlerine karşın, temel amacı hazineye gelir sağlamak olduğu ortada olduğundan,³⁴ Özel Tüketim Vergisi de, çevreye yararlı vergiler kategorisinde mütalâa edilmelidir.

2.3. Katma Değer Vergisi:

Katma Değer Vergisi, üretimden tüketime her aşamada malların ve hizmetlerin satış değerleri üzerinden oransal olarak alınmakla beraber; her üretim ve dağıtım aşamasında yaratılan katma değerlerin indirim mekanizması kullanılmak suretiyle vergilendirilmesini sağlayan yayılı bir muamele vergisidir.³⁵ İndirim mekanizması sebebiyle üretici, dağıtıcı ve satıcıların ödedikleri vergiyi fiyatlara yansıtabilmesi fakat tüketicilerin bu imkânlarının bulunmaması, dolayısıyla verginin tamamının nihai tüketici üzerinde kalması, istisnalar dışında genel bir muamele vergisi olması gibi sebepler Katma Değer Vergisinin çevre vergisi niteliği kazanmasını olanaksızlaştırmaktadır.³⁶

³² 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun Ek-II sayılı Listesi uyarınca; denizde seyretmeye mahsus olan ve 18 Gros tonilatoyu geçmeyen gezinti gemileri, denizde seyretmeye mahsus olmayan yolcu ve gezinti gemileri, yatlar ve diğer eğlence ve spor tekneleri bu kapsamdadır.

³³ Buna karşın, 6 Seri Numaralı ÖTV Genel Tebliği uyarınca; "Türk Uluslararası Gemi Siciline veya Milli Gemi Siciline ve Deniz Ticaret Odasına kayıtlı olan ve kabotaj hattında çalışan: yük ve yolcu taşıyan gemiler, balıkçı gemileri, ticari yatlar, römorkör, algarına, kablo ve kurtarma gemisi, dalgıç aracı gibi deniz ulaşımının diğer hizmetlerinde kullanılan ve yolcu ya da yük gemisi olmayan ticari gemiler, bilimsel araştırma gemileri dağıtıcılardan sıfır ÖTV ile deniz yakıtı satın alma hakkına sahiptirler." Hüseyin Demir, "Özel Tüketim Vergisi Sıfıra İndirilmiş Deniz Yakıtı Uygulamasında Yeni Düzenlemeler", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 300, Eylül 2013, s. 12-13.

³⁴ "Örneğin çevrenin korunmasına olumlu katkıları olabilecek kurşunsuz benzin ile diğer benzinler arasında, bu çeşit benzin kullanımını teşvik edecek bir düzenlemenin yapılmadığı görülmektedir." Şahin, s. 131.

³⁵ Şerafettin Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul, 1999, s. 344.

³⁶ European Commission, *Environmental Taxes - A Statistical Guide*, s. 11.

Buna karşın, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun³⁷ verginin konusunu düzenleyen 1'inci maddesi uyarınca; işlemin Türkiye'de yapılmış olması kaydıyla ticari, sınaî faaliyetler çerçevesinde yapılan teslimler, her türlü mal ithalatı ile aynı maddenin üçüncü fıkrasının (e) bendinde düzenlenen boru hattı ile ham petrol, gaz ve bunların ürünlerinin taşınması hizmetleri kapsamına; çevreye zararlı, kirletici özellikleri bulunan vergiden muaf tutulmamış her türlü malın teslimi ile diğer faaliyet kapsamındaki boru hattı ile ham petrol, gaz ve bunların ürünlerinin taşınması hizmetlerinin ifası gireceğinden, bu mal ve hizmetler Katma Değer Vergisine tabi olacak, böylece başta karbon bazlı yakıtlar olmak üzere çevreye negatif maliyet yükleyen her ürünün maliyeti artmış olacaktır.

Bu durumda, her ne kadar karbon bazlı yakıtlardan akaryakıt mahiyetindekilerinden Özel Tüketim Vergisi de alınıyor olması neticesinde verginin vergisinin alınmasına sebebiyet vermekte ise de, Katma Değer Vergisinin bahse konu yakıtların maliyetini artırmak suretiyle çevre kirliliğinin önlenmesi noktasında dolaylı bir katkı sağladığı açıktır. Bu sayede Katma Değer Vergisi aynı zamanda Özel Tüketim Vergisinin ve Motorlu Taşıtlar Vergisinin yanı sıra kirletici enerji kaynaklarının yerine, temiz enerji kaynaklarının ikamesinin sağlanması ve toplu taşımayı teşvik etme gibi tali fonksiyonlar icra eden bir vergi konumunu da kazanmaktadır.

Görüldüğü üzere, temel amacı hazineye gelir kazandırmak olan bu vergiyle, tali olarak çevrenin korunmasına da katkı sunulabilmektedir. Öyle ise, çevreye olumlu etkileri açısından Ülkemizdeki Motorlu Taşıtlar veya Özel Tüketim Vergilerinden farklı olmayan bu vergi türünün, diğerlerinin çevre vergisi sayılabildiği günümüzde, en azından çevreye yararlı vergiler kategorisinde değerlendirilmesi bir gerekliliktir.³⁸

³⁷ www.mevzuat.gov.tr, (08/02/2015).

³⁸ Değirmendereli'nin, Katma Değer Vergisinin çevre dostu ürünler bakımından farklılaştırılabileceği yönündeki düşüncesi de bu görüşü desteklemektedir. Bkz. Değirmendereli, s. 126. Buna paralel olarak, Avrupa Komisyonu da, katma değer vergilerini, çevre vergisi değil, fakat oranları çevresel amaçlara uygun olarak belirlenebilen bir vergi türü olarak nitelendirmektedir. Bu kapsamda İspanya ve Avusturya'nın motorlu taşıtlar üzerinden alınacak katma değer vergisi oranlarını çevresel amaçlarla yüksek tuttuğu belirtilmektedir. Bkz. European Commission, Environmental Taxes – A Statistical Guide, s. 11.

SONUÇ

Su ihtiyacını belediyece tesis edilmiş su şebekesinden karşılayan konutlar bakımından su tüketimini ve atık su üretimini azaltıcı etkileri bulunan, aynı zamanda atık üretici birimlerin su ve toprak kirliliği maliyetlerine katılmasını temin eden, böylece bahse konu çevresel zararlar yönünden önleme ve kirleten öder ilkelerini kısmen de olsa hayata geçiren bir vergi olan Çevre Temizlik Vergisinin Ülkemizin tek çevre vergisi olduğu ortadadır. Bu vergi türü, matrahının atık üretici birimleri temsil eden binalar üzerinden belirlenmesi ve çevresel motivasyonla konulması gibi yönleriyle Avrupa Komisyonu ve OECD'nin çevre vergilerine ilişkin tanımlarındaki unsurları da ihtiva etmektedir.

Öte yandan, Motorlu Taşıtlar ve Özel Tüketim Vergileri ile çevresel açıdan bu vergilerle benzer etkileri bulunduğu yadsınamayacak olan Katma Değer Vergisinin de, mali amaçla ihdas edilmekle birlikte çevreye yararları bulunan veyahut da tali olarak çevresel amaçlar için kullanılabilmesi mümkün olan ulusal vergiler olduğu tespit edilmiştir.

Bu çerçevede, konusunu sadece çevresel negatif dışsallıklara sebebiyet veren motorlu araçların teşkil ettiği Motorlu Taşıtlar Vergisinin, Avrupa Birliği ve OECD ülkelerindeki benzer reformlarla Ülkemizde de çevre vergisi haline getirilebilmesi mümkündür. Lakin üzerine konuldukları mal ve hizmetler bakımından genellik arz eden Katma Değer Vergisi ile çok geniş bir yelpazede çeşitli ve farklı ürünler üzerinden ayrıca alınan Özel Tüketim Vergisinin birer çevre vergisi haline getirilemeyeceği görülmektedir. Buna karşın, üzerinden Özel Tüketim Vergisi ve Katma Değer Vergisi alınan çevreye zararlı bazı ürünlerin, ayrıca ihdas edilecek bir vergi kapsamında vergilendirilmesi suretiyle yeni bir çevre vergisi ihdası da olasılık dâhilindedir. Karbon emisyonuna ve hava kirliliğine sebebiyet veren petrol ve petrol ürünleri ile diğer madeni yağlar üzerinden alınmasını önerebileğimiz böyle bir verginin, verginin konusunu teşkil eden ürünlerin içerdikleri karbon miktarları ile doğru orantılı olarak kademelendirilmiş bir tarife uyarınca tarh ve tahsil edilmesi halinde karbon vergisi mahiyeti arz edeceği söylenebilir. Bu durumda, bahse konu ürünler üzerinden alınan Özel Tüketim ve Katma Değer Vergilerinin kaldırılıp kaldırılmaması veya oranlarının azaltılıp azaltılmaması politik bir tercih olarak gündeme gelecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Aksoy Şerafettin, Kamu Maliyesi, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve İlaveli 3. Baskı, İstanbul, 1998.
- Aksoy Şerafettin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul, 1999.
- Canbay Tülin, Dünyada Vergileme Anlayışındaki Değişim (Antikçağdan Günümüze), Dora Yayınları, 1. Baskı, Bursa, 2009.
- Gerek Şahnaz - Aydın, Ali Rıza, Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2010.
- Göker Cenker, Yönlendirici Vergilendirme, Turhan Kitabevi, Ankara, Mayıs, 2011.
- Kaneti Selim, Vergi Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986/1987.
- Schmidt, Reiner, Einführung in das Umweltrecht, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, München.
- Turgut Nükhet Yılmaz, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2012.
- Turhan Salih, Vergi Teorisi ve Politikası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Makaleler ve Raporlar

- Bilgin Sibel - Orkunoğlu, Işıl Fulya, "Fiskal ve Ekstrafiskal Amaçlar Bağlamında 1970'lerden Günümüze Çevre Vergileri", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 12/1, Y. 2010.
- Çelikkaya Ali, "Motorlu Taşıtların Vergilendirilmesinde Yeni Eğilim: Karbon Temelli Vergileme Modeli", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 266, Kasım 2010.
- Değirmendereli Ali, "Türk Vergi Sisteminde Uygulanan Bazı Vergilerin Çevresel Vergi Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 174, Mart 2003.
- Demir Hüseyin, "Özel Tüketim Vergisi Sıfıra İndirilmiş Deniz Yakıtı Uygulamasında Yeni Düzenlemeler", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 300, Eylül 2013.
- European Commission, Environmental Taxes-A Statistical Guide, European Communities, 2001.
- Kaplan Recep, "Motorlu Taşıtlar Vergisinde Otomobillerin Tarife Yapısının Vergi Adaleti ve Çevre Politikaları Açısından Değerlendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 289, Ekim 2012.
- OECD, The Political Economy of Environmentally Related Taxes, OECD Publishing, 2006.
- Öner Cihat, "Çevre Vergileri Üzerine Kavramsal Bir Deneme: Terminoloji ve Uyumlaştırma Problemleri" *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2014/3.
- Özdemir Biltekin, "Küresel Kirlenme Sürdürülebilir Ekonomik Büyüme ve Çevre Vergileri", *Maliye Dergisi*, S. 156, Ocak-Haziran 2009.

Satır Reyhan Ayşen, “Çevre Ekonomisinde Çevre Vergileri Uygulamaları” *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 7, S. 1, Haziran 2014.

Şahin Yusuf, “Türk Vergi Sisteminin ‘Çevresel Vergiler’ Açısından Değerlendirilmesi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 133, Ekim 1999.

Şanlı Ahmet, “Vergide Eşitlik Prensibi Yönünden Otomobil Fiyatları ile Ödenen Motorlu Taşıtlar Vergilerinin Değerlendirilmesi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 168, Eylül 2002.

Tosuner Mehmet – Tekbaş Abdullah, “Atık Su Bedeli ve Sıvı Atık Çevre Temizlik Vergisinin Gelişimi ve Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 189, Haziran 2004.

İnternet Sayfaları

<http://ekonomi.haberturk.com/para/haber/826320-vergide-devrim>

<http://otomobil.haber7.com/cevreci/haber/1087633-otoda-vergi-sistemi-sil-bastan-degisiyor>

http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/uluslararasi_mevzuat/92_82_AET.htm

<http://www.trthaber.com/haber/cevre/ab-ucaklara-karbon-vergisi-koydu-22971.html>

www.mevzuat.gov.tr

HUKUK YARGISI BAĞLAMINDA BİLİRKİŞİLİK KANUNU TASARISININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Süha TANRIVER*

Özet: Bu makalede, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan Bilirkişilik Kanunu Tasarısı hakkında genel çerçevede bilgi verilmiş ve anılan Tasarı'da yer alan düzenlemelerin bir kritiğinin yapılmasına gayret edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Bilirkişilik, Bilirkişilik Bölge Kurulu, Bilirkişilik Üst Kurulu, Bilirkişiliğe Kabul Şartları, Hukukî Sorunlarda Bilirkişiyeye Başvurma Yasağı, Bilirkişilik Görevinin Niteliği, Bilirkişinin Sorumluluğu.

Her şeyden önce, Tasarı'nın adının seçimi, isabetli bir biçimde yapılamamıştır. Çünkü anılan Tasarı hükümleri bir bütün hâlinde gözetildiğinde, Tasarı'da bilirkişilik kurumunun tüm boyutları itibariyle değil, daha ziyade kurumsal bazda yapılandırılmasına ilişkin hükümler sevk edildiği görülmektedir. Dolayısıyla, anılan Kanun Tasarısı'nın adının, böyle bir tasarıya ihtiyaç bulunup bulunmadığı hususuna ilişkin tartışmalar tümüyle saklı kalmak kaydıyla, "Bilirkişilik Kurumunun Yapılandırılması Hakkındaki Kanun Tasarısı" şeklinde belirlenmesi, daha doğru bir yaklaşım biçimi oluşturur. Kaldı ki, Tasarı'nın adı bu şekilde kalacak olursa, usul kanunlarında yer alan bilirkişilikle ilgili düzenlemelerin tümüyle kaldırılıp, anılan kurumun mantıksal kurgu ve sistematik bir bütünlük içerisinde, tüm boyutları itibariyle, yargı kolları arasındaki farklılaşmadan kaynaklanan koordinasyon ve ko-relasyonun kurulmasının sağlanması suretiyle bir düzenlemeye tâbi tutulması, daha tutarlı ve daha doğru bir davranış biçimi teşkil eder.

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Öte yandan, bilirkişilik, her şeyden önce, bir meslek olarak nitelendirilemez.¹ Meslekten söz edilebilmesi için, özel bilgiye ihtiyaç gösteren ve öğrenilen bir sanatın, az veya çok sürekli bir biçimde icra ediliyor olması gerekir. Bilirkişilik ise, bu nitelikleri taşımamaktadır; tamamen arızî veya tesadüfî olarak gerçekleştirilen bir faaliyet konumundadır; sürekli bir biçimde icra olunamaz.² Yine, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda oy ya da görüş bildirmekle sınırlı biçimde gerçekleştirilen bir faaliyet, meslek olmaktan ziyade, meslekî verilerin somut bir plânda ifade edilmesi, bir mesleğin türevi ya da yansıma biçimi olarak algılanabilir. Oysa, Tasarı'da, sistematik çerçevede, bir bütün olarak değerlendirme yapıldığında, bilirkişiliğin, bir meslek olduğu tezi benimsenmiş ve bu düşünceden hareketle, bilirkişiliğin kurumsal bazda yapılandırılmasıyla ilgili özel hükümler sevk edilmiştir. Biraz önce de işaret ettiğimiz üzere, bilirkişilik, bir meslek olmaktan ziyade, bir mesleğin somut bir plânda uygulanması şeklinde tezahür eden, arızî ya da tesadüfî olarak gerçekleştirilen bir faaliyet konumundadır. Dolayısıyla, özel hukuk bazlı "oda" ve "odalar birliği" yahut kamu hukuku bazlı "bölge kurulu" ve "üst kurul" şeklindeki yapılandırmalara elverişli bir nitelik taşımaz.³ Çünkü her iki yapılandırma biçimi de, ancak meslekler için işlerlik kazanabilecek olan yapılandırma biçimleridir.

Öte yandan, illâ kurumsal bazda bir yapılandırma hedefleniyorsa, bu yapılandırmanın, tamamen yargısal alana özgü olarak bir işlev üstlenmiş olan bilirkişilik kurumunun, yürütmeye değil de; bağımsızlık ve tarafsızlık nitelikleri de gözetilerek, yargıyla ilişkilendirilmek suretiyle gerçekleştirilmesi, daha doğru bir yaklaşım biçimi teşkil eder. Bu çerçevede, gerçekten ehil olan kişilerin, bilirkişilik yapmasının temini, bilirkişilerin denetimi ve izlenmesiyle, bilirkişilik etiğinin oluşturulması ve ihtiyaç duyulan sair konularda koordinas-

¹ Tanrıver, S.: Bilirkişilikle ilgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları (Makalelerim II, Ankara 2011, s.288-300), s.288.

² Tanrıver, Makalelerim II, s.288.

³ Tanrıver, Makalelerim II, s.288. Karş. Karayalçın, Y.: "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği" (İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001, s.30-31); Yılmaz, E.: Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı (Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2001, s.538-550), s.549-550.

yon ve korelasyonun sağlanması için, yeni bir kurumsal mekanizmanın ihdası yerine; mevcut usul kanunlarında kendisine yer verilmiş bir kurum olan adalet komisyonlarının, bu bağlamda, daha etkin bir işlev görmesinin yollarının araştırılması cihetine gidilmesi, daha isabetli olur.

Bilirkişiliği karakterize eden temel öge, “uzmanlık”tır. Gerçekten uzmanlığı, ulusal bazda akredite edilmiş kişilerin, bilirkişi listesine yazılmasının sağlanması ve bu listeye yazılmanın câzip hâle getirilmesi şarttır. Öte yandan, uzmanlık, bilimsel yeterlilik ve meslekî performans hususunda karar verme, resmî bir kimliği bulunan üst bir yapının ve onun uzantılarının aracılığıyla değil; ancak o alanda ehil olan ve bir meslek örgütü şeklinde kuruluşu gerçekleştirilmiş bulunan birimler aracılığıyla sağlanabilir. Doğası gereği bu husus, resmî kimliği bulunan bir üst kurulun karar verebileceği konular arasında yer almaz. Böyle bir yapı, bu konudaki usul ve esasları belirleyici yönde, isabetli bir çözümlemeye de varamaz. Bu alanı, tümüyle bilirkişilik yapacak olan kişilerin mensubu konumunda bulunduğu oda ya da onların üst kuruluşlarına (odalar birliğine) bırakmak daha doğru olur. Her bir mesleğin otonomisi, bunu, zaten zorunlu kılar. Örneğin, Avusturya’da bilirkişilik yapacak olan kişiler, Adalet Bakanlığı ile koordineli bir biçimde çalışan bilirkişiler derneğine kaydolmak zorundadırlar; dernek üyesi olmayan kişiler ise, adli organlarca bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmemektedir.

İllâ bölge kurulu ve üst kurul şeklinde bilirkişilikle ilgili kurumsal bazda resmî bir yapılandırmaya gidilecekse, üst kurulda yer alacak kişilerin kompozisyonunun olabildiğince geniş tutulması gerekir. Yargının işleyişine bilirkişi sıfatıyla katkı sağlayabilecek tüm muhtemel meslek gruplarının, odaları ve üst kuruluşlarıyla ilişki kurmak suretiyle, temsilcilerinin, bu Kurul’da yer almasının sağlanmasına azamî gayret ve özen gösterilmesi şarttır.

Tasarı’da, bilirkişilerin eğitimi ve sınavıyla ilgili olarak da -ki; buna ihtiyaç bulunup bulunmadığına ilişkin yapılması muhtemel tartışmalar tümüyle saklı kalmak kaydıyla- üst kurulun yetkilendirilmesi gözetildiğinde, üst kurulun kompozisyonunda yer alacak birimlerin, çok geniş bir yelpazede tespit edilmesi zaruridir. Objektiflik ve taraf-

sızlığın temini için, bilirkişiler için yapılacak olan eğitim ile sınavın kapsamının, hiç olmazsa, temel esaslarının, yasal çerçevede gösterilmesi zorunludur; bu husus, tümüyle yönetmeliklere bırakılamayacak kadar fevkalâde önemli bir nitelik taşımaktadır.

Öte yandan, Tasarı'da, özel hukuk tüzel kişilerine de bilirkişiliğin kapısının aralandığı gözlemlenmektedir (Tasarı m.2/a ve m.5/j). Bilirkişilik, doğası gereği, ancak gerçek kişiler tarafından icra edilebilecek olan bir faaliyet niteliği taşımaktadır. Her şeyden önce, uzmanlık, dürüstlük ve güvenilirlik, gerçek kişilere özgü, onları tanımlayıcı karakteristik özellikler konumundadır. Yine, tevdi olunan görevi bizzat yerine getirme, yemin etme, sır saklama, sadakat ve özenle görevi ifa etme, yasaklılık ve ret kurumları, ancak gerçek kişiler bakımından işlerlik kazanabilir. Bunların dışında, bilirkişilik görevi, bir kamu görevidir; bilirkişi de, hem idare hukuku hem de Türk Ceza Kanunu anlamında bir kamu görevlisi konumundadır.⁴ (AY m.128; HMK m.284) Bilirkişi, ya sadece tecrübe kurallarını yani özel veya teknik bilgileri mahkemeye iletir yahut tecrübe kurallarını vakialara uygulamak suretiyle varmış olduğu sonuçlara işaret eder ya da tecrübe kurallarından hareketle vakıaların tespiti biçiminde beliren bir işlevi yerine getirir.⁵ Tecrübe kurallarını yani özel ve teknik bilgileri vakialara uygulayarak sonuç çıkarmak yahut tecrübe kurallarının yardımıyla vakıaları tespit etmek ise, gerçekte, hâkimin görevidir. Çünkü vakıaları tespit etmek ve kuralları bir sonuca ulaşmak amacıyla maddî vakialara altlamak, esas itibarıyla, hâkimin yetki alanına giren işler arasında yer alır.⁶ Özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, hâkimden

⁴ Tanrıver, S.: Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s.37-38, s.44.

⁵ Rosenberg, L. / Schwab, K. H. / Gottwald, P.: Zivilprozessrecht, Fünfte Auflage, München 1993, s. 716-717; Jauernig, O.: Zivilprozessrecht, 24., völlig neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 200, Fasching, H.: Zivilprozessrecht, Lehr-und Handbuch, 2. Auflage, Wien 1990, s. 516; Rechberger, W. H. / Simotta, D. A.: Zivilprozessrecht, 3. neubearbeitete Auflage, Wien 1986, s. 280; Holzhammer s. 266; Rüffler, F.: Der Sachverstaendige im Zivilprozess, Wien 1995, s. 7; Üstündağ, S.: Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. B., İstanbul 2000, s. 743; Ulukapı, Ö.: Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri, (Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2002, s. 291-315), s. 291; Büllon, O. J.: Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, Streitiges Verfahren, 3. Auflage, Graz 1992, s. 150.

⁶ Bartling, H.: Die Haftung für fehlerhafte Gutachten der beauftragten Sachvers-

böyle bir çaba göstermesini beklemek mümkün olamayacağından, bu alanda sözü edilen çabayı göstermek, faaliyette bulunmak, doğrudan doğruya bilirkişilere bırakılmıştır. Yani, bilirkişi, yargı düzeni içerisinde hâkimin yerine geçmemekle birlikte, hâkim veya diğer bir adli organ tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde, onun yetki alanına giren faaliyetin önemli bir kısmını üstlenmek suretiyle, alacağı kararda büyük ölçüde belirleyici ve etkin bir rol oynamakta; yargı işlevinin daha genel plânda ise klâsik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adalet hizmetlerinin, işleyişine ya da ifasına katkı sağlamaktadır.⁷ Bu nedenle, hâkimle olan işlevsel akrabalığı dikkate alınarak, bilirkişinin hukukî statüsünü tanımlamak için, “ön hâkim”, “yardımcı hâkim”, “hâkim benzeri”, “hâkimin ortağı” kavramları da kullanılmaktadır.⁸ Belirtilen bu hususlar bir bütün olarak gözetildiğinde, özel hukuk tüzel kişilerine, bilirkişilik kurumunun kapısının aralanması, ciddî sakıncalar doğurabilir. Özellikle, bilirkişinin hukukî sorumluluğu ile ilgili olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 285. maddesinde yer alan düzenleme bağlamında, ciddî problemler ortaya çıkabilir. Özel hukuk tüzel kişileri, genellikle, bilirkişilik görevini üstlenecekse, ticaret şirketi biçimindeki örgütlenme seçeneklerinden birisini tercih edeceklerdir. Bilirkişilik hizmetinin kamusal kimliği ve niteliği ile kârlılık ve verimlilik bazlı çalışan ticaret şirketlerinin felsefesini ve temel esprisini birbiriyle bağdaştırmak mümkün değildir. Yine, bu tip bir yapılanmanın varlığı hâlinde, bilirkişilik kurumunun temel nitelikleri arasında yer alan bağımsızlık ve tarafsızlığın temini bağlamında da, ciddi sıkıntılarla karşı karşıya kalınabilir. Kaldı ki; Tasarı’nın, bilirkişiliğe kabul şartlarını belirleyen 11. maddesinde de gerçek kişiler baz alınmak suretiyle bir düzenleme yapılmış; tüzel kişiler bakımından ise, bu bağlamda durumun ne olacağına dair herhangi bir hüküm sevk edilmemiştir. Kendisine işaret

taendigen im Spannungsfeld von Deliktsrecht und Staatshaftungsrecht, Diss., Göttingen 1982, s. 185; Holzhammer s. 267; Pieper, H.: Rechtstellung des Sachverständigen und Haftung für fehlerhafte Gutachten (Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, s. 167-180), s. 177-178; Tanverdi, M.: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1991 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 111.

⁷ Tanrıver, Bilirkişilik, s. 35.

⁸ Blomeyer, J.: Schadenersatzansprüche des im Unterlegenen wegen Fehlverhalten Dritter, Köln Berlin Bonn München 1972, s. 129-130, s. 171 vd.

edilmiş olan bu hususlar bir bütün hâlinde gözetildiğinde, özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik kurumunun kapısının tümüyle kapatılması, daha sağlıklı ve daha doğru bir yaklaşım biçimi teşkil eder.

Öte yandan, bilirkişi, adalet hizmetlerinin ifasına ya da işleyişine, uzman kimliğiyle katkı sağlayan bir kamu görevlisi konumundadır. Dolayısıyla, bilirkişilik görevinin icra yetkisinin, münhasıran Türk vatandaşlarına hasredilmesi şarttır. Çünkü, kamu hizmetlerine girme hakkı, Anayasa uyarınca, Türk vatandaşlarına ait bir hak konumundadır (m.70). Ayrıca, gerçekten nitelikli ve alanında ehil olan kişilerin, bilirkişilik yapmak üzere listeye yazılmasının temini ve bilirkişiliğin, belirli kimselerin kazanç kapısı veya özellikle emeklilikten sonra gelir teminine yönelik alelâde bir iş, rutin bir faaliyet olmasının önüne geçilebilmesi için, bilirkişilik ücretlerinin, sarf edilen emek ve mesaiye uygun ve zaman unsuru da dikkate alınarak belirleneceğini, yasal çerçevede açıkça öngören özel bir hükmün sevk edilmesi suretiyle, cazip hâle getirilmesi şarttır.⁹ Bu bağlamda, Alman ve Avusturya hukuklarında getirilmiş olan özel yasal düzenlemeden de yararlanılması düşünülebilir.¹⁰

Tasarı'nın 2/a maddesi ile 3. maddesinin üçüncü fıkrasında, HMK m.266'da olduğu gibi, çözümü "***hukuk dışında kalan***" şeklindeki bir ibareye de yer verilmek suretiyle açıklığa kavuşturulması, hukuk dışında, ancak özel ya da teknik bilgiyi gerektiren hususlarda bilirkişiye başvurulabileceğine bir kez daha vurgu yapılması bir zurettir.

Öte yandan, bilirkişi, yargı düzeni içerisinde üstlenmiş olduğu işlevin doğası gereği, üç şekilde faaliyet gösterebilir:

- 1) Özel ya da teknik bilgiyi adli organa iletmek
- 2) Özel ya da teknik bilgiye dayanarak maddi vakıaları tespit etmek
- 3) Özel ya da teknik bilgileri maddi vakıalara uygulamak suretiyle sonuç çıkarmak

Belirtilen bu hususlar gözetildiğinde, Tasarı'nın 3. maddesinin

⁹ Tanrıver, Makalelerim II, s.290.

¹⁰ Tanrıver, Bilirkişilik, s.79-83.

üçüncü fıkrasının sonunda yer alan *“uyuşmazlığın esasını çözecek nitelikte hukukî sonuçlar çıkaramaz”* ibaresinin hiçbir anlamı yoktur ve metinden çıkartılması gerekir. Ancak genel çerçevede, üçüncü maddede, bilirkişinin raporunda ve sözlü açıklamalarında, *“hiçbir şekilde”* hukukî değerlendirmelerde ve açıklamalarda bulunamayacağına açıkça işaret edilmesi uygun olur. Böylelikle, sadece hâkim değil; bilirkişi veçhesinden de, hukukî sorunlarda bilirkişilik yapılamayacağına, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 279. maddesinin dördüncü fıkrasında bir kez daha vurgu yapılmış olur.

Bu Tasarı’da da, amaç, hâkimin, hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurmasının yasak olduğuna (HMK m.266; m.279,IV; m.33; MÖHUK m.2; AY m.138, I,c.1) bir kez daha vurgu yapmak ve bu yasağı pekiştirmektir. Bu hususa riayetini temini için, disiplinler önlemlerin yanı sıra, hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurulmuş olmasının, usul kanunlarında da, özel hükümler öngörülmesi suretiyle, mutlak istinaf ve mutlak temyiz nedeni hâline getirilmesi şarttır. Bu yapılacak olursa, hukukî bir sorunda bilirkişiye başvurmuş olması, hâkimin hukukî sorumluluğunu dahi doğurabilir (HMK m.46, I/c). Yine, hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurulmasının kapısının aralanması gayretinin bir ürünü olarak sevk edilmiş bulunan ve Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik’in 5. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve yabancı hukuk, örf ve adet hukuku ve yürürlükten kalkmış olan hukuk alanları için bilirkişiye gidilebileceğini öngören hükmün,¹¹ bir an önce yürürlüğüne derhâl son verilmelidir. Tasarı’nın 3. maddesinin dördüncü fıkrasında hâkimin, hayatın olağan akışı gereği sahip olması gereken *“genel bilgisiyle”* çözümlenmesi mümkün olan hususlarda da, bilirkişiye gidemeyeceğinin, genel bir norm şeklinde ilâve edilmesinde büyük bir yarar vardır. Bu hususa vurgu, özellikle aktüer-ya, istatistik gibi bilimlerin verilerinin kullanımına ihtiyaç kalmadan, dört işleme dayalı olarak gerçekleştirilen basit hesaplamalar için dahi, hesap bilirkişisine gidilmesinin önlenmesi bağlamında, özel bir önem taşımaktadır.

¹¹ Yabancı hukukun muhtevasının tespiti bakımından, MÖHUK m.2’nin açıklığı karşısında, hâkim, bilirkişiye müracaat edemez. Ancak bu hususta tarafların yardımını isteyebilir.

Tasarı'nın, bilirkişiliğe kabul şartlarını belirleyen 11. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan düzenlemenin, kaldırılması daha uygun olur. Çünkü, hukukî sorunlarda hâkimin, zaten bilirkişiye başvuru yasağı vardır; hukukçu kimliği bulunanlar, salt bu kimlikleri sebebiyle, zaten bilirkişi listesine yazılamazlar ve dolayısıyla bilirkişi sıfatıyla görevlendirilemezler. Bilirkişi olarak görevlendirilenler de, raporlarında ve sözlü açıklamalarında, hukukçuluk dışında başka bir uzmanlıkları mevcut değilse, hukukî irdeleme ve değerlendirmelerde bulunamazlar. Dolayısıyla, hukukçular, bu kimliklerinin yanı sıra, hukuk dışında ayrı bir uzmanlığa sahip değilse, salt hukukçu kimlikleri sebebiyle bilirkişilik listelerine kayıt da yaptıramazlar. Hukukçuluk sıfatını taşıyor olması nedeniyle, bir kimse, bilirkişi listesine yazılmak için talepte bulunmuşsa, yetkili mercii de, zaten böyle bir talebin reddine karar vermek zorundadır.

Bilirkişilikle ilgili temel bir problem de, onun görev alanının ve sınırlarının tâyini noktasında, uygulamada yargı organlarınca gereken özenin gösterilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bilirkişi, mahkemenin sağlıklı ve doğru bir karar verebilmesi açısından, hayatî bir rol üstlenmiş olan yargılama hukuku sujesi konumundadır. Hâkim, bilirkişiyi görevlendirmeden önce, hangi hususların bilirkişi aracılığıyla açıklığa kavuşturulacağını, tarafların görüşünü almak suretiyle net bir biçimde ortaya koymalı, yani bilirkişinin görev alanının çerçevesini ni açık ve kesin bir dille çizmelidir (bkz. HMK m.273, I). Bu bağlamda mahkeme, maddî sorunla hukukî sorunu kesin çizgileriyle birbirinden ayırmalı; hangi maddî vakıya ya da vakıaların özel veya teknik bilgilere dayalı olarak aydınlatılmasını ya da tespit edilmesini istiyorsa, somut sorular hâlinde, bu konudaki iradesini, herhangi bir tereddüde mahâl bırakmayacak şekilde açıklamalıdır. Tasarı'da da raporun sağlıklı ve eksiksiz olmasının temini ile yapılması muhtemel itirazların şimdiden bertarafı ve dolayısıyla usul ekonomisine (AY m.141; HMK m.30) uygunluğun sağlanması açısından, bilirkişiye yöneltilecek soruların tâyini sürecinde, mutlaka tarafların da görüşünün alınmasının zorunlu olduğuna, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 273. maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi, genel bir normun sevk edilmesi suretiyle yer verilmelidir.

Hâkimin, bilirkişi seçimi ve görevlendirilmesi sırasında kanunlarda belirtilen kurallara uymaması, kınama cezasıyla tecziye edileceğini öngören ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 65. maddesine, Taslak ile ilâve edilen (ı) bendi, yeterince caydırıcı olmaktan uzaktır. Bunun daha ağır bir yaptırıma bağlanması uygun olur. Ayrıca hâkimin, denetlenmesi evresinde de, adalet müfettişlerinin, bu hususu özel olarak kontrol etmelerine ve düzenleyecekleri raporda işaret etmelerine olanak veren spesifik bir hükmün, mevzuat bazında sevk edilmesine de ihtiyaç vardır.

Tasarı'nın 3. maddesinde yer alan temel ilkeler arasında, bilirkişinin, görevini, kendisini görevlendiren adli organın, sevk ve idaresi altında yürüteceği hususunda (bkz. HMK m.278, I), genel bir normun sevk edilmesinde de, sistematik bütünlüğün temini ve temel esprinin vurgulanması açısından yarar vardır.

Yine, Tasarı'da, mahkemelerle, Cumhuriyet Savcıları dışında, bilirkişi görevlendirebilecek olan adli organlar arasında yer alan icra daireleriyle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

İstisnaen de olsa, bilirkişilerin kurul hâlinde görevlendirilmeleri de mümkündür. Bu durumda, onlardan beklenen, koordineli bir biçimde, ortaklaşa bir çalışma zemininde uzmanlık alanlarının verilerini bir araya gelmek suretiyle birleştirip; karşılıklı olarak istişarelerde bulunup, işi müzakere etmek suretiyle bir kanıya ulaşp, bunu raporlarında dile getirmeleridir. Zaten birden fazla bilirkişi tayiniyle güdülen amaçlardan birisi de, bilirkişilerin, aralarında istişarelerde ve müzakerelerde bulunmalarını temin suretiyle daha sağlıklı ve daha isabetli bir rapor hazırlamalarına uygun bir ortamı yaratmaktır.¹² Uygulamada, birden fazla bilirkişinin görevlendirilmesi hâlinde, her bir bilirkişinin, ayrı ayrı rapor verdiği ya da biri tarafından düzenlenen rapora, diğerlerinin de, bazen mahkeme kaleminde dahi imza koymak suretiyle

¹² Tanrıver, Bilirkişilik, s.76; Bilge, N. / Önen, E.: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s.547; Güreli, N.: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s.67.

katıldıkları, müzakere sürecinin atlandığı gözlemlenmektedir.¹³ Bu, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım değildir. İşaret edilen sakıncalı duruma meydan vermemek için, mahkemelerin, kurul hâlinde görevlendirme yapılması hâlinde, bilirkişileri, bir kez de sözlü olarak açıklamalarda bulunmak üzere, mahkemeye davet etmeleri zorunluluğunu öngören yasal bir düzenlemenin getirilmesi, kurul hâlinde görevlendirmeye güdülen amacın gerçekleştirilmesi ve bilirkişilerin denetlenmesi açısından da, isabetli bir tutum teşkil eder.

Yine, Tasarının 3. maddesinin dokuzuncu fıkrasında aynı konuda bir kez rapor alınmasının esas olduğuna vurgu yapılmıştır. Her şeyden önce, bu hüküm, yaptırımı bulunmayan bir hüküm konumundadır. Aynı, konuda birden fazla bilirkişi raporu alınmışsa, bu durumda ne yapılacağına dair, Tasarıda, spesifik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun bir yana bırakılması kaydıyla, aynı konuda bir kez rapor alınmasının esas olmasını öngörmek, işin doğası ya da niteliği gereği, kanun koyucunun takdir edebileceği bir husus değildir. Bu konuda, en sağlıklı ve en doğru kararı verebilecek olan mercii, davaya bakan yargı merciidir. Hâkim, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, aynı bilirkişiden, ek rapor alabileceği gibi, yeni bir bilirkişi incelemesi de yaptırabilir (HMK m.281, II, III). Bu, konunun takdiri, tümüyle hâkimin yetki alanı içerisindedir. İşin doğası da, böyle bir takdir yetkisinin hâkime tanınmasını zorunlu kılar. Kaldı ki, Yargıtay'ın, hâkimin bilirkişi raporuyla bağlı olmayacağı kuralına, ek rapor alma ya da yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırma şeklinde bir anlam ve içerik yüklemesi de, aynı konuda birden fazla bilirkişi incelemesi yaptırılması gibi bir durumu, uygulamada ortaya çıkarmıştır.¹⁴ Anılan

¹³ Tanrıver, Makalelerim II, s.294.

¹⁴ "...Bilirkişi raporu hüküm vermeye elverişli görülmediği takdirde mahkemece yapılacak iş, ya usulün 283 üncü maddesi gereğince bilirkişiden ek düşünce almak ya da usulün 284 üncü maddesi uyarınca başka bir bilirkişi eliyle yeni baştan inceleme yaptırmaktan ibarettir..." (2.HD.,10.12.1970 5018/6437, RKD., 1971/2, s.52); "...Gerçekten, hâkim bilirkişi düşüncesiyle bağlı değildir (HUMK m. 286). Bu hükmün amacı hâkimin uygun görmediği rapor karşısında yeniden bilirkişiden mütalaa almasına ve gerekirse bir başka bilirkişinin düşüncesine başvurmasına imkân sağlamaktır. Bu itibarla hâkimin bilirkişinin yerine geçerek kişisel düşünce ve müşahedelerine dayanarak hüküm vermesi mümkün değildir..." (2. HD., 11.9.1975, 6948/6497, YKD., 1976/2, s.144-145); "...Her ne kadar hâkim, bilirkişinin rey ve mütalaası ile bağlı değilse de kanun koyucunun amacı hâkimin bu gibi hallerde yeni bilirkişi mütalaasına müracaat ederek bu konuda adaletli

sonuca varmasını sağlamaktır. Yoksa hâkim ihtisası gerektiren bilirkişi yerine geçerek rey ve mütalaada bulunamaz. O halde yapılacak iş yeniden bilirkişi mütalaasına müracaat etmek, ek mütalaa istemek veya yeniden rapor almak, bütün delillerle birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar vermek ibarettir..." (2.HD., 13.11.1987, 6774/8735, YKD., 1988/3, s.331); "...Çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde hâkim bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Her ne kadar bilirkişinin oy ve mütalaası hâkimi bağlamaz ise de bu kural hâkimin kendisini bilirkişinin yerine koyarak karar vermesine imkân tanımak anlamına gelmez. Bu gibi hallerde yapılacak iş, yeterli görülmeyen rapor hakkında bilirkişiyi çağırıp gerekli bilgi alınıp sonucuna göre karar verme ya da yeni bir bilirkişiyeye işi havale edip bilgisinin tespit edilmesinden ibarettir. Bu yönü gözeltmeden bizzat yapılan şahsi görüşü esas alınarak hüküm tesisi kanuna aykırıdır..." (2. HD., 30.5.1989, 4901/5270, YKD., 1990/1, s.23); "...H.U.M.K.nun 275. vd. maddelerinde "bilirkişilik" müessesesi düzenlenmiş olup, anılan maddede mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği düzenlendikten sonra 286. maddede de bilirkişinin oy ve görüşünün hakimi bağlamayacağı düzenlenmiş ise de işin çözümünde teknik bilgi ve birikimin gerekliliğine inanılarak bilirkişi incelemesi yaptırıldığına göre verilen raporlar çelişkili ise mahkeme H.U.M.K.nun 283. maddesi hükmüne dayalı olarak, bilirkişiden açıklama ya da ek rapor isteyebileceği gibi 284. maddesi hükmüne dayalı olarak yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak yeni bir rapor alabilir. Aynı ilkeler 6100 Sayılı H.M.K. beşinci bölümünde «bilirkişi incelemesi» ismi altında ve 266-287. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bilirkişi raporu kural olarak hakimi bağlamaz. Hakim raporu serbestçe takdir eder. Hakim, raporu yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi gerçeğin ortaya çıkması için önceki bilirkişi veya yeniden seçeceği bilirkişi vasıtasıyla yeniden inceleme de yaptırabilir. Bilirkişi raporları arasındaki çelişki varsa hakim çelişkiyi gidermeden karar veremez. Mahkemece aldırılan bilirkişi raporları arasında açık çelişki bulunup, bu çelişki giderilmemiştir. Bu durumda, mahkemece, önceki bilirkişiler dışında oluşturulacak üç kişilik konusunda uzman bilirkişi kurulu marifetiyle alınan raporlardaki çelişkileri giderecek ve davacı tarafın itirazlarını da karşılayacak biçimde denetime elverişli yeni bir rapor alınarak, hasıl olacak sonuç dairesinde hüküm tesis edilmesi gerekirken, birbiriyle çelişen raporlar arasındaki çelişki giderilmeden eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir..." (3. HD., 22.1.2014, 2013/15896, 2014/749); "...H.U.M.K.nun 275.vd. maddelerinde "bilirkişilik" müessesesi düzenlenmiş olup, anılan maddede mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği düzenlendikten sonra 286. maddede de bilirkişinin oy ve görüşünün hakimi bağlamayacağı düzenlenmiş ise de, işin çözümünde teknik bilgi ve birikimin gerekliliğine inanılarak bilirkişi incelemesi yaptırıldığına göre verilen raporlar çelişkili ise mahkeme H.U.M.K.nun 283. maddesi hükmüne dayalı olarak, bilirkişiden açıklama ya da ek rapor isteyebileceği gibi 284. maddesi hükmüne dayalı olarak yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak yeni bir rapor alabilir. Aynı ilkeler 6100 Sayılı H.M.K.beşinci bölümünde «bilirkişi incelemesi» ismi altında ve 266-287. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bilirkişi raporu kural olarak hakimi bağlamaz. Hakim raporu serbestçe takdir eder. Hakim, raporu yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi gerçeğin ortaya çıkması için önceki bilirkişi veya yeniden seçeceği bilirkişi vasıtasıyla yeniden inceleme de yaptırabilir. Bu

tutum, kanuna aykırı olsa bile,¹⁵ fiilî bir duruma vücut vermiştir. Dolayısıyla, bu fiilî durum karşısında da, aynı konuda birden fazla rapor alınması kuvvetle muhtemeldir. Belirtilen bu sebeplerle, Tasarı'nın 3. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan kuralın, Tasarı metninden çıkartılması isabetli olur.

durumda mahkemece önceki bilirkişiden farklı bir uzman bilirkişiden somut olayı Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin ilgili 13,14,15. maddelerinde yer alan ilkeler ışığında değerlendiren bir rapor alınarak, varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, bilimsel olmayan ve itiraza uğrayan bilirkişi raporuna dayanarak yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir..." (3. HD., 24.2.2014, 2013/19350, 2014/2745).

¹⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesinde yer alan hâkimin, bilirkişinin oy ve görüşünü, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceğini öngören kural, aynı Kanun'un, 198. maddesinde yer alan ve kanunî istisnalar haricinde, hâkimin, delilleri serbestçe değerlendireceği yönündeki düzenlemenin, somut plânda bir uygulanma biçimidir. Anılan hükümler çerçevesinde, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel veya teknik bilgilerden hareketle, bilirkişinin raporunda varmış olduğu sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa, bunun gerekçelerini ve dayanaklarını açıkça ortaya koymak suretiyle, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilmelidir (Üstündağ, s.754; Ulukapı, s.313; Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. B., İstanbul 2001, s.2770, s.2780-2781). Aksine bir tutum, hâkimi, bilirkişi raporuyla hüküm arasında bir aracı haline getirir ki; böyle bir anlayışın, hukuk devleti ve onun ayrılmaz bir unsurunu teşkil eden yargı bağımsızlığı ilkesiyle (AY m. 2; m. 138) bağdaştırılmayacak olması sebebiyle, kabulü mümkün değildir, Kuru, s.2781. Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemeler, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmezse, aynı bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırtmak zorundadır şeklinde de anlaşılabilir. Çünkü, aynı bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırtmak, hâkimin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, zaten sahip olduğu doğal yetkiler arasında bulunmaktadır. Dolayısıyla anılan Kanun'un 282. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeye, 281. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemelerden daha farklı bir anlam ve içeriğin yüklenmesi zaruridir. Çünkü, yasamayla ilgili olarak genel geçerlik taşıyan bir fiksiyon uyarınca, yasa koyucu, aynı şeyi iki kere düzenlemez. Aksine bir tutum, abesle iştiğâl olur. Yasa koyucunun abesle iştiğâl etmesi, eşyanın tabiatı gereği, yani üstlenmiş olduğu misyonun doğası gereği, zaten mümkün değildir. Ayrıca, hâkimin, bilirkişi raporunu serbestçe takdir etmesi ve bilirkişinin raporunun aksine de karar verebilmesi, kendisini bilirkişinin yerine koyması anlamına da asla gelmez. Çünkü, hâkimin, bilirkişi raporunun aksine karar verebilmesi, sağlık gerekçeler ve dayanaklar göstermesi koşuluna bağlıdır. Hâkimi tatmin oluncaya kadar sürekliliği bilirkişi incelemesi yaptırtmak zorunluluğuyla karşı karşıya bırakmak da, hükmün, görünüşte hâkim, gerçekte ise bilirkişi tarafından verilmesi anlamına gelir. Bunun da, yargı işlevinin niteliğiyle, amacıyla ve hâkimin bu bağlamda üstlenmiş olduğu rolle bağdaştırılması mümkün olmayacağı için, kabulü mümkün değildir.

Bilirkişinin oy ve görüşü, özellikle, hukuk yargısı bağlamında takdirî deliller arasında yer alır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesinde, hâkimin, bilirkişinin oy ve görüşünü, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği hususu açıkça vurgulanmıştır. Bundan maksat, daha önceden de vurgulandığı üzere, hâkimin, bilirkişi raporunda yer alan özel veya teknik bilgilerden hareketle, raporda varılmış bulunan çözümlenmenin ya da sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşması hâlinde, gerekçelerine açıkça işaret etmek suretiyle, bilirkişi raporunun aksine karar verebilmesidir. Bu genel kurala, Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde, idarî yargıyı da kapsar şekilde, bedensel zararların tazminini konu alan davalar bağlamında, hâkimin, tahkikat evresinde bilirkişi raporuyla tutarı belirlenen tazminatta, hakkaniyet gerekçesiyle artırma ya da indirme yapamayacağı şeklinde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle, bir istisna getirilmiştir. Bu düzenleme, bilirkişi raporuyla hüküm arasında hâkimi bir aracı konumuna getireceği için, hâkimin yargısal süreç içerisinde üstlenmiş olduğu işlev ile anayasal bir kural olan ve hukuk devletinin (AY m.2) olmazsa olmazları arasında yer alan yargı bağımsızlığıyla (AY m.138) çelişmektedir ve bu nedenle de, bir an önce kaldırılmalıdır.

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, bilirkişilerin, kasten veya ağır ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş ve bunun mahkemece hükme dayanak yapılmış olmasından kaynaklanan zararlardan doğan hukukî sorumluluğuyla ilgili özel bir hüküm sevk edilmiş; buna karşılık, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında gerçekleştirmiş olduğu tasarruflardan kaynaklanan zararlardan doğan hukukî sorumlulukları ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda da, bilirkişinin üstlenmiş olduğu kamusal görevin niteliğine ve bu görevin icrası sırasında taşınmış olduğu resmî sıfat ve kimliğe uygun bir biçimde, hukukî sorumluluk ile ilgili özel bir düzenleme getirilmesi zarureti mevcuttur.¹⁶

Son olarak, bilirkişinin sadece disiplin değil, cezaî sorumluluğu bağlamında da özel hükümler sevk edilmesine ihtiyaç vardır. Bu bağ-

¹⁶ Nasıl bir düzenleme getirilebileceği konusunda bilgi için bkz. Tanrıver, Bilirkişilik, s.107-109.

lamda, Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinde yer alan kasten gerçeğe aykırı rapor tanzim etmek suçu dışında, başka suçların da ihdas edilmesi gerekir. Disipliner boyutu bir yana, bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü bulunanlar bakımından (HMK m.270) işlerlik kazanan bir suç olan ve eski 766 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde yer alan "asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle bilirkişilik için yapılmış olan davete icabet etmemek veya bilirkişilik görevini ifadan kaçınmak suçu"nun, yeni Türk Ceza Kanunu bağlamında da, bir suç hâline getirilmesi isabetli olur.

SON KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ İŞİĞİNDA HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

CIVIL LIABILITY OF THE JUDGE IN CONSIDERATION OF THE LATEST LAW AMENDMENTS

Dilek KARADEMİR*

Özet: Hâkimler, yargılama faaliyetleri sırasında, yargılama faaliyeti ile ilgili fiilleri ile taraflara zarar verirlerse; zarar gören, HMK m.46'da sınırlı sayı ilkesine tabi olarak sayılan sebeplerden birine veya birkaçına dayanarak, Devlete karşı haksız fiil temelli tazminat davası açabilir. Bu dava, ilgili hâkime zorunlu olarak ihbar edilir ve hâkim bu davaya fer'i müdahil olarak katılır. HMK m.46-m.49 hükümlerinde "hâkim" terimi geniş olarak tanımlandığı için, bütün ilk derece mahkemesi hâkimleri, Bölge İdare ve Bölge Adliye mahkemeleri hâkimleri, Yargıtay, Danıştay ve diğer Yüksek Mahkemeler hâkimleri de HMK m.46-m.49'da düzenlenen özel sorumluluk hukukuna tabidir. Ancak idari görev görmeleri sebebi ile savcılar ve adalet müfettişleri bu kapsamda değildir. HMK m.46'ya dayanarak açılacak olan tazminat davası için kanunda herhangi bir özel süre öngörülmemiştir. Hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davası özünde bir haksız fiil davası olduğu için burada yeni BK m.72'de düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresi, dava açma süresi olarak uygulanır. Davacı eğer davayı kazanırsa, Devlet davacının maddi manevi bütün zararlarını öder ve bir yıl içinde ilgili hâkime ödediği miktar için rücu eder. Davacı eğer davayı esastan kaybederse, disiplin para cezasına çarptırılır. Hâkim yargılama faaliyeti sırasında yargılama faaliyeti ile ilgili olmayan bir haksız fiil işlerse, zarar gören, genel hükümlere dayanarak hâkime genel mahkemelerde tazminat davası açabilir.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, HSK m. 93A, HMK m.46, "Hakim" Teriminin Kapsamı, Hâkimin Şahsi Kusurundan Sorumluluğu.

Abstract: If judges harm the parties with their behaviours related to their judicial activity during a trial, the injured party can bring a tort law-based action for compensation against the Turkish State by relying on one or more of the limited reasons enumerated in Article 46 of the Turkish Civil Procedure Law. This lawsuit is mandatorily notified to the related judge and the judge joins the trial as an accessory intervener. Since the term "judge" is defined broadly in Articles 46-49 of the Turkish Civil Procedure Law, judges sitting in all of first instance courts, the Regional Administrative Courts, the Re-

* Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Alanı, Burslu Doktora Öğrencisi; Yeditepe Üniversitesi, Medeni Hukuk ve İcra ve İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

gional Courts of General Jurisdiction, the Court of Appeal, the Council of State and other High Courts are subject to the liability system under Articles 46-49 of the Turkish Civil Procedure Law. However, public prosecutors and inspectors of justice are not under the scope of the said system due to fact that they perform administrative duties. Turkish Civil Procedure Law does not specify any specific time period to bring the case against the State based on Article 46. Since the compensation lawsuit related to the civil liability of the judges is intrinsically a tort claim, two-year period of limitation stated in Article 72 of the Law of Obligations is also applicable here. When the claimant wins the lawsuit against the State, the State pays all his pecuniary and non-pecuniary damages and the State recourses to the related judge within one year. If the claimant's claim is dismissed with prejudice, the claimant is condemned to pay disciplinary monetary penalty. If the judge commits a tortuous act which is not related to his judicial service during the trial, the injured person can bring a lawsuit against the judge for compensation by relying on general tort clauses in the courts of first instance.

Keywords: Civil liability of Judge, Article 93A of the Law of Judges and Prosecutors, Article 46 of the Turkish Civil Procedure Law, the Scope of the Term "Judge", Liability of the Judge Because of his Personal Fault.

GİRİŞ

Hâkimler, yargı erkinin karar veren organıdır. Hâkimlerin yargılama faaliyeti dışında çeşitli idari görevleri de mevcuttur. Hâkimler yargılama faaliyeti sırasında ya da idari görevlerini yerine getirirken davranışları ile kişilere zarar verebilir, idari kurallara aykırı davranabilir ya da işledikleri fiiller suç teşkil edebilir. Hâkimler bu davranışları sebebi ile sorumlu tutulurlar. Ancak hâkimlik mesleğinin nitelikleri gereği hâkimlerin sorumlulukları özel düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Türk hukuk sisteminde, hâkimlerin üç farklı sorumluluğu mevcuttur. Bu sorumluluklar hukuki, disiplin ve cezai sorumluluk alanlarındadır. Disiplin sorumluluğu 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu (HSK) m.62- 81 arasında düzenlenmiştir. Hâkimlerin ceza sorumluluklarına ilişkin hükümler HSK m.82- 98 arasında düzenlenmiştir.

Hâkimlerin hukuki sorumlulukları ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.46- 49 arasında düzenlenmiştir. Hâkimlerin hangi hallerde hukuki sorumluluğunun bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 573- 576 arasında düzenlenmektedir. HMK'ndeki düzenlemeler HUMK döneminden önemli farklılıklar

içermektedir. Yeni düzenlemede hâkimlerin hukuki sorumluluğuna dair HUMK'ndaki mevcut hükümlerin yeri değiştirilmiş ve HMK'nun sistemi bakımından hâkimin yasaklılığı ve reddinden sonra düzenlenmiştir.

Bu yazıda, hâkimlerin hukuki sorumluluğu kurumu incelenecektir. Bu inceleme yapılırken gerektiği yerde hâkimlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen HUMK m.573-576 hükümleriyle karşılaştırma yapılacaktır. Aynı zamanda HMK yürürlüğe girmeden önceki ara dönemde birliğin sağlanması ve hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin eksikliklerin giderilmesi amacıyla¹ 09.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.12 ile HSK'na eklenen ancak 06.03.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.19 ile ilga edilen 93/A maddesi ve sorumluluk davalarının açılacağı mahkemeleri düzenleyen HMK m.47'de değişiklik yapan 6644 sayılı Yargıtay Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun da açıklamalarımızda dikkate alınacaktır.

A. Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu

Anayasa m.138 uyarınca “*Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” Hâkimler de netice olarak birer insan olmaları itibarı ile bu yargısal faaliyeti yerine getirirken kusurlu hareket edebilirler ve taraflardan birine ya da ikisine birden zarar verebilirler.² Bu durumda zarar görenin hâkimin hukuki sorumluluğuna gitmesi mümkündür. Ancak, hâkimin yargısal görevini yerine getirirken kararlarında çekinmemesi ve duraksamamasını, böyle bir ruhsal durum ile tarafsızlığını bozmamasını ve yalnız hukuka bağlı kalarak adil karar vermesini sağlamak için hâkimin hukuki sorumluluğunu özel bir düzene bağlı tutma zorunluluğu doğmuştur.³ Türk hukukunda da hâkimler, yaptıkları

¹ Bkz. madde gerekçesi.

² Erhan Günay, Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C.Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s.17.

³ Erhan Günay, age., s.17.

rı görevin önemi sebebiyle kendilerine tanınan teminat ve sağlanan bağımsızlığa karşı diğer kamu görevlilerinden farklı bir sorumluluğa tabi tutulmuştur.⁴

“Gerçekten hâkimlerin hukuki sorumlulukları nedenine dayanan davalar özel usul ve müeyyidelere bağlanmadığı takdirde ilgililerce kötüye kullanılarak hâkim hakkında red sebepleri ihdas edilmesi kolaylaşacak, mahkemelerin gereği gibi çalışmasına ve adaletin selametle dağıtılmasına hâlele gelebilecektir. Bu itibarla söz konusu özel hükümler (HUMK m.573-m.576-HMK m.46-m.49) hem meydana gelecek zararlı durumu düzeltip tamir etmek hem de haksız davaları önlemek amacıyla kabul edilmiştir.”⁵

Hâkimlerin hukuki sorumluluğu özünde haksız fiil sorumluluğudur. Burada da hâkimin yargısal faaliyetini⁶ icra ederken yaptığı kusurlu bir davranışından doğan yerine göre hukuka ve/veya kanunu aykırı bir fiilin olması; bu fiilden taraflardan birinin veya ikisinin birden zarar görmüş olması; fiil ve zarar arasında uygun illiyet bağı olması gerekmektedir.⁷ Bununla birlikte özel düzenlemeye tabi tutulan hâkimin hukuki sorumluluğundan doğan tazminat davaları genel haksız fiil kurumundan belli noktalarda özellik arz etmektedir.

B. Davacı

Hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin davalar davacı bakımından pek dikkat çekici değildir. Nihayetinde genel bir haksız fiil davasında olduğu gibi, ilgili hâkimin baktığı davada onun yargısal fa-

⁴ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 467; Ahmet M. Kılıçoğlu, “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu”, AÜHFD 1973 XXX/1-4, s.231.

⁵ HGK, 14.11.1970, İlf.185/623 (İBD 1971/3-4 s.308-309) (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.5830).

⁶ HMK’unda çekişmesiz yargı işlerinin ayrı bir kısımda düzenlendiği ve hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin HMK hükümlerinde çekişmeli – çekişmesiz yargı işleri ayrımı yapılmadığı hususları dikkate alındığında, kanımca, çekişmeli yargı işleri kadar çekişmesiz yargı işleri de HMK m.46-49 kapsamında değerlendirilmesi gereken yargısal faaliyetleridir. HUMK döneminde aksi görüş için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.238, ayrıca bkz. 241 (Kılıçoğlu, makalesinde, vesayet işleri, terekenin resmi tasfiyesi gibi sırf idarî nitelikteki çekişmesiz yargı faaliyetlerinden dolayı hâkimin hukuki sorumluluğu, HUMK’na değil eski BK m.41 (yeni BK m.49) ve devamındaki genel haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabidir görüşüne yer vermektedir).

⁷ Baki Kuru, age., s.5841; Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.242; 14. HD. 7.6.1984, 8602/4215 (Erhan Günay, age., s.20).

aliyetinden zarar gören taraf, davacı olmaktadır. Davacı, hâkimin hukuki sorumluluğuna dair davasını bir vekil ile yürütmek isterse; vekil, bu konuda açıkça yetkilendirilmelidir.

HUMK'nda hâkime karşı hukuki sorumluluk davası açacak olan vekilin özel yetkili olması düzenlenmemiştir. Ancak 4.2.1959 gün ve 14/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile "... bir temsilci tarafından, hakimlerin mesuliyetine ait özel hükümlere dayanılarak tazminat davası açılabilmesi için temsilciye açıkça selahiyet verilmiş ve bu selahiyetin temsil belgesine yazılmış olması kanuni şartlardandır." denilmiş ve tazminat davası için özel vekaletname şartı getirilmiştir.⁸ Bu husus HMK'nda hükme bağlanmıştır. Zarar gören kişi tazminat davasını vekil aracılığı ile açmak isterse, HMK m.74/1 gereğince vekile, hâkimin fiilleri sebebi ile Devlet aleyhine tazminat davası açması için açıkça yetki veren bir özel vekâletname vermelidir.

HUMK döneminde, Yargıtay, dava açıldığı sırada hâkime karşı sorumluluk davası açmak için vekâletnamesinde özel yetkisi yoksa vekilin bu işlemine müvekkil sonradan özel vekâletname vererek icazet verse dahi, davanın usulden reddine karar vermiştir.⁹ Hâlbuki Yargıtay'ın sonradan özel yetki belgesi ile icazet verilen bu davayı kabul etmesi gerekirdi. Çünkü HUMK m.60'da 818 sayılı Borçlar Kanunu'na (eski BK) atıf yapılmakta idi ve eski BK m.38 sonradan verilen icazetle işlemin geçerli olacağını düzenlerdi. HMK döneminde ise kanımca, özel vekâletname olmaksızın HMK m.46'ya dayanılarak tazminat davası açılmış ve daha sonra icazet ile özel vekâletname şartı yerine getirilmişse dava reddedilmemelidir.¹⁰ Çünkü HMK m.72'de davanın vekil aracılığıyla açılması ve takip edilmesinde, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak üzere, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun (yeni BK) temsile ilişkin hükümleri uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Yeni BK m.46'da ise "Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar." hükmü yer almaktadır. HMK m.74'de düzenlenen özel vekâletname verilmesi gereken hallerde yeni BK m.46 hükmünü uygulamaya bir engel bulunmamaktadır.

⁸ Bkz. örnek karar 12. HD, 5.5.1992, 5571/6043 (Baki Kuru, age., s.5852).

⁹ HGK, 6.2.1981, 4/1-54 (Baki Kuru, s.5853); Baki Kuru aksi görüştedir, bkz. age., s.5852.

¹⁰ Aynı görüşte bkz. Baki Kuru, s. 5853; Ejder Yılmaz, age., s.500.

C. Davalı

HUMK döneminde, hâkimler, HUMK m.573'e göre yargısal görevlerini yerine getirmeleri sırasında verdikleri zararlardan bizzat sorumlu tutulmuşlardı.¹¹ 6110 sayılı Kanun m.14/1-a ile bu hüküm değiştirildi ve "*Hâkimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir*" hükmü HUMK m.573'e eklenerek, bu tazminat davalarının Devlet'e yöneltilmesi hüküm altına alındı. Yine 6110 sayılı Kanun m.12 ile HSK'ya eklenen 93/A maddesinde "*Hâkim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle: a) Ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.*" hükmü getirildi. 6110 sayılı Kanun geçici m.2/2 uyarınca hâkime karşı açılmış ve 6110 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde derdest olan davalara da Devlet aleyhine devam olunacağı düzenlendi.¹²

HMK m. 46/1'de de "*Hakimlerin yargılama faaliyetinden dolayı ... sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.*" düzenlemesi yer almaktadır.

Neticede, 14 Şubat 2011 tarihi başlangıç olmak üzere artık hakimlerin hukuki sorumluluğundan doğan tazminat davalarının davalısı Devlet'tir. HMK m.46'nın gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmıştır: "*Böyle bir düzenleme ile hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin durum, idarenin memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken*

¹¹ HUMK döneminde, Tercan tarafından, eski BK m.50 (yeni BK m. 61, m.62) gereğince, hâkimin ödeyemeyeceği tazminattan Devlet'in ikinci derecede sorumlu tutulabileceği de savunulmuştur (Erdal Tercan, "Hâkimlerin Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 1998, s.84); aynı yönde bkz. Bahaddin Aras, "Hâkimlerin Yargısal Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu ve Yeni HMK Tasarısında Getirilen Yenilikler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Aralık 2010 Sayı 52, s.149.

¹² "Yukarıda açıklanan yeni yasal düzenlemeler karşısında; somut olayda, hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6110 sayılı ... Kanun hükümleri gereğince davaya hâkim aleyhine devam edilmesi imkanı kalmamıştır. Bu düzenlemeye göre yasal hasım Devlet olup; hâkimin ise ancak zorunlu ihbar olunan sıfatıyla davada yer alması olanaklıdır.

Hal böyle olunca ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 2. HD'nce yapılacak iş, yeni yasal düzenleme doğrultusunda davaya Devlet aleyhine devam edilmesine imkan tanınmasının sağlanması ve Hazine'nin davaya dahil edilmesine için davacı tarafa süre verilip, halen davalı konumunda olan hakimin ise zorunlu ihbar olunan sıfatını taşıdığı da gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi olmalıdır." HGK 2011/2-109E., 2011/481 K. (Abdurrahim Karşı, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınları, İstanbul, 3.Baskı, 2012, s. 208).

işledikleri eylem ve yaptıkları işlemlerden birinci derecede Devleti sorumlu tutan ve daha sonra da Devletin sorumlu kişiye rücu etmesini kabul eden Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası hükmüne de uygundur."

Devletin birinci derecede sorumlu tutulmasının nedeni, hâkimlerin doğrudan sorumluluk davası ile karşı karşıya kalmasını önlemektir. Devletin sorumluluğunun kabulü ile zarar gören kişinin zararını tam ve eksiksiz olarak tahsil edebilmesi sağlanmak istenmiştir.¹³ Karşılaştırmalı hukukta, Alman, Fransız, Yunan ve Avusturya hukuklarında da hâkimlerin vermiş olduğu zararlardan Devlet birinci derecede sorumlu tutulmuştur.¹⁴

Devlet'in hangi kurumuna davanın yöneltileceği hususunda ise "Hazine"nin yani Maliye Bakanlığı'nın davalı taraf olarak gösterileceği yargı kararlarında yer almaktadır.¹⁵ Nitekim hâkimlerin bağımsızlığı nedeni ile davalı Devlet organının Adalet Bakanlığı olmaması hukuk tekniği ve etiği bakımından yerindedir.¹⁶ Çünkü genel olarak kamu görevlilerinin verdikleri zararlardan dolayı tazminat davası kamu görevlisinin hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu bakanlığa açılır. Her ne kadar, belli hususlarda bağlantıları olsa da hâkimler hiyerarşik bakımdan Adalet Bakanlığı'na bağlı değildirler; hâkimler bağımsızdırlar.

Devletin tazminata mahkûm olması halinde hâkim bizzat sorumlu olacaktır. Çünkü HMK m.46/3 uyarınca Devlet ödediği tazminat nedeni ile sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder. Bu hüküm emredici bir hüküm olduğundan, tazminata mahkûm olan Devletin sorumlu hâkime rücu etme konusunda takdir yetkisi yoktur.¹⁷ Devlet kusurlu personele rücu etmek zorundadır. Devlet'in rücu etmemesi halinde, her yurttaş özellikle hâkimin kusurundan

¹³ Ejder Yılmaz, age., s.468; HUMK döneminde Devlet'in de sorumlu olması hakkındaki tartışma için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.263-266; ayrıca bkz. Emcet Belgesay, "Türk Hukukunda Hâkimlerin Hukukî Mesuliyeti", İstanbul1956, s. 251-252.

¹⁴ Ejder Yılmaz, age., s.468; Osman Ermumcu, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, 2.Baskı, Ankara, 2013, s.62-64

¹⁵ Bkz. HGK, 2011/2-109 E., 2011/481 K. (Karşı, s.208); HGK, 12.12.2012, 2012/4-587 E., 2012/1108 K. (Mustafa Ateş, HMK Yargıtay İlke Kararları, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.258).

¹⁶ Ejder Yılmaz, age., s.499.

¹⁷ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, 2013, s.221.

dolayı zarara uğrayıp açtığı tazminat davasını kazanan yurttaş ilgili hâkime rücu edilmesini sağlamak için idari yollara başvurabilir.¹⁸

Tazminat davasında, ilgili hâkimin durumu ise HMK m.48/2'de "*Mahkeme, açılan tazminat davasını, ilgili hâkime resen ihbar eder*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre hâkim "*zorunlu ihbar edilen*" olacaktır.¹⁹ Sonuçta, hâkim kendi fiilinden ötürü Devlet'e karşı açılan tazminat davasında fer'i müdahil olarak bulunacaktır. Bu düzenleme teknik açıdan düşünüldüğünde yerindedir. Çünkü davalı Devlet ile ihbar edilen hâkim arasında, eğer Devlet tazminat davasını kaybederse, bir rücu ilişkisi kurulacaktır. Hâkim, fer'i müdahil olarak, HMK m.68 uyarınca, Devlet yararına olan savunma vasıtaları ileri sürebileceği gibi, Devlet aleyhine olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilecektir. Ancak, eğer Devlet tazminat davası sonunda çıkan kararı temyiz etmez ise, hâkim fer'i müdahil olduğu için tek başına kararı temyize götüremeyecektir.²⁰

Doktrinde, tazminat davasının Devlet'e yöneltilmesini yerinde olduğunu düşünenler olduğu gibi²¹ eleştirenler de olmuştur. Eleştirilere gerekçe olarak; Anayasanın m.129/5'in yargı alanına değil yürütme alanına ilişkin bir hüküm olduğu ve hâkimlerin normal bir devlet memurundan farklı olduğu ve yürütmenin bir elemanı olmadığı, hâkimin karar verirken idare adına değil Türk milleti adına verdiği gösteril-

¹⁸ "... Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. ... Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurularında bir engel bulunmamaktadır." Danıştay 5.D, 3.6.2008, 7369/3234 (Kazancı hukuk otomasyon).

¹⁹ Bkz. HGK, 2011/2-109 E., 2011/481 K. (Karşlı, s.208); "Görüldüğü üzere 6110 sayılı Kanun'la HUMK m.573'te yapılan değişiklik, 2802 sayılı HSK'ya eklenen 93/A maddesi ile getirilen düzenleme sonucu,... ilgili hakim in ise ancak zorunlu ihbar olunan sıfatıyla davada yer almasına olanak tanınmıştır." HGK, 15/7/2011, 2011/1 E., 2011/1 K. (Karşlı, s.204); HGK, 6.7.2011, 2-109/481 (Ejder Yılmaz, age., s.471).

²⁰ "6100 sayılı HMK'nun 48. maddesi dikkate alındığında yargısal faaliyetten dolayı Devlet aleyhine açılan davalarda yargısal faaliyeti yapan hâkimin zorunlu ihbar edilen olduğu kabul edilmiştir. Mevcut bu düzenleme dikkate alındığında ihbar olunan statüsüne geçen temyiz eden hâkimin davada taraf sıfatı bulunmadığı gibi usulüne uygun bir şekilde davaya müdahalesi de söz konusu olmadığından direnme hükmüne yönelik temyiz hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle yapılan ihbar olunan vekilinin temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmektedir." HGK, 6.2.2013, 4-637/194 (Ömer Uğur Gençcan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 343).

²¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, age., s.219.

miştir.²² Kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda hazırlanan Anayasa m.9 ile m.138 vd. maddeleri yargıyı erklerden biri olarak tanımlamış ve yargıcı yürütmenin görevlisi olan memurdan ayırmıştır. Anayasa'da hala bu ilkeler geçerli olduğuna göre HMK'nun gerekçesinde yer alan açıklamanın kabul edilebilir bir açıklama olmadığı belirtilmiştir.²³

Kanımca, hâkimin hukuki sorumluluğundan doğan tazminat davalarının Devlete yöneltilmesi yerindedir. Ancak bu hususun gerekçelendirilmesi yanlıştır. Gerçekten de, yargıç yürütmenin bir memuru değildir. Tazminat davalarının Devlete yöneltilmesindeki yerindelik ile yürütme erkindeki hiyerarşik ilişkiler dikkate alınarak düzenlenen Anayasa m.129/5'in ilgisi bulunmamaktadır. Burada amaç maddi açıdan zarar görenin usulüne uygun tatmin edilmesidir. Çünkü hâkimin hükmedilen tazminatı ödeyememe en azından derhal ödeyememe durumu oluşabilir. Öte yandan Devletin davalı olması hâkimi tazminata davaları ile meşgul olmaktan kurtaracak ve hâkimin asıl görevini yani yargılama faaliyetini layığı ile yerine getirmesi sağlanacaktır.

D. HMK m.46- 49'un uygulanacağı yargı mensupları

HUMK'nda da HMK'nda da hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davası düzenlenirken, "hâkim" terimi kullanılmıştır. Ancak her iki kanun döneminde de kimlerin "hâkim" kavramına dâhil olduğu hususunda tereddütler mevcut olmuştur ve halen olmaktadır.

Hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden kaynaklanan hukuki sorumluluğunu düzenleyen HUMK m.573- 576 hükümleri bütün hukuk mahkemeleri hâkimleri, icra mahkemeleri hâkimleri, ceza hâkimleri²⁴ ve idari yargı hâkimleri hakkında uygulanırdı. 3533 sayılı Mecburi Tahkim Kanunu'na göre hakem sıfatı ile hareket eden hâkimlere de HUMK m.573- 576 uyarınca tazminat davası açılabilirdi.²⁵ Askeri mahkeme hâkimlerine karşı açılan davalar da HUMK m.573- 576 kapsamındaydı.²⁶

²² Abdurrahim Karslı, age., s.200.

²³ Ender Dedeoğlu, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdikleri", <http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/6100_Sayili_HMK_Getirdikleri_ic.pdf>e-rişim tarihi 07.12.2014, s.49.

²⁴ Bkz. 25.3.1931 gün ve 19/25 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (Baki Kuru, s.5830).

²⁵ Bkz. örneğin 4. HD, 12.1.1951, 1923/233 (Baki Kuru, age., s.5830).

²⁶ Bkz. örneğin 4. HD, 29.1.1959, 1386/963 (Baki Kuru, age., s.5830).

Yargıtay HGK, 1730 sayılı eski Yargıtay Kanunu m. 3/2 ve m.17/3'e (2797 sayılı Yargıtay Kanunu m. 13/2 ve 15/3 hükümlerinin birebir karşılığıdır) dayanarak Yargıtay başkan ve üyelerine karşı²⁷ HUMK m.573-576 hükümleri uyarınca HGK'nda doğrudan tazminat davası açılabilceğini ilke olarak benimsemişti.²⁸ Fakat HGK, daha sonraki kararlarında, Yargıtay Başkan ve üyeleri hakkında görevle ilgili suçtan dolayı Anayasa Mahkemesi tarafından Yüce Divan sıfatı ile cezai sorumluluk yönünden bir karar verilemeden, Yargıtay başkan ve üyelerine karşı doğrudan doğruya HGK'nda tazminat davası açılmayacağı sonucuna varmıştı.²⁹ Kuru, HUMK m.573'deki "hâkim" deyimine Yargıtay başkan ve üyelerinin de dâhil olduğunu belirterek HGK'nun ilgili kararlarını eleştirmiştir. Çünkü HUMK'nda birinci sınıf hâkim kategorisinde yer alan Yargıtay başkan ve üyeleri ile birinci sınıfa ayrılmış, ikinci ve üçüncü sınıf hâkimler arasında bir ayırım yapılmamaktadır.³⁰

²⁷ ve "...Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Vekili ile yargılama görevi özel kanunlarınca Yargıtay Genel Kurullarına verilen kişiler..." Yargıtay Kanunu m.15/3.

²⁸ HGK, 6.10.1973, 1/1; HGK, 8.5.1974, 1/1 (Baki Kuru, age., s.5859).

²⁹ Örneğin "... Yargıtay Kanunu bu (m.13/2 ve m.15/3) hükümlerle davaya bakacak merci göstermiş ancak onların hangi hallerde sorumlu tutulacaklarını özel olarak tespit etmemiş ve diğer hâkimler hakkındaki hükümlere gönderme yapmamıştır. ... Diğer taraftan usulün 573 ve müteakip maddeleri istisnai ve sınırlı bir alanla düzenlemede bulunduğundan kıyas yolu ile uygulama alanının genişletilmesi de mümkün değildir. ... Anayasa m.148/3 hükmünce Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcı Vekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi yargılar. Bu hükümlerle güdülen amaç kuşkusuz yargılanacak kişinin gördüğü işin önem ve özelliği itibarıyla özel bir Anayasa güvencesi sağlamak ve kişileri değil müesseseleri korumak olup doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle Yüce Divan'da yargılanması gereken kişinin bundan feragati de hukuki sonuç doğurmaz.- Bu açıklamaların sonucu olarak usulen görevli merci tarafından görevle ilgili suçtan cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden Danıştay (ve Yargıtay) Üyeleri hakkında Hukuk Genel Kurulunda açılan tazminat davasının görülmesinin mümkün olmadığı kabulü gerekir.-Yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Daire Başkan ve Üyeleri olan davalılar hakkındaki dava dilekçesinin esasa girilmeden reddi gerekir."HGK, 22.3.2000, 2000/2E., 2000/2K. (Baki Kuru, age., s.5862); Benzer kararlar için bkz. Baki Kuru, s.5862.

³⁰ Kuru, s.5863; "... birinci sınıf hakimler HUMK 573 ve 576/2. maddeler hükmünde yer alan (hakim) tabiri dışında bırakılmamış ve bir ayırım yapılmamış bulunması itibarı ile, Yargıtay-Danıştay Başkan ve Üyelerinin de bu madde hükmünde yer alan "hakim" tabirine dâhil olduklarının, öncelikle, kabulü icap eder. Aksi halde hem 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15/3 madde hükmü ve hem de 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 8 ve 9. maddeleri hükümlerinin hiçbir anlamı kalmaz. ... Gayeye göre yorum ilkeleri içinde işi ele alacak olursak, kanun koyucunun

Kuru'ya göre Danıştay (ve diğer Yüksek Mahkemelerin) başkan ve üyelerine karşı da HUMK m.573-m.576'ya dayanarak tazminat davası açılabilir çünkü "Usulün 573. maddesinde geçen "hâkim" tabirinin kaza hakkını kullanan kimselere ilişkin bulunduğu tereddüt edilemez".³¹

Savcılar ise HUMK m.573- 576 kapsamında değildir. 7.10.2009 gün 2009/4-361 E. 2009/399 K. ve 7.10.2009 gün 2009/4-362 E. 2009/400 K. sayılı HGK kararlarında da savcılarının iddianame düzenlemeleri de dâhil olmak üzere doğacak sorumluluklarının HUMK 573. madde kapsamına alınamayacağı, savcılarının sorumluluklarının idari yargıda çözümleneceği belirtilmiştir.

Yargıtay 4. HD 10.6.1999 gün 1999/4284 E. 1999/5514 K. sayılı kararında, adalet müfettişleri hakkında da HUMK 573. maddesinin uygulanmayacağı; eğer bir sorumlulukları varsa bu sorumluluklarından ötürü adalet müfettişlerine karşı idari yargıda dava açılabilmesi kararına varılmıştır.³²

HMK dönemindeki uygulamaya gelirsek; HMK m.46'da "hâkim" deyiimi kullanılmıştır. HMK m.47'de ise görevli mahkeme belirtilirken ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinden, Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlardan bahsedilmiştir. HMK m. 46/2 ile de "Tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanmaz." hükmü getirilmiştir.³³

HMK m.46'nın hükümet gerekçesinde ise şöyle denilmiştir:

"Hükümde geçen "hâkim" kavramı genel anlamda kullanılmıştır. Buna, yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler dâhildir. Örneğin, ilk derece mahkemesi

Yargıtay-Danıştay Başkan ve Üyelerinin HUMK m.573-m.576 hükümlerinde yer alan "hâkim" tabiri dışında ele alınıp, onları "hâkimlik" görevinden dolayı "sorumsuzlukla donattığını ve bunun sonucu olarak, onları "keyfi harekete" adeta teşvik ettiğini düşünebilmek de mümkün değildir. ... HGK, bu kararı ile, tıpkı milletvekilleri için Anayasa'nın 83. maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığı müessesesine benzer bir şekilde, kazai dokunulmazlık müessesesi ihdas etmiş bulunmaktadır. ... Konuyu yargı bağımsızlığı ile izah etmek HUMK m.573-m.576 hükümlerini ihlal anlamına gelir. ..." HGK, 22.3.2000, 2000/2E., 2000/2K. Altındaki 2.HD Başkanı Tahir Alp'in karşı oy yazısı (Baki Kuru, age., s.5865-5866).

³¹ Baki Kuru, age., s.5867-5868; 4.HD, 29.1.1959, 1386/963 (Baki Kuru, age., s.5867); aynı görüşte bkz. Emcet Belgesay, agm., s.300; Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.240.

³² Ender Dedeoğlu, agm., s.48.

³³ Aras, tazminat davası açılabilmesi için öncelikle hâkimin cezai olarak sorumluluğunun sabit görülmesi gerektiği görüşündedir. (Bahaddin Aras, agm., s.142).

hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, keza ceza mahkemesi hâkimleri de buraya dâhildir.”

Adalet Komisyonu gerekçesinde ise “... Hâkimlerin yargılama faaliyetinden kaynaklanan sorumluluk davasının açılması, aynen diğer sorumluluk davalarında olduğu gibi o konuda ceza davasının açılması yahut mahkûmiyet koşuluna bağlanamayacaktır. Bu konuda yürürlükteki (6098 sayılı) Borçlar Kanunumuzun 53 üncü maddesindeki sistem geçerli olacaktır.” denilmiştir.

Buna göre; bütün ilk derece (adli, idari, askeri, ceza) mahkemeleri hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyeleri,³⁴ HMK m.46- 49 hükümleri kapsamındadır. Bundan böyle Yargıtay Başkan ve üyelerinin yargısal faaliyetlerinden zarar gören kişi doğrudan dava açabilecek; tazminat davası için Yüce Divan’dan alınması gereken bir ceza mahkûmiyet hükmü, dava şartı olarak³⁵, beklenmeyecektir. Aynı şekilde 3533 sayılı Mecburi Tahkim Kanunu’na göre hakem sıfatı ile hareket eden hâkimler de bu kapsamdadır.

Bölge idare mahkemesi hâkimleri ve diğer yüksek mahkemeler (Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi) başkan ve üyelerinin de bu kapsamda olduğu madde metninde ve gerekçede açık değildir. Bu nedenle belirtilen mahkemelerin hâkimlerinin HMK m.46 kapsamında oldukları tartışmalıdır. Kanımca, HMK m.46’da “hâkim” tabiri geniş manasıyla kullanıldığı için bölge idare mahkemesi hâkimleri ve diğer Yüksek Mahkemeler (Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi) başkan ve üyeleri de HMK m.46’daki hâkimlerdendir.

Yılmaz, “görev kamu düzeninden olduğu için kıyas yolu ile genişletilemez” ilkesinden hareketle bu hâkimleri HMK m.46 kapsamına almamış ve HMK m.46’nın bu hâkimleri de kapsayacak şekilde değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁶ Eğer hâkim kavramına diğer Yüksek Mahkeme hâkimlerini ve Bölge İdare Mahkemesi hâkimlerini dâhil etmezsek akla şu sorular gelir: Eğer anılan hâkimlerin HMK m.46-49

³⁴ ve “...Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Vekili ile yargılama görevi özel kanunlarınca Yargıtay Genel Kurullarına verilen kişiler...” Yargıtay Kanunu m.15/3.

³⁵ Ejder Yılmaz, age., s.496.

³⁶ Ejder Yılmaz, age., s.496.

kapsamında sorumluluğu doğmayacak ise hangi yasal dayanağa göre onların hukuki sorumluluğuna gidilecektir? Örneğin yeni BK m.49 vd. uygulama alanı bulacak mıdır? Yoksa onlar yargısal faaliyetlerinden dolayı hukuki sorumluluktan muaf mı tutulacaktır?

Öncelikle bu hâkimlerin hukuki sorumluluktan soyutlanması kabul edilemez. Buldukları konum itibarı ile bu hâkimlere karşı genel mahkemelerde dava açılması da yerinde olmaz. Faaliyet alanları farklı olmakla birlikte bu mahkemeler de Yargıtay ve Danıştay gibi Yüksek mahkeme görevi görmektedirler. Görev hususunda kıyas olmaz hususuna gelince: kesin yetki de kamu düzeninden olduğu için burada da görevdeki gibi kıyas olmaz yorumu yapılabilir; ancak kıyasın yapıldığı örnekler de yok değildir. Örneğin; kesin yetki hallerinden birini düzenleyen HMK m.14'ün uygulanmasında bir ortağın veya üyenin özel hukuk tüzel kişisine nerede dava açacağı düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada HMK m.14'de gösterilen ilgili tüzel kişinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılacağı belirtilmekte ve kıyas yapılmaktadır. Benzer durum burada da söz konusu olmalı ve Yüksek Mahkeme hâkimlerine Yargıtay hâkimlerine uygulanan hüküm; bölge idare mahkemesi hâkimlerine de bölge adliye mahkemesi hâkimlerine uygulanan HMK m.47 hükmü uygulanmalıdır.

HSK m.93/A ile "*Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle ancak Devlet aleyhine tazminat davası*" açılacağı düzenlemesi ve aynı maddede yer alan "*Bu madde hükümleri; a) Yüksek mahkemelerin başkanları, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Vekilinin bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar, b) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu müfettişleri ile adalet müfettişlerinin, yetkilerini kullanırken yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar, nedeniyle açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanır.*" hükmü gösterir ki savcılar³⁷, Yüksek Mah-

³⁷ "Şu durumda, 2802 sayılı yasaya eklenen 93/A maddesinde açıkça "hakim ve savcılarının..." ibaresi ile savcılar yasa metninde sayılmış ve yürüttükleri bir soruşturma, kovuşturma, ile ilgili yaptıkları işlemlerden dolayı haklarında açılacak davaların devlet aleyhine açılacağı düzenledikten sonra... ; davanın, davalı Cumhuriyet Savcısı Zafer Sercan Yetişer yönünden görev ve çözüm yerinin Yargıtay ilgili hukuk dairesi olduğu sonucuna varılması gerekirken..." 4. HD, 18.02.2013,

kemelerin başkanları, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Vekili, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu müfettişleri ile adalet müfettişleri³⁸ için de HMK m.46-49 hükümleri geçerliydi. Hem savcılar hem adalet müfettişlerini HMK m.573 kapsamına alan bu madde “savcı, yargısal faaliyetlere, kamunun avukatı olarak katıldığı, karar veren olmadığı” ve “kamuda çalışan diğer müfettişlerle adalet müfettişleri arasında ayırım yapıldığı” gerekçesi ile eleştirilmiştir.³⁹

HSK m.93/A 6 Mart 2014 tarihinden bu yana yürürlükte olmadığı için; savcılar ve adalet müfettişleri bakımından yine 6110 sayılı Kanun öncesi duruma dönmüş oldu. Savcılar ve adalet müfettişlerinin yaptıkları idari faaliyetler neticesinde herhangi bir zarar meydana gelmiş olursa bu zararın tazmini 6 Mart 2014 tarihinden itibaren idari yargıda tam yargı davasına konu olabilir.⁴⁰

E. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin davaların açılacağı görevli ve yetkili mahkeme hususu ilk derece mahkemeleri açısından HUMK m.575/2’de düzenlenmişti.⁴¹ Bu düzenlemeye göre, hâkime karşı açılan tazminat davalarının bazıları yerel mahkemede, bazıları ise Yargıtay’da açılırdı.⁴²

Yargıtay başkan ve üyeleri bakımından görevli ve yetkili mahkeme ise Yargıtay Kanunu m.13/2’de “*Yargıtayın görevleri ... Yargıtay*

2012/3532 E., 2013/2724 K. (Ömer Uğur Gençcan, age., s.340).

³⁸ HSK m.93/A’nın yürürlükte olduğu dönemde adalet müfettişinin teftiş sırasında gerekli özeni göstermediği gerekçesi ile HMK m.46 hükmüne dayanılarak açılan bir davada HGK, HMK m.46’daki sebeplerin gerçekleşmediğine dair kararı onamıştır: HGK, 21.11.2012, 2012/4-209 E.,2012/812 K. (Mustafa Ateş, age., s.254-255).

³⁹ Ender Dedeoğaç, agm., s.58-59.

⁴⁰ Bkz. dipnot 28 civarında yer alan HGK, 7.10.2009, 2009/4-361 E., 2009/399 K.; 7.10.2009 2009/4-362 E 2009/400 K.; 4. HD, 10.6.1999, 1999/4284 E., 1999/5514 K.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru, age., s.5842-5845.

⁴² 2004 tarihli 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile HUMK m.575’ e “İlk derece mahkemelerinde görev yapan hâkimler hakkında tazminat davaları bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, bölge adliye mahkemesi hâkimleri hakkında ise Yargıtay’ın ilgili hukuk dairesi tarafından incelenerek karara bağlanır.” fıkrası eklenmiş ama bu hüküm bölge adliye mahkemeleri kurulmadığı için ve daha sonra 6110 sayılı Kanun ile HSK’ya m.93/A eklendiği için hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir.

Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Vekili ve özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak,” ve m.15/3’de “Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri şunlardır: ... Yargıtay Başkan ve üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekili ile yargılama görevi özel kanunlarınca Yargıtay Genel Kurullarına verilen kişilere ait davaları ilk mahkeme olarak görmek ve hükme bağlamak ve ilk mahkeme olarak özel dairelerce verilen hüküm ve kararların temyiz ve itiraz yoluyla incelenmesini yapmak,” şeklinde düzenlenmiştir. Yargıtay Kanunu m.13/2 ve m.15/3 hala yürürlüktedir.

Görevli ve yetkili mahkemeyi şu anda yürürlükte olan HMK m.47 belirlemektedir.⁴³ HMK m.47/1’de hâkimin hukuki sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davalarında görevli ve yetkili mahkeme ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir:

“Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinde ilk derece

⁴³ Bkz. 6110 sayılı Kanun geçici m.2; HMK m.47, 11 Nisan 2015 tarihinde yayımlanan ve yayınlandığı tarihte yürürlüğe giren (6644 sayılı Kanun m.5) 6644 sayılı Yargıtay Kanunu İle Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 3 ile kısmen değiştirilmiştir. “Maddenin mevcut halinde, Yargıtay başkan ve üyeleriyle kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı açılacak tazminat davalarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda görüleceği, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu kararlara karşı temyiz incelemesinin ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılacağı öngörülmektedir. Bununla birlikte Yargıtay başkan ve üyeleriyle kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı açılacak tazminat davalarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda görüleceği, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu kararlara karşı temyiz incelemesinin ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılacağı öngörülmektedir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakacak Hukuk Genel Kurulunun 47 üyeye duruşma yapması, temyiz incelemesini yapacak Yargıtay Büyük Genel Kurulunun ise 469 üyeye toplanmak zorunda kalması birtakım sıkıntılar da beraberinde getirmekte ve yargılamalar uzamaktadır. Maddede yapılan düzenlemeyle, Yargıtay başkan ve üyeleriyle kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı açılacak tazminat davalarında görevli daireler yeniden belirlenmekte, bu dairelerin kararlarına karşı yapılacak temyiz incelemesinin ise Yargıtay Büyük Genel Kurulu yerine Hukuk Genel Kurulunca yapılması öngörülmektedir.” (6644 sayılı Kanun m.3 gerekçesi); HUMK dönemindeki benzer öneri için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.256.

mahkemesi sıfatıyla görülür. Dava, bu dairenin Başkan ve üyelerinin fiil ve kararlarından dolayı ise yargılama Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinde yapılır. Verilen kararların temyiz incelemesi Hukuk Genel Kurulunca yapılır. Temyiz incelemesine, kararı veren başkan ile üyeler katılamaz."

Bu düzenleme ile Devlete karşı açılacak tazminat davalarının sıradan bir tazminat davası gibi açılmaması, hâkimler için bir teminat oluşturması ve kötüniyetli dava açılmasının önlenmesi amaçlanmıştır.⁴⁴

İlk derece mahkemesi hâkimlerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin davaların görüleceği görevli Yargıtay dairesinin tespitinde taraflar arasındaki asıl hukuki ilişkiye ve uyumsuzluğa bakılacak; söz konusu ihtilafta esas hakkında verilecek hükmü temyiz yolu ile incelemede hangi Yargıtay dairesi görevli ise tazminat davası da o dairede görülecektir. İlgili Yargıtay kararı şu şekildedir:

"... 14 Şubat 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6110 sayılı Kanununun 8. maddesiyle değişik 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 14. Maddesinin 1/a bendinde, "Daireler arasındaki işbölümünün belirlenmesinde mahkeme kararındaki nitelendirmenin esas alınacağı" belirtildikten sonra, 1/b bendinde "Bir davadaki uyumsuzluk konusu, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin aslına değil de bu ilişkiden doğan diğer isteklerle ilgili ise temyiz incelemesi asıl hukuki ilişkiye ait hüküm ve kararları incelemekle görevli dairece yapılır." hükmüne yer verilmiştir. O halde, eldeki davaya bidayet mahkemesi sıfatıyla bakmakla görevli Yargıtay Dairesi'nin belirlenmesi noktasında, davacıların talebine esas; davalı Hâkimce verilen ihtiyati tedbir kararı ile bu kararın reddi yönündeki karardaki, asıl hukuki ilişkinin irdelenmesi gerekir. ..."⁴⁵

Hal böyle olmakla birlikte bu hususta meydana gelen bir çelişkiye yer vermekte fayda var. 20 Temmuz 2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve Yargıtay dairelerinin iş bölümünü belirleyen Yargıtay Büyük Genel Kurulu Kararı'nın genel açıklamalar kısmınının 16. maddesinde HMK m.47 uyarınca, hâkimlerin fiil ve kararlarından dolayı

⁴⁴ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, age., s.226.

⁴⁵ HGK, 2011/4-3E., 2011/482 K. (Karslı, s.210); "... Yine yargılama aşamasında ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 47. maddesinde de tazminat davasınının Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinde açılacağı belirtilmiştir. ... Açıklanan yasal düzenlemeler karşısında, görev hususunun kamu düzenine ilişkin olması nedeni ile mahkeme görevli bulunmaktada olup; görevsizlik kararı verilmesi gerekir. ..." 4. HD, 15.02.2012, 7857/21768 (Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, age., s. 225).

Devlet aleyhine açılan tazminat davalarının ilk derece yargılamasının asıl davanın temyiz incelemesini yapmakla görevli ilgili Hukuk Dairesi tarafından yapılacağı belirtilmesine rağmen, 4. Hukuk Dairesi'nin görev alanına giren dava listesinde de "*Hâkimlerin sorumluluğundan kaynaklanıp Devlet aleyhine açılan davalar ile buna ilişkin rücu davaları sonucu verilen hüküm ve kararlar*"a yer verilmiştir.

Kanımca, her ne kadar bu tür davalar 4. HD'nin görev alanı içinde sayılmışsa da, yukarıda verilen kararda ve Yargıtay Büyük Genel Kurulu Kararı'nın genel açıklamalar kısmında denildiği gibi, HMK m.47'de belirtilen "*ilgili hukuk dairesi*", asıl davanın temyiz incelemesini yapmakla görevli Daire olmalıdır. Çünkü, örneğin yanlış anlaşılması mümkün olmayacak kadar açık ve kesin bir kanun hükmünün yanlış uygulanıp uygulanmadığını, o kanun hükmüne ilişkin temyiz incelemelerini yapan ve bu konuda tecrübe kazanan dairenin daha iyi yorumlayacağı açıktır. Kaldı ki HMK m.46- 49'da düzenlenen tazminat davası özünde bir haksız fiil davası olsa da genel hükümlerden farklı bir sisteme tabidir.

Öte yandan, artık, 6644 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile birlikte Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay 4. HD'nin görevli mahkeme olarak belirlenmesi de, 4. HD'nin görev listesinde belirlenen "*hakimin hukuki sorumluluğuna ilişkin davaları*" sadece Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar bakımından dar yorumlamamızı sağlayabilecektir.

HMK m.47/2 uyarınca, "*Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür.*" Bunun nedeni, tazminat davasını incelemiş olan mahkemenin, tazminat konusunda en iyi bilgiye sahip ve bu nedenle en isabetli şekilde ve en kısa sürede gerçeğe uygun biçimde karara bağlayacak olmasıdır.⁴⁶

F. Dava Açma Süresi

Hâkimlere yargısal faaliyetlerinden dolayı açılan tazminat davaları yeni BK m.49 vd.'nda düzenlenen haksız fiilden dolayı açılan tazminat davasına çok benzer.⁴⁷ HUMK döneminde, hâkime karşı HUMK

⁴⁶ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, age., s.226.

⁴⁷ Baki Kuru, s.5841; 14. HD. 7.6.1984, 8602/4215 (Erhan Günay, age., s.20).

m.573'e dayanılarak açılacak tazminat davası için herhangi bir zamanaşımı süresi belirlenmemiştir. Bu nedenle, eski BK m.60'da belirlenen "zararın ıttılardan itibaren 1 yıllık zamanaşımı" süresi uygulanmakta idi.⁴⁸ Ayrıca, hâkimlere karşı yargısal faaliyetlerinden dolayı açılacak tazminat davalarında, davacı tarafın, şartları oluşması halinde, eski BK m. 137'de öngörülen 60 günlük ek süreden istifade etmesi de mümkündür.⁴⁹

Yürürlükten kaldırılan HSK m. 93/A'da bir yıllık bir süre öngörülmüş ancak bu sürenin hak düşürücü süre mi, zamanaşımı süresi mi olduğu belirtilmemiştir:

"Devlet aleyhine açılacak tazminat davası ancak dava konusu işlem, faaliyet veya kararın dayanağı olan;

a) Soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın veya kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunda verilen hükmün,

b) Dava sonunda verilen hükmün,

kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabilir.

..."

Bu hüküm 6 Mart 2014 tarihinde yürürlükten kaldırıldığı için artık bu maddede yer alan dava açma süresinin uygulanması mümkün değildir.

HMK m. 46'da ise Devlet'in tazminat ödemesi durumunda rücu davası için bir yıllık süre belirlenmiş ancak hâkimin hukuki sorumluluğu açısından Devlet'e açılacak tazminat davası için bir süre belirlenmemiştir.

Şu durumda dava açma süresi bakımından bir kanun boşluğu mevcuttur. HUMK dönemindeki uygulamayı ve söz konusu tazminat davasının niteliğini önüne aldığımızda, kanımca, varılacak sonuç şu olmalıdır: Söz konusu tazminat davası da özünde haksız fiile dayalıdır.

⁴⁸ Bkz. örneğin HGK 15.04.1970 -4/537-196 (Erhan Günay, age., s.19); "Hakimler hakkında HUMK'nun 573-576. maddeleri uyarınca açılan tazminat davaları da niteliği itibarıyla haksız fiille ilgili olduğundan (eski) Borçlar Yasasının 60. Maddesindeki 1 yıllık zamanaşımı tabidir. ..." 14. HD. 7.6.1984, 8602/4215 (Erhan Günay, age., s.20).

⁴⁹ 14. HD, 7.6.1984, 8602/4215 (Erhan Günay, age., s.20).

nan bir eda davasıdır.⁵⁰ Bu nedenle -HUMK döneminde olduğu gibi şu anda da- yeni BK m. 72'de haksız fiil hukukuna ilişkin düzenlenen "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar." hükmü uygulanmalı; dava açmak için iki yıllık zamanaşımı süresi dikkate alınmalıdır.

G. Sorumluluk Doğuran Sebepler

1. Genel olarak

Hâkimin yargılama faaliyetinden dolayı açılacak olan tazminat davasının sebepleri yani haksız fiilin şartlarından biri olan hukuka aykırı fiiller, HUMK m.573'de olduğu gibi, genel olarak belirtilmemiş, sınırlı sayı ilkesine tabi olarak HMK m.46'da altı bent halinde sayılmıştır.⁵¹ Sınırlı sayı ilkesinin uygulanmasının sebebi hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden dolayı daha ağır bir sorumluluk rejimi ile karşılaşmalarının engellenmesidir.⁵² HMK m.46'da belirtilen sebepler esas itibari ile HUMK m.573 ile aynıdır. Bu nedenle HUMK dönemindeki sebeplere ilişkin yargısal kararlar içtihat değerini korumaktadır.⁵³ Ancak HUMK m.573/1,b.7'de gösterilen "Memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makbul bir sebep olmaksızın yapılmaması" hususu yeni kanuna alınmamıştır. Çünkü hâkime emir ve talimat verilmesi zaten yasaktır, görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesi de, hâkimin görevini yapmaktan kaçınması kapsamında değerlendirilebilecektir.⁵⁴

Hâkimlerin yargılama faaliyeti, hâkimlerin her türlü kararları ile fiillerini içerdiğinden hukuki sorumlulukta da bu hususlar önem arz eder.

"... hakim hakkında bir dava açılabilmesi için tazminata dayanak yapılan eylemin, maddede sınırlı biçimde sayılan eylemlerden en az birine dayandırıldığıнын belirtilmesi gerekir. Bu bağlamda eylem aynı zamanda hâkimin yar-

⁵⁰ 14. HD, 7.6.1984, 8602/4215 (Erhan Günay, age., s.20).

⁵¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, age., s.222; Abdurrahim Karşlı, age., s.201.

⁵² HMK m.46 gerekçesi.

⁵³ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.180.

⁵⁴ HMK m.46 gerekçesi.

gılama faaliyeti ile de ilgili bulunması zorunludur. Aksi halde zarara neden olduğu iddia edilen eylem hâkimin idari davranışları ile ilgili olabilir.”⁵⁵

Bu noktada HMK m.46- 49’da düzenlenen hâkimin yargısal faaliyetinden kaynaklanan tazminat davası ile 5271 sayılı Türk Ceza Kanunu m.141 vd.’de düzenlenen ceza hâkimlerinin koruma tedbirlerine ilişkin kararlarından kaynaklanan tazminat davası arasındaki farka değinmekte yarar vardır. TCK m.141 ve devamında haksız arama, el koyma, yakalama ve tutuklama hallerinde bireyin uğradığı zararı Devlet’in tazmin etmesi söz konusudur. Buna göre HMK m.46 vd. ve TCK m.141 vd.’nda düzenlenen sorumluluk kurumları, amaç, kaynak, koşullar ve sonuçlar bakımından farklı alanları düzenlemektedirler. Bu iki kurum arasında genel kanun -özel kanun ilişkisi ya da önceki kanun - sonraki kanun ilişkisinden bahsedilemez. Biri diğerinin yerine geçemez. Koşulların oluşması halinde, davacı birine ya da her ikisine birden başvurabilir.⁵⁶ Açılan bir davada hangi kurumun uygulanması gerektiği hususunda tereddüt edilir ise bakılması gereken nokta “davanın konusu”dur.⁵⁷ Örneğin;

“Davacı vekili müvekkilinin ... 2009 yılı Kasım ayında tutuklandığını, itiraz ve tahliye sebeplerinin her seferinde basmakalıp ifadelerle reddolunduğunu, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda ... gerekçe gösterilmediğini iddia ederek manevi tazminat istemiştir. ... Dava dilekçesi dikkate alındığında, hâkimin kararındaki koruma tedbirlerine ilişkin takdirin yerindeliği değil; bu takdiri kullanırken kabili tevîl ve izah olmayacak surette vazih ve sarahati katiyei kanuniyeye mugayir karar verilmiş olması zararın kaynağıdır ve ilgili hâkimin kasdi davranarak hukuka aykırı aldığı kararla HUMK’un 573/2 (HMK m.46/1-c) maddesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür. ... gerekçesiz olarak tutuklama ve tutuklamanın devamına dair verilen kararın kanunun açık hükmünün ihlal edilmek suretiyle verilmesi nedeniyle hakim’in sorumluluğuna dayanıldığı; bu itibarla davanın hukuki niteliğinin hakimlerin sorumluluğunu düzenleyen HMK 46 ve devamı maddeleri hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır.”⁵⁸

⁵⁵ 4. HD, 10.6.1999, 4284/5514 (Ejder Yılmaz, age., s.469).

⁵⁶ HGK, 24.11.2010, 2010/4-551 E., 2010/598 K. (Ömer Uğur Gençcan, age., s.336).

⁵⁷ HGK,14.03.2012, 2012/4-48E., 2012/133K. (Ömer Uğur Gençcan, age., s.337-339).

⁵⁸ HGK, 10.04.2013 2012/4-1823 E., 2013/464 K. (Ömer Uğur Gençcan, s.340-342); Bkz. benzer bir karar: “Dava açılırken dayanılan hukuki ve maddi olguların görere etkili olduğu durumda öncelikle hukuki nitelenmenin yapılması ve sonucuna göre de bu tür davalara bakma görevinin hangi mahkemeye ait olduğunun belirlenmesi gerekir.” HGK, 28.11.2012, 2012/4-1099 E., 2012/877 K. (Mustafa Ateş,

Hâkimin hukuki sorumluluğu için HMK m.46'daki sebeplerden birinin oluşması gerekir.⁵⁹ HMK m.46'da düzenlenen sebepler genel olarak hukuka aykırı fiillerdir ve hâkimin ağır kusuruna veya kastına dayanmaktadır. Davacı, davada, hâkimin HMK m.46'da belirtilen eylemlerinden biri veya birkaçını kusurlu olarak işlediğini, bunun sonucu maddi ve/veya manevi⁶⁰ zarara uğradığını ve uğranılan zarar ile hâkimin eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu⁶¹ ispat etmek durumundadır.⁶²

Zararın önlenmesinin tarafa yasal bir yük olarak yükümlendiği yeni BK'nun 50., 51. ve 52. maddeleri hâkimin sorumluluğu kurumuna da uygulanabilir.⁶³ Örneğin, hâkimin haksız kararının tashihi için yasa yollarına başvurma olanağı bulunduğu halde davacının buna başvurmamış olması⁶⁴, artık doğan zarara rıza göstermek anlamına gelebileceğinden, bu konuya ilişkin yeni BK m.52'nin uygulanması ve davacının kusuru nedeniyle istenen tazminat miktarından indirim yapılması gerektiği dikkate alınmalıdır.⁶⁵

2. Sebepler

a. *Kayıрма veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması(HMK 46/1-a)*

age., s.256-258).

⁵⁹ HGK, 12.12.2012, 2012/4-587 E., 2012/1108 K. (Mustafa Ateş, age., s.258).

⁶⁰ " ... davalı yargıcın verdiği karar gerekçesinde yersiz ve gereksiz bazı açıklamaların bulunduğu ileri sürülerek manevi tazminat istenmişse de bu olguların temyize konu edilebilecek hususlardan olduğu ve temyiz yoluna başvurulduğu, HUMK'nun 573/1 ve 2. maddelerindeki koşulların oluşmadığı anlaşılınca davanın reddedilmesi..." HGK, 11.10.2006, 4-865/635 (Ejder Yılmaz, age., s.473).

⁶¹ Emcet Belgesay, agm., s.260-261; " ... Davalı hâkim, yediemin olarak tayin edilmesini tarafların karşılıklı muvafakatlarına bağladığı için, teminat alma ihtiyacını duymamıştır. Davalının sorumluluğu, eylemiyle zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasına bağlıdır. Burada zararı doğuran eylem infaz memurunun hâkimin bilgisi dışında davada taraf olan N'ya yediemin olarak tayin etmesinden ve bu şahsın ise yedieminlik görevini suistimal etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan davalı hâkimi meydana gelen zarardan sorumlu tutmak mümkün değildir." HGK, 8.3.1985, 4-16/187; Bahaddin Aras, agm., s.146.

⁶² HGK, 19.12.2012, 2012/12-1068 E., 2012/1220 K. (Mustafa Ateş, age., s.261); Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.249.

⁶³ Ender Dedeoğlu, agm., s.54-55.

⁶⁴ HGK, 26.9.2007, 2007/4-669 E., 2007/608 K.

⁶⁵ Erhan Günay, age., s.26; Bilge Umar, age., s.182; Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.232, 250; Belgesay, agm., s.259.

Burada kullanılan hüküm veya karar tabiri hâkimin yargılama faaliyetiyle ilgili olarak verdiği her türlü karar anlamındadır. Buraya ara kararlar, nihai kararlar, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararlar da girer.⁶⁶

“Hâkim yargılamanın her evresinde yansız görünümünü koruma konusunda yüksek özen göstermek zorundadır. Hâkim yazılı hukuku iyi kötü ayırımı yapmadan nesnel bir mantıkla uygulamalı, anayasaya, yasaya, hukuka uygun düşen kanısına göre karar vermelidir. Hâkim yargısal kararlarını inanç ve duygularının aracı olarak kullanamaz ve uygulamakla yükümlü olduğu yasal normlar dışına çıkamaz.”⁶⁷

Aksini yaparsa, yani, kasten taraflardan birini kayırarak veya taraf tutarak yahut taraflardan birine kin ve düşmanlık duyarak hukuka aykırı hüküm ve karar verirse ve bu karar sonucunda diğer taraf zarar görürse, zarar gören Devlet’e karşı tazminat davası açabilir.⁶⁸ Burada iki unsur mutlaka bir arada olmalıdır. Bunlar, hâkimin kastının varlığı (subjektif unsur) ve verilen kararın hukuka aykırı olmasıdır (objektif unsur).⁶⁹

Bu hükmün uygulandığı ve tazminat talebinin kabul edildiği bir dava şu şekilde meydana gelmiştir: Davacının, kişisel haklarına ağır saldırıda bulunduğu iddiasıyla davalıya karşı açtığı bir davada, hâkim davanın reddine karar vermiş ve verdiği hükmün gerekçesinde, söylenenlerin gerçekliği konusunda hiçbir kanıt ve emareye dayanmadan, gerekçesiz bir şekilde davalının davacı hakkında sarf ettiği sözlere katıldığını bildirmişti. Bunun üzerine, bu davanın davacısı, hükmü veren hâkime karşı hukuki sorumluluk davası açtı. Yargıtay, bu olayda, hâkimin, ortada hiçbir delil bulunmamasına rağmen, davacı hakkında üçüncü kişilerin söylediği sözlerin doğru olduğunu ve bu sözlere katıldığını bir yargı kararında belirtmek suretiyle ağır bir kusur oluşturacak bir davranışta bulunduğu, yanlı ve yanlış davranıldığı, hâkimin kişisel değerlendirmelerini hukuk kurallarının önüne çıkarttığı ve tarafsızlığı konusunda kuşku duyulmasına neden olduğu

⁶⁶ Ejder Yılmaz, age., s.473.

⁶⁷ HGK, 24.10.2001, 4-1016/757(Ejder Yılmaz, age., s.475).

⁶⁸ Emcet Belgesay, agm., s.263.

⁶⁹ İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6. Bası, İstanbul, 1975, s.70; Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.243; HGK, 6.10.2004, 4-496/463 (Ejder Yılmaz, age.,s.474).

gerekçeleriyle hâkimin hukuki sorumluluğu davasının kabulü yönünde karar vermiştir.⁷⁰

Son olarak, uygulamada, hâkimlerin sorumluluğu açısından yalnızca karar ve hüküm kapsamında kalınmayarak hâkimlerin tüm yargılama faaliyetlerinin hukuki sorumluluk çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir.⁷¹ Kanımca, yargılama sırasında bir tarafın kayırılması ya da bir tarafa düşmanca hislerle davranılması HMK m.46/1-a kapsamında değerlendirilmemelidir. Çünkü artık burada hâkimin yargılama faaliyeti sırasında yargılama faaliyeti dışında davranışları söz konusudur. Bu davranışlar ile duruşma sırasında hâkimin tarafa hakaret etmesi arasında bir fark yoktur. Bu nedenle bu gibi durumlarda, aşağıda açıklandığı üzere, hâkimin şahsi kusurundan kaynaklan genel hükümlere dayalı sorumluluğuna gidilmelidir.

b. Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması (HMK m.46/1-b)

Hâkim, kendisine sağlanan veya sağlanması vaat edilen bir menfaat karşılığında “kanuna aykırı” bir hüküm veya karar verirse, hâkimin davranışı nedeniyle Devlet’e tazminat davası açılabilir. Bu sebep bir anlamda HMK m.46/1-a’nın özel bir halidir.⁷² HMK m.46/1-a’dan farklı olarak burada hâkime sağlanan veya vaat edilen bir menfaat olmalı ve hâkimin kastı bu menfaate yönelmelidir.⁷³

Buradaki menfaat maddi (para, taşınır, taşınmaz mal) olabileceği gibi maddi olmayan bir şey de olabilir. Menfaatin türü ve değeri, bu hükmün uygulanması açısından bir fark yaratmaz.⁷⁴

Hâkime menfaat sağlanması, şartların varlığı halinde, aynı zamanda TCK kapsamında bir suç oluşturur. Ancak, suçun unsurlarının bulunması, hâkimin hukuki sorumluluğu için bir ön şart değildir.

Hükümde “kanuna aykırılık”tan söz edilmekle birlikte, Yılmaz,

⁷⁰ HGK, 24.10.2001, 4-1016/757 (Ejder Yılmaz, age., s.475).

⁷¹ Örneğin HGK’nın 6.7.2005 tarihli ve 4-342/433 sayılı kararında hâkimlerin karar ve hüküm dışındaki diğer kabul ve yorumları da davacının iddiası üzerine hâkimlerin hukuki sorumluluğu bakımından incelenmiştir.(Ejder Yılmaz, age., s.477).

⁷² Ejder Yılmaz, age., s.477.

⁷³ Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.246.

⁷⁴ Ejder Yılmaz, age., s.477; Hakimin terfi ettirilmesi, aleyhine bir takibin önlenmesi örnektir (bkz. Emcet Belgesay, agm., s.263).

yerinde olarak, hâkimin menfaat elde ederek yalnızca kanuna değil her türlü hukuk kuralına aykırı davranarak hüküm veya karar vermiş olmasının hukuki sorumluluğu gerektirdiği görüşündedir. Yılmaz'a göre HMK m.46/1-b'deki "kanuna aykırılık", "hukuka aykırılık" olarak yorumlanmalıdır.⁷⁵

Sağlanan veya vaat edilen menfaat sebebiyle verilen hükümde, hâkim ilgili kanuna aykırı davranmamış ama usul hukukunun ya da ilgili kanunun kendisine tanıdığı takdir hakkını kötüye kullanmış ise, zarar gören, yine Devlet aleyhine tazminat davası açabilir. Çünkü hâkim MK m.4 uyarınca hukuka ve hakkaniyete göre kullanması gereken takdir hakkını kötüye kullanmıştır.⁷⁶

c. Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması (HMK m.46/1-c)

HMK m.33 gereğince, hâkim önüne gelen uyuşmazlığa hukuku kendiliğinden uygular. Kanunlar yeteri kadar açık ya da hiç hüküm içermediğinde, hâkimin nasıl hareket edeceği Medeni Kanun m.1'de belirtilmiştir. Eğer hâkim hukuku yanlış uygulamışsa, kanunu yanlış yorumlamışsa, bu bir kanun yolu sebebidir. Bununla birlikte, kanun metninin, herhangi bir yoruma gerek kalmayacak derecede ve başka bir şekilde anlaşılamayacak kadar açık ve kesin olmasına ve hâkimin kanunu başka türlü anlayıp yorumlama ihtimali bulunmamasına rağmen, hâkim ilgili kanunu yanlış uygularsa bu durumdan zarar gören taraf Devlet'e tazminat davası açabilir. Kılıçoğlu, hâkimin benzer olaylara ilişkin içtihatları aykırı karar vermesini de sorumluluk sebebi olarak belirtmiştir.⁷⁷ Kanımca, değişen yaşam koşullarını, mevcut kanunları ve içtihatları dikkatli bir şekilde değerlendirerek içtihat değişikliğine giden ilk derece mahkemesi hâkimleri bakımından, HMK m.46'da yer alan diğer sebepler oluşmadığı sürece sırf önceki içtihadı aykırılık sorumluluk davasına sebep olmamalıdır.

Bu sebebe dayanılarak dava açılabilmesi için hâkimin ağır kusurlu olması yeterlidir.⁷⁸ Hâkim, tamamen iyiniyetle ve tarafsız olarak, ta-

⁷⁵ Ejder Yılmaz, age., s.478.

⁷⁶ Bkz. MK m.2; Bilge Umar, age., s.181.

⁷⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.244.

⁷⁸ 4. HD, 24.12.1996, 5036/12614 (Erhan Günay, age., s.23); Emcet Belgesay, agm., s.284; Ahmet M. Kılıçoğlu kanunun açık bir hükmünü basit bir ihmal sonucu çığnemesini dahi sorumluluğun varlığı için yeterli görmüştür. (Ahmet M. Kılıçoğlu,

raflardan herhangi bir menfaat elde etmemesine rağmen yine de açık kanun hükmünü yanlış uygularsa, bu, tazminat davası için sebep teşkil eder.⁷⁹ Burada “*yargıcın subjektif öge olarak kastına ihtiyaç bulunmamaktadır. Kanun açık hükmüne aykırılık yoğun olmalıdır. Aykırılığın gerekçesinin izahı mümkün olmamalıdır.*”⁸⁰

HUMK m.427 uyarınca, mevcut ve yürürlükteki yasaya aykırı olup da kanun yararına bozulmuş bir hükümden dolayı zarar gören kişi hâkime karşı tazminat davası açabilir.⁸¹

Bu hükmün uygulanmasına güzel bir örnek 4. HD'nin 16.11.2000 tarihli ve 6402/10139 sayılı kararıdır. Karara konu olayda, alacak ipotekle temin edilmiş olmasına rağmen hâkim alacaklının talep ettiği ihtiyati haciz talebini kabul ederek ihtiyati haciz kararı vermiş ve bunun üzerine borçluların ev eşyalarına ihtiyati haciz konulmuştu. Borçlular, İİK m.257'ye göre, ihtiyati haciz kararı verilebilmesinin şartlarından birinin de alacağın ipotekle temin edilmemiş olması gerektiğini ileri sürerek itiraz etmişler, fakat mahkeme bu konuda hemen bir karar vermemiş ve mesele sürüncemede kalmıştı. Malları ihtiyaten haczedilen borçluların hâkime açtıkları tazminat davası, Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Yargıtay, isabetli bir şekilde, ipotekli alacak lehine ihtiyati haciz kararı verilmesini açık ve net olan İİK m.257 hükmüne aykırılık olarak nitelendirmiş ve HMK m.46/1-c gereğince (ve ayrıca hâkimin hemen karar vermeyerek işi sürüncemede bırakmasından dolayı HMK m.46/1-e gereğince) davalı hâkimi tazminata mahkûm etmiştir.⁸²

Yargıtay kanun maddesinin yanlış uygulandığı bazı davalarda HMK m.46/1-c'den kaynaklanan tazminat sebebinin doğmadığına karar vermiştir. Örneğin, bir davada hâkim, hâkimi ret talebinin reddi sonucunda avukatın bizzat kendisini para cezasına mahkûm etmiş ve para cezasını da fahiş olarak belirlemiştir. Avukatın açtığı tazminat davasında Yargıtay “*Hâkimin yargısal görevini yerine getirirken yaptığı hataların düzeltilmesi için kanun yolları öngörülmüştür. Temyizen bozulan ilgili karardaki hata yasanın açık hükmüne aykırılık taşımamaktadır. Gerçekten*

agm., s.244).

⁷⁹ Ejder Yılmaz, age., s.478.

⁸⁰ HGK, 9.7.2008, 9-947/481 (Ejder Yılmaz, age., s.479).

⁸¹ Erhan Günay, age., s.23.

⁸² Ejder Yılmaz, age., s.480.

para cezalarının artan enflasyona göre uyarlanması sırasında hata yapılması olağandır. Zira reddi hâkim talebinin reddi için nadiren para cezası uygulayan hukuk hâkiminin bu tür bir hesabı bilmemesi mazur görülebilir. ... yargılama işlevinin bir parçasını oluşturan taraf vekili avukatın yanlış da olsa bir para cezası ile mesleki onurunun rencide edilmesinden söz edilemez. ...” şeklinde karar vermiş ve tazminat talebini reddetmiştir.⁸³

Hâkimin takdir hakkını kullanabildiği meselelerde, hâkim, bu takdir hakkını -örneğin bilirkişi incelemesi yoluna başvurup başvur-mama hakkını- somut olayın özelliklerine göre yasanın sınırları içinde kullanır ise verdiği kararın kanunun açık hükmüne aykırılık gerekçe-si ile tazminat davasına konu edilmesi yerinde olmaz.⁸⁴ *“Takdir yetkisi kapsamında yapılan değerlendirme veya farklı hukuki gerekçe ve mülahazalarla karar verilmiş olması; bundan da ileri kararın salt hukuki yanlış nedeni ile hatalı (hukuki) çerçeveye oturtularak yanlış sonuca ulaşılması halinde dahi hukuka aykırılık unsuru bulunmadığından hâkimin sorumluluğundan söz edilmesi olanaklı değildir.”⁸⁵*

d. Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması (HMK m.46/1-ç)

Duruşma tutanağı, davada neler yapıldığını ve kimlerin neler söylediğini gösteren resmi bir belgedir.⁸⁶ HMK m.154 gereğince duruşma tutanağı, tahkikat ve yargılama işlemleri ile tarafların ve diğer ilgililerin sözlü açıklamalarının kaydedildiği belgedir ve HMK m.155 gereğince tutanak hâkim ve zabıt kâtibi tarafından imzalanır. HMK m.156 gereğince ön inceleme, tahkikat ve yargılama ancak tutanakla ispat olunabilir. Hâkim de kararını verirken dosyaya giren tüm dilekçeler ve belgelerle birlikte yalnızca duruşma tutanağında yazılı olanları dikkate alır ve hüküm ve kararını⁸⁷ ona göre verir. Aksi, bundan zarar gören taraf için Devlet aleyhine bir tazminat davası açma sebebidir.⁸⁸

e. Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması (HMK m.46/1-d)

⁸³ HGK, 16.5.2007, 9-298/270 (Ejder Yılmaz, age., s.482).

⁸⁴ HGK, 14.2.2007, 13-80/64 (Ejder Yılmaz, age., s.483).

⁸⁵ HGK, 15.7.2011, 2011/2 E. 2011/2 K. (Abdurrahim Karanlı, age., s.207).

⁸⁶ Ejder Yılmaz, age., s.484.

⁸⁷ Ejder Yılmaz, age., s. 485.

⁸⁸ Bkz örneğin HGK, 12.7.2006, 4-496/510 (Ejder Yılmaz, age., s.485).

Hâkim, duruşma tutanaklarını veya daha önce alınmış hüküm veya kararları değiştirerek yahut tahrif edilmiş veya söylenmemiş bir sözü hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterecek hüküm veya karar⁸⁹ verirse; bu durum verilen hüküm veya karardan zarar gören taraf bakımından tazminat davası açma sebebidir. Bu sebepte de hâkimin kasıtlı davranması aranır.

Burada söz konusu edilen sorumluluğun oluşması için tutanağın aksini kanıtlamak gerekmektedir. Doktrinde, bunun da ancak sahtelik davası ile olacağı belirtilmiş olmakla birlikte, kanımca, ilgili tutanağın sahteliğine ilişkin iddiayı hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin davada inceleyip karara bağlamak gerektir.⁹⁰

f. Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması (HMK m.46/1-e)

Anayasa m.36/2 uyarınca, hiçbir mahkeme (hâkim), görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz. Eğer hâkim geçerli bir sebebi olmadan önündeki davayı görmeyi reddederse yahut reddetmeyip görmeye başlamasına rağmen, yine yasal ve geçerli bir neden olmaksızın usulüne uygun olarak davayı görüp karara bağlamaz ve sürüncemede bırakırsa, görevini ihmal etmiş ve hakkı yerine getirmekten kaçınmış olur. Bu durumdan zarar gören taraf ise Devlete tazminat davası açabilir. HUMK döneminde de, doktrinde söz konusu sorumluluk sebebinin oluşması için hâkimin kastı aranmıştır.⁹¹ HMK döneminde ise, doktrinde, bu madde hükmüne dayanarak tazminat davası açılabilmesi için hâkimin ağır kusurla veya kasıtlı hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir.⁹² Yargıtay kararlarında ise bir netlik bulunmamaktadır.⁹³

⁸⁹ Ejder Yılmaz, age., s.485.

⁹⁰ Erhan Günay, age., s.24.

⁹¹ Emcet Belgesay, agm., s.296; Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.247.

⁹² Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, age., s.224.

⁹³ "Anılan yasanın 573. Maddesinde, yargıçların hukuki sorumluluklarına ilişkin nedenler belirtilmiştir. Bu nedenler, örnek olarak belirtilmeyip, sınırlayıcıdır. Somut olay, yasada öngörülen 1. ve 7. bentte gösterilen nedenlerin kapsamı içinde yer aldığı düşünüldükçe, konunun irdelenmesi gerekmektedir. ... 7. bentte de, karar verilmesinde, özensiz davranmasını öngörmektedir. Dava dilekçesindeki açıklamadan, davalının kasıtlı değil, özensiz davrandığının iddia edildiği anlaşılmaktadır. Özensizlik de bir kusurdur. Kanıtlanması durumunda sorumluluğu gerektireceği doğaldır." Yargıtay 4. HD, 11.12.2001, 9259/12483 (Ejder Yılmaz, age., s.488; "HMK'nun 46/1. maddesi (e) bendinde belirtilen sebep, dava konusu olayda oluşmamıştır. Hâkimin hakkın yerine getirilmesinden kaçınması söz konusu değildir. Davacılar vekili hâkimin kasıtlı bir davranışının söz konusu olmadığını beyan etmiştir." Yargıtay HGK, 5.2.2014 E. 2013/15-232 K. 2014/63 (Kazancı-İçti-

HUMK m.574'de hakkın yerine getirilmesinden kaçınma, kanunen kabul edilebilir bir dilekçenin gerekçesiz reddi veya görülmeye hazır bir davanın geçersiz bahaneler ileri sürülerek kasten görülmesi şeklinde tanımlanmakta ve hakkın yerine getirilmemesi halinde hâkime noterden ihtarname tebliğ edilmesi gerektiği belirtilmekte idi. Bu hüküm HMK m.46 vd.'na alınmamıştır. Yılmaz, bu durumu HMK açısından bir eksiklik olarak görmektedir.⁹⁴

Öncelikle, HUMK m.574'te sayılan hususlar hakkın yerine getirilmemesine örnek olarak verilmiş hususlardır. Kanun maddesinde o kuruma örnek verilmesi zaruri değildir. Gerekçede örnek verilebilir. Gerekçede de örnek verilmezse yargı içtihadı ile örnekler oluşabilir. Eğer HUMK m.574/1'in hakkın yerine getirilmemesini tanımladığı kabul edilir ise bu tanımın pekâlâ ilmi ve kazai içtihatlar ile de yapılması mümkündür. Bu nedenle HMK m.574/1'in HMK'na alınmaması bir eksiklik değildir.

Hâkime noterden ihtar gönderilmesi hususuna gelince; hâkimin görevi yargılama yapmaktır. Kişi bu görev bilinci ile mesleği seçer. Tıpkı vadesiz bir borcun ifa edilmemesi sonucu borçluyu temerrüde düşürmek için yapılan ihtar gibi hâkimi de yargılama borcunu yerine getirmediği için temerrüde düşürmek amaçlı ihtar çekilmesi yerinde olmaz. Kaldı ki hâkimin yargılama görevini alelade bir borçlunun borcuna benzetince hâkimin borcu temerrüt ihtarına gerek kalmaksızın temerrüde düşülen cinsten bir borçtur. Hâkim yargılamada neyi ne zaman yapacağını bilir ve bilmek zorundadır. Bu nedenle HMK'na HUMK m.574/2 hükmünün alınmamasını da bir eksiklik olarak değerlendirmemekteyim.

Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması TCK m. 257'de bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bu maddede düzenlenen görevi ihmal suçunun unsurlarının bulunması hâkimin hukuki sorumluluğu için bir ön şart değildir.

Davanın uzamasının nedeni, başka bir mahkemede görülmekte olan başka bir davanın haklı sebeplerle bekletici sorun yapılması ise davanın geciktirildiği, hâkimin hakkı yerine getirmekten kaçındığı söyle-

⁹⁴ hat Bilgi Bankası)).
Ejder Yılmaz, age., s.486.

nemez.⁹⁵ Ancak bekletici sorun yapılması için haklı görülecek sebepler bulunmamasına rağmen, örneğin yeni açılan bir dava bitme aşamasına gelmiş bir dava için bekletici sorun yapılırsa, geçerli bir neden bulunmadıkça bu bekletici sorun kararı davayı gereksiz yere uzatacak ve hakkın yerine getirilmemesi sonucunu oluşturacaktır.

H. Yargılama ve Netice

1. Dava Dilekçesi

Hâkimlere karşı tazminat davası, asliye mahkemelerindeki gibi dilekçe ile açılır. Dava dilekçesinde özellikle bulunması gereken hususlar, HUMK döneminde, HUMK m. 575/1'de uzunca bir şekilde düzenlenmiş ve dava dilekçesinin bu hükümde yer alan şartlara uygun olmaması durumunda, mahkemenin dava dilekçesini davalı hâkime tebliğ etmeyeceği ve davacı dinlenmeden (yani duruşma yapılmadan) dava dilekçesinin reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.⁹⁶

HMK döneminde durum ise farklıdır. HMK m.48/1'de "*Tazminat davası dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı ve delilleri açıkça belirtilir; varsa belgeler de eklenir*" hükmü ile tazminat davası dilekçesinde özel olarak bulunması gereken hususlar düzenlenmiştir.

HMK m.48'de, hükümet tasarısında olan ve Adalet Komisyonu tarafından kaldırılan, eksik dava dilekçesinin derhal reddine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ancak bu hususa ilişkin açıklama hükümet gerekçesinde yerini korumaktadır. Doktrinde, bazı yazarlar davaya bakan mahkemenin hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı ve deliller hususunda bir eksiklik görürse, eksikliğin giderilmesi için süre vermeksizin dilekçenin usulden reddine karar vereceği belirtirken⁹⁷; bazıları da tazminat davası dilekçesinin eksik olması halinde HMK m.119'un uygulanacağı görüşündedir.⁹⁸

⁹⁵ HGK, 31.3.2004, 9-187/179 (Ejder Yılmaz, age., s.489).

⁹⁶ Bkz. Örneğin HGK 6.2.1981, 4/1-54; HGK, 4.12.1963, 4/7-193; " ...usulün 575. Maddesinde öngörülen ... zorunluluğun doğrudan doğruya kamu düzenini koruma amacını gütmekte olması nedeniyle yargılamanın hangi safhasında olursa olsun mahkemece re'sen göz önünde tutulması gerekir. ..."12.HD, 17.1.1994, 15784/374 (Baki Kuru, age., s.5846); hükmün eleştirisi için bkz. Baki Kuru, age., s.5846-5851.

⁹⁷ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, age., s.226; Abdurrahim Karşlı, age., s.201.

⁹⁸ Ejder Yılmaz, age., s.499; Ender Dedeoğaç, agm., s.54.

Hukuk Genel Kurulu 23.09.2011 tarihli hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin gördüğü bir davada verdiği kararında, hâkime karşı tazminat davasına bakan mahkemenin dava dilekçesi ekinde yer alan belgelerin güvenilirliğini denetlemek zorunda olduğunu; bu nedenle davacının iddiasıyla ilgili ve iddiasına dayanak olan belgelerin onaylanması ve bu belgelerin her sayfasında onaylayanın adı, soyadı, ünvanı, onay tarihi ve mahkeme mührünün bulunması gerektiğini belirtmiş; iddiaya dayanak olan belgelerin onanmış suretleri yerine sadece fotokopilerinin dava dilekçesine eklenmelerinden ötürü tazminat davasını reddetmiştir. Bu kararına gerekçe olarak HMK m.48'in hükümet gerekçesinde yer alan *"davaya bakan mahkeme bu hususlarda eksiklik görürse, bu eksikliğin giderilmesi için ilgiliye süre vermeden, dilekçenin reddine karar verir."* açıklamasını göstermiştir.⁹⁹

Hâlbuki hükümet gerekçesindeki o açıklama HMK m. 48'in tasarısındaki halinde bulunan ve Adalet Komisyonu tarafından kaldırılan *"... eksikliğin giderilmesi için süre vermeden dilekçenin reddine karar verir."* hükmüne dairdir. Yukarıda açıkladığımız üzere Adalet Komisyonu gerekçesinde hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davasında dava dilekçesindeki eksiklikler için de genel hüküm HMK m.119'un uygulanabileceğini kabul edilmiştir. Hukuk Genel Kurulu, gerekçesinde henüz yürürlükte olmamasına rağmen¹⁰⁰ HMK'na atıf yapmış, ancak bu durumu göz ardı etmiştir. Karşılı bu kararı eleştirmiş ve davacının verdiği iddiasıyla ilgili ve iddiasına dayanak olan belgelerin fotokopilerinin HMK m.194 çerçevesinde davacının iddiasının somutlaştırılması için yeterli sayılabileceğini belirtmiştir.¹⁰¹

Karşılı'nın görüşüne katılıyorum. Adalet Komisyonu gerekçesinde de tasarıdaki ilgili hükmün madde metninden çıkarmasındaki amaç çok güzel özetlenmiştir: HMK m.46'dan kaynaklanan tazminat davalarında da HMK m.48 ile birlikte HMK m.119'u da uygulamak. Bu nedenle dilekçede HMK m.48'deki unsurların eksik olması durumunda HMK m.119 uygulanmalıdır.

⁹⁹ HGK, 23.09.2011, 2011/7 E., 2011/7K. (Abdurrahim Karşılı, age., s.203).

¹⁰⁰ HMK'nın yürürlüğe girme tarihi 1 Ekim 2011'dir.

¹⁰¹ Abdurrahim Karşılı, age., s.203.

2. Karar

Sorumluluk davası davacı lehine sonuçlanırsa, Devlet davacının maddi ve manevi bütün zararlarını ve yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir. Hâkimin sorumluluk davasına konu olan kararının ne olacağı ise belirtilen hükümlerde düzenlenmemiştir. Ancak şartların oluşması durumunda yargılamanın iadesi kurumu gündeme gelebilir.¹⁰² Buna karşılık davacı davayı esastan kaybederse, HMK m.49 gereğince, davacı 500 TL - 5000TL arasında disiplin para cezasına mahkûm edilir. Davanın usulden reddi durumunda ise; örneğin dava dilekçesi HMK m.48'deki özellikleri taşımyorsa¹⁰³, davacı disiplin para cezasına mahkûm edilmez.

Burada, davacı aleyhine disiplin para cezasının düzenlenmesi nedeni bu davanın rastgele açılarak hâkimi iş yapmaktan alikoymayı önlemek, sanki taraflı davranmış ve kasten aleyhe karar vermiş gibi olumsuz düşüncelerin doğmasını önlemek ve yargının gecikmesine neden olmaktan korumaktır. Her ne kadar artık Devlet sorumlu ise de, hâkimin bu sorumluluk davasına katılması ve dava sonunda kendisine rücu edileceği endişesi bu korumayı gerekli kılmaktadır. Aslında bu hüküm hâkimi koruyan bir düzenleme gibi görülse de asıl olan yargıyı ve yargıya olan güveni korumaktır.¹⁰⁴

HUMK döneminde, davacı, davayı kaybederse HUMK m.576/2 gereğince idari¹⁰⁵ para cezasına ve davalı hâkimin haksız tazminat davası nedeniyle uğramış olduğu maddi ve manevi zarar ve ziyan için takdir olunacak uygun bir tazminat ödemeye mahkûm edilirdi.¹⁰⁶ Mahkeme bu tazminata kendiliğinden karar verirdi, davalı hâkimin talebi aranmazdı,¹⁰⁷ meğerki davalı hâkim açıkça tazminat istemediğini belirtmiş olsun.¹⁰⁸

¹⁰² Ahmet M. Kılıçoğlu, agm., s.260.

¹⁰³ HUMK döneminde örneğin; "... dava dilekçesinin usul bakımından reddedilmesi davanın reddi anlamını taşımadığından, davacı aleyhine para cezası ve davalı hakim yararına tazminata hükmedilmesine yer olmadığına..." 1. HD. 14.10.1969, 2940/5853 (Baki Kuru, age., s.5851).

¹⁰⁴ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, age., s.227.

¹⁰⁵ Abdurrahim Karşlı, age., s.210.

¹⁰⁶ Bkz. örneğin 4. HD, 24.12.1996, 1996/5036-12614(Baki Kuru, age., s.5857).

¹⁰⁷ Bkz. örneğin HGK, 29.3.1967, 6/184-162 (Baki Kuru, age., s.5857).

¹⁰⁸ HGK, 14.10.1967, 2/1304-455(Baki Kuru, age., s.5857).

Davacı davayı kaybederse hâkim lehine tazminata hükmedileceğine dair bir hüküm HMK'na konmamıştır. Bunun sebebi ise hâkimin artık davalı taraf sıfatına sahip olmayıp, tazminat davasında sadece fer'i müdahil olarak bulunmasıdır.¹⁰⁹ Öte yandan, hâkim, haksız dava nedeniyle uğramış olduğu zararları için davacıya ayrı bir tazminat davası açabileceği için, bu hükmün HMK'na alınmaması yerinde olmuştur.¹¹⁰

HUMK döneminde tazminat davası sonucu verilen hüküm, ancak davanın miktarı temyiz sınırını geçiyorsa temyiz edilebilirdi, aksi halde edilemezdi.¹¹¹ Yürürlükten kaldırılan 6110 sayılı Kanun ile HSK'ya eklen 93/A maddesinde *"Kanun yoluna başvurulması için miktar veya değere ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar, hâkim ve savcıların işlem, faaliyet veya kararlarına dayanılarak açılan her türlü tazminat ve rücu davalarında uygulanmaz."* hükmü getirilmişti. Şu anda bu hüküm yürürlükte olmadığı için, tazminat davalarından çıkan kararların temyizi için, tazminat davasının değerinin, temyiz için öngörülen parasal sınırın üzerinde olması gerekmektedir. Bu sınır 2015 yılı için 2080,00 TL'dir.

Kanımca, 93/A maddesi ilga edilirken, hariç tutulması gereken hükümlerden birisi temyiz sınırı ile ilgili olan kısımdı. Çünkü yargılama faaliyeti yapan, bağımsızlığı, görevini yerine getirmesi Anayasal güvenceye tabi tutulan hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin bir davanın temyiz incelemesi için alelade bir ticari dava gibi temyiz sınırı öngörülmesi yerinde değildir.

I. Şahsi Kusur Halinde Durum

HUMK döneminde, hâkimlerin yargısal faaliyetleri yerine getirirken şahsi kusurları ile işlemiş oldukları haksız fiiller ile taraflara zarar vermeleri durumunda, eski BK m.41 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümleri gereğince, hâkimlere karşı doğrudan genel mahkemelerde haksız fiilden doğan tazminat davası açılabilmekte idi.¹¹² Bunun gerekçesi, hâkimin yargısal faaliyeti sırasında fakat yargısal faaliyeti ile ilgili olmayan şahsi kusurundan kaynaklanan haksız fiilin HUMK m.573 kapsamına girmemesi idi. Örneğin, duruşma sırasında hâkim taraflardan birine hakaret ederse eski BK m.41 ve devamına göre sorumlu olurdu.

¹⁰⁹ Abdurrahim Karslı, age., s.211.

¹¹⁰ Ayrıca bkz. HMK m.329.

¹¹¹ HUMK m.427/2-4; HGK, 23.5.1951, 4/186-49(Baki Kuru, age., s.5858).

¹¹² Erhan Günay, age., s.21.

“Dava, davalı hâkimin, davacının kişilik haklarına zarar veren sözleri nedeniyle manevi tazminat isteğine ilişkindir. ... Davacı, davalı hâkimin dava dışı bir kişi ile yapmış olduğu ve bir ceza davasına delil olarak sunulan telefon görüşmesinde kendisi hakkında kullandığı sözlerin kişilik haklarına zarar verdiği iddiasına dayanmaktadır. Görüldüğü gibi davalı hâkimin dava konusu edilen eylemi, hâkimlerin, hâkimlik görevi ile ilgili gibi yargısal çalışmalarını nedeniyle vermiş oldukları kararlarla da ilgili değildir. Bu durumda eldeki dava HUMK m.573 kapsamında değerlendirilemez. Dava, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 41. maddesine göre davalının haksız eylemine dayalı açılmış olduğundan genel hükümlere göre incelenmelidir. ...”¹¹³

Yürürlükten kaldırılan HSK m.93/A ise *“Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle: b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz.”* hükmünü içermekteydi.

Bu hüküm adeta hâkimin davada mutlak olarak davalı şekilde yer almasını özel yasa ile engellediği ve *“hâkime her ne sebeple olursa olsun devletten başka kimse dava açamaz”* şekline dönüştürüldüğü için eleştirilmiş¹¹⁴ ve bu engellenmenin sadece görev sebebiyle ortaya çıkan davalar açısından olması gerektiği belirtilmişti.¹¹⁵ Ayrıca, maddede yer alan *“diğer sorumluluk sebepleri”* ibaresinin *“ucu bucağı belli olmayan”* bir ifade olduğu görüşü ileri sürülmüştü.¹¹⁶

Hükmün yürürlükte olduğu bir dönemde verilen bir HGK kararına karşı yazılan karşı oy yazısında da *“2802 sayılı Kanununun 93/A maddesinin b bendindeki “kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmayacağına” ilişkin hükümde yer alan “kişisel kusur ve haksız fiilin”, aynı maddenin birinci fıkrasından bağımsız ele alınamayacağı, buradaki kişisel kusurun, yargılama faaliyeti içindeki ve onunla bağlantılı kişisel kusur ve haksız fiil olduğu açık ve tartışmasızdır. Bu hükümden yola çıkılarak, yargılama faaliyetiyle ilgisi olmayan kişisel kusur ve haksız fiilden dolayı da birinci derecede Devletin sorumluluğuna gidileceği sonucuna ulaşmak hukuka aykırı olur. Şu halde, yasal düzenlemeye göre, Devletin birinci derecede sorumluluğu, hâkimin yar-*

¹¹³ 4. HD, 3.10.2005, 11019/10106 (Ejder Yılmaz, age., s.491).

¹¹⁴ Abdurrahim Karşlı, age., s.211; Bilge Umar, age., s.183.

¹¹⁵ Abdurrahim Karşlı, age., s.211.

¹¹⁶ Ender Dedeagaç, agm., s.61.

gılamaya faaliyeti çerçevesinde yaptığı işlemler ve verdiği kararlar nedeniyledir. Yargılama faaliyetiyle ilgisi olmayan kişisel kusur ve haksız fiilin, bu faaliyetin yürütüldüğü sırada meydana gelmiş olması da Devletin sorumluluğu için yeterli değildir.” denilmiştir.¹¹⁷ Bu karşı oy yazısında, haklı olarak hâkimin yargılama sırasındaki şahsi kusurundan Devletin sorumlu olmaması gerektiği belirtilmiştir.

Fakat HSK m.93/A hükmüne rağmen, hükmün uygulamada olduğu dönemde dahi, hâkimi şahsi kusurlarından dolayı bir sorumsuzluk kalkanına almak mümkün değildir. Kanımca, o dönemde de haksız fiil genel hükümlerine göre hâkimin sorumluluğuna gidilebilirdi.

HSK m.93/A, 6 Mart 2014 tarihinden bu yana yürürlükte değildir. Bu hükmü ilga eden 6526 sayılı Kanun’un Komisyon Raporunda meseleye ilişkin şu açıklama yapılmıştır:

“2802 sayılı yasanın 93/A maddesi, hâkim ve savcılarının keyfi ve hukuk kurallarına aykırı

davranışlarının önüne geçmek amacıyla yeniden düzenlenmiş olup, bazı nedenlerin varlığı halinde hakim ve savcılara karşı doğrudan tazminat davası açılması imkanı getirilmiştir.”

Buna göre, mevcut durum şudur:

HMK m.46-49 arasında düzenlenen tazminat davası hâkimin yargısal faaliyeti dolayısı ile verdiği zararların tazminine yöneliktir; hâkimin yargısal faaliyeti sırasındaki yargısal faaliyetiyle ilgili olmayan ve yargısal faaliyeti dışındaki fiil ve kararlar hakkında uygulama alanı bulmaz. Örneğin, hâkimin görevini ifa ederken, kusurlu tutum göstermiş olmasından değil, bir dava dolayısıyla veya başka bir vesileyle tanıdığı kişiye aşağılayıcı sözler söyleyerek hakarete bulunması ya da tokat atmasından dolayı açılacak tazminat davası HMK m.46 kapsamında değildir.¹¹⁸ Bu durumda açılacak tazminat davasının dayanağı yeni BK m.49 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümleridir. Zarar gören haksız fiil faili hâkime doğrudan adliye mahkemelelerinde genel hükümlere göre tazminat davası açacaktır.¹¹⁹

¹¹⁷ Mustafa Ateş, age., s.265.

¹¹⁸ Bilge Umar, age., s.184.

¹¹⁹ Bilge Umar, age., s.181; Eleştiriler için bkz. Ersan Şen, “Hâkim ve Savcının Şahsi Sorumluluğu ve Denetimi”, <<http://www.hukukihaber.net/m/?id=3445&t=makale>> erişim tarihi 07.12.2014.

SONUÇ

Yargılama faaliyeti yapan hâkimler, bu faaliyetleri sırasında yargılama faaliyeti ile ilgili fiilleri ile taraflardan birine veya ikisine zarar verirlerse; zarar gören, Devleti davalı göstererek hâkimin hukuki sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davası açabilir. Zarar gören eğer bu davayı vekil vasıtası ile açmak isterse, vekilin bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekir.

Bu dava, ilgili hâkime zorunlu olarak ihbar edilir ve hâkim bu davaya fer'i müdahil olarak katılır. HMK m.46- 49 hükümlerinde "hâkim" terimi geniş olarak tanımlandığı için, bütün ilk derece mahkemesi hâkimleri, Bölge İdare ve Bölge Adliye mahkemeleri hâkimleri, Yargıtay, Danıştay ve diğer Yüksek Mahkemeler hâkimleri de HMK m.46- 49'da düzenlenen özel sorumluluk hukukuna tabidir. Ancak idari görev görmeleri sebebi ile savcılar ve adalet müfettişleri bu kapsamda değildir.

Bu davalara bakmakla görevli mahkeme ilk derece mahkemeleri, bölge idare ve bölge adliye mahkemeleri hâkimleri için, bu hâkimlerin baktıkları davanın esasının temyiz incelemesini yapacak olan Yargıtay dairesidir. Yüksek Mahkemeler hâkimleri için ise görevli mahkeme Yargıtay 4. HD'dir.

HMK m.46'ya dayanarak açılacak olan tazminat davası için kanunda herhangi bir özel süre öngörülmemiştir. Hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davası özünde bir haksız fiil davası olduğu için burada yeni BK m.72'de düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresi dava açma süresi olarak uygulanır.

Hâkimlerin hukuki sorumluluğunu doğuracak olan sebepler HMK m.46'da sınırlı sayı ilkesine tabi olarak sayılmıştır. Dava dilekçesine bu sebeplerden hangisine dayanıldığı, delilleri açıkça gösterilmeli ve varsa belgeleri eklenmelidir. Eksiklik içeren dilekçe için burada da HMK m.119'un uygulanması mümkündür.

Davacı eğer davayı kazanırsa Devlet davacının maddi manevi bütün zararlarını öder ve bir yıl içinde ilgili hâkime ödediği miktar için rücu eder. Davacı eğer davayı esastan kaybederse, disiplin para cezasına çarptırılır. Bu dava sonucu verilen hükmün temyizi için, hükmün değerinin temyiz sınırını geçmesi gerekmektedir.

Hâkim yargılama faaliyeti sırasında yargılama faaliyeti ile ilgili olmayan bir haksız fiil işlerse, zarar gören, genel hükümlere dayanarak hâkime genel mahkemelerde tazminat davası açabilir.

Kaynakça

- Aras Bahaddin, "Hâkimlerin Yargısal Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu ve Yeni HMK Tasarısında Getirilen Yenilikler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Aralık 2010 Sayı 52.
- Ateş Mustafa, HMK Yargıtay İlke Kararları, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Belgesay Emcet, "Türk Hukukunda Hâkimlerin Hukukî Mesuliyeti", İstanbul 1956, s. 251-252.
- Dedeğaç Ender, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri", <http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/6100_Sayili_HMK_Getirdikleri_ic.pdf>erişim tarihi 07.12.2014.
- Ermumcu Osman, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, 2.Baskı, Ankara, 2013.
- Gençcan Ömer Uğur, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Günay Erhan, Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, Cumhuriyet Savcılarına ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınları, 3.Baskı, İstanbul, 2012.
- Kılıçoğlu Ahmet M., "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", *AÜHFD* 1973 XXX/1-4.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 6, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14.Baskı, Ankara, 2013.
- Postacıoğlu İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6. Bası, İstanbul, 1975.
- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2013.
- Şen Ersan, "Hâkim ve Savcının Şahsi Sorumluluğu ve Denetimi", <<http://www.hukukihaber.net/m/?id=3445&t=makale>> erişim tarihi 07.12.2014.
- Tercan, Erdal, "Hâkimlerin Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 1998.

SOSYAL MEDYA VE SOSYAL MEDYADA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KİŞİLİK HAKLARININ İHLALI

SOCIAL MEDIA AND THIRD PARTIES VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS IN SOCIAL MEDIA

Mine KAYA*

Özet: Sosyal medya, kullanıcılarından gelen birçok içeriğin paylaşıldığı web hizmetlerini tanımlamada kullanılan yeni ortam ve araçlardır. Sosyal medya sadece elektronik haberleşme teknolojileri, fiziki ve toplumsal ağların olduğu değil, aynı zamanda, çeşitli suç ve ihlallerin gerçekleştiği bir yerdir. Kişilik hakkı, bu ortamda en çok ihlal edilen haktır. Bu makalenin amacı, sosyal medya, sosyal medyanın işlev ve araçları ile sosyal medya ortam ve araçlarında üçüncü kişilerin kişilik hakkı ihlallerini incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, Kişilik Hakkı, Kişilik Hakkının ihlali, Kullanıcı Kaynaklı İçerik, Bilişim Suçları

Abstract: Social media is a new medium and tools that is used to describe web services that share most of the content from their users. Social media is not only a place where the telecommunication technologies and physical and social Networks but also a place where various crimes and violations occurs. Personality rights are the most often violated rights in this medium. The purpose of this article to investigate social media, functions and tools of social media and violation of personality rights third parties in this medium and tools.

Keywords: Social Media, Personality Rights, Violation of Personality Rights, User Generated Content, Cyber Crimes

Giriş

Bilgisayar ve elektronik haberleşme alt yapısı sayesinde, radyo linkleri, uydu bağlantıları ve kablo şebekelerinden oluşan, dünyayı çevreleyen yeni ve yapay bir iletişim atmosferi oluşmuştur. “*Sosyal medya*” olarak adlandırılan bu yapay atmosfer, bütüncül ve dünyayı

* Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi

saran bir doku gibi, bir yerden başka bir yere, yeni iletişim teknolojileri sayesinde sürekli sesli, görüntülü ve yazılı bilgi/veri iletmektedir.¹ Bu gelişmeye paralel olarak sistemin alt yapısına ilişkin teknolojik çalışmalar ve yeni arayışlar hız kazanırken, işin teknolojik boyutunun yanı sıra ortamın hem yararlanıcısı hem de üreticisi olan kullanıcıların ilişkileri, iletişim ve davranış modelleri de mercek altına alınmaktadır. Her geçen gün kullanıcıların sosyal medya ortamdaki temel hareketleri, eğilimleri, dinamikleri, paylaşım, etkileşim ve iletişim biçimleri; medya, halkla ilişkiler, iletişim, pazarlama, reklamcılık, siyaset, psikoloji, eğitim, sosyoloji gibi pek çok alanın yanı sıra hukukunda inceleme konusu haline gelmiştir.

I. SOSYAL MEDYA VE KİŞİLİK HAKKI KAVRAMLARI

A. Sosyal Medya

1. Sosyal Medyanın Tanımı

Sosyal medyanın uzlaşmış bir tanımı olmayıp aslında yapılan her tanım, bu fenomeni başka bir perspektiften açıklamakta, genellikle konunun iletişim, medya ve pazarlama yönünü inceleyen uzmanlarca çeşitli tanımlarının yapıldığı görülmektedir. Sosyal medyayı, “web 2.0 teknolojisinin ideolojik ve teknolojik yapıları üzerine inşa edilmiş, kullanıcı kaynaklı üretim ve değişimlere izin veren internet tabanlı uygulamalar grubu”² olarak tanımlayanlar olduğu gibi, “kişilere, sınırlandırılmış bir sistemde herkese açık veya yarı açık profiller üretme, bağlantıları paylaştıkları diğer kullanıcıların listesini ekleme, sistemdekilerin başkalarıyla bağlantılarını görüntüleyip dolaşma izni veren web tabanlı hizmetler” olarak tanımlayanlar da olmuştur.³ Sosyal medyayı, “kullanıcılarını ağın parçası olan veya kendi

¹ Vural Z. Beril Akıncı/Bat Mikail, “Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma”, Journal of Yasar University 2010 20 (5), s. (3348-3382), s. 3350 http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2012/08/3_BVural_MBat.pdf (Erişim Tarih ve Saati: 08.04.2014, 06:32).

² Andreas M. Kaplan/Michael Haenlein, “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, Business Horizons, Vol. 53, Issue 1, 2010, s. (59-68), s. 61, <http://www.slideshare.net/escpexchange/kaplan-haenlein-users-of-the-world-unite-the-challenges-and-opportunities-of-social-media> (Erişim Tarih ve Saati: 27.02.2014, 08:54).

³ Danah M. Body / Nicole Ellison, “Social Network Sites: Definition, History and Scholarship”, Journal of Computer-Mediated Communication, Volume 13 (2008), s.

sitesini yaratan diğer kullanıcılarla iletişime teşvik eden ve kullanıcılara içerik paylaşacak ya da kendi benzer ilgi alanları vasıtasıyla bağlantı kuracakları bir çevre yaratan sosyal ortam” olarak tanımlayanlar da vardır.⁴ Bir başka tanımda ise, “interaktif platformlar yaratarak kullanıcı kaynaklı içeriğin kişiler ve topluluklar aracılığı ile paylaşımı, birlikte yaratımı, değiştirilmesi ve tartışılması için kullanılan mobil ve web tabanlı uygulamalara” sosyal medya denildiği görülmektedir.⁵ Akar, geniş anlamda, “web 2.0 teknolojileri üzerine kurulan, daha derin sosyal etkileşime, topluluk oluşumuna ve işbirliği projelerini başarmaya imkân sağlayan web siteleri” olarak sosyal medyayı tanımlamıştır.⁶ Lietsala/Sirkkunen ise sosyal medya kavramını bir şemsiye kavram (üst kavram) olarak kabul etmektedir, bunun altında online içerik ve sisteme içerikle dahil olan kişilerle bağlantılı olan çeşitli ve farklı kültürel uygulamaların bulunduğunu belirtmektedir.⁷ Kanaatimizce sosyal medya, internet altyapısı ve web 2.0 teknolojisine dayanan, kişilerin ortak ilgi, bilgi, duygu ve düşünceleri bağlamında karşılıklı etkileşim, iletişim, paylaşım, işbirliği, topluluk oluşturma ve kendi içeriklerini yaratma imkânı sağlayarak sosyalleşmesine imkân tanıyan ortam ve araçların bütünüdür.

2. Sosyal Medyanın İşlevleri

Sosyal medya sitelerinin yazılımları üzerine çalışan pek çok kişi, sosyal medyanın tam olarak nasıl işlediği, insanlar arasındaki etkileşimi nasıl sağladığı konusunu ve işlevini belirlemeye çalışmışlardır. Bu konuda *Butterfield* kimlik, konuşmalar, var olma, kişisel ilişkiler ve gruplardan oluşan beş özellik keşfetmiş, daha sonra *Webb* bunlara tanınma ve paylaşmayı da eklemiştir. En son *Kitzmann ve arkadaşları* bu işlevleri tanımlayarak⁸ hangi sosyal medya aracının, ne şekilde kullanılacağı sorusuna cevap vermeye çalışmışlardır.

(210-230), s. 211.

⁴ Joshua Brunty /Katrine Helenek, Social Media Investigations of Law Enforcement, Massachusetts 2013, s. 2.

⁵ Kietzmann Jan H./Hermkens Kristopher/Mccarthy Ian P./Silvestre Bruno S.; “Social Media? Get Serious! Understanding the Functional Building Blocks of Social Media” *Busines Horizons*, Vol 54, İssue 3, 2011, s. (241-251), s. 241.

⁶ Erkan Akar, Sosyal Medya Pazarlaması Sosyal Webde Pazarlama Stratejileri, Efil Yayınevi, Ankara 2010, s. 17.

⁷ Katri Lietsala /Esa Sirkkunen, Social Media, Tampere Üniversitesi Yayınları 2008, s. 17-18.

⁸ Brunty/Helenek, s. 9.

a. Kimlik

Sosyal medyada kimlik, o sosyal medya aracında kullanıcının kendisini nasıl temsil ettiği ve başkaları tarafından nasıl tanındığıdır. Kullanıcı adı, avatar, profil, fotoğraf ya da başka faktörlerle sosyal medya kullanıcılarına, tek ve o kullanıcıya özgün bir kimlik verilir.⁹ Bu bir şekilde kullanıcıların kendini tasvir ettikleri isim, yaş, cinsiyet, meslek, yer gibi bilgileri ve diğer bilgileri içerebilir. Bu bilgiler kişilik hakkının korumasında olan özel hayat ve kişisel veriler kısmına ilişkin olup kişilerce Facebook, Twitter gibi araçlarla rıza ile paylaşılmakta ise de, bu kullanıcıların bu bilgilere ne olacağıyla ilgilenmedikleri anlamına gelmemektedir. Kimlik pek çok sosyal medya aracının özünde yer aldığından “gizlilik” uygulamaları olup “gizlilik” uygulamalarının en önemli uygulamalardan olması da bunun bir göstergesidir.¹⁰

b. Konuşmalar

Konuşmalar, sosyal medya kullanıcılarının diğer kullanıcılarla iletişime geçmesi anlamına gelmektedir. Bu konuşma değişik sosyal medya sitelerinde farklı seçeneklerle sağlanmakta, bazı siteler e-posta veya anında mesajlaşma imkânı tanırken bazı siteler video ya da sesli konuşma ortamı yaratmaktadır.¹¹

c. Paylaşım

İçeriğin paylaşılması sosyal medyanın en büyük amaçlarından- dır. Kullanıcılar kişisel duygu, düşünce, fikir, soru, bağlantı, video, fotoğraf veya sitenin desteklediği şeyleri paylaşabilirler. Sosyal medya sitelerinde sitenin amacı doğrultusunda, kullanıcıların çoğunlukla paylaştıkları şeylerle, benzer ilgileri paylaşım aracılığıyla edebilecek yeni şeylerin değerlendirmesi gereklidir. Bu değerlendirmenin yapılması “uygulamalar” aracılığıyla mümkündür. Paylaşım konusunda uygulamaların kullanıldığı diğer bir konu ise, içeriğin ne derecede paylaşılabilirceği veya paylaşılması gerektiği ile ilgilidir. İçerik nedeniyle telif hakkı ihlalleri veya içeriğin suç unsuru olması durumları çeşitli eleştiri ve

⁹ Brunty/Helenek, s. 9.

¹⁰ Kietzmann/Hermkens/Mccarthy/Silvestre, s. 243-244.

¹¹ Kietzmann/Hermkens/Mccarthy/Silvestre, s. 244; Brunty/Helenek; s. 10.

davaları beraberinde getirmektedir. Bunları önlemek veya azaltmak için filtreleme, kullanıcılara uygun olmayan içeriği işaretleme imkânı sunma ve çalıştırılan elemanlarca içeriği ayıklama gibi içerik yönetimine ilişkin uygulamalar bulunmaktadır.¹²

d. Mevcudiyet

Mevcudiyet, sosyal medya sitesi içinde kullanıcıların ulaşılabilirliği ile ilgili olup sosyal medya kullanıcılarının aynı siteyi paylaştıkları diğer kullanıcıların farkında olmasını ifade eder. Sitenin önerdiği aktif, meşgul gibi statüler ve bu “*uygunluğu belirten*” veya “*gizliliği isteyen*” gibi durum güncellemeleriyle diğer kullanıcılara uygunluk, yer ve ulaşılabilirliği bilmeyi sağlar. İçerdiği olanaklarla mevcudiyet adeta gerçek dünyayla sanal dünyayı birleştiren bir köprü görevi görmektedir.¹³

e. İlişkiler

İlişkiler, basit olarak kullanıcıların sosyal medyada nasıl ilişki kurduklarıdır. Bu ilişki çeşitli ortamlarda arkadaşlar, bağlantılar, tanıdıklar gibi farklı şekilde adlandırılrsa da hepsinin ana fikri, kullanıcılarının bağlantılarını görünür kılmadır. Kullanıcıların sosyal medya ortamına nasıl bağlandıkları genellikle hangi bilginin nasıl paylaşıldığı ile belirlenir. Kullanıcıların ilişkiye kıymet vermesinde, bir kullanıcının kaç bağlantısı olduğu ve onlarla ilişkisindeki pozisyonu (yapısal varlık) ve kişisel ilişki kurduğu kaynaklarla ilişkisinin sıklığı (akışsal varlık) önemlidir.¹⁴

f. Tanınma

Tanınma, kullanıcıların kendilerinin de aralarında bulunduğu sosyal medya sahnesinde başkalarının duruşunu tanımlamasının ölçüsüdür. Tanınma sosyal medya araçlarında değişik anlamları olsa da genelde güven kavramıyla yakından ilgilidir. Takipçiler gibi uygulamalarla sosyal medyada kişiler olduğu kadar, beğenme uygulamalarıyla içerik de oylanarak değerlendirilebilir. Firma ve kullanıcıların

¹² Kietzmann/Hermkens/Mccarthy/Silvestre, s. 245; Brunty/Helenek; s. 11.

¹³ Kietzmann/Hermkens/Mccarthy/Silvestre, s. 245-246; Brunty/Helenek; s. 10.

¹⁴ Kietzmann/Hermkens/Mccarthy/Silvestre, s. 246; Brunty/Helenek; s. 10.

kendilerinin ve başkalarının tanınmasını değerlendirmek için bu bilgiyi elde edecekleri bir ölçüm sistemini seçmeleri gereklidir. Örneğin Twitter’daki takipçi sayısı sınırlı bir değerlendirmeyi ve o kişinin ne kadar popüler olduğunu gösterse de mesajın gerçekte kaç kişi tarafından okunduğunu göstermez.

g. Gruplar

Gruplar sosyal medyada kullanıcıların ne ölçüde topluluklar ve alt topluluklar oluşturduklarını temsil eder. Sosyal medyada iki grup vardır. Bunlardan ilki kullanıcıların bağlantı kurdukları arkadaşları, yakınları, takipçileri gibi kişi ve yerlerle oluşturdukları gruptur. İkincisi ise, çevrim içi grupları çevrim dışı dünyadakilere benzeterek gruba davet etme, kapalı ya da gizli grup uygulamaları ile başvuruları onay veya davet ile grup oluşturmaktır.¹⁵

3. Sosyal Medya Araçlarının Sınıflandırılması ve Başlıca Sosyal Medya Araçları

Sosyal medya araçlarının yer aldıkları ortamlar, ortaya çıkış nedenleri, teknik özellikleri, sundukları imkânlar, kullandıkları uygulamalar ve paylaşılan içeriklere göre farklı şekillerde sınıflandırıldığı görülmektedir. *Kaplan ve Haenlein* sosyal medya araçlarını, işbirlikçi projeler, bloglar, içerik toplulukları, sosyal ağlar, sanal oyun dünyaları, sanal sosyal dünyalar olarak sınıflandırmaktadır.¹⁶ *Mayfield* ise sosyal ağlar, bloglar, wikiler, podcastler, forumlar, içerik toplulukları, mikrobloglar olarak yedi sınıfta sınıflandırmaktadır.¹⁷ *Akar*’ın sınıflandırmasında sekiz sınıf olup bunlar; bloglar, mikro blogging, wikiler, sosyal ağ siteleri, medya paylaşım siteleri, sosyal işaretleme ve etiketleme, podcasting ve sanal dünyalardır.¹⁸ Kanaatimizce de sosyal medya araçlarını bloglar, mikrobloglar, sosyal ağ siteleri, medya paylaşım siteleri, wikiler, sosyal işaretleme siteleri, podcasting ve sanal dünyalar olarak sınıflandırmak mümkündür. Bu araçları ve en bilinen örneklerini yakından incelersek:

¹⁵ Kietzmann/Hermkens/Mccarthy/Silvestre, s. 247.

¹⁶ Kaplan/Haenlein, s. 60.

¹⁷ Anthony Mayfield, What is Social Media, 01.08.2008 tarihinde güncellenmiş e-kitap, http://www.icrossing.co.uk/fileadmin/uploads/eBooks/What_is_Social_Media_iCrossing_ebook.pdf (Erişim Tarih ve Saati: 08.03.2014, 19:02).

¹⁸ Akar; s. 21.

a. Bloglar

Blog, “Web” ve “Log” kelimelerinin birleşmesinden doğmuş, “ağ günlüğü veya web günlüğü” olarak dilimize çevrilen, genellikle kişiler ya da gruplar tarafından, geniş bir izleyici kitlesi için yorumlar ve fikirler sunan, kolayca hazırlanan ve web sayfası üzerinde oluşturulan günlüklerdir.¹⁹ Bloglar ya doğrudan barındırma hizmeti veren hizmet sağlayıcılar (örneğin, Blogger.com, Wordpress. gibi) ya da bazı yazılımlardan (WordPress, Blogger, MovableType gibi) yararlanarak kendi sunucuları üzerinde barındırılabilirler. Blog yazılarını yazana “blogger”, yazılanlara “post” ya da “gönderi” denir. Bloglar, dinamik yapıları, düzenli olarak güncellenen düşünce ve sohbetlerden oluşan içerikleri nedeniyle etkileşimin kolayca sağlandığı, fikir ve bilginin kolayca yayıldığı, geribildirim sağlandığı ve sanal ortamda mevcudiyeti kolayca sağlamaları nedeniyle tercih edilen sosyal medya araçlarıdır.²⁰

Blogları diğer sitelerden ayıran bazı özellik vardır. İçeriğin sürekli olarak yenilenerek güncellenmesi, bloglardaki dinamizmin kaynağı olup aslında blogları tercih edilir kılan da bu sık güncelleme beklentisidir. Blogların temel özelliklerinden biri de Gerçekten Basit Dağıtım (Really Simple Syndication- RSS) uygulamasıdır. Bu sistem sayesinde site içeriğinin tamamının, özetinin veya sadece başlığının özetlenmesi yoluyla içerik bir araya getirilmekte, kullanıcıların abone olması sağlanarak, sonrasında yeni eklenen içerik kullanıcıya bildirilmektedir.²¹

b. Micro bloglar

Blogların bir çeşidi olmakla birlikte içerikleri ve dosya büyüklükleri bakımından bloglardan ayrılan mikro bloglar, kullanıcılarına web üzerinden - bloglar ile anlık mesajlaşma arasında - sınırlı sayıda karakter kullanarak kısa mesajlar yayınlama, küçük bilgi güncelleme ve değişiklikleri yapma imkânı sağlayan, anlık ve özet metin, link, fotoğraf,

¹⁹ Akar, s. 45, Fatma Zeynep Özata, “Sosyal Medya Platformları”, Dijital İletişim ve Yeni Medya, Editör: Mesude Canan Öztürk, Açıköğretim Yayınları, Eskişehir 2013, 1. Bası, s. 83.

²⁰ Bruntly/Helenek, s. 4; N. Gizem Koçak, Bireylerin Sosyal Medya Kullanım Durumlarının ve Motivasyonlarının Kullanımlar ve Doyumlar Yaklaşımı Bağlamında İncelenmesi: Eskişehir’de Bir Uygulama, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2012, s. 42.

²¹ Koçak, s. 46.

video gibi küçük çaplı içeriklerin iletilip paylaşıldığı uygulamalardır.²² Anlık olması nedeniyle etkinlik, durum, yer paylaşımına imkân vermesi, içerik oluşturmanın pratikliği, yapısının daha az karmaşıklığı, hızlı olması, güncelleme kolaylığı, mobil iletişim araçlarından da ulaşılabilirliği, esnek yapısı ve yaratılan samimi ortam mikro blogların yaygın bir şekilde kullanımını sağlamıştır.

Mikro blogların en bilinen türleri Twitter, Foursquare ve Instagram'dır. Mikro bloglarda anlık durum paylaşımına imkân tanıyan **Twitter**, kişilerin tanıdığı kişilerle anında sohbet etmesi ve anlık paylaşımlarda bulunmaları yoluyla samimi ve etkileşimli iletişim ortamı sağlama yanında, sanatçı, politikacı, yazar gibi kamunun dikkatini çeken kişilere ulaşarak onlarla tanışma, bilgi, düşünce ve bakış açılarını paylaşıp takip etmeye de imkân tanır. Kullanılan tweetlerin cevaplanabilmesi ve retweetlenerek başkalarına gönderilmesi ile içerik beslenerek zenginleşmekte ve yayılmaktadır. "*Dünyada olup biten aynı anda Twitter' da da gerçekleşiyor*" sloganı ile kullanıcılara hitap eden Twitter sayesinde, son dakika haberleri, etkinlikler, gerçek zamanlı görülen ve yaşanan olaylar kullanıcıların paylaşımları ile Twitter'e taşınmaktadır. Fotoğraf paylaşım mikroblogu olan **Instagram**'da kullanıcılar çektikleri fotoğrafları ücretsiz olarak çeşitli filtreler yardımıyla düzeltip paylaşabilmektedirler. **Foursquare** ise, Küresel Konumlama Sistemi (Global Positioning System-GPS)²³ teknolojisinden yararlanan bir oyun ve durum paylaşım mikro blogudur.

c. Sosyal Ağ Siteleri

Sosyal ağ siteleri her kullanıcının kişisel bilgileri içeren profiller oluşturabildikleri, arkadaş ve meslektaşlarını profile ulaşmaya davet ettikleri, birbirlerine e-posta gönderip anlık mesajlaşmada bulunabildikleri online uygulamaları²⁴ olarak tanımlandığı gibi kişilere, sınırlandırılmış bir sistemde herkese açık veya yarı açık profiller üretme, bağlantıları paylaştıkları diğer kullanıcıların listesini ekleme, sistemdekilerin başkalarıyla bağlantılarını görüntüleyip dolaşmasına izin

²² Özata, s. 85; Koçak, s. 48-49.

²³ GPS, uydular aracılığı ile dünya üzerinde yer ve zaman bilgilerini sağlayan uzay tabanlı uydu navigasyon sistemidir. Ayrıntılı bilgi için bkz: <http://tr.wikipedia.org/wiki/GPS> (Erişim Tarih ve Saati: 10.04.2014, 11:27).

²⁴ Kaplan/Hanlean, s. 63.

veren web tabanlı hizmetler olarak da tanımlanmıştır.²⁵ Sosyal medya kavramıyla zaman zaman karıştırılan ve fakat sosyal medyanın araçlarından biri olan sosyal ağ sitelerini özgün yapan, kişilere başkalarıyla tanışma olanağı sunması değil, kullanıcıların kendi sosyal ağlarını göstermeleridir. Kullanıcılar bu sosyal ağ sitelerinde ayrıca diğer kişilerin ilişkili olduğu kişileri de görebilmekte ve onları da arkadaş listesine ekleyebilmektedirler. Bu sayede ağ genişlemekte, paylaşım artmakta ve oluşan paylaşım ortamı, sosyal medyanın olmazsa olmazı etkileşimi de beraberinde getirmektedir.²⁶

Sosyal ağ sitelerinin en temel özelliği kişisel bir profil yaratma ve paylaşma özelliği ise de, bu paylaşımın derecesinin her sosyal ağ sitesinde farklı olduğu, farklı kurallara bağlandığı²⁷, bu düzenlemelerin gizlilik ayarları ve görünürlük düzeyinin ayarlanabildiği görülmektedir.²⁸

Günümüzde sosyal ağ sitelerinin en bilinenleri Facebook, LinkedIn ve Myspace'dir. **Facebook**, adını üniversite öğrencilerine okul yönetimi tarafından verilen ve öğrencilerin birbirini tanıması için doldurdıkları "*Paper Facebooks*" adlı formdan almaktadır. İlk zamanlarda Harvard'daki öğrenciler arasında iletişim kurmak için kullanılan Facebook, zamanla okul, meslek, il, ilçe, ülke veya belli amaçlarla gruplar kurulmasını da sağlayarak adeta sanal toplumlar oluşturmaktadır. Profil, resim, ilişki durumu gibi içerikleri paylaşabilmek, özel veya herkese açık mesaj gönderebilme, çevrim içi sohbet, etiketleme, yer ve etkinlik paylaşımı gibi uygulamalara sahip olan Facebook aynı zamanda mobil telefonlardan ağ uygulamasına ulaşımı da sağlamaktadır. **LinkedIn**, profesyonellere (iş arayanlar ve işverenler gibi) hitap eden, kullanıcıların iş hayatındaki sosyal ağını kurması için tasarlanmış, kullanıcıların birbirlerinin profillerini ve bağlantılarını görerek aralarında profesyonel paylaşımında bulunmalarına imkân veren bir sosyal ağıdır.²⁹ **Myspace**, kullanıcılarına profiller oluşturarak resim, video, kendi şarkı kayıtlarını yükleme, anket yapma ve blog benzeri web düzenlemelerine imkân tanır.

²⁵ Body/Ellison, s. 221.

²⁶ Koçak, s. 34-35.

²⁷ Akar, s. 122.

²⁸ Koçak, s. 36.

²⁹ <http://linkedin.nedir.com/> (Erişim Tarihi ve Saati: 13.04.2014, 13:45).

d. Medya Paylaşım Siteleri

Medya paylaşım siteleri, kullanıcılara multimedya içeriği oluşturma, yükleme, başkalarıyla paylaşma ve bunlar hakkında yorum imkânı veren sosyal medya siteleridir.³⁰ Bu sitelerin profil oluşturma ve arkadaş olmak özellikleri olsa da, sosyal ağ oluşturmaktan ziyade belli türdeki içeriğin paylaşımına odaklanmışlardır.³¹ Medya paylaşım siteleri metin, fotoğraf, video, slayt gibi içeriklerin yüklenilip paylaşıldığı, paylaşımın sınırlandırılabilmediği içeriğin web sitesi veya blogda gönderisinde “*gömülü olarak*” bulunabildiği araçlardır. Bu uygulamalar sadece profesyonel değil kullanıcı kaynaklı içeriğin de üretim ve paylaşımını teşvik etmekte,³² diğer sosyal medya ortamlarıyla uyumlu çalıştığı için paylaşımları başka sosyal medya araçlarına kadar uzatabilmektedir.

Medya paylaşım sitelerinde paylaşılan içerik nedeniyle sık sık telif hakkı ihlali sorunu gündeme gelmekte olduğundan kullanım kuralları sıkı bir denetime tabidir.

Medya paylaşım sitelerinden fotoğraf paylaşımı deyince akla Flickr.com, video paylaşım sitesi deyince ise YouTube gelmektedir. **Flickr.com**, fotoğraf yükleme ve paylaşma hizmeti sunan bir medya paylaşım sitesidir. Video paylaşım sitesi olan **YouTube**, birçok formatta dosya yükleme ve sıkıştırma seçenekleri ile yüklenen içeriğe herkesin erişebilmesini sağlayan bir medya paylaşım sitesidir. “*Kendini Yayınla*” sloganıyla yola çıkan sitede kullanıcılar, otomatik olarak Flash Video formatına çevrilen videoları yükleyebilmekte ve bu formatta dosyalar izlenip indirilebilmektedir. Ayrıca izleyicilerin izledikleri içeriğe not verme ve yorum yapmasına yönelik uygulamalar vardır.

e. Wikiler

Wikiler, kullanıcıların yeni sayfa yaratmasına, sayfalarda düzenlemeler yapmasına ve bu sayfaları birbirine bağlamasına izin verme olanağı sağlarlar.³³ Ortak içerik düzenleme ve içerik yönetimi mantı-

³⁰ Bruntley/Helenek, s. 5; Akar; s. 92.

³¹ Lietsala/Sirkkunen, s. 42.

³² Akar, s. 93.

³³ Akar, s. 66; <http://tr.wikipedia.org/wiki/Wiki> (Erişim Tarihi ve Saati: 14.04.2014, 23:15).

ğına göre çalışan bu sitelerde önceki bilgiyi bulma, üye olmadan bilgilere ulaşabilme, yeni bilgileri ekleme, düzenleme ve yorum yapma, bilgileri etiketleyip kendi içinde kategoriler oluşturma mümkündür. Yapısal olarak blog sayfalarına benzeyen wikilerin en önemli farklılıkları, tek bir yazara sahip olmaması, gönderilerin kronolojik ve doğrusal yapıda değil de doğrusal olmayan ve çok sayfalı yapıda bulunması ve bloglarda kullanıcıların yorum yapma imkânına rağmen içerikte herhangi bir değişiklik yapmanın mümkün olmamasıdır.³⁴ Bir Wikide olması gereken temel özellikler ise; paylaşımın tek bir yerde depolanması, herkesin sayfaları düzenleyebilmesi ve bilgi sayfalarının biçimlendirilmesinin basit olmasıdır.³⁵ Bu özellikleri gerçekleştirebilmek için wikilerin bazı teknik fonksiyonlara sahip olmaları gerekir ki bunların başlıcaları; içeriğin düzenlenmesine imkân tanıyan düzenleme butonu, başka içeriklere ulaşmayı sağlayan linkler, içeriğin önceki versiyonlarını gösteren geçmiş fonksiyonu, son değişiklikleri gösteren en son değişiklikler fonksiyonu, kullanıcıların wiki kullanımını öğrenip ana sayfayı kullanmadan yapacaklarını denemelerine imkân veren Sandbox veya Playground denilen oyun alanları ve içeriğe kolay erişimi sağlayan arama fonksiyonudur.³⁶ Wikilerin en bilinen örneği **Wikipedia** olup sosyal medyanın işbirliği özelliğini kullanarak bir ansiklopedi oluşturmuştur.

f. Sosyal İşaretleme Siteleri

Sosyal işaretleme siteleri, kullanıcıların çeşitli öğeleri işaretleme, saklama, arama, organize etme, başka yerlerden ulaşabilme, yorum yapma ve paylaşma imkânı sağlayan sitelerdir.³⁷ Bu siteler sayesinde, online içeriğin izi sürülmekte ve sonradan içeriğin bulunduğu sayfalar kolaylıkla saptanmaktadır. Bu etiketleme sürecine "*folksonomi*" adı verilmekte, bu sürecin unsurlarını, kullanıcılar, kaynaklar ve etiketler oluşturmaktadır. Kullanıcılar, etiketleyicileri tanımlamakta; kaynaklar, kullanıcıların etiketlediği öğeleri oluşturmakta ve etiketler ise kullanıcılar tarafından eklenen anahtar kelimeleri ifade etmektedir. Etiketlemeyi farklı kılan şey, kullanıcıların etiketlenen içerik etrafında

³⁴ Akar, s. 69; Koçak; s. 61.

³⁵ Akar, s. 67.

³⁶ Akar, s. 67-68.

³⁷ Akar, s. 78.

bir fikirsel birlik oluşmasına yardımcı olması ve kişilerin kaynağı kendi tarzlarına göre tanımlamasına izin vermesidir.³⁸

Etiketler, bir web sitesinde kullanılan etiketlerin görsel tasvirleri olan ve “*etiket bulutu*” olarak adlandırılan kavram haritaları içinde de düzenlenebilmektedir. Kullanıcılar ya işaretlemek istedikleri bir web sitesi bulduklarında çok basit bir şekilde etiketleme yapabilmekte ya da ilgili siteyi açıklayan anahtar kelimeler girebilme, diğer kullanıcılar da bu etiketlemeler ve anahtar kelimeler yoluyla listelere ulaşabilmektedirler.³⁹ Sosyal işaretleme sitelerinin en bilineni **Delicious**’dur. Bu site, sevilen linkleri işaretleme hizmeti veren bir internet sitesidir.

g. Podcasting

Podcasting, Apple’ın ürettiği taşınabilir müzikçalar iPod’daki “*pod*” ve İngilizce’de yayın anlamına gelen broadcast sözcüğünün “*cast*” kısmından oluşan, internet üzerinden önceden kaydedilmiş genellikle MP3 formatında olan ve kullanıcıların isteğe bağlı olarak erişebildikleri ses ya da video dosyalarından oluşan içeriği aktarmaya imkân tanıyan sistemdir.⁴⁰ Podcast ise bir oynatıcı için dağıtılan uygun ses ya da görüntü dosyasıdır. Kullanıcılar abonelik yöntemiyle bir dizi podcasta ulaşabilir. Podcastin özünde ise RSS özellikleri kullanılmaktadır. Bu sayede podcastlar ulaşılacak tüm öğelerin ve bölümlerin listesini barındırmakta ve otomatik olarak güncellenmektedirler.⁴¹ Kullanıcıların podcasta abone olmasından sonra, podcastta indirilmeye hazır olarak tutulan işitsel kayıtların listesinden kullanıcı tarafından içerik belirlenerek abone olan kullanıcıya istediği zamanda ve yerde iletilmektedir.⁴²

h. Sanal Dünyalar

Sanal dünyalar kullanıcıların, bilgisayarlar aracılığıyla kurgulanmış olan, çevrimiçi olarak üç boyutlu modellenmiş bir dünyada, kendilerini “*avatarlar*” ile temsil edebildikleri ve gerçek dünyada olduğu

³⁸ Akar, s. 80; Koçak; s. 69.

³⁹ Koçak, s. 69.

⁴⁰ Akar, s. 106; Koçak; s. 73-74.

⁴¹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Podcast> (Erişim Tarihi ve Saati: 14.04.2014, 23:25).

⁴² Koçak, s.74.

gibi başkalarıyla iletişime girdikleri sanal ortamlardır.⁴³ Sanal dünyaların özünde, bilgisayar yaratımlı üç boyutlu bir ortam, kullanıcıların görsel temsilcisi olan ve genellikle kullanıcı tarafından kontrol edilen avatarlar ve bunlar aracılığı ile kullanıcı tarafından belirlenen amaç ve eylemler vardır.⁴⁴

Sanal dünyaların sanal oyun dünyaları ve sanal gerçeklik dünyaları olarak iki türü bulunmaktadır. Sanal oyun dünyaları, sanal oyun dünyaları ve sanal gerçeklik dünyaları olarak ikiye ayrılmaktadır.⁴⁵ Sanal oyun dünyaları, çok sayıda kullanıcının sanal bir oyun dünyasında etkileşimine imkân tanır. Bu oyun dünyalarında kullanıcı belirli bir tema etrafında bir karaktere sahip olup onu geliştirip yönlendirir ve gerekirse başka karakterlerle iletişime geçebilir.⁴⁶ Sanal dünyaların diğer bir türü sanal gerçeklik dünyaları olup bunlar kullanıcılarının gerçek yaşamlarındaki benzer bir deneyimi sanal gerçeklik içinde yaşamalarına olanak veren ortamlardır. Burada kullanıcı üç boyutlu bir dünyada kendini bir "avatar" aracılığı ile görüntülemekte, bunları geliştirebilmekte ve bunlar aracılığı ile eş zamanlı iletişime geçebilmektedirler.⁴⁷ **Second Life** sanal dünyaların en bilinen örneğidir.

B. Kişilik Hakkı Kavramı

1. Kişilik hakkı kavramı

Kişilik hakkı kişilerin bedeni ve maddi bütünlüğüne, menfaat ve ilişkilerine yönelik saldırılardan başkalarının kaçınmasını isteme yetkisi veren bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bundan yola çıkıldığında kişilik hakkını, bir hak süjesi olarak kişinin başkaları tarafından tanınmasını istemek ve bu sıfatla itibar görmesi konusundaki menfaat ve yetkilerinin tümü şeklinde tanımlamak mümkündür.⁴⁸

⁴³ Özata, s. 88.

⁴⁴ Akar, s. 144.

⁴⁵ Akar, s. 145; Özata; s. 89.

⁴⁶ Özata, s. 89.

⁴⁷ Özata, s. 90.

⁴⁸ Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş-Karaman, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I. Cilt, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 341-342

2. Kişilik hakkının özellikleri

Kişilik hakkını diğer haklardan ayıran bazı özellikleri kişilik hakkının mutlak hak olması,⁴⁹ şahıs varlığına ilişkin bulunması,⁵⁰ şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan başkasına devredilemez, zamanaşımına uğramaz, vazgeçilemez, iflas masasına girmez, yalnızca hak sahibi tarafından kullanılabilir olması,⁵¹ kişinin üzerinde tasarrufta bulunup devredemeyeceği, feragat edemeyeceği⁵² ve kural olarak mirasçılara geçmeyeceğidir.⁵³

3. Kişilik değerlerinin sınıflandırılması

Kişilik değerlerinin, fizikî (maddi) kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri ve sosyal kişilik değerleri olarak ayrılması, öğretide çoğunlukça benimsenmiş bir sınıflandırmadır.⁵⁴ Buna göre kişinin hayatı, bedensel bütünlüğü, sağlık hakkı, ruh bütünlüğü, fiziki kişilik değerlerini oluşturur. Kişinin toplumda birlikte yaşadığı kişilerle kurmuş olduğu ilişkiye saygı duyulmasını isteme hakkı ile aile bütünlüğü, duygusal kişilik değerlerindedir. Toplum içindeki kişinin diğer toplum üyeleri ile ilişkilerini geliştirip koruyan, şeref ve haysiyeti, özel hayatı ve hürriyetleri ise sosyal kişilik değerleridir.⁵⁵ Yargıtay da benzer görüşü benimsemekte, kişilik haklarının *“kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu ve bunların fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri içerdiği”* ni kabul etmektedir.⁵⁶

⁴⁹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 12. Basıdan 13. Tıpkı Basım, Filiz Kitapevi, İstanbul 2013, s. 103; Ahmet M. Kılıçoğlu, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2013, s. 8.

⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 7; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2012, s. 155; Dural/Ögüz; s. 103; Serap Helvacı, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 46.

⁵¹ Helvacı, s. 47; Dural/Ögüz, s. 104; Kılıçoğlu, s. 8.

⁵² Helvacı, s. 47-48; Kılıçoğlu, s. 7.

⁵³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 156.

⁵⁴ Eren Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 797; Kılıçoğlu, s. 6.

⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 6.

⁵⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 01.10.2007 tarihli 2006/12194 E. 2007/11290 K. sayılı kararı için bkz: UYAP (Erişim Tarih ve Saat: 29.02.2013, 08:17).

II. SOSYAL MEDYADA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİ

Sosyal medya platformlarında karşılaşılan kişilik hakkı ihlallerinin önemli bir kısmı kullanıcı ile sosyal medya hizmetleri hizmet sağlayıcısı dışındaki üçüncü kişilerce gerçekleştirilmekte olup bunlar ya ilgili sosyal medya platformunun diğer kullanıcıları ya da platformdaki güvenlik önlemlerini aşmak suretiyle platforma müdahalede bulunan üçüncü kişilerdir. Bu ihlaller paylaşılan içerik, güvenlik sorunları ve bilişim suçları yoluyla gerçekleşebilmektedir.

A. Paylaşılan İçerik Nedeniyle İhlaller

Web 2.0 teknolojilerinin kullanıldığı sosyal medya platformlarında yer alan metin, fotoğraf, video, ses gibi unsurlardan oluşan içeriğin önemli bir kısmı kullanıcılar tarafından yaratılmaktadır. İçerik kavramı, her sosyal medya platformunda sunulan hizmetin niteliğine göre farklılaşabilmekte ve her geçen gün bunun kapsamına teknolojilere bağlı olarak yenileri eklenebilmektedir. Ancak genel olarak içerik, sosyal medya hizmetleri aracılığı ile erişilebilir hale getirilmiş metin, fotoğraf, video, ses klibi, yorum, veri, bilgi, yazılım, komut dizinleri, grafikler gibi etkileşimli özelliklerden oluşmaktadır. Paylaşılan içerik ise, sosyal medya platformunu kullanan kullanıcı kaynaklı olup sosyal medya platformunda veya sosyal medya platformu hizmetlerine bağlantı aracılığı ile eklenen, oluşturulan, yüklenen, gönderilen, dağıtılan, başka internet sitesi veya hizmetlerine bağlantı ile sağlanan içeriği ifade etmektedir.

Sosyal medya platformları bilginin serbestçe aktığı, bilgiye herkesin ulaştığı ve kişilerin fikirlerini özgürce ifade ettiği ortamlar olarak karşımıza çıksa da; bu hürriyetlerin belli sınırlarının olduğu da bir gerçektir. Bu sınırlamalardan biri de *“başkalarının hak ve özgürlükleri”* olup bunların özel hukuk alanındaki yansıması kişilik hakkıdır. Her ne kadar sosyal medya hizmetleri kullanım sözleşmelerinde kişilik hakkına ilişkin kullanım kuralları gereği içerikle ilgili belli sınırlandırmalar ve ilkeler getirilmekte ise de, içerikle başka kullanıcıların şeref ve haysiyeti, mesleki ve ticari itibarı, sırları, ad, ses ve resmi, özel hayatı, kişisel verileri gibi kişilik hakkının korunmasında olan değerlerine yönelik saldırılar gerçekleşebilmektedir.

Sosyal medya platformlarında kullanıcılar tarafından paylaşılan içerikler nedeniyle en çok karşılaşılan ihlâl şekli, içeriğin hakaret, tehdit veya iftira niteliği taşıyan unsurlar içermesi ve dolayısıyla başkalarının şeref, haysiyet ve itibarının zedelenmesidir. Atılan tweetler, blog yazıları, forumlardaki görüşler, facebook paylaşımları gibi araçlarla bu platformları kullanan başka kişilerce aşağılayıcı, incitici, küçültücü, husumete maruz bırakıcı yazılı, görsel ve işitsel unsurlardan oluşan içeriklerle hakaret edilebilmektedir. Ayrıca müstehcen unsurları barındıran veya cinsel içerikli taciz mesajları ile de kişilerin manevi bütünlüğü ihlâl edilebilmektedir. Sosyal medya araçları yoluyla bir kullanıcı tarafından yaratılan içerik ile başkalarına hakaret edilmesi halinin yanı sıra, başka kullanıcılara ait hakaret nitelikli içeriklerin "retweet" veya "paylaş" gibi uygulamalarla paylaşılması, böyle yayınlara link atılması suretiyle de hakaret edilmesi mümkündür. Burada hakaret niteliğindeki içeriğin sahibi olarak değil, başkasına ait içeriğe bağlantı sağlayan olarak sorumluluk söz konusu olabilir. Başkasına ait içerik nedeniyle sorumlu olunmayacağı kural ise de, sunuş biçiminden bağlantı sağladığı içeriğin benimsendiği ve söz konusu içeriğe ulaşılmasının amaçlandığı açıkça belli ise başkasına ait hakaret nitelikli içerik nedeniyle sorumluluk gündeme gelecektir. Sosyal medya platformlarında başka kullanıcıların içeriklerinin tehdit unsuru barındırması halinde de, bu tehdit nedeniyle kişinin manevi dünyasında ve kişilik değerlerinde bir azalma olacağından kişilik hakkı ihlâl edilecektir. Bir diğer kişilik hakkına saldırı biçimi ise, gerçeğe aykırı ve iftira niteliğindeki içeriklerle kişilik hakkına saldırı halidir. Kullanılan içerik bazen nefret söylemi, ayrımcılık, başkalarının husumetine maruz bırakıcı nitelik de taşıyabilir. Tüm bu durumlarda da kişinin kişilik değerleri ve dolayısıyla kişilik hakkı zarar görür. Paylaşılan içerikler nedeniyle 27.03.2015 tarihinde kabul edilen 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi⁵⁷ ile 5651 sayılı Kanun'a 8/A maddesi eklenmiştir. Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturanlar ile yayınlar (retweet vb.) hakkında Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulacağı, Başbakanlık ve ilgili bakanlığın talebi üzerine Başkanlık tarafından içeriğin çıkarılması veya erişimin engellenmesi kararı verileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm gereği içeriğin çıkarılması veya erişimin engel-

⁵⁷ Bakınız: 15.04.2015 tarih, 29327 sayılı RG.

lenmesi kararlarını yerine getirmeyen internet servis sağlayıcılarının, başka bir suç oluşmadığı takdirde adli para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Maddenin kapsamındaki suça konu internet içerikleri ise, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı içeriklerdir. Bunlardan yaşam hakkı, kişilerin can güvenliklerinin korunması ve genel sağlığın korunması hususları, şüphesiz kişilik hakkının korunması altındaki değerlerle çakışmaktadır.

Sosyal medya platformlarında gerçek kişiler kadar şirket, kurum ve kuruluşlar gibi tüzel kişilerin de hakaret ve gerçeğe aykırı içeriklerle itibarına yönelik saldırılar yapılmaktadır. Özellikle belli hizmetleri sunan bu tüzel kişilerin hizmetlerinin değerlendirildiği bloglar, forumlar veya platformlara bağlı yorum köşelerindeki paylaşımlarla ticari ve mesleki kişilik değerlerine saldırılabilmektedir. Bu saldırılar sonucu paylaşılanlar ile ticari itibarlarının sarsıldığı, bir başka tüzel kişinin öne çıkarılması amacıyla diğerlerinin kötülenerek haksız rekabet oluşturulduğu, gerçeğe aykırı bildirimlerle piyasada karalandıkları için borsadaki hisselerinin değer kaybetmesi de mümkündür. Gerçek kişiler kadar tüzel kişilerin de kişilik hakkının korunmasından yararlandığı düşünüldüğünde, bunların itibarları kişilik hakkına ilişkin hükümler ile korunacağı gibi, bu durumun haksız rekabet gibi durumlara neden olması halinde, haksız rekabet hükümlerine göre korunma yoluna da gidilebilecektir.

Hakaret, tehdit ve iftira niteliği taşıyan içerikler pek çok ülke mevzuatına göre cezai veya hukuki sorumluluğu gerektirdiği gibi tüm sosyal medya platformlarının kullanım kuralları gereği yasaklar arasında yer almaktadır. Dahası bu tür paylaşımlar nedeniyle tüm sorumluluğun, içeriği sağlayan kullanıcılara ait olacağı ve sosyal medya hizmetleri sağlayıcısının bu içerikleri denetleme sorumluluğu olmadığı ve dolayısıyla cezai ve hukuki anlamda sorumlu olmayacağı da belirtilmektedir. Kişilik hakkını ihlâl eden içerik nedeniyle sorumlu kişinin, yani kullanıcının tespiti her zaman kolay değildir. Bu zorluğun nedenleri, sosyal medya platformlarındaki kullanıcıların gerçek kimlik bilgilerini verme zorunda olmamaları, bir kısım kullanıcıların takma adlar, sahte hesaplar veya 3. parti yazılımlar üzerinden sosyal medyaya ulaşmalarıdır. Böyle durumlarda kullanıcıların IP numara-

sına ulaşılarak kimlikleri tespit edilebilir. Kullanıcı kimlikleri, profil bilgilerini depolayan sosyal medya hizmetleri sağlayıcısından da sorulabilirse de, terör vb. önemli suçlar dışı bu bilgilerin verilmediği bir gerçektir.

Hakaret, tehdit veya iftira nitelikli içeriklerin sosyal medya platformlarından nasıl kaldırılacağı veya engelleneceği önemli bir konulardandır. Her şeyden önce bu tür içerikler başka bir kullanıcı tarafından üretilmiş ise, platform içi içerik sahibi ile iletişim ve içeriğin kaldırılması seçenekleri olabildiği gibi, çeşitli formlar veya uygulamalar aracılığı ile doğrudan hizmet sağlayıcıya ulaşarak içerik nedeniyle bir ihlâl olduğu bildirilebilmekte ve şikâyetle bulunulabilmektedir. Sunulan ayarlar ile bu içerik sahibi kullanıcı ile aynı platformda karşılaşmanın ve dolayısıyla ileriki saldırıların önlenmesi de mümkündür. Bunlardan başka, doğrudan sosyal medya hizmetleri sağlayıcısına başvuruda bulunularak saldırı niteliğindeki içeriğin kaldırılması istenebilirse de, bu konu tamamen işleticinin insiyatifine göre şekillenmektedir. Pek çok hizmet sağlayıcı mahkeme kararı olmadan bu içerikleri kaldırmadığı gibi bazen mahkeme kararı olmasına rağmen ilgili kararı uygulamamayı da tercih edebilmektedir. Mahkemelerde de bu tür içerikler nedeniyle ya içeriklerin kaldırılması gibi saldırının durdurulması ile ileride saldırıların tekrarlanması şüphesi varsa saldırının önlenmesi konusunda ya da ihlâl gerçekleştiğinden hukuki ve cezai yaptırımlar uygulanması amaçlı yargulamalar yapılabilmektedir. Sosyal medya platformlarında gerçekleşen bu tür ihlâllerin sona erdirilmesi istemleri yönünden içeriğin çıkarılması, erişimin engellenmesi gibi kararlar verilebilmektedir. Ayrıca, yapılan ihlâl nedeniyle bir suç oluşmuş veya tazmin sorumluluğu doğmuş ise hukuki ve cezai sorumluluk ve yaptırımlar da gündeme gelebilmektedir. Hakaret, tehdit veya iftira niteliğindeki sosyal medya içerikleri mahkemelerce, gerçek hayattaki ihlâller gibi değerlendirilmekte, eylemi gerçekleştiren failin belirlenmesi halinde ilgili mevzuat gereği hukuki veya cezai yaptırım uygulanabilmektedir.

Sosyal medyanın en çok tehdit ettiği kişilik hakkı şüphesiz ki özel hayattır. "Görmek" üzerine dizayn edilen sosyal medya platformlarında iletişim ve başkalarıyla etkileşimde bulunabilmek için öncelikle var olmak, başka bir ifadeyle "görünebilmek" de gereklidir. Bu görünebilme kişinin başlangıçta kendisiyle ilgili bir profil oluşturarak kendisiyle

ilgili bazı veri ve bilgileri paylaşmakla başlamakta, ilişkinin devamı sürecinde ise kendisi ve yaşamına dair bilgi, belge, görüş, fotoğraf gibi paylaşımlarla artarak devam etmektedir. Üstelik bu paylaşımlar yalnızca kişinin kendisi tarafından değil, arkadaşları tarafından da gerçekleştirilebilmekte, kişilere neredeyse sosyal medyada özel bir alan bırakılmamaktadır. Kişilerin özel hayatlarına ilişkin eğlence mekânı, parti, plaj ortamı fotoğrafları gibi paylaşımlarını herkese açması ve şifrelerin kırılarak (hacklenerek) kötü niyetli kişilerin bunları ele geçirmesine ve sonrasında porno siteleri gibi sitelerde veya reklam amaçlı olarak kullanılması kişilerin mağduriyetine neden olabilmektedir.

Başkalarının özel hayatına ait film, fotoğraf, video gibi paylaşımların onların izni alınmadan sosyal medya platformlarında yayınlanması özel hayatın gizliliğini ihlâl edeceği için paylaşımda bulunmadan ilgili kişilerin izninin alınması gerekir. Ancak bu rızanın özel hayata ilişkin her türlü müdahaleyi hukuka uygun hale getirmesi beklenebilir. TMK. 23. maddesi gereği kişinin kişiliği, kendisine karşı da korunmuş olup kişilik hakkı üzerindeki rızanın sınırları emredici hukuk kuralları, ahlak, kamu düzeni ve hakkın özüdür.

Kişilerin özel hayatına ilişkin olarak özellikle gizli çekimlerle elde edilen bilgi, ses ve görüntülerin yayınlanması ve geniş kitlelere ulaştırılmasında da sosyal medya platformları kullanılabilir. Bu tür ihlaller içeren malzemelerin toplanması özel hayatın gizliliğini ihlâl ettiği gibi bunların ifşa edilmesi de ayrı bir ihlâl halidir. Bir başka ifadeyle, kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlâl niteliğindeki yazılı, görsel ve işitsel malzemelerin oluşturulması sosyal medya platformunu kullananlarca gerçekleştirilmese bile, bu hususların kullanıcıların sosyal medya platformlarında paylaşımları ile paylaşarak genele ilan kişilik hakkı ihlâlidir. Son yıllarda politikacı, sanatçı, sporcu gibi kişilerin özel ilişkilerine ait sahnelerinin yer aldığı görüntülerin sosyal medya platformlarında yayınlanması özel hayata yönelik tipik ihlâl halidir.

Kişinin gizli telefon görüşmeleri, e-postaları gibi haberleşme hürriyeti ile korunan gizli bilgi ve belgelerin ele geçirilerek sosyal medya platformlarında servis edildiği de görülmektedir. Bunlar kişinin haberleşme hürriyeti, kişisel verilerinin gizliliği bağlamında özel hayatın korunması altında olan kişilik hakkı ihlalleridir.

Ticari şirketlerin kendilerini tanıtabilmek ve sanal alemde var olabilmek için sosyal medya platformlarını kullandıkları bloglar, Twit-

ter ve Facebook'ta yer aldıkları bir gerçektir. Pek çok şirket bu sayede şirket içi haberleşmesinde sosyal medyayı kullanmakta, gerek şirket gerek çalışanlar bu ortamda şirket duyurularını, sektördeki gelişmeleri, güncel konuları, sosyal medya gündemini takip edebilmektedir. Şirket çalışanlarının bu tür sosyal medya ortamlarında iş hayatı, iş arkadaşları ve şirketle ilgili paylaşımları da kişilik hakkı ihlallerine neden olabilmektedir. Bu nedenle bu tür sosyal medya ortamlarındaki paylaşımlarda şirket, yönetim ve çalışanlarla ilgili paylaşımlarla kişilik hakkı ihlâline neden olabilecek içeriklere yer vermemek, özellikle proje, mali bilgiler, tasarım ve sunumların paylaşımından kaçınmak ve bu paylaşımların şirket sırlarının gizliliğini ihlâl edebileceğini gözden uzak tutmamak gerekir.

B. Güvenlik Sorunları Nedeniyle İhlaller

Sosyal medya hizmet sağlayıcıları, sosyal medya platformunun güvenli olarak kullanımı için yeterli ve gerekli düzeyde güvenlik önlemi aldıklarını sitelerinde ve kullanım koşullarında ifade etseler de, en yaygın sosyal medya platformlarının bile hacklenerek, kullanıcı bilgilerinin ele geçirildiği veya bu sitelere bilişim teknolojileri aracılığı ile girilerek birçok bilişim suçu işlendiği bilinen bir gerçektir. Sosyal medya platformlarındaki güvenlik sorunları ya kullanım kurallarına kullanıcılar tarafından uyulmamasından ya da sistemdeki güvenlik açıkları ve eksikliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu sorunlardan yararlanarak bir kullanıcının kişilik hakkını ihlâl edenler ise başka kullanıcılar veya bilişim suçluları gibi kötü niyetli üçüncü kişiler olmaktadır.

Sosyal medya platformlarındaki kişisel önlemlerin alınmasında eksiklikler veya güvenlik açıkları nedeniyle saldırıya uğrayan en önemli kişilik değeri kişisel verilerdir. Sosyal medya platformları, kullanıcıların kişisel verilerinin, profil bilgilerinin ve şifrelerinin başkalarının kolayca ele geçirilebildiği ortamlar olup bunda sosyal medya platformlarına üyeliğin, başka bir ifadeyle "var olmanın" belli bilgilerin verilmesine dayalı olması kadar, bu platformların kişilerin veri, bilgi ve haberleşmelerinin paylaşıldığı ortamlar olmasının etkisi büyüktür. Kişisel veri ve bilgiler sosyal medya platformlarında çeşitli hileler, teknik yöntemler veya her ikisi kullanılarak elde edilmektedir. Bu bağlamda, bilişim teknolojileri aracılığı ile kullanıcının haberi bile olmadan platformdaki bilgileri elde edilebileceği gibi, bu şekilde ulaşı-

lamayan bilgileri çeşitli hileli davranışlarla kullanıcının iradesi sakatlanarak bizzat kendisince verildiği de görülebilmektedir.

Sosyal medya platformlarının web sitelerinin bile sahtelerin oluşturulabildiği günümüzde, bu sahte siteler ile kişilerin bilgi, hesap ve şifreleri, kendilerinden platforma giriş yapılıyor izlenimi verilerek istenilmekte, kullanıcılar tarafından platforma giriş yapıldığı düşünülerek verilen bu bilgiler kolayca ele geçirilmektedir. Kullanıcıların hile ile veri ve bilgilerinin elde edildiği diğer bir yöntem ise sosyal medya platformundan kampanya ilanı, ödül, hediye, piyango kazanıldığı vb. şeklindeki mesajlar ile kişisel bilgilerin yer aldığı formların doldurulması veya başvuruların yapılmasının istenilmesi ile bunların verilmesi halidir.

Sosyal medya platformunda kullanıcıların adına açılmış olan sahte hesaplar yaygın olup bu eylemler de kişisel veri ve bilgilerin güvenliğini ihlâl etmektedir. Çünkü bu hesaplarda inandırıcılık için kişinin gerçek kimlik bilgileri veya fotoğrafı gibi unsurları kullanılmakta, sahte hesapta kişinin rızası dışı kişisel verileri yayınlanarak kişisel verileri verme veya ele geçirme suçu işlendiği gibi kişilik hakkının korumasındaki değerler de zarar görmektedir. Bu şekilde verilerin sosyal medya platformunda kullanımı ile kişisel verilerin gizliliği ihlâl edildiği gibi, hesap oluşturulurken kişinin rızası dışı adı, soyadı veya fotoğrafı kullanılmış ise ad ve resim üzerlerindeki kişilik hakkı da ihlâl edilmektedir. Yine bu sahte hesap üzerinden kişinin özel fotoğraflarının, videolarının, sırlarının rıza dışı paylaşımı ile özel hayatın gizliliği ihlâl edilebilmektedir.

Ünlü sanatçılar, futbolcular, banka gibi kurumlar adına açılan sahte hesaplar, başka kullanıcıların kişisel verilerini elde etmede de kullanılabilir. Bu sahte hesapların gerçek zannedilerek başka kullanıcılar tarafından takip edilmesi ile başlayan süreçte, bankacılık işlemi yapıldığı izlenimi ile şifre veya kişisel bilgilerin girilmesi, ünlü birisiyle tanışma, ödül veya hediye kazanıldığı belirtilerek form doldurulmasının istenerek kullanıcılara ait kişisel veriler, şifreler, banka kayıtları gibi bilgilere ulaşılmakta, son aşamada ise bu veri ve bilgiler ile banka hesaplarının boşaltılması veya kimlik bilgileri kullanılarak dolandırıcılık gibi hukuka aykırı eylemler ile menfaat sağlanması söz konusu olmaktadır. Böyle saldırılardan korunmak için bu tür hesapların, emin olunmadıkça takip edilmemesi, kimlik bilgilerinin girilmesi veya form doldurulması gibi yapılan yönlendirmelere uyulmaması gerekir.

Sosyal medya ortamlarındaki kullanıcıların adına kimlik taklidi ile açılan sahte hesaplar, bir takım suçların işlenmesinde paravan olarak kullanılabilir. Başkalarına hakaret, tehdit, iftira veya cinsel taciz amacıyla oluşturulan bu sahte hesaplar, genellikle gerçek failin kimliğini gizlemek için kullanılmaktadır. Ancak bu eylemlerde kişilik hakkı ihlâlinde bulunan, sahte hesabı açan kişi, bazen hangi tarihte ve hangi IP numarasından elektronik ortama bağlantı yapıldığı araştırılarak belirlenebilmektedir.

Kişisel veriler ve güvenlik ihlâllerine neden olan olaylardan biri de sosyal medya platformlarında kullanılan "3. parti yazılımlar"dır. Bunlar sosyal medya platformlarının işletim sisteminden bağımsız üretilen, oyun, eğlence gibi bağılıkların artması amacıyla kullanılan ve isteğe bağlı olarak yüklenen yazılımlar olup sosyal medya platformunda genellikle bir Flash ya da Java ara yüzünde çalışması için tasarlandıklarından sosyal medya platformunca resmen desteklenmeyen ve gizlilik politikası dışında tutulan servislerdir. Bu yazılımlar kullanıcıların özel bilgilerini ve sağladıkları servisler sebebiyle kredi kartı bilgilerini elde etmeleri dolayısıyla kullanıcılar için büyük tehdit oluşturmaktadır.⁵⁸

C. Bilişim Suçları Nedeniyle İhlaller

Sosyal medya platformlarında çokça rastlanan bir durum kimlik hırsızlığı olarak da bilinen başkalarının hesaplarının ele geçirilmesidir. Kullanıcıların üyelik ve profil hesaplarının üçüncü kişiler tarafından sosyal medya platformundaki şifrelerin kırılarak ele geçirilmesi bilişim suçu olup TCK. 243. maddesindeki hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve kalma suçunu oluşturmaktadır. Bu şekilde kişinin kimlik bilgileri, resmi, e-posta adresi gibi kişilik hakkının korumasındaki değerleri zarar göreceğinden kişilik hakkı da ihlâl edilmiş olacaktır.

Bilişim alanındaki suçlara ilişkin TCK. 244. maddesinde ise, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması, bilişim sistemindeki verilerin yok edilmesi, değiştirilmesi, erişilmez kılınması, sisteme

⁵⁸ Uraz Yavanoğlu/Şeref Sağiroğlu/İlhami Çolak, "Sosyal Ağlarda Bilgi Güvenliği Tehditleri ve Alınması Gereken Önlemler", *Gazi Üniversitesi Politeknik Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, Yıl 2012, s. 21. <http://www.politeknik.gazi.edu.tr/index.php/PLT/article/view/22> (Erişim Tarihi ve Saati: 13.04.2014, 12:13).

verilerin yerleştirilmesi veya verilerin başka bir yere gönderilmesi eylemleri suç olarak sayılmıştır. Sosyal medya platformlarında kişilerin MSN, Facebook, Twitter hesaplarına girilerek e-postalarının silinmesi, şifrenin değiştirilmesi, mahrem bilgi ve fotoğrafların başka yerlere gönderilmesi, gizli yazışmaların başka yere gönderilmesi ile kişinin özel hayatının gizliliği, kişisel verileri, resmi üzerindeki hakları, sıraları, haberleşme ve bilgiye erişme hürriyeti ve dolayısıyla kişilik hakkı da ihlâl edilecektir.

Sanal oyun dünyalarında kullanıcılar, belli bir tema etrafında bir "karakter", sanal gerçeklik dünyalarında ise "avatar" adı verilen dijital içeriklerle (görünümlerle) temsil edilerek platformda yer almaktadırlar. Sanal dünyalarda sıkça karşılaşılan bir durum ise "karakter çalınması" veya "avatar çalınması" olarak adlandırılan, kullanıcı dışındaki kişilerce şifrenin kırılarak uygun yazılımlarla hukuka aykırı olarak bu içeriklerin ele geçirilmesidir.⁵⁹ Kurgulanan sanal dünyalarda, bu dijital içerikler kullanıcı tarafından oluşturulmakta, ırk, cinsiyet, kilo, boy gibi tüm özellikler kullanıcı tarafından belirlenebilmekte, yetenek ve sınıf tabanlı sistemlerde belli görevlerin tamamlanmasına bağlı çeşitli yetenekleri kazanabilmekte veya belli derecelere çıkılabilmekte, sistemin ticarete olanak tanınması ile oyuna yatırılan paraların gerçek paraya dönüştürülmesini sağlanabilmektedir. Bu dijital içeriklerin çalınmasını ceza hukuku bağlamında değerlendiren Dülger, bunların "veri" olarak kabul edilmesi nedeniyle verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi veya erişilmez kılma suçunun (TCK. m. 244/2), bu eylem ile kendisi veya başkası yararına haksız çıkar sağlanmasını ise bilişim sistemi aracılığı ile hukuka aykırı yarar sağlama olarak (TCK. m. 244/4) olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁰ Konuya özel hukuk açısından yaklaşıldığında, bu tür sanal dünyalarda üretilen her türlü obje, kıyafet, animasyon, tasarım, uygulamanın telif hakkının genel olarak yaratıcısı kullanıcıya ait olduğu, kullanıcı ile sosyal medya hizmet sağlayıcısı arasındaki sözleşmede belirtilmektedir. "Sahibinin hususiyetini taşıyan" bu tür dijital içerikler üzerinde kullanıcının fikri mülkiyet hukuku bağlamında eser sahipliğinden kaynaklanan hakları gündeme gelebilir.⁶¹ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

⁵⁹ Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 393.

⁶⁰ Dülger, s. 393-394.

⁶¹ Dülger, s. 393.

1/B, b. maddesinde eser sahibinin eseri meydana getiren kişiyi ifade ettiği belirtilmiş ise de öğretide kendi hususiyetini verecek nitelikteki katkılarıyla bir eserin meydana getirilmesinde rol alan ya da katkıda bulunan tüm kişilerin de ilke olarak eser sahibi olarak kabul edildiği görülmektedir.⁶²

Yine bu tür içeriklerin kazanç getirmesi durumunda kişinin malvarlığı hakları arasında değerlendirilmesi ve bu azalmanın veya kazanç kayıplarının maddi tazminat ile giderilmesi mümkündür. Böyle dijital içeriklerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesine kişilik hakkı bakımından yaklaşıldığında, bu eylemlerin kişilik hakkı ihlali olabilmesi için kanaatimizce, bu dijital içeriğin ele geçirilmesi sırasında kişilik hakkının korumasındaki değerlerin ihlali veya bu dijital içeriğin kişilik hakkının korumasında olan değerleri bünyesinde barındırması gerekir. Örneğin ünlü bir otomobil yarışçısının kendi adını verdiği ve gerçek dünyadaki özelliklerini yansıttığı, belli özellikler ve yetenekler kazandırdığı bir karakterin çalınması durumunda kişinin rızası dışı başkalarının adı kullanılmış olacağından kişilik hakkı ihlalden söz edilebilir. Kişilik hakkının korumasındaki değere yönelik saldırı başlı başına kişilik hakkı ihlali olup burada dijital içerikle kazanç sağlanması gerekmez. Ancak bu tür eylemlere dayalı bir kazanç kaybı veya maddi zarar oluşmuş ise, bu maddi zararın ayrıca tazmini istenebilir.

Sosyal medya platformlarında ele geçirilen hesaplar, genellikle başkalarının kandırılarak dolandırılması ve menfaat temini için kullanılmaktadır. Örneğin, ele geçirilen hesaplardan adres defterine, gruplara veya arkadaş listelerine ulaşılarak bu kişinin arkadaşlarının hesaplarına parasız kalındığı, yurt dışında bulunduğu kimliğinin çalındığı gibi mesajlar atılarak para, banka kredi kartı numarası, kontür gibi şeyler istenerek kişiler dolandırılabilir. Kullanıcıların ele geçirilen hesapları üzerinden başka kullanıcılara yönelik saldırılara verilebilecek bir diğer örnek ise, arkadaşlara, grup üyelerine veya adres defterindeki kişilere spam nitelikli iletiler gönderilmesidir. Bazen de bu mesajlarla mesaj gönderilen kişilerin hesaplarına solucan, kod, virüs gibi zararlı veya casus yazılımlar gönderilmesi şeklindeki ey-

⁶² Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 79; Akın Beşiroğlu, *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar Fikir Hukuku Birinci Cilt Temel Kurallar*, APB Yayınları, Ankara 2002, s. 121.

lemlerle, mesajın açılması ile çeşitli bilgiler elde edilebilmekte veya sisteme zarar verilebilmektedir.

Sosyal medya platformları karşılıklı paylaşım ve etkileşim ortamları olmanın yanı sıra LinkedIn, Facebook gibi platformlar anlık mesaj, canlı sohbet gibi uygulamalar sayesinde kişilerin haberleşebildikleri ortamlardır. Bilişim teknolojileri aracılığı ile bu haberleşme ortamlarına yönelik saldırılar ile bazı bilişim suçlarının işlenmesi kişilik hakkı ihlallerine de neden olabilir. Sosyal medya platformundaki kişisel hesaplara veya bloglar gibi web sayfalarına virüs, solucan, mantık bombaları gibi zararlı yazılımlar bırakılarak sisteme zarar verilebilir. Bu hukuka aykırı eylemler nedeniyle sosyal medya platformlarında kişilerin haberleşmesinin engellenmesi veya yayın organlarının yayınlarının durdurulması, haberleşmenin engellenmesi suçunu oluşturur. Sosyal medya platformunda gerçekleşen haberleşmenin üçüncü kişilerce öğrenilmesi haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçu oluşturacağı gibi bunun rıza dışı haberleşmenin tarafları veya üçüncü kişilerce başkalarına sosyal medya platformları üzerinden duyurulması haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçu oluşturacaktır. TCK. 124 ve 132. maddelerinde düzenlenen bu eylemler kişinin haberleşme hürriyetini ve özel hayatın kapsamındaki haberleşmesinin gizliliğini ihlâl ettiği için, kişilik hakkının korunması altındaki bu değerlerin ihlâli ile kişilik hakkı da ihlâl edilecektir.

Kişiler arasındaki konuşmaların taraflardan herhangi birinin rızası dışı dinlenerek kayda alınması sonrasında bu verilerin hukuka aykırı olarak YouTube gibi sosyal medya platformlarında ifşa edilmesi, kişiler arası konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun nitelikli hali olarak TCK. 133/3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu eylem kişilerin haberleşmesinin gizliliğini, dolayısıyla özel hayatın gizliliğini ihlâl ettiği için aynı zamanda kişilik hakkı ihlâli de oluşturmaktadır. Kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlâl niteliği taşıyan eylemlerin sosyal medya platformu üzerinden gerçekleştirilmesi, örneğin Facebook mesajlarının, gizlilik ayarları ile korunan fotoğraflarının sisteminin şifresinin kırılarak veya truva atları gibi casus yazılımlarla ele geçirilmesi TCK. 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlâl suçunu oluşturur. Kişilerin özel hayatlarına ilişkin görüntü ve seslerin, çeşitli uygulamalar aracılığı ile doğrudan sosyal medya platformlarına yüklenmesi veya buralardan sağlanan linklerle sosyal medya platformla-

rında yayınlanması ise TCK. 134/2. maddesi gereği suçtur.⁶³ Bu suçlardaki eylemler ile kişilerin özel hayatının gizliliği ve dolayısıyla kişilik hakkına saldırı da gerçekleşmiş olmaktadır.

Klavye dinleme sistemleri (keylogger), virüsler, truva atları, şifre kırma gibi bilişim teknolojileri ile sosyal medya kullanıcılarının hesaplarına girilmesi ve bu hesaplardaki verilerinin bilgi ve rıza dışı elde edilmesi mümkündür. Kullanıcının bilgisi ve rızası dışı gerçekleşen bu hukuka aykırı eylemler ile kişisel verilerin kaydedilmesi veya kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi TCK. 135. maddesi gereği kişisel verilerin kaydedilmesi suçudur. Bundan başka sosyal medya platformlarındaki kişisel verilerin başkasına verilmesi, sosyal medya platformlarında yayılması, casus yazılımlarla ele geçirilmesi ise TCK. 136. maddesindeki kişisel verileri verme ve ele geçirme suçudur. Bu eylemler aynı zamanda özel hukuk anlamında kişinin kişisel verilerinin güvenliği ve dolayısıyla özel hayatının gizliliğini ihlâl niteliğinde olup kişilik hakkı ihlâlidir. Burada kişinin rızası ile paylaştığı kimlik bilgileri, fotoğrafları gibi verileri üzerinde de durmak ve bunların başkalarınınca kaydedilmesi, kullanımı ve yayılmasının hukuka uygunluğunu da tartışmak gerekir. Ceza hukuku anlamında sosyal medya platformlarında rızaya dayalı paylaşılan kişisel verilerin başkalarınınca kaydedilmesini hukuka uygun gören yazarlar olduğu gibi,⁶⁴ kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatın giz alanı dışında kalan paylaşımları dışındaki sosyal medya platformlarındaki paylaşımlarında hangi kişisel verinin, kim tarafından, nerede ve nasıl kullanılacağına dair açık rızanın aranması gerektiğini savunan yazar-

⁶³ Yargıtay, sanıkla mağdurenin MSN yoluyla internette tanışması, sanığın mağdureye kendisini bayan olarak tanıtarak başka bir kadına ait soyunma sahnelerini kendisine ait gibi yayınlarak mağdurenin de soyunmasını ve cinsel bölgelerine dokunmasını sağladığı, bu görüntüleri web kamerası ile kaydederek sanığın erkek olduğunu anlayıp sonraki soyunma tekliflerini reddeden mağdureye bu görüntüleri internette yayacağını söyleyip mağdurenin göğüs ve kalça görüntülerinden oluşan 4 adet resmi kendi oluşturduğu bir blogda yayınladığı ve mağdureye "bak bakalım ilk adımı beğendin mi?" şeklinde e-posta göndermesi üzerine sanığın eylemini özel hayatın gizliliğinin ihlâl suçu olarak değerlendirerek yerel mahkemenin beraat kararını bozmuştur. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 12.06.2012 tarihli 2011/21801 E. 2012/14797 K. sayılı kararı için bkz: UYAP (Erişim Tarih ve Saati: 20.08.2014, 04:23).

⁶⁴ Ali Karagülmez, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 354.

lar da olmuştur.⁶⁵ Kişisel veriler üzerinde kişilerin tasarruf hakkına sahip olduklarını ve bunların ancak kişinin rızası ile işlenebileceğini kural olarak kabul etmek gerekirse de özel hukuk anlamında konuya bakıldığında kanaatimizce sosyal medya platformundaki paylaşımların başkalarınınca kullanımı ve paylaşımında her zaman rızanın varlığı ve bu rızanın her durumda hukuka uygunluk nedeni sayılacağı sonucuna varılamaz. Konuyu çeşitli ihtimallere göre değerlendirmek gerekirse: Kimlik bilgileri, fotoğraflar, özel görüntüler, ses kaydı gibi kişisel veriler, YouTube, Facebook, Instagram gibi sosyal medya platformlarında kullanıcının rızasına dayalı olarak paylaşılmakta ise de, sonrasında diğer kullanıcılar veya platform üyesi olmayan üçüncü kişilerce kullanılabilirdiği görülmektedir. Gizlilik ayarları ile korunan ve ancak belli kişilerin ulaşımına izin verilen verilerin, izin verilenlerden başkalarınınca kullanımı hukuka uygun değildir. Çünkü rıza ancak belli kişilerin kullanımı için geçerlidir. Bunlar dışı kişilerin erişiminin engellenmiş olması da bunun göstergesidir. Zaten belli kişi dışındaki kişilerin erişim izni olmadığı için bu verilere erişmesi ancak hukuk dışı olarak bazı güvenlik açıklarından yararlanılması veya bilişim teknolojilerinin kullanımı ile mümkündür. Bu tür kullanımlar diğer kullanıcı tarafından gerçekleştiriliyor ise kullanım kurallarına dolayısıyla sosyal medya hizmetleri sağlayıcısı ile arasındaki sözleşme koşullarına aykırı olduğu gibi verilerine erişilen kişiye yönelik haksız bir fiildir. Yine sosyal medya platformlarını kullanım izni, üyelik, hesap açma veya profil oluşturma gibi usullere tabi olduğundan bu işlemleri yerine getirmeyenlerin platformun sunduğu hizmetten ve hizmetin parçası olan paylaşılanları kullanma hakkından yararlanma hakkı yoktur. Bu nedenle üye olmamakla birlikte sisteme harici müdahale ile giren üçüncü kişilerin eylemi hukuka aykırı olduğu gibi, kullanıcıların rızaya dayalı olarak yayınladıkları verileri yetkisiz olarak kullanmaları da hukuka aykırıdır. Rızaya dayalı olarak paylaşılan verilerin, kullanıma yetkili olan diğer kullanıcılar tarafından kullanımı konusunda hukuka uygunluktan bahsedebilmek için ise kanaatimizce, rızanın amacına ve rıza için aranacak genel sınırlara bakmak gerekir. Rızanın amacının açıkça belirtildiği durumlarda, bu amaca uygun olarak kullanım hukuka uygun sayılmalıdır. Ancak rızanın amacının açıkça belirtilmediği durumlarda bu amacın belirlenmesi ile varılacak sonuç, hukuka uygunlukta etkili olacaktır. Rızanın amacını belir-

⁶⁵ Dülger; s. 608.

lemede, genel rızanın yeterli olup olmayacağı, özel rıza aranıp aranmayacağı, verinin kullanıldığı ortam, kullanım amacı ve kullanım biçiminin değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bir kullanıcı Facebook üzerindeki bir paylaşımında zaman tüneline veya bir grupta herkesin görebileceği bir şekilde kullandığı fotoğrafının diğer kullanıcılar tarafından paylaşılabilirliğini bilebileceğinden, bu tür kullanımların rızanın amacı içinde kaldığı ve bu tür kullanımlara rıza gösterildiği varsayılmalıdır. Ancak bu paylaşılan fotoğrafın, belli ürünlerin reklamının yapılması veya ticari amaçlarla kullanımı için bu genel rızanın dışında özel olarak rıza verilmesi gerekeceğinden yalnızca paylaşım bu rızanın verildiği sonucuna varılamaz. Reklam ilkeleri bakımından da başkalarının kişilik hakkının ihlâl edilmemesi gerekli olup bunun için kişinin rızasının alınması gerekeceğinden, bu konuda özel olarak rıza aranacaktır. Verinin kullanıldığı ortam da rızanın amacını belirlemede değerlendirilmelidir. Örneğin genç kullanıcıların arkadaş ortamlardaki görüntülerine ait paylaşımlarının arkadaş arama, cinsel ürün pazarlama amaçlı olarak kullanımı durumunda, bu paylaşımın amacının böyle durumlar için kullanıma rıza gösterildiği anlamına gelmeyeceği açıktır. Sosyal medya ortamlarındaki veri paylaşımlarında verinin bazı eklemeler veya montaj unsurlarla farklı biçimlere sokulması, kişiyi farklı şekilde lanse etmesi veya mesaj unsuru olarak kullanımı da rızanın amacını belirlemede etkili olacaktır. Özel hukukta rıza için aranacak genel sınırlar, rızanın geçerliliği ve rıza ile yapılan işlemin hukuka uygun sayılabılmesinde dikkate alınmalıdır. TMK. 23. maddesi gereği, kişinin hürriyetlerinden vazgeçmesi veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırması düşünülemez. Sosyal medya platformlarındaki paylaşımlarda rızanın da bu şekilde değerlendirilmesi, rızaya konu paylaşımın başkalarınca kullanımının kişilik hakkını ortadan kaldıracak şekilde olması ya da hukuka ve ahlaka aykırı olması hallerinde rızanın geçerli olmadığını kabul etmek gerekir. Örneğin sosyal medya platformunda paylaşılan kişisel bir verinin başkalarının dolandırılması amacıyla bir hesapta profil fotoğrafı olarak kullanımında, rıza geçerli olmayacaktır.

Sosyal medya platformları çocuk kullanıcılar tarafından da kullanılmakta ve üyelik yaşı on üçe kadar inebilmektedir. Sosyal medya platformlarında özellikle çocukları seçen kötü niyetli kullanıcılar, onlarla siteler üzerinden arkadaşlık kurarak onları kolayca kandırabilmekte ve kullanabilmektedirler. Bir karara⁶⁶ konu olduğu üzere, sosyal

⁶⁶ Ramazan Keklik, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara

medya sitelerinde çocuk kullanıcılarla arkadaş olan bazı kullanıcılar, küçük kullanıcılarda belli bir güven telkini ve ikna ile cinsel içerikli konuşmalar yaparak, vücutlarının mahrem yerlerini kameraya göstermesini isteyerek kayda alınmakta ve böylece TCK. 226. maddesi anlamında müstehcen ürün üretiminde çocuklar kullanılarak müstehcenlik suçu işlenebilmektedir. Bizatihi bu ürünlerin üretimi suç olduğu gibi bunların çoğaltılması, satışı, nakli, depolanması, ihracı, başkalarının kullanımına sunulması, yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi de suçtur. Bu eylemlerde çocukların kişisel değerlerinden olan vücudun görüntüleri ve özel hayatın gizli alanı üzerindeki kişilik hakkı ihlâl edilmiş olup çocuğun rızası, ayırt etme gücüne sahip olsa bile hem hile ile elde edildiği hem rıza ile hakkın özünden vazgeçilemeyeceği hem de rıza hukuka ve ahlaka aykırı olamayacağı için hukuka uygunluk nedeni sayılmayacaktır.

SONUÇ

Kullanıcıların internet alt yapısını kullanarak ortak ilgi, bilgi, duygu ve düşüncelerini karşılıklı olarak paylaşmaları, topluluk oluşturmaları, kendi içeriklerini yaratmaları, işbirliği, iletişim ve etkileşimde bulunmaları imkânı buldukları ortam ve araçları ifade eden sosyal medyada en fazla ihlal olunan hak şüphesiz kişilik hakkıdır. Sosyal medyada gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri sosyal medya hizmetini sağlayan sosyal medya hizmet sağlayıcısı tarafından gerçekleştirilebildiği gibi, sosyal medya platformunu kullanan başka kullanıcılar veya sisteme müdahale eden diğer üçüncü kişilerce de gerçekleştirilebilir. Bu ihlaller, kişinin şeref ve haysiyeti, adı, resmi, sesi, kişisel verileri, özel hayatı, haberleşme hürriyeti gibi kişilik hakkının korumasındaki kişisel değerlerine yönelik olarak, sosyal medyada paylaşılan içerik, güvenlik ihlalleri ve bilişim suçları yoluyla gerçekleştirilmektedir.

Kaynakça

- Akar Erkan, Sosyal Medya Pazarlaması Sosyal Webde Pazarlama Stratejileri, Efil Yayınevi, Ankara 2010, s. 17.
- Akipek Jale G./Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I. Cilt, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Ateş Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Beşiroğlu Akın, Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar Fikir Hukuku Birinci Cilt Te-

- mel Kurallar, APB Yayınları, Ankara 2002.
- Body Danah M./Ellison Nicole, " Social Network Sites: Definition, History and Scholarship", *Journal of Computer-Mediated Communication*, Volume 13 (2008).
- Brunty Joshua/Helenek Katrine, *Social Media Investigations of Law Enforcement*, Massachusetts 2013.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 12. Basıdan 13. Tıpkı Basım, Filiz Kitapevi, İstanbul 2013.
- Dülger Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Kaplan Andreas M./Haenlein Michael, "Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media", *Business Horizons*, Vol. 53, Issue 1, 2010, <http://www.slideshare.net/escpexchange/kaplan-haenlein-users-of-the-world-unite-the-challenges-and-opportunities-of-social-media> (Erişim Tarih ve Saati: 27.02.2014, 08:54).
- Karagülmez Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.
- Keklik Ramazan, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukusal Sorumluluk*, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2013.
- Kietzmann Jan H./Hermkens Kristopher/Mccarthy Ian P./Silvestre Bruno S., " Social Media? Get Serious! Understanding the Functional Building Blocks of Social Media" *Busines Horizons*, Vol 54, İssue 3, 2011.
- Koçak N. Gizem, *Bireylerin Sosyal Medya Kullanım Durumlarının ve Motivasyonlarının Kullanımlar ve Doyumlar Yaklaşımı Bağlamında İncelenmesi: Eskişehir' de Bir Uygulama*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2012.
- Lietsala Katri/Sirkkunen Esa, *Social Media*, Tampere 2008.
- Mayfield Anthony, *What is Social Media*, 01.08.2008'de güncellenmiş e-kitap, s. 5 (http://www.icrossing.co.uk/fileadmin/uploads/eBooks/What_is_Social_Media_iCrossing_ebook.pdf (Erişim Tarih ve Saati: 08.03.2014, 19:02).
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 12. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2012.
- Özata Fatma Zeynep, "Sosyal Medya Platformları", *Dijital İletişim ve Yeni Medya*, Editör: Mesude Canan Öztürk, Açıköğretim Yayınları, Eskişehir 2013, 1. Bası.
- Vural Z. Beril Akıncı/Bat Mikail,
- "Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma", *Journal of Yasar University*, 2010 20, http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2012/08/3_BVural_MBat.pdf (Erişim Tarih ve Saati: 08.04.2014, 06:32).
- Yavanoğlu Uraz/Sağiroğlu Şeref/Çolak İlhami, "Sosyal Ağlarda Bilgi Güvenliği Tehditleri ve Alınması Gereken Önlemler", *Gazi Üniversitesi Politeknik Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, Yıl 2012, s. (15-27), s. 24. <http://www.politeknik.gazi.edu.tr/index.php/PLT/article/view/22> (Erişim Tarih ve Saati: 13.04.2014, 12:13)

KKTC'DEKİ KİŞİLİK HAKLARI İHLALLERİNİN MEDYA-SERMAYE İLİŞKİLERİ PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ VE BU SORUNA ALTERNATİF BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ: ORTAK TAZMİN FONU

ANALYSIS OF PERSONAL RIGHTS VIOLATIONS IN TRNC FROM THE
PERSPECTIVE OF MEDIA-CAPITAL RELATIONS AND AN OFFER
FOR ALTERNATIVE SOLUTION: COMMON COMPENSATION FUND

Can AZER*

Mazlum DOĞAN**

Özet: Özellikle son çeyrek asırda finansal kapitalizmin dünya ekonomisine egemen olmasıyla birlikte, medya kuruluşlarının da sıkı bir rekabete girmesi ve kârın nihai hedef olarak görülmeye başlanması, bireylerin kişilik hakları açısından ciddi tehlikeler doğurmaktadır. Medya etiğinin yerini pazarlama stratejilerinin, hukuka uygun yayıncılığın yerini reyting ve tiraj kaygılarının işgal etmesiyle birlikte, kişilik haklarına dönük bu tehditler artarak devam etmektedir. Bu temel sorundan hareket ederek çalışmamızda, söz konusu tehditlere karşı KKTC özelinde hukuki ve etik koruma yollarının neler olduğu ortaya koyulmaya çalışılmış ve medya sermayeleri karşısında bireyi hukuken daha etkili bir şekilde korumak adına, *ortak tazmin fonu* önerisi üzerinden dinamik bir çözüm önerisi sunulmuştur

Anahtar Kelimeler: Kişilik Hakları, KKTC, Medya Sermaye İlişkileri, Özel Hayat, Ortak Tazmin Fonu

Abstract: Especially, in the last quarter of the 20th century, financial capitalism dominated the world's economic system and economic relations. Media companies experienced a more fierce competition, and profit has become the ultimate goal, stemming from these developments. These changes in world economics and media, created a significant peril upon human rights. Regarding marketing strategies as more important than media ethics and rating percentages more important than legal publishing (and broadcasting), brought a new and a bigger wave of threats upon individuals' rights. Unfortunately, threats are getting more serious in the course of

* Yrd. Doç. Dr., Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

** Ar. Gör., Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Doktora Araştırma Görevlisi

time. Considering all these significant problems; this study is written to offer some legal or ethical solutions to these problems in TRNC. In the same vein, in order to protect individuals' rights from media capitals in a more effective legal way, a *common compensation fund* model is offered as a dynamic solution.

Keywords: Personal Rights, Media Capital Relations, TRNC, Right to Privacy, Common Compensation Fund

Giriş

Yazının konusu medya etiği ve kişilik hakları olmakla beraber, medya etiği ve kişilik haklarının büyük oranda görsel ve işitsel iletişim araçları ile olan ilişkisine değinilmeye çalışılmıştır. Ancak medyayı, özellikle medya ve sermaye ilişkilerini kesin çizgilerle ayırmak güç olduğundan yazılı medya ile olan ilişki de söz konusu bağlamda ele alınmıştır. Özellikle, görsel işitsel medyadaki sermaye yapılarına, bu sermaye yapılarının yayınlara olan etkisine medya etiği ve kişilik hakları çerçevesinde değinilmiş ve KKTC mevzuatı özelinde neler yapılabileceği tartışılmıştır.

A. Genel Olarak

Demokrasi teorisi içerisinde, görsel ve işitsel iletişim kuruluşlarının bağımsız hareket edebilme güçlerinin olması öngörülmektedir. Medyaya ve özellikle yakın dönemde ciddi bir gelişim göstermesinden dolayı medyanın bir dalı olan görsel ve işitsel iletişim kuruluşlarına "dördüncü kuvvet" denilmektedir.¹ Bu şekilde nitelendirilmesinin nedeni, diğer üç erk konusunda toplumu bilgilendiren ve bir bakıma onların eksikliklerinin, hatalı ve yerinde yaklaşımlarının görülmesini sağlamasıdır. Ayrıca kamuoyunun oluşmasında oynadığı etkin rolün de böyle tanımlanmasında etkisi büyüktür.

Dördüncü kuvvet nitelemesi görsel ve işitsel iletişim kuruluşlarının bazı hukuki yetkilere sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Dördüncü kuvvet ifadesiyle görsel ve işitsel iletişim kuruluşlarının top-

¹ Sulhi Dönmezer, "Yine Basın Özgürlüğü Üstüne", *Yeni Türkiye Medya Özel Sayısı*, Yıl:2, S.11, 1996, s.249, Haluk Şahin, Ünsal Oskay ve Korkmaz Alemdar, "İletişim Teorileri,Teorisyenleri:Onlar İletmişlerdi", El, Dil, Göz, Kulak: İletişim İşim, YKY Yayınlar, İstanbul, 1994, s.256; Kayıhan İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku*, Beta, 2012, s.106.

luma karşı imtiyazlarının, ayrıcalıklarının değil, topluma karşı olan görev ve sorumluluklarının belirtilmesi hedeflenmektedir. Bu açıdan önemli olan, görsel ve işitsel iletişim kuruluşlarının demokrasinin ve sosyal yapının işleminde üstlendiği rolün vurgulanmasıdır.²

Bütün bu işlevleri yüklenmiş olan medya kuruluşları, -diğer birçok alanda olduğu gibi- neoliberal politikaların etkisi altında ciddi sermaye değişikliklerine maruz kalmaktadırlar. Gazetecilik mesleğinin “cazip” bir hal almasıyla birlikte bu alanda yaşanan sorunlar da farklılaşmaya başlamıştır. Başta “kurumsallaşma” olmak üzere; tekelleşme ve daha çok oligopolleşme, medya sahiplerinin medya dışı işlere girmeleri ya da medya dışında olan sermayedarların bu cazibeye kapılıp medyanın içerisinde yer alma çabaları, toplumu yakından ilgilendiren tartışmalara neden olmaktadır. Medyanın değişen (dejenere olan) haber verme ve yayın anlayışı, onun yukarıda bahsettiğimiz anlamda dördüncü kuvvet olmaktan çıkıp³ kuvvetlilerin (güçlülerin) medyasına evrilmesinin veya birinci kuvvet hâline gelme çabasının doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dönüşümle birlikte; manipülasyon amaçlı haberler, özel hayatların gizliliğinin ihlali, kişisel çıkarların ön plana çıkması ve kamu yararının göz ardı edilmesi gibi çok ciddi sorunlar medya alanında boy göstermeye başlamıştır.

Medyadaki bu ciddi sermaye ve zihniyet değişikliğinin yarattığı en önemli sorunlardan biri medya yoluyla yapılan kişilik hakları ihlalleridir. Dolayısıyla kişilik hakları ihlalleri sorununa geçmeden önce değişen sermaye yapısının nedenlerine kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.

B. Medyanın Sermaye Yapısındaki Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Nedenleri

Yakın zamana kadar kamu yayıncılığı denildiği zaman, yalnızca devletin tekelinde olan ve birçok ülkede iktidardaki partinin ya da

² Sabri Tekir, “Düşünce Hürriyeti ve Medya Boyutu”, *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı*, S.22, 1998, s.876.

³ Fikret İlkiz ve Barış Günaydın, “Kişilik hakları-Medya Etik ve Yargı Kararları”, <http://globalmediajournaltr.yeditepe.edu.tr/hakemli%20yazilar%20pdf/01Fikret%20%C4%B0LK%C4%B0Z%20ve%20Bar%C4%B1s%20G%C3%9CNAYDIN.pdf>, (erişim tarihi, 05.12.2014).

dikta rejimlerinin sözcülüğünü yapan radyo ya da televizyonlar akla geliyordu.⁴ Zamanla, devlet tekelinde olan radyo ve televizyon kuruluşları yanında, özel teşebbüsler de bu yayın alandaki yerlerini aldılar.

Devlet tekellerinin yıkılıp özel teşebbüslerin bu alana kaymasında, serbest piyasa ekonomisinin ve neoliberal politikaların büyük etkisi olmuştur. Ancak izlenen bu neoliberal politikalar neticesinde tam rekabet ve serbest girişim koşulları içerisinde çalışan görsel ve işitsel iletişim sektöründe oligopolleşmeye doğru hızlı bir kayış olduğu da muhakkaktır. Sonda söylenecek şeyi başta vurgulamak adına, kapitalizmin ve onun ileri bir aşaması olan neoliberalizmin, bazılarının söylediğinin aksine hukuki ve etik davranmayı kendiliğinden sağlamadığı vurgulanmalıdır. Bu bağlamda, kârları maksimize etme hedefinin her sınırı yıkan yegâne kriter olarak ön plana çıkması, medyanın ve medya mensuplarının araçsallaştırılması sonucunu doğurabilmektedir.

Bu alanda Türkiye, dünya ve KKTC Medyası'na bakıldığında, medyadaki bu sermaye ve zihniyet yapılarının şekillenmesinde ekonomik ve siyasi nedenlerin ön planda olduğu görülecektir.

1. Ekonomik Nedenler

Medyadaki değişen sermaye yapısının ortaya çıkmasına ilk neden olarak büyük sermayenin sektöre girişi gösterebilir. Özellikle, geçmişten beri bu alanda faaliyet gösteren, asıl işleri basın ve yayın olan küçük işletmelerin yerini bu alandan olmayan büyük sermayenin alması, medya alanında da kâr amacına yönelimin artmasında önemli bir etken olmuştur.⁵ Dolayısıyla gazete ve dergiler daha çok kâr amacıyla piyasaya sürülmeye başlanmıştır. Başka bir ifadeyle, özellikle 1990'lı yıllardan itibaren reklam sektörünün de etkisiyle medya alanında artan kâr oranları, bu alanda büyük sermayelerin yoğunlaşmasının başlıca nedenlerinden biri olmuştur. Bu etkenlere, görsel ve işitsel iletişim gibi etki gücü çok yüksek bir alanda güce sahip olmanın avantajları

⁴ Hıfzı Topuz, "Global iletişim", İletişim Araştırmaları Derneği, Temmuz 98, s.4.
⁵ Çetin Özek, "Basında Tekelleşme", Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Yayınları, Der. Çetin Özek, İstanbul, 1999, s. 550; Beybin Kejanlıoğlu, Gülseren Adaklı ve Sevilay Çelenk, "Yayıncılık Alanında Mülkiyet ve Kontrol", Medya Politikaları, İmge Kitabevi, Der:D.Beybin Kejanlıoğlu, Sevilay Çelenk ve Gülseren Adaklı, Ankara,2001.s.152, Ersan İlal, İletişim, Yıgımsal İletim Araçları ve Toplum, Der Yayınları, İstanbul, 2007., s.47.

da eklenince, sermaye grupları açısından bu alanda faaliyet göstermek çok cazip bir hâle gelmiştir. Bütün bunlar, çok kısa bir zaman diliminde medya dışı sermayenin bu alana yönelmesine sebep olmuştur.

Diğer bir ekonomik neden de üretim maliyetlerinde görülen artıştır.⁶ Teknolojik gelişmeler, görsel ve işitsel iletişim alanında kullanılan araç ve gerecin gün geçtikçe daha pahalı hâle gelmesine yol açmıştır. Durum böyle olunca, küçük işletmeler bu giderleri karşılayamadıkları için ya ortadan kalkmış, ya da büyük holdinglerle birleşme yoluna giderek oligopolleşme sürecindeki yerlerini almışlardır.

Son olarak değinebilecek ekonomik neden de, devlet teşviklerinin eşitsiz dağıtımıdır. Özellikle, dönemin iktidarlarına “yakın” duran medya kuruluşları, diğer birçok kuruluşa nazaran almış oldukları yüksek meblağlı teşviklerle ekonomik açıdan haksız bir rekabetin içine avantajlı bir şekilde girmektedirler. Bu rant ilişkileri de zaman zaman otosansür uygulamalarının, hukuk dışı ve medya etiğine aykırı yayıncılığın yerleşmesine neden olmaktadır.

Sadece yukarıda belirtilen ekonomik nedenler bile birçok görsel ve işitsel iletişim kuruluşunun az sayıda büyük holding çatısı altında toplanmasını açıklamaya yetmektedir. Ancak daha da sakıncalı olan, oligopol ile birlikte dikey entegrasyon, çapraz entegrasyon ve zincir entegrasyon denilebilecek entegrasyon türlerinin ortaya çıkmasıdır. Bunlar medya alanında tam anlamıyla mülkiyet birlikteliğine sebep olabilecek durumlardır. Dikey entegrasyon durumu, örneğin bir gazetenin basımından dağıtımına tüm işlemlerin tek bir elden gerçekleşmesi hâlinde söz konusu olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında birer holding olarak faaliyet gösteren Türkiye’deki medya kuruluşlarının birçoğu dikey entegrasyon örneğidir ki, KKTC’de de son dönemde bu yönde çok hızlı bir değişim olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Çapraz entegrasyon, yani çapraz medya mülkiyeti ise birbirinden farklı türdeki kitle iletişim araçlarına aynı anda sahip olmayı ifade etmektedir. Televizyon, radyo, gazete gibi çeşitli iletişim araçlarına

⁶ Metin Eriş, “Kitle İletişim Araçlarının Artan Gücü”, *Yeni Türkiye Medya Özel Sayısı*, Yıl:2, S.11, 1996, s.524; Nazife Güngör, “Türk Basımında Tekelleşme ve Oligopolleşme”, *İletişim Fakülteleri 5. Dekanlar Toplantısında Görüşülmek Üzere Hazırlanan Rapor*, Ankara, 2000, s.22; Ahmet B. Göksel, “Kitle İletişim Araçlarının Olumlu ve Olumsuz Etkiler”, *Düşünceler*, Yıl 7, İzmir, Şubat 1999, s.28.

aynı kuruluşun sahip olması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Günümüzde artık çapraz entegrasyonun uluslararası düzeyde de yaygınlaşmakta olduğu gözlenmektedir. Zincir entegrasyon ise aynı türde birden çok kitle iletişim aracına sahip olmayı ifade etmektedir. Bir kişinin birden çok radyo ve televizyon kuruluşuna sahip olması da buna örnek olarak gösterilebilir.⁷

Başka bir açıdan bakılacak olursa şunu da belirtmekte fayda vardır: Görsel ve işitsel iletişim özgürlüğü ile iletişim araçları maliklerinin rant kollama faaliyetleri birbirine karıştırılmamalıdır. Radyo ve televizyonun inanılmaz etkisi (toplumların yönlendirilmesi, depolitize edilmesi, manipülasyonu) iktidarları görsel ve işitsel iletişim araçlarının denetimi konusunda oldukça duyarlı hâle getirmiştir. Bunun sonucunda, devletin gerekli tedbirleri almak için sektöre yaptığı müdahaleler, görsel ve işitsel iletişim araçlarını kendi çıkarları doğrultusunda etkin bir biçimde kullanan sermayedarlar tarafından özgürlüğün hayata geçmesi önündeki engellemeler olarak yansıtılmaktadır. Devletin sermayedarlara alan açmak için yaptığı müdahaleler, neoliberal düzlemde normal ve yerinde olarak nitelendirilirken, kamu yararı ve özgürlükler lehine müdahalelere başvurulduğu durumlar ise “bırakınız yapsınlar” alanına müdahale anlamı taşıdığı gerekçesiyle “kötü” olarak nitelendirilmektedir. Başka bir ifadeyle medya alanında devletin üstlenmesi gereken rolün önemi göz ardı edilmemelidir. Devlet, özgürlüğün önüne bir takım bariyerler koymak değil tam tersine doğrudan ve dolaylı bariyerleri ortadan kaldırmayı kendisine görev edinmelidir.

2. Siyasi Nedenler

İletişim kuruluşları ile devlet arasındaki ilişkiler kitle iletişim araçlarının ilk ortaya çıktığı yıllardan itibaren oldukça yakın olmuştur. Özellikle görsel ve işitsel iletişimin kitleler üzerindeki etkileri, devletle bu kuruluşların sahipleri arasındaki ilişkileri sürekli sıcak tutmuştur. Yukarıda da bahsedildiği üzere, son dönemlerde görsel ve işitsel iletişim kuruluşu sahipleri, çok uluslu ortaklıkların da yöneticileri durumuna gelmişlerdir. İşletme sahipleri genelde kurulu düzeni

⁷ Güngör, s.23.

savunmaktadırlar ve dönem hükümetlerinin politikalarıyla ters düşmemeye gayret etmektedirler. Bunun temel sebebi ise kuruluş sahiplerinin iletişim alanı dışında da büyük yatırımları ve kazançlarının olmasıdır. Gelirlerinin büyük çoğunluğunu buralardan sağladıklarından, medya dışındaki işlerinin aksamaması için hükümetle çok iyi ilişkiler kurmaları gerekmektedir. Bu açıdan baktığımızda, büyük medya şirketlerinin genel anlamda politik destek açısından hükümete bağımlı olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Özellikle Türkiye’de son dönemde yaşanan Gezi Parkı olaylarında bazı medya kuruluşlarına yapılan en ciddi eleştirilerin başında bu gelmektedir.

Devletin görsel ve işitsel iletişim kuruluşlarına yaptığı mali yardımlar da yukarıda sayılmış olan ikili ilişkilerin gelişmesinde etkili olmuştur. Yapılan mali yardımların siyasi yakınlık sayesinde eşitsiz dağılımı, oligopol yapının oluşmasındaki önemli siyasi nedenlerden birisidir.⁸

C.Sermaye Yapılarının Görsel ve İşitsel İletişim Özgürlüğü Açısından Etkileri

1. Genel Etkiler

Kitle iletişim araçlarının en belirgin özellikleri; haber alma hakkını hayata geçirmesi, bireylerin ve grupların taleplerini gündeme taşıması ve vatandaşların dikkatlerini belli konular üzerine toplayarak kamuoyunun oluşmasına katkı sağlamasıdır.⁹ Böylesine güçlü bir etkiye sahip olan bu araçların nispi bir bağımsızlık ve özgürlük içinde çalışabilmelerinin başta Türkiye olmak üzere diğer tüm gelişme halindeki ülkelerde demokratik süreci en fazla hızlandıran etken olacağı kesindir.

Liberal öğretinin savunduğunun tam tersine, bu tarz bir sermaye sarmalının içerisine ister istemez dahil olmuş olan görsel ve işitsel iletişim araçları tam bir ayna vazifesi yapmamaktadırlar. Bu araçlar sadece istediklerini veya bazı güçler tarafından istenileni yansıtan bir ayna konumundadırlar. Karşımıza sadece istediği yönde, istediği ya-

⁸ Güngör, s.25.

⁹ Gürsel Öngören, Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları, İstanbul, 1996, s.23.

yını yapan, halkın isteklerini ve çıkarlarını göz ardı eden bir ana akım medya tablosu çıkmaktadır. Bu duruma en yakın örnek olarak, Koalisyon Güçleri ile Irak Devleti arasında yakın zamana kadar süren savaşta görev yapan bazı görsel ve işitsel iletişim kuruluşlarını gösterebiliriz. Liberal öğretinin ana vatani olarak kabul edilen ve her zaman basın özgürlüğünden, iletişim özgürlüğünden bahseden ve hatta bu konuda Türkiye Cumhuriyeti'ni defalarca uyaran A.B.D. medyası, savaşla ilgili haberleri kendi toplumuna tarafsız bir şekilde yayımlamayı sınıfta kalmıştır. Üstelik A.B.D ve İngiltere medyasının yaptığı bu taraflı yayınlar bütün dünya kamuoyunu etkilemektedirler. Bunun sebebi de, bu iletişim kuruluşlarının ellerinde bulunan çok geniş imkanlardan diğer iletişim kuruluşlarının da faydalanmaları ve bu iletişim kuruluşlarına bağlı ajanslardan çıkan haberleri kendilerine referans almalarıdır.

Bu durumun, baskın ideolojinin sesinden başka bir ses olmayan, sürekli halkın beynini yıkayıp onu yönlendiren ve kitlelerin bu sesi sürekli dinlemelerinden dolayı onu kendi sesleri zannetmelerine neden olan otoriter ve totaliter rejimlerdeki görsel ve işitsel iletişim anlayışından pratik açıdan bir farkı yoktur.¹⁰ Yani, nasıl otoriter ve totaliter rejimlerde devletin kontrolü altında olan görsel ve işitsel iletişime farklı bir işlev yüklenmesi sonucu ortaya çıkıyorsa, kapitalist pazar ekonomisinin hâkim olduğu sistemlerde de oligopolleşmiş görsel ve işitsel iletişim alanı benzer sonuçları doğurmaktadır.

Böyle bir görsel ve işitsel iletişim ortamında, egemen güçlerin izleyicilere sundukları ve kendi çıkarlarını temsil eden siyasi, ekonomik veya kültürel seçenekler arasından seçim yapma olanağının herkese tanınmasının özgür irade ve özgür seçimle uzaktan yakından bir ilişkisi yoktur. Aslında burada bir düşünsel tekelden söz edilmesi mümkündür. Tabii düşünsel tekelin sadece tekeli veya oligopolistik medya ortamında mevcut olduğunu söylemek de tam olarak doğruyu ifade etmeyebilir. Daha önce de değinildiği üzere, tekeli veya oligopolistik olmayan medya sistemlerinde de medya kuruluşları üzerinde hâkim bir gücün etkin olması durumunda düşünsel tekeli ortaya çıkabilir.

¹⁰ Niyazi Öktem, "İletişim Özgürlüğü", İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, C.XI, S.7, 1992-1993, s.163; Konca Yumlu, "İletişim Alanındaki Teknolojik Gelişmeler, Demokratikleşme ve Tekelleşme", Düşünceler, Yıl9, S.8, İzmir, Şubat 95, s.17.

2. Kişilik Hakları Bakımından Etkileri

Kişilik hakkı kavramının gelişimi insan haklarının gelişimine paralel bir seyir izlemiştir. 20. yüzyılın ilk yarısının sonlarında, totaliter rejimlerin bireyin karşısına devleti koymasının ardından ortaya çıkan sorunlar üzerine insan haklarına verilen önem artmıştır. Ancak, verilen bu önemin ve bu yönde yapılan düzenlemelerin tek amacı bireyi devlete karşı korumak değildir.¹¹ Özellikle teknolojinin hızla gelişmesi, kişiliğin ve dolayısıyla kişilik haklarının kamu hukuku yanında özel hukukta da korunmasının gerekliliğini ortaya koymuştur.¹² Bunun için de özellikle ceza kanunlarındaki düzenlemelerle korunan bireyin, özel hukukta da korunabilmesi için “kişilik hakkı” kavramı geliştirilmiştir.

“Kişilik hakları”nı, kişinin toplum içerisindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden öğelerin tümü üzerindeki hakları olarak tanımlamak mümkündür¹³. Kişilik hakkının süjesini kişiler¹⁴ oluşturur ve bunlar gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Bu açıdan, kişinin onur ve saygınlığını yitirmesine neden olacak tüm saldırıları da kişilik hakkına saldırı olarak kabul etmek gerekecektir. Kişiyi kişi yapan değerlere karşı yapılabilecek saldırıların tümünün bu çerçevede içerisinde düşünülmesi mümkündür. Kişilik

¹¹ Sibel Özel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 26.

¹² Erkan Küçükgüngör, “Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşamın Medya Araçlarıyla İhlali Halinde Hükmedilen Manevi Tazminat Miktarlarının Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 55, 1998/2, s. 67.

¹³ Öngören, a.g.e., s. 17; Erhan Günay, Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 22-23; Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1977, Yıl: 11, S. 14, s. 93. Velidedeoğlu ise benzer şekilde kişilik hakkını “(...) şahsın bedeni, manevi ve fikri varlığının tamlığı üzerindeki hakkıdır.” şeklinde tarif etmektedir. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku - Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, C. I, 3. bs., İstanbul Üniversitesi Neşriyatı, İstanbul, 1948, s. 161.

¹⁴ Birçok Kıta Avrupası dilinde -biraz farklı biçimlerde de olsa- “kişi”nin karşılığı olarak kullanılan ve Latince’den geçen “persona” kelimesi, eskiden tiyatro oyuncularının sahneye çıkarken bir karakteri simgelemek için taktıkları maskeyi ifade etmekteydi. Daha sonra ise oyuncunun canlandırdığı bu karakter ve role ilişkin kavram olan “persona” kelimesi “kişilik” anlamına gelecek şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Kişi kavramının gelişimi, aldığı farklı anlamlar ve bu tespit için bkz. Hüseyin Hatemi-Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku*, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 13-17.

hakları kavramı bir çerçeve olup, kişiliğe ilişkin haklar, değerler ve varlıklar bu bütünü oluşturur. Medya aracılığıyla yapılan kişilik hakları ihlalleri en çok özel hayat hakkı ile şeref ve haysiyetin ihlali şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Özel hayat ve özel hayatın gizliliği çerçeve olan kişilik haklarının içerisinde yer almaktadır.¹⁵ Kişi, kendisini ilgilendiren bir olayın ya da bilginin başkası tarafından bilinmesini istemeyebilir. Bu nedenle, kişinin özel hayat alanına ve özel hayatının gizliliğine müdahale kural olarak hukuka aykırıdır. Özel hayat alanı, kişinin gizli tutmakta çıkarının bulunduğu hususlardan müteşekkildir. Özel hayatın gizliliğinin ihlali ise kişinin belirtilen nitelikteki yaşamının gizlilik niteliğinin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kişinin özel hayatının korunmasının, bu alanı oluşturan unsurların her şeyden önce başkalarının gözleri önüne serilmemesi anlamına geldiğine, orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin izin verdiği kimseler tarafından bilinmesini kapsamına aldığına işaret etmektedir. Mahkeme, söz konusu hakkın kişinin temel haklarından birisi olduğunu, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi için büyük bir önemi haiz olan özel hayatın gizliliği hakkının yeteri kadar korunmadığı durumlarda kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini güven içinde hissederek hareket etmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.¹⁶

Kişinin özel hayatı; kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanı olmak üzere üç bölüme ayrılır. Bu üçlü ayırmada yer alan özel ve gizli hayat, kişiliğin bir yansıması olarak kişilik hakkına dahildir ve bu sebeple korunmaya değer bir nitelik taşımaktadır. Özel hayatın koruma alanları, koruma araçları ve ilkeleri, ayrıca bu alana ilişkin sınırlama ve yaptırımlar söz konusu hakkın konusunun çok yönlülüğünü ve karmaşıklığını gösteren öğelerdir.

¹⁵ Jonathan Coper, "Özel ve Ailevi Yaşama Saygı", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Türkiye Barolar Birliği Sempozyum, Yayın no:97, Ankara, 2003, s. 118.

¹⁶ Jean L. Cohen, "Demokrasi, Farklılık ve Özel Yaşam Hakkı", Demokrasi ve Farklılık, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi Yayınları, der. Seyla Benhabib, çev. Zeynep Gürata, Cem Gürsel, 1999, s. 297; Orhan Özdeş, "Tabii Hukuk Açısından Kişinin Özel Hayatının Gizliliği", *Damıtay Dergisi*, C. IV, S. 14-15, 1974, s. 94.

Şeref ve haysiyete yönelik saldırılar da medya aracılığıyla yapılan ihlallerde karşımıza en çok çıkan durumlardan biridir. Kişinin toplum içindeki saygınlığına halel getirecek şekilde yapılan yayınların hukuken korunması mümkün değildir. Şeref ve haysiyete yönelik saldırılarda kişiye çevresi tarafından verilen saygınlık ve itibarda bir azalma olmaktadır.¹⁷

Bu bağlamda büyük önem arz eden iki husus; özel hayat, şeref ve haysiyetin kapsamının ne olduğu ile bunlarla bilgi edinme hakkı ve haberleşme hürriyetinden hangisinin duruma göre “üstün değer” taşıdığına tespitidir. Yani haber verme hakkının özel hayatın gizliliği ile şeref ve haysiyet karşısında “üstün bir değer” taşıyıp taşımadığı burada üzerinde durulması gereken konuların başında gelmektedir. Genelde haber verme hakkı, özelde de habercinin bilgiye ulaşma hakkı ile bu iki kişilik değeri arasındaki çatışmanın kaynağı, “bireylerin bilgi edinme ve haber alma hakkının mı (ya da kamuoyunu aydınlatma görevinin mi), yoksa şeref haysiyet ve özel hayatın mı hukuksal korunmaya değer olduğu” sorusudur. Daha açık olması bakımından bu çatışma özel hayat hakkı üzerinden şu şekilde açıklanabilir: Kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin haberleşme hürriyeti aracılığıyla kamuoyuna ulaştırılması ve bu yolla bilgilerin kitle iletişim araçlarıyla kamuoyuna duyurulması kişilik haklarına aykırı olacaktır. Buna karşılık, bilgi, kişinin özel hayatını ilgilendirdiği için bilgi talebi reddedilen kişinin habere ulaşma hakkı engellenmiş olacaktır. Görüldüğü üzere bu haklardan birinin kullanılması diğerinin ihlal edilebilmesi gibi bir sonuç doğurabilmektedir. Yararların tartılması ilkesi burada devreye giren en önemli ilkelerin başında gelmektedir.¹⁸

Netice itibarıyla hukuk düzeni bir taraftan bireyin maddi ve manevi kişisel değerlerini tanıyıp kişilik hakları altında koruma altına alırken, diğer yandan da düşünce ve ifade özgürlüğü ve bunun uzantısı olan basın özgürlüğüne de (*Anayasa md. 24 ve 26*) önem vermektedir. Bu bağlamda düşünüldüğünde, basın özgürlüğü kamuoyunu aydın-

¹⁷ Ahmet Kılıçoğlu, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 4. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 105; Nurşen Ayan, Radyo ve Televizyon Yayınlarıyla Yapılan Saldırıların Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s. 69-70.

¹⁸ Yararların tartılması ilkesinin gelişimi ve bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 155-169.

latmanın ötesine geçer ve kullanılan araç da amaca uygun olmazsa, söz konusu değerler basın özgürlüğünden üstün tutulacaktır.

Haber verme hakkı basın özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Nitekim Anayasanın 26/2 maddesi de “Devlet, basın, yayın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır” demekle kişilerin haber alma ve haber verme hürriyetlerini korumuştur. Haber verme hakkı kullanılırken kişilerin birtakım bilgileri (görüntü, ses vb.) kamuoyuna sunulacağından, habere konu olanların kişilerin haklarına ilişkin değerlerinin ihlal edilmesi olasılığı mevcuttur. Bundan ötürü, haber verme hakkını kullananların fiilleri kamu yararı gibi bir hukuka uygunluk sebebine dayandırılmaz ise haksız fiillere ilişkin sorumluluklarının gündeme geleceği muhakkaktır. Ancak haber verme hakkının bir hukuka uygunluk sebebi olarak kullanılması pek tabii sınırsız bir nitelik taşımaz.

Medya aracılığıyla yapılan kişilik hakkı ihlallerinde en sık rastlanılan durumlardan biri yargının kesinleşmiş bir kararı söz konusu olmadan kişinin suçlu ilan edilmesidir. Bu durum, -gereklere şartları barındırıyorsa- yukarıda ele aldığımız şeref ve haysiyetinin ihlali anlamına gelmektedir. Zira böyle bir durumda kişinin toplum içindeki saygınlığına açık bir saldırı söz konusudur.

Yargılama sürecinde, ceza kesinleşinceye kadar suçsuzluk esastır. ‘Masumiyet karinesi’ denilen bu kural genel bir hukuk kuralıdır. Mahkemeler dışında hangi kurum olursa olsun bir başka kurum tarafından insanların suçlu gibi yansıtılması da ‘masumiyet karinesi’ ilkesine aykırıdır. Medya organlarının, adli haberleri veriş şekilleri bazı durumlarda masumiyet karinesine aykırılık teşkil edebilmektedir. ‘Adil yargılama’ yükümlülüğü, yargılamanın basın yargılamasına dönüşmesine engel olmak durumundadır. Aksi takdirde yargısız infaz yapılarak, suç şüphesi altında bulunan kişiler suçlu olarak nitelendirilmektedirler.¹⁹ Medyanın kamuoyunu ilgilendiren olay ve davalara ilgi göstermesi işin doğasında mündemiçtir. Ancak olaylar ve yargıya intikal etmiş davaların medyada verilmiş biçimleri noktasında objektiflik kriterine uygun davranılmalıdır. Bu durumda kişilik hakkı üstün nitelikteki kamusal yararın önüne geçmiş olmaktadır. Özellikle sansasyonel haberler vermek adına, medyada yargı süresince konuyla il-

¹⁹ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/03_03_2010_medya_raporu.pdf. (erişim tarihi 06.12.2014)

gili yayınlar yapılarak kişilerin şeref ve haysiyetleri zedelenebilmekte, özel hayatlarına haksız müdahaleler söz konusu olabilmektedir. Böyle durumlarda ise hukuka uygunluk sebebinden bahsetmek söz konusu olamayacaktır.

Habere konu olan kişinin toplum içindeki statüsü de haber verme hakkının üstün değer olarak kişilik hakkı ihlallerinde hukuka uygunluk sebebi²⁰ olması ile yakından ilişkilidir. Buradan hareketle kişileri statülerine göre, anonim kişiler ve kamuya mal olmuş kişiler şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Kamuya mal olmuş kişiler, içinde buldukları statü ve konum gereği kamuoyunun dikkatini çeken kişilerdir. Bu bağlamda söz konusu kişiler statü ve konumları gereği daha şiddetli eleştirilere karşı açık ve hoşgörülü olmalıdırlar. Ancak bu kişilerin konu edildiği haberlerin, hukuka uygun kabul edilebilmesi için söz konusu haberlerin anılan kişilerin görev alanlarıyla doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi olması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır.

Bunların yanı sıra yayımlanan haberlerin gerçeğe uygun olması, haber niteliği taşıması, haberin veriliş ve sunuş şekli gibi birçok etken yine medya ve kişilik hakları bağlamında önem taşıyan ve tartışılması gereken konuların başında gelmektedir. Ancak yukarıda belirtilen konuların hiçbiri basın özgürlüğünün kısıtlanması ya da işlevsiz hale gelmesi sonucunu doğurabilecek işlem ve eylemlerin gerekçesi olmamalıdır. Netice itibarıyla her iki özgürlüğün de diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi korunmaya ve geliştirilmeye ihtiyacı vardır.

D. Kişilik Hakları İhlallerinde Hukuki Korunma Yolları

Basın hürriyeti de, bu hürriyetin özü olan ifade hürriyeti de KKTC Anayasası'nda düzenlenmiştir. Ancak aynı şekilde kişisel haklar da Anayasa'da yer almakla beraber ifade hürriyetinin ve basın özgürlüğünün sınırlarından biri olarak düzenlenmişlerdir. Medya yoluyla kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda bundan korunmanın yolları gerek özel hukuk, gerekse de kamu hukuku bağlamında belli oranlarda düzenlenmiştir. Kişilik haklarının ihlali neticesinde, söz konusu ihlalin sonlandırılması ya da ihlalden ötürü uğranılan zararın

²⁰ Medya yoluyla kişilik hakları ihlallerinde hukuka uygunluk sebepleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 169-300; Ayan, s. 84 - 95.

tazmini için yargı yoluna başvurma sayısı KKTC genelinde oldukça düşüktür²¹. Bu bakımdan, mahkeme kararları söz konusu hakkın korunması ve gelişimi bakımından yeteri kadar yol gösterici olmaktan uzaktır. Biz de yeri geldiğinde az sayıda olan mahkeme kararlarına olumlu ve olumsuz yönler bakımından değinmeye çalışacağız.

1. Özel Hukuk

Haksız Fiiller Yasası'nın 17 ile 25. maddeleri arasında, medya kuruluşlarınınca yapılan yayınlar ile kişilik haklarına bir saldırının gerçekleşmesi, şeref ve haysiyet yaralayıcı yayınlar yapılması hâlinde, olayın mağduru olan kişilere maddi ve/veya manevi tazminat davası açabilme hakkı tanınmıştır. Bunun yanı sıra, kişilere Mahkemeler Yasası'nın 41. maddesinden hareketle söz konusu yayınların durdurulmasını mahkemeden talep etme hakkı da tanınmıştır.

Ancak burada üzerinde durulması gereken konu, bazı mahkeme kararlarında, dava konusu edilen olayın yalnızca doğruluğunun araştırılması ve olayın doğru olmasının yayını yapanın haklılığı açısından yeterli sayılabilmektedir. Bu yaklaşım özellikle özel hayatın gizliliğinin ihlali açısından sıkıntı yaratabilmektedir. Yapılan yayının, yargı tarafından yalnızca yayının konusu olan olayın gerçekliği üzerinden değerlendirilmesi, her geçen gün daha çok kişinin özel hayatının ihlaline açılan tehlikeli bir kapıdır. Bu yaklaşımdan hareket edildiğinde, birçok durumda normun koruduğu menfaatin göz ardı edilmesi ve normun koruma amacından sapılma ihtimali söz konusu olmaktadır.²²

KKTC medyası açısından en çok karşılaşılan sorunlardan biri, yukarıda "Kişilik Hakları Bakımından Etkileri" başlığında ele aldığımız masumiyet karinesinin ihlal edilmesi suretiyle yargılama sürecinde kişinin şeref ve haysiyetinin zarar görmesidir. Bu durumun birçok örneğine özellikle yazılı basında rastlamak mümkündür. Ceza muhakemesi sürecinde zanlıların açık isim, soy isim ve kelepçeli fotoğrafla-

²¹ Kişilik haklarının ihlalden ötürü açılan dava sayısı sadece 1 (bir) dir. Zem ve kadıhten dolayı açılan dava sayısı 2 (iki), müfsit gaye ile yayından ötürü açılan dava sayısı ise 8 (sekiz) dir. Bkz., <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> (erişim tarihi 15.10.2014).

²² Söz konusu tartışmaların yapıldığı mahkeme kararı için bkz., D. 3/2012, Yargıtay/Hukuk 138/2011.

rıyla manşetten dev puntolarla suçlu ilan edilmesi söz konusu şeref ve haysiyetine doğrudan bir saldırıdır.²³

Bunun yanında, -tahminimizce “kamuya mal olmuş şahıs” veya “ünlü” kavramları bakımından nicel bir eksiklik söz konusu olduğu için- devlet kanalları ve özel kanallarda yapılan magazin yayınlarında “sıradan insanlar”ın yaşamı önemli bir yer işgal etmektedir. Kişiler, günlük yaşamlarındaki eğlence anlayışları çerçevesinde magazin yayınlarının içinde bazen resimleriyle, bazen hem isimleriyle hem de resimleriyle yer almaktadır.²⁴ Çoğunlukla kişilerin farkında olmadan ya da rızaları hilafına karşılaştıkları bu durum da özel hayatın ihlali çerçevesinde değerlendirilmez.

Yukarıdaki iki durum ve medyadaki benzeri yayınlar, özellikle Kıbrıs gibi küçük bir coğrafyada yaşayan ve birbirlerini çok daha yakından tanıyan insanların kişilik haklarını çok daha kırılgan hâle getirmektedir. Özellikle bu tarz haberlerin sunulduğu tarzında kullanılan araçlar ve üslup ise bu kırılganlığı arttırmaktadır.

2. Kamu Hukuku

a. Fesil 154 Ceza Yasası

Ceza Yasası'nda da²⁵ yine müfsit gaye içeren yayınlarla, zemmediği yayınların cezaları düzenlenmiş, bunun yanı sıra hangi durumlarda radyo, televizyon ve gazete yayınlarının bu suçları oluşturmayacağı belirtilmiştir (md.47). Burada şu hususu da belirtmekte fayda vardır ki, ceza hukuku ile özel hukukun işlevleri farklı olduğu için, cezai yaptırımların devreye girmesi olayın mağdurunun özel hukukun kişiliği koruyan hükümlerine başvurmasını tabii ki engellememektedir. Çünkü kişilik hakkına yönelik saldırılarda cezai kovuşturmanın başlaması ancak saldırının durdurulmasını sağlar; fakat bu saldırı neticesinde meydana gelen zararın tazmini imkânını vermez. Bu imkânlar özel hukuk aracılığıyla sağlanmaktadır.²⁶

²³ <http://www.gundemkibris.com/tecavuzcu-uevey-babaya-1-gun-tutukluluk-83071h.htm> (erişim tarihi: 02.12.2014); <http://www.kibrishaber.com/haber-detay/94-tl-sirkat-etti-gozaltina-alindi-10763/> (erişim tarihi: 02.12.2014).

²⁴ <http://haber.kibris.com/deniz-sezonu-resmen-acildi-2012-06-03.html> (erişim tarihi: 02.12.2014); <http://haber.kibris.com/escapede-yaz-partisi-boyle-olur-2013-05-31.html> (erişim tarihi: 02.12.2014).

²⁵ Yasa metni için bkz., <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>. (erişim tarihi 02.12.2014)

²⁶ Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Beta Yayını, İstanbul,

Ceza Yasası'ndaki düzenleme yerinde olmakla beraber, yasanın çok eski tarihli olmasından ötürü dilinin günümüze uyarlanması yönünde de kanun koyucunun değişiklik yapmasının anlaşılabilirlik ve uygulama açısından yerinden olacağı kanaatini taşımaktayız.

b. Kişisel Verilerin Korunması Yasası

89/2007 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Yasası da²⁷ kişisel veri olarak kabul edileceği belirtilen verilerin yasadaki düzenlemelere aykırı bir biçimde açıklanması, nakledilmesi, kullanılmasını suç olarak kabul etmiş, 15 bin Türk lirası para ve 5 yıla kadar da hapis cezası öngörmüştür. Bu düzenleme, bilhassa günümüzde özel hayat kavramının önemli bir bölümünü oluşturan kişisel verilerin korunması ve bu korumanın ihlal edildiği durumlarda da yaptırımların yer alması bakımından önem taşımaktadır.

c. Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanlarının Korunması Yasası

Anayasa'nın 19'uncu maddesinin (1)'inci fıkrasına göre, "özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz".²⁸ Yine Anayasa'nın 21'inci maddesinin (2)'nci fıkrasına göre, "Haberleşmenin gizliliği esastır. Yasanın gösterdiği durumlarda, mahkeme veya yargıç tarafından yasaya uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz". Görüldüğü üzere her iki maddede de hakkın istisnasının ne olduğu düzenlenmiştir. Bu iki hakka dokunulabilmesinin istisnası, her şeyden önce bir adli kovuşturmanın başlatılmış ve buna ek olarak bir yargıç veya mahkeme kararı alınmış olmasıdır. Bu iki insan hakkı da, her şeyden önce bireyin haklarını devlete karşı koruma amaçlıdır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 4.12.2003 tarihli "Case of M.C. v. Bulgaria" kararının 150'nci paragrafında söylendiği gibi,²⁹ bu haklar devlete yalnızca onları ihlal etmeme gibi negatif bir yü-

2007, s.353.

²⁷ Yasa metni için bkz., <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>. (erişim tarihi 02.12.2014)

²⁸ Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

²⁹ http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61521#%22item_id%22:%22001-61521%22 (erişim tarihi: 22.10.2014). Ayrıntılı bilgi için bkz., Gülay Arslan Öncü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul, 2011, s.172-174.

kümlülük değil, aynı zamanda onları başka özel kişilere karşı koruma gibi pozitif bir yükümlülük de getirmektedir.³⁰ Yani Mahkeme'ye göre Devlet, kişilerin özel hayatlarını ve haberleşmelerinin gizliliğini başka kişilere karşı korumakla da yükümlüdür. İşte söz konusu yasa ile özel hayatın gizliliğini ihlal yerinde bir düzenleme ile suç olarak tayin edilmiş, ayrıca haberleşmenin içeriğinin basın yoluyla ya da sosyal medya aracılığıyla işlenmiş olması da ağırlaştırıcı unsur olarak yasada yer almıştır.

Ayrıca yine bu yasa ile görüntü ve ses kaydı alınması ve bunların basın ya da sosyal medya aracılığıyla yayılması da suç olarak öngörülmüştür. Ancak burada, hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydının alınıp alınamayacağı sorusu akıllara gelmektedir. Kamuoyunun gündemini çok meşgul eden, moda bir tabirle kamuya mal olmuş kişilerin kamuya açık alandaki görüntüsü acaba bu kapsam içerisinde sayılacak mıdır? Özel hayatın gizliliği açısından sıradan yurttaşlarla siyasi veya kamusal figürler arasında bir ayırım yapılması gerektiği çok açıktır ve bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da açıkça ifade edilmiştir.³¹ Sıradan yurttaşların özel hayat alanı siyasi veya kamusal figürlerinkinden çok daha geniştir. Bu durum mahkeme kararları çerçevesinde şekillenmesi gereken önemli konulardan bir tanesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yasa'da koruma altına alınan ikinci temel hak, "haberleşmenin gizliliği"dir. Burada korunan, kişilerin birbirleriyle yaptıkları telefon görüşmeleri, mektuplaşmaları, e-postaları ve benzerleridir. Anayasa'ya göre, bir kişinin örneğin telefonlarının dinlenilmesi, yalnız ve ancak mahkeme veya yargıç kararıyla mümkündür. Mahkeme veya yargıç kararı olmaksızın yapılan her dinleme hukuka aykırıdır ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda anılan 2003 tarihli "M.C. v. Bulgaria" kararında belirttiği gibi, devletin bunları önleme gibi bir pozitif yükümlülüğü vardır. Bu çerçevede söz konusu yasa yine kişisel verilerin rıza dışı kaydedilmesini ve bunların yayımlanmasını da yasaklamaktadır.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Sultan Uzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul, Mayıs 2004, s. 160-165.

³¹ Von Hannover v. Germany" kararının 110'uncu paragrafında, bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109029#{%22itemid%22:\[%22001-109029%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109029#{%22itemid%22:[%22001-109029%22]}) (erişim tarihi; 22.10.2014).

d. Cevap ve Düzeltme Hakkı

Cevap ve düzeltme hakkı, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla, ilgili kişi ve kuruluşların aynı araçlardan yararlanarak düşüncelerini açıklama, kendilerini savunma, yanlış beyanları düzeltme imkânı tanıyan bir haktır.

Basın Yasası'nın 24. maddesi de cevap hakkına yer vermeyip düzeltme hakkını düzenlemiştir. Buna göre, ilgili kişinin düzeltme yazısını gönderdikten sonra yayın kuruluşu bunu en geç ikinci baskıda yayımlamak zorundadır. Aksi bir tutumda bulunanların para ve/veya hapis cezası ile cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır.

Görsel ve işitsel iletişim alanını düzenleyen Kamu ve Özel Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Yasası'nın 35. maddesi de, bu alanda yapılan yayınlardan ötürü cevap ve düzeltme hakkını tanımıştır.

Cevap ve düzeltme hakkı, medya yoluyla gerçekleştirilen özel hayat ihlallerine karşı başvurulabilecek belki de en etkili yoldur.³² Çünkü, cevap ve düzeltme kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapılması halinde başvuru ve oldukça süratli işleyen bir yoldur.³³ Gerçekleştirilen ihlallere karşı yukarıdaki yasalar çerçevesinde bir cevap hakkına yer verilmemiş olması günümüz demokrasilerinde kabul edilebilecek bir tutum değildir. Ele aldığımız yasalar aracılığıyla, böyle bir tutum yüzünden medyaya hukuki yaptırımlar uygulanabileceği gibi medya etiği bakımından da bu tarz tutumların kınanması önem arz etmektedir.

e. Medya Etik Kurulu

Bir ülkenin medyasının denetimi formal yollardan sağlanabileceği gibi informal yollardan da sağlanabilmektedir. Medya açısından formal denetim, esas itibarıyla yargısal denetimi ifade etmektedir. Nasıl ki idarenin her türlü eylem ve işlemi yargısal denetime açıksa, benzer

³² Feyyaz Gölcüklü, *Haberleşme Hukuku, Basın-Radyo-TV*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 132; İbrahim Kaplan, "Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması", *Adalet Dergisi*, 1979, s. 224.

³³ Ahmet Çiftçi, "Yazılı Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1992, C. XLII, s. 49.

şekilde iletişim araçlarının da yargısal denetime tabi olması doğaldır.³⁴ Buraya kadar ele aldığımız hususlar da denetimin bu yönünü yansıtmaktadır. Ancak medya formal yollar dışında, informal yollarla da denetlenebilmektedir. Bu tarz yollarda ise medya hem kendisi tarafından hem de halk tarafından denetlenmektedir. Bu denetim türünü sosyal sorumluluk kuramınının³⁵ yansıması olarak görmek mümkündür.³⁶ İnfomal denetimin birçok ülkede görülen en iyi iki örneği ise medya (basın) konseyleri ve ombudsmandır.

KKTC'de de tamamen gönüllülük esası üzerinden akademisyenler ve basın örgütlerinin temsilcileri tarafından 1 Nisan 2013 tarihinde kurulan Medya Etik Kurulu, 13 Haziran 2013 tarihinde ilk toplantısını gerçekleştirip yukarıda ele aldığımız informal denetimi sağlamak adına çalışmalarına başlamıştır.³⁷

Birçok sivil toplum kuruluşu ve basın yayın organının rızası ve imzaladıkları Medya Etik Kurulu Deklarasyonu ile hayata geçen Medya Etik Kurulu bu alanda önemli bir eksikliği kapatmıştır. Zaten bu ve benzeri kuruluşların devlet yapısından bağımsız bir şekilde kurulmaları basın özgürlüğü açısından son derece önemlidir. Ancak burada önemli olan bir başka nokta basın yayın kuruluşlarının da söz konusu Kurul'un almış olduğu kararlara itibar etmeleri ve bu sayede Kurul'un motivasyonuna katkıda bulunmalarıdır. Bu tarz yapıların etkili ve işler kullanılmalarının gerek yazının konusunu oluşturan kişilik haklarının korunması bağlamında, gerekse de diğer hak ve özgürlükler bağlamında olumlu katkısının olacağı muhakkaktır. Nitekim, Kurul'un vermiş olduğu kararlar bazı farklı seslere rağmen kamuoyunun ilgisini çekmiş ve birçok basın yayın kurumu söz konusu kararlar çerçevesinde haber ve yayınlarını gözden geçirme ihtiyacı hissetmişlerdir.³⁸

3. Pratik Bir Çözüm Önerisi Olarak Ortak Tazmin Fonu

Medyanın bireysel ihlallerine karşı yargısal düzlemde yukarıda ele aldığımız şekillerde korunan kişilik haklarının, korunması gere-

³⁴ Metin Işık, Kitle İletişim Sistemleri, Eğitim Kitabevi, Konya, 2011, s. 69.

³⁵ Özgürlükler ile sorumluluklar arasında bir denge kurulmasını amaçlayan kuram.

³⁶ Işık, s. 70.

³⁷ <http://medyaetikkurulu.org/wordpress/index.php/hakkimizda/tarihce-2/> (erişim tarihi: 22.10.2014).

³⁸ Medya Etik Kurulu'nun kararları için bkz. <http://medyaetikkurulu.org/wordpress/index.php/kararlar/> (erişim tarihi: 19.10.2014).

ken diğer bir boyutu daha göz önünde bulundurulmalıdır. Kişilik hakları bir kere ihlâl edildiğinde onun tam anlamıyla telafisi her zaman için mümkün olamamaktadır. Üstelik, gereken önleyici yöntemlerin devreye sokulmaması durumunda da bu ihlâller devam edebilmekte ve bir bireyin dahi kişilik hakkının ihlâl edilmesi tüm iletişim süreçlerinin zarar görmesine yol açabilmektedir. Bu zararların toplamının ise -medyaya azalan güvenle birlikte- uzun vadede toplumsal yapıda derin yaralar açma ihtimali her zaman için yüksektir. Dolayısıyla makalemizin bütünü göz önünde bulundurulduğunda, bireysel olarak korunan ve tazmin edilen kişilik hakları ihlâlleri yanında bu toplumsal etkinin de tazmin edilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Bu konuya ilişkin önereceğimiz pratik bir yolun manevi tazminattaki caydırıcılık unsurunu ikiye katlaması dolayısıyla ayrıca etkili olacağını düşünmekteyiz. Bu yolu, çevre hukukuna hâkim olan “kirleten öder ilkesi”nden çıkarmak mümkündür. Çevreyi koruma amacıyla söz konusu ilkenin daha işler biçimde hayata geçirilmesi için birçok ülkede “ortak tazmin fonu” adı verilen fonlar oluşturulmuştur. Bunun örneklerini İsveç, Norveç, Fransa, Hollanda, Almanya gibi ülkelerde görmek mümkündür. Bu fonların kaynağını ise özellikle çevreyi kirleten kuruluşlar oluşturmakta ve çevreyi kirletenden alınan bu paralar daha sonra yine çevrenin restore edilmesine harcanmak suretiyle oldukça işlevsel bir sonuca ulaşılmaktadır.³⁹ Bu örneğin bir benzerini ise kişilik hakkı ihlâllerine karşı oluşturmak oldukça mantıklı görünmektedir. Her ne kadar çevre hukuku örneğindeki fonun daha çok kuruluşlardan alınan katkı payları şeklindeki biçimine rastlansa da, yine de bu koruma yolunu kendi alanımıza uyarlamak mümkündür.

Bu korumanın sağlanması için, medya aracılığıyla kişilik hakkını ihlâl edenden alınacak olan belli bir miktar paranın bir ortak tazmin fonuna aktarılması ve daha sonra bu fonun medya yoluyla kişilik hakkı ihlâllerini engelleyici yöntemlerde kullanılması imkânı doğacaktır. Özellikle bu fonların medyada etik ilkeleri hayata geçirecek projelerde kullanılması iyi bir başlangıç olacaktır. Kişilik hakkı ihlâl edilenlerin maddi ve manevi zararlarının tam anlamıyla tazmin edilemediği durumlarda, bu fonlar aracılığıyla zararların karşılanmasını sağlamak ise bu örneği belki de bir adım daha ileriye götürmemizi sağlayacaktır.

³⁹ Nükhet Turgut, Çevre Hukuku, Ankara 1998, Savaş Yayınevi, s. 221-224.

Özellikle, kişilik hakkını ihlal eden taraftan alınacak olan tazminatın herhangi bir sebeple sınırlı kaldığı durumlarda bu fonu devreye sokmak mümkün olacaktır. Kişinin şeref ve haysiyetine medya aracılığıyla verilen zararların da tam olarak ortadan kaldırılmasını sağlamak için; bu fonlarla oluşturulacak araçlar sayesinde kamuoyuna ulaşma, yapılan ihlaller konusunda kamuoyunu bilgilendirme ve bilinçlendirme imkânı doğacaktır.

Sonuç

Konumuz açısından önemli olan medya alanında ve özellikle görsel ve işitsel iletişim alanında, demokratik esaslar uyarınca çok sesliliğin var olabilmesini sağlamaktır. Bunun hayata geçmesinin yolu, kanun koyucunun, görsel ve işitsel iletişim özgürlüğünün fiilen gerçekleşebilmesi için gerekli hukuksal tedbirleri almasından geçmektedir. Bu da yalnızca kamu otoritelerinin görsel ve işitsel iletişim özgürlüğüne müdahalelerinin önlenmesi ile olmaz. Görsel ve işitsel iletişim kuruluşlarının kamu otoritelerinin dışındaki güç odaklarına karşı da korunması gerçek bir görsel ve işitsel iletişim özgürlüğü açısından gereklidir. Aksi takdirde halkın haber, düşünce ve bilgileri istediği kaynaklardan öğrenebilme özgürlüğü kısıtlanmış olacaktır.

Sosyal devlet anlayışına göre, günümüzde devletin görsel ve işitsel iletişim özgürlüğü alanındaki görevi sadece izin vermekle sınırlı kalmamalı, devlet alana daha aktif bir biçimde müdahale etmelidir.⁴⁰ Böylece, bir negatif statü hakkı olmaktan çıkan görsel ve işitsel iletişim özgürlüğünde, hem ifade edenin, hem de o ifadenin yöneldiği adresin, kişinin/kişilerin devletten bir şey bekleme hakları doğmaktadır. Bu, sosyal devlet ilkesi gereğince, iletişimin bir kamu hizmeti olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Çoğulculuk, demokrasinin olmazsa olmaz koşullarından biridir. Çoğulcu demokrasilerde, sosyal ve ekonomik düzeyi eşit olmayan gruplar seslerini duyurabilme imkânını yakalarlar. Bu anlamda katılımcı demokrasinin temel unsurlarından olan çoğulculuk, -gerektiğinde pozitif ayrımcılık gibi enstrümanların da devreye sokula-

⁴⁰ Söz konusu müdahale özgürlüğün lehine onun gelişmesini ve güçlenmesini sağlayan türden olmalıdır aksi takdirde sansür ya da benzeri müdahaleler kastedilmemekte ve beklenmemektedir.

rak- mevcut bulunan iletişim kanalları arasında da izleyicinin yaygın dağılımından dolayı, bu alanda da göz önünde bulundurulması gereken ilkelerin başında gelmektedir.

Burada başka bir önemli konu da devletin, iletişim alanındaki tekel veya oligopolü önlemeye çalışırken aldığı tedbirler neticesinde tamamen kendine bağımlı bir medya yaratmaktan olabildiğince kaçınmasının gerekliliğidir. Aksi takdirde birkaç büyük sermaye grubu tarafından oligopol haline getirilen medyaya karşı yapılan eleştirilerin çok daha fazlası devlete yöneltilecektir. Günümüzde iletişim özgürlüğünden geri adım atmak kolay olmayıp, demokratik hukuk devleti anlayışının normal seyrinde bu özgürlüğün sınırlandırılmasından değil ancak genişletilebilmesinden bahsetmek mümkün gibi gözükse de, hak ve özgürlüklerin kanunları yapma gücünü elinde bulunduranların inisiyatifinde olduğu da unutulmamalıdır. Bu bakımdan devlet, özel sektörde olmayan bir güce sahiptir. Devlet sahip olduğu bu gücü, gerek yayıncı gerekse de bireyler açısından iletişim özgürlüğü lehine kullanmak zorundadır. Netice itibarıyla devlet, dış çoğulculuğun sağlanabilmesi amacıyla gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri (regülasyon) yapmakla mükelleftir.

Son olarak toparlamak ve bir tespitle bitirmek gerekirse, gerek görsel ve işitsel iletişim özgürlüğünün, gerekse de bu bağlamda ifade özgürlüğünün sağlanabilmesi için tüm dünyada devletlere her zamankinden daha büyük görevler düşmektedir. Neoliberalizm ve birey ilişkisinin geldiği son nokta ve medyanın toplumları manipüle edebilme amacıyla da kullanılabilir bir güç olması, sermayenin, iletişim araçlarına sahip olma iştahını her geçen gün arttırmakta, görsel ve işitsel iletişim özgürlüğü ne yazık ki tekel ile oligopolün kısıkağı arasında sıkışmaktadır. Tekel ve oligopol genel itibarıyla çoğulculuğa karşı galip gelmiş durumdadır ve şu anda da bunun sancuları fazlasıyla yaşanmaktadır.

Tüm bu bahsettiğimiz noktalar, bizi tek bir noktada birleştirmektedir. O da kişilik haklarına verdiğimiz anlama ve değere paralel olarak, var olan koruma yollarının da daha işlevsel hâle geleceğidir. Bunların yanında, kişiliği koruyan yeni yolların geliştirilmesi ise hukuksal korunmayı daha da anlamlı kılacaktır. Bireyi, neoliberal akıl etkisindeki medyaya karşı koruyan ortak paydalarda buluşmanın yolu özellikle

kişilik haklarını oluşturan değerler üzerinde sürekli kafa yormaktan geçmektedir. “Unutulmasın ki tarih boyunca ve günümüzde, kimlerin kişiliğinin kimlere karşı, hangi uğurda ve hangi biçimde korunduğu sorunsalı üzerinde düşünmeyen hukukçunun gelecek kuşaklar önündeki sorumluluğu ağır olacaktır.”⁴¹

Kaynakça

- Akipek Jale G. - Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku, Beta, İstanbul, 2007.
- Ayan Nurşen, Radyo ve Televizyon Yayınlarıyla Yapılan Saldırıları Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.
- Cohen Jean L., “Demokrasi, Farklılık ve Özel Yaşam Hakkı”, Demokrasi ve Farklılık, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi Yayınları, der. Seyla Benhabib, çev. Zeynep Gürata, Cem Gürsel, 1999.
- Coper Jonathan, “Özel ve Ailevi Yaşama Saygı”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Türkiye Barolar Birliği Sempozyum, Yayın no:97, Ankara, 2003.
- Çiftçi Ahmet, “Yazılı Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1992, C. XLII.
- Dönmezer Sulhi, “Yine Basın Özgürlüğü Üstüne”, *Yeni Türkiye Medya Özel Sayısı*, Yıl:2, S.11, 1996.
- Eriş Metin, “Kitle İletişim Araçlarının Artan Gücü”, *Yeni Türkiye Medya Özel Sayısı*, Yıl:2, S.11, 1996.
- Göksel Ahmet B., “Kitle İletişim Araçlarının Olumlu ve Olumsuz Etkiler”, *Düşünceler*, Yıl 7, İzmir, Şubat 1999.
- Gölcüklü Feyyaz, Haberleşme Hukuku, Basın-Radyo-TV, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- Günay Erhan, Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.
- Güngör Nazife, “Türk Basınında Tekelleşme ve Oligopolleşme”, İletişim Fakülteleri 5. Dekanlar Toplantısında Görüşülmek Üzere Hazırlanan Rapor, Ankara, 2000.
- Hatemi Hüseyin - Oğuztürk Burcu Kalkan, Kişiler Hukuku, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 13-17.
- Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku - Başlangıç ve Şahsın Hukuku, C. I, 3. bs., İstanbul Üniversitesi Neşriyatı, İstanbul, 1948.
- Işık Metin, Kitle İletişim Sistemleri, Eğitim Kitabevi, Konya, 2011.
- İçel Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, Beta, İstanbul, 2012.
- İlal Ersan, İletişim, Yıgınsal İletim Araçları ve Toplum, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s.47.

⁴¹ Serozan, s. 112’den naklen.

- İlkiz Fikret/Günaydın Barış, "Kişilik hakları-Medya Etik ve Yargı Kararları", <http://globalmediajournaltr.yeditepe.edu.tr/hakemli%20yazilar%20pdf/01Fikret%20%C4%B0LK%C4%B0Z%20ve%20Bar%C4%B1s%20G%C3%9CNAYDIN.pdf>, (erişim tarihi, 05.12.2014).
- Kaplan İbrahim, "Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması", *Adalet Dergisi*, 1979.
- Kejanlıoğlu Beybin, Adaklı Gülseren ve Çelenk Sevilay, "Yayıncılık Alanında Mülkiyet ve Kontrol", Medya Politikaları, İmge Kitabevi, Der: D. Beybin Kejanlıoğlu, Sevilay Çelenk ve Gülseren Adaklı, Ankara, 2001.
- Kılıçoğlu Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 4. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Küçükgüngör Erkan, "Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşamın Medya Araçlarıyla İhlali Halinde Hükmedilen Manevi Tazminat Miktarlarının Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 55, 1998/2.
- Öktem Niyazi, "İletişim Özgürlüğü", İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, C.XI, S.7, 1992-1993.
- Öncü Gülay Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul, 2011.
- Öngören Gürsel, Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları, İstanbul, 1996.
- Özdeş Orhan, "Tabii Hukuk Açısından Kişinin Özel Hayatının Gizliliği", *Danıştay Dergisi*, C. IV, S. 14-15, 1974.
- Özek Çetin, "Basında Tekelleşme", Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Yayınları, Der. Çetin Özek, İstanbul, 1999.
- Özel Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Serozan Rona, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1977, Yıl: 11, S. 14.
- Şahin Haluk, Oskay Ünsal ve Alemdar Korkmaz, "İletişim Teorileri, Teorisyenleri: Onlar İletmişlerdi", El, Dil, Göz, Kulak: İletişim İşim, YKY Yayınlar, İstanbul, 1994.
- Tekir Sabri, "Düşünce Hürriyeti ve Medya Boyutu", *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı*, S.22, 1998.
- Topuz Hıfzı, "Global iletişim", İletişim Araştırmaları Derneği, Temmuz 98.
- Turgut Nükhet, Çevre Hukuku, Ankara 1998.
- Uzeltürk Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul, Mayıs 2004.
- Yumlu Konca, "İletişim Alanındaki Teknolojik Gelişmeler, Demokratikleşme ve Tekelleşme", *Düşünceler*, Yıl 9, S.8, İzmir, Şubat 95.

GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULMASI

CONCLUSION OF ELECTRONIC CONTRACTS IN THE LIGHT OF RECENT DEVELOPMENTS

Aziz Erman BAYRAM*

Özet: Elektronik sözleşmeler, günümüzde oldukça yaygın hâle gelmiştir. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, elektronik sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin irade beyanlarının elektronik ortamda iletilme yöntemleri de çeşitlenmiştir. Son dönemde mevzuatımızda elektronik sözleşmeleri yakından ilgilendiren önemli değişiklikler meydana gelmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmada, elektronik sözleşmelerin kurulması konusu, teknolojideki gelişmeler ve mevzuatta gerçekleşen değişiklikler ışığında, Avrupa Birliği düzenlemeleri de dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Sözleşme, İrade Beyanı, Türk Borçlar Kanunu, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Avrupa Birliği

Abstract: At the present time, electronic contracts have considerably become widespread. Along with the developing technology, transmission methods of declaration of intents regarding conclusion of electronic contracts have become diversified as well. Recently, some important changes related to the electronic contracts have also been observed in our domestic law. The Turkish Law of Obligations Number 6098 and The Law on the Regulation of Electronic Commerce Number 6563 entered into force. In this study, the issue of the conclusion of electronic contracts was examined in the consideration of technological developments and changes that happened in legislation by taking European Union regulations into account.

Keywords: Electronic Contract, Declaration of Intent, the Turkish Law of Obligations, the Law on the Regulation of Electronic Commerce, European Union

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçişte, insan gücünün ve makinenin yerini, düşünce gücü ve insan aklı almaktadır. Bu süreçte yaşanan en önemli gelişme, bilgi teknolojileri alanında gerçekleşen ilerlemedir. İnsan aklı ve düşünce gücü sayesinde gelişen bilgi teknolojileri, bilgiye erişmeyi, bilgiyi depolamayı ve aktarmayı hiç olmadığı kadar kolay ve önemli hâle getirmiştir. Böylelikle, bilgiye erişim ve iletişim, günümüzde toplumların odak noktası olmuştur.

İletişim alanında yaşanan gelişmeler ve bilgisayar kullanımının yaygınlaşması, insan ilişkilerinin elektronik ortama da taşınmasını sağlamıştır. İnsanın insanla, insanın toplumla olan ilişkisi, artık fiziksel ortamın yanında, elektronik ortamda da gerçekleşmektedir. Kişiler, elektronik ortamda birbirleriyle iletişim kurmakta, hak edinmekte ve borç altına girmektedir. Artık neredeyse, fiziksel yollardan temin edilebilecek tüm mal ve hizmetler, elektronik iletişim araçları ve özellikle internet aracılığıyla da temin edilebilmektedir.

İnsan ilişkilerinin ve ticaretin fiziksel ortamdan elektronik ortama taşınması, bu alanın hukuk kurallarınca düzenlenmesini gerekli kılmıştır. Elektronik ortamın kendine özgü birtakım yapısı, bu alanda yapılacak hukukî düzenlemelerin, fiziksel ortam esas alınarak yapılan hukukî düzenlemelerden farklılaşmasına neden olmuştur. Bununla birlikte, elektronik ortamda gerçekleşen ticarî faaliyetlerin pek çoğu, fiziksel ortamda gerçekleşen ticarî faaliyetlerin dijital birer yansımasıdır. Bu nedenle, çoğu kez, bunların özel olarak düzenlenmesine gerek kalmamaktadır. Bununla birlikte, fiziksel ortam esas alınarak oluşturulan hukuk kurallarının, elektronik ortamda gerçekleştirilen faaliyetlere uygulanması, farklılık arz edebilmektedir.

Elektronik ortamda gerçekleştirilen ticarî faaliyetlerin yürütülmesinin en önemli aracı olan elektronik sözleşmeler, günümüzde neredeyse fiziksel ortamda aktedilen sözleşmeler kadar yaygın ve önemli hâle gelmiştir. Özellikle, internete erişimin zamandan ve mekândan bağımsızlaşması, internette kurulan sözleşmelerin sayısını oldukça artırmıştır. Masaüstü bilgisayarların yanında, cep telefonu ve taşınabilir bilgisayar vb. cihazlar ile elektronik sözleşme kurmanın mümkün hâle gelmesi, yılın her günü, günün her saati elektronik sözleşme kurmayı olanaklı kılmaktadır.

Bu çalışmada, elektronik sözleşmelerin kurulması konusu, güncel gelişmeler ışığında, Avrupa Birliği Hukukunda yer alan düzenlemeler de göz önünde tutularak ele alınmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, elektronik sözleşmeler hakkında genel bilgiler verilmiş, elektronik sözleşme kavramı tanımlanmıştır. Bu bölümde, elektronik sözleşmelerle ilgili olarak, Türk ve Avrupa Birliği hukukunda yer alan düzenlemelere, genel olarak yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, elektronik sözleşmenin tarafları konusuna genel hatlarıyla yer verilmiş; bu konuda elektronik sözleşmelerin fiziksel ortamda kurulan sözleşmelerden farklarına değinilmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise, elektronik sözleşmelerin kurulmasına ilişkin irade beyanları incelenmiştir. Bu bölümde, öncelikle elektronik irade beyanı kavramı tanımlanmış; klasik anlamda elektronik irade beyanı ve otomatikleştirilmiş irade beyanı ayırımına değinilmiştir. Ardından, elektronik sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanları ele alınmıştır. Elektronik sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanları, elektronik posta yoluyla gönderilen irade beyanları, web sitesi aracılığıyla gönderilen irade beyanları, eş zamanlı iletişim kanallarıyla gönderilen irade beyanları ve sosyal medya siteleri aracılığı ile gönderilen irade beyanları başlıkları altında incelenmiştir.

1- ELEKTRONİK SÖZLEŞME KAVRAMI

I. Elektronik Sözleşmenin Tanımı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ 1. maddesinde, sözleşmenin, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, irade beyanlarının taraflarca, karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanması yeterli olup; Kanun'da açıkça aksi belirtilmediği sürece, bu iradelerin belirli bir şekilde açıklanması zorunlu değildir. Önemli olan, irade beyanının karşı tarafa varmasıdır.² Bu nedenle hukukumuzda, sözleşmelerin

¹ R.G. 04.02.2011, S. 27836.

² T. Saniakçalı, İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler, Ankara 2008, s. 39.

elektronik ortamda da kurulabilmesi konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.³

Elektronik ortamda kurulan sözleşmeleri ifade etmek amacıyla kullanılan “elektronik sözleşme” terimi, satış sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi bir sözleşme türünü ifade etmemektedir. Elektronik sözleşme kavramı, sözleşmenin içeriği ile değil; kuruluş yöntemiyle ilgilidir. Elektronik sözleşme, bir sözleşme tipini değil; sözleşmenin kuruluş biçimini ifade eder.⁴ Bir sözleşmeyi elektronik sözleşme yapan, sözleşmenin içeriği ya da tarafların edimleri değil; kuruluş biçimidir. Elektronik iletişim araçlarıyla, elektronik ortamda kurulabilen tüm sözleşme türleri, elektronik sözleşme tanımına uygun olarak kurulmuşsa, elektronik sözleşme olarak nitelendirilebilir.⁵

Elektronik sözleşmenin kuruluşunda, fiziksel ortamda kurulan sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekmektedir. Elektronik sözleşme, klasik anlamdaki bir sözleşmeden kurulma biçimiyle ayrılır. Elektronik sözleşme, elektronik ortamda,⁶ genellikle internet⁷ üzerinden kurulan bir sözleşmedir. Elektronik sözleşmede taraflar iradelerini elektronik ortamda açıklamaktadır.

Bir elektronik sözleşmenin kurulmasından söz edilebilmesi için, elektronik sözleşmeye ilişkin kurucu irade beyanlarının her ikisinin de elektronik ortamda açıklanmış olması gerekir. Örneğin, taraflardan birinin, elektronik sözleşme kurmak amacıyla, diğer tarafa elektronik ortamda bir ileti göndermesi; diğer tarafın ise buna karşılık olarak yanıtını fiziksel ortamda vermesi durumunda, taraflar arasında kurulan sözleşme elektronik sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir.

³ E. Özsunay, “Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Uluslararası Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002 içinde, s. 128.

⁴ M. Ö. Falcioğlu, Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi Ve Kuruluşu, Ankara 2004, s. 62.

⁵ Şeker, M.: “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”, İTÜSBD 2012 içinde, s. 131.

⁶ İ. Sağlam, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2007, s. 71; Sözer, B.: Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002, s. 89.

⁷ İnternet, dünya genelindeki farklı çalışma sistemlerine ve içeriğe sahip farklı bilgisayar ağlarını (*network*) birbirine bağlayan bir üst yapıdır. Tanım için bkz. Shim, J. K./Qureshi, A. A./Siegel, J. G./Siegel, R.M.: The International Handbook of Electronic Commerce, Chicago 2000, s.23.

Bunlardan hareketle, elektronik sözleşme, “tarafardan her birinin sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak elektronik ortamda beyan ettiği sözleşme” olarak tanımlanabilir.

II. Elektronik Sözleşmelerin AB Hukukundaki Görünümü

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği'nin, elektronik sözleşmelere ilişkin düzenlemeleri, büyük ölçüde, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) tarafından hazırlanan, 1996 tarihli Model Elektronik Ticaret Kanunu'na (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996)⁸ dayanır.⁹

AB'nin, elektronik sözleşmelerle ilgili olarak yaptığı düzenlemelerin başında, 25.11.2011 tarihli 2011/83/AB Tüketici Hakları Direktifi,¹⁰ 13.12.1999 tarihli 1999/93/AT Elektronik İmza Direktifi¹¹ ve 08.06.2000 tarihli 2000/31/AT Elektronik Ticaret Direktifi¹² gelmektedir.¹³ Bu direktiflerden elektronik sözleşmelerin kurulmasıyla doğrudan ilişkisi

⁸ UNCITRAL Model Kanun'un İngilizce metni için bkz. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf (Erişim Tarihi: 01.02.2015).

⁹ Bayram, M.H.: Avrupa Birliği ve İnternet Hukuku, Ankara 2011, s. 115.

¹⁰ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. Direktifin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=1> (Erişim Tarihi: 02.02.2015). 13.06.2014 tarihide yürürlüğe giren Tüketici Hakları Direktifi, 20.05.1997 tarih ve 97/7/AT Mesafeli Satışlarda Tüketicinin Korunmasına Dair Direktif'i (Directive on The Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts) yürürlükten kaldırmıştır.

¹¹ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. Direktifin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0093&from=EN> (Erişim Tarihi: 03.02.2015).

¹² Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). Direktifin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&qid=1424769661435&from=EN> (Erişim Tarihi: 03.02.2015).

¹³ Bayram, a.g.e, s. 93.

olan, 2000/31/AT Elektronik Ticaret Direktifi'dir. Elektronik Ticaret Direktifi dışında kalan diğer iki direktifte, elektronik sözleşmelerin kurulmasında imza konusu ve taraflardan birinin tüketici olması hâlinde yerine getirilmesi gereken yükümlülükler düzenlenmiştir.

2. Elektronik Ticaret Direktifi

2000/31/AT Elektronik Ticaret Direktifi'nde, Model Elektronik Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi, "elektronik sözleşme" kavramı açıkça tanımlanmamıştır. Bununla birlikte Direktif'in 9. maddesinde, üye devletlerin, hukuk sistemlerinde, elektronik vasıtalarla sözleşme yapılmasına izin verecekleri hüküm altına alınmıştır.

Elektronik Ticaret Direktifi'nde "elektronik sözleşme" kavramı açık olarak tanımlanmamakla birlikte, Direktif'te yer alan düzenlemeler ışığında tanımlanabilir. Buna göre AB hukukunda elektronik sözleşme denildiği zaman, bilgi toplumu hizmetlerini konu alan ve elektronik araçlarla kurulan sözleşme, anlaşılır. Bu tanımın anlaşılabilmesi için, "bilgi toplumu hizmeti" kavramının anlamlandırılması gerekir.

Elektronik sözleşmelerin konusu, bilgi toplumu hizmetleridir. Bir sözleşme, ancak bilgi toplumu hizmetlerini konu alıyorsa, Elektronik Ticaret Direktifi uyarınca elektronik sözleşme olarak nitelendirilecek ve Elektronik Ticaret Direktifi'ne tâbi olacaktır. Elektronik Ticaret Direktifi'nin başlangıç kısmının 17. paragrafında, bilgi toplumu hizmeti, ücret karşılığı, elektronik vasıtalarla bir işleme tâbi tutulmak suretiyle, uzak mesafeli olarak yapılan ve hizmeti alacak olan kişinin talebi üzerine verilerin depolanması şeklinde sağlanan tüm hizmetler, olarak tanımlanmıştır. Bu durumda, Elektronik Ticaret Direktifi uyarınca, elektronik sözleşmeden söz edilebilmesi için, sözleşmenin ücret karşılığı ve mesafeli olarak, elektronik vasıtalarla yapılması gerekmektedir. Hizmeti alacak kişinin talep etmesi hâlinde veriler depolanmalıdır.

Elektronik Ticaret Direktifi'nin başlangıç kısmının 18. paragrafına göre, bilgi toplumu hizmetleri, çevrimiçi (*online*) nitelikte olmak üzere, çok geniş bir ekonomik faaliyet alanını kapsar. Bu hizmetler, özellikle, malların çevrimiçi satışını içermektedir.¹⁴ Bir noktadan diğer bir nokta-

¹⁴ Bilgi toplumu hizmetlerinin hukukumuzdaki hizmet sözleşmesi kapsamında-

ya nakledilen, talebe bağılı video veya elektronik posta (*e-mail*) yoluyla ticarî iletişim sağlanması, bilgi toplumu hizmetleri kapsamında kabul edilir. Yani elektronik sözleşmelerin konusunu sadece maddî varlıklar oluşturmamakta, dijital ortamda sunulan hizmetler de sıklıkla elektronik sözleşmelere konu olmaktadır.

Elektronik Ticaret Direktifi'nin başlangıç kısmının 18. paragrafı uyarınca, çevrimiçi sipariş edilen malların teslimi veya çevrimdışı (*offline*) hizmet sunumu, Direktif'in kapsamı dışındadır. Bu durumda, elektronik vasıtalarla kurulan bir sözleşme kapsamında, sözleşmeye konu malın teslimi konusu, Elektronik Ticaret Direktifi'nin uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak bu, sadece sözleşmenin ifa aşaması ile ilgilidir. Sözleşmenin fiziksel ya da elektronik ortamda ifa edilmesi, onun elektronik sözleşme olup olmadığının belirlenmesinde önem taşımaz.¹⁵ Çevrimdışı (*offline*) bilgi toplumu hizmeti sunumu, Direktif'in uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Elektronik Ticaret Direktifi'nin başlangıç kısmının 18. paragrafında, televizyon hizmetleri ve de bu hizmetin radyo dalgaları yoluyla yayınlanmasının, bilgi toplumu hizmetleri kapsamında kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. Nitekim bu hizmetler, bireysel talebe karşılık olarak sunulmamaktadır. Bir işverenle işçisi arasındaki sözleşmeyle kurulan ilişki de, bilgi toplumu hizmeti olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca şirket hesaplarının denetimi ya da bir hastanın fiziksel olarak incelenmesini gerektiren tıbbi muayene gibi, niteliği gereği uzak mesafeli ve elektronik araçlarla yerine getirilemeyecek işlemler, bilgi toplumu hizmeti sayılmamaktadır. Bu nedenle Direktif uyarınca, bu işlemler hakkında Elektronik Ticaret Direktifi uygulanmayacaktır.

Elektronik Ticaret Direktifi'nin 9. maddesinde üye devletlere, sözleşme sürecine uygulanan şartların elektronik sözleşmelerin kullanılmasına engel oluşturabilecek ya da elektronik sözleşmelerin elektronik

ki hizmet görme fiillerinden farklı anlama geldiği, Direktif'teki hizmetten kastın hukukumuzdaki teknik anlamın ötesinde elektronik ortamda malların satışını da kapsayan çok geniş bir faaliyet olduğu konusunda bkz. İnal, E.: E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s. 43.

¹⁵ İnal, a.g.e, s. 43. Öğretide Kırca ise, Direktif'in hizmet ve bilgi sunumuna ilişkin sözleşmeler ile internet veri bankası sözleşmelerini kapsadığını, aksine sözleşmenin internet üzerinden kurulup, edimin geleneksel yollarla ifa edildiği sözleşmelere uygulanmayacağını belirtmiştir (Bu konuda bkz. Kırca, Ç.: «İnternette Sözleşme Kurulması», *BATİDER* 2000, s. 105.).

vasıtalarla yapılmış olması nedeniyle hukukî etkiden ve geçerlilikten yoksun kalmalarına neden olabilecek düzenlemelerden kaçınma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu husus, üye devletlere, elektronik sözleşmelerin kurulmasını engellememe ya da zorlaştırmama yükümlülüğü yüklerken aynı zamanda bir anlamda Avrupa Birliği'nde elektronik sözleşmelerin kurulmasını teşvik eder niteliktedir.

III. Elektrik Sözleşmelere İlişkin Türk Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler

1. Genel Olarak

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun kabul edildiği dönemde, elektronik sözleşme kavramı henüz mevcut değildi. Bu nedenle mülga Borçlar Kanunu'nda ilk başlarda elektronik sözleşmelere ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte kaldığı dönemde, gelişen teknolojiyle birlikte, elektronik sözleşme kavramı ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine, 2004 yılında, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinde, elektronik sözleşmeleri ilgilendiren bir değişiklik yapılmıştır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun¹⁶ 22. maddesiyle, mülga Borçlar Kanunu'nun 14. maddesine, güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haiz olduğuna ilişkin bir cümle eklenmiştir. Bu ifade, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerin elektronik ortamda da kurulabilmesine olanak sağlamıştır.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 22 Nisan 1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabul edildiği dönemde, elektronik sözleşmeler yaygın olmasına rağmen, Kanun'da elektronik sözleşmelere ilişkin bir tanım ya da ayrıntılı bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, 6098 sayılı Kanun'un 15. maddesinde de yazılı şekle bağlı elektronik sözleşmelerin kurulması bakımından önem taşıyan güvenli elektronik imzanın, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğuracağı ifadesine yer verilmiştir.

¹⁶ R.G. 23.01.2004, S. 25355.

Elektronik ticaret ve bilgi toplumu hizmetleri konusunda uluslararası düzeyde yaşanan gelişmeler, ülkemizde de bu alanda kapsamlı bir düzenleme yapılmasını gerekli kılmıştır. AB'ye uyum sürecinin bir parçası olarak 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun¹⁷ kabul edilmiştir.¹⁸

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere, hukukumuzda elektronik ticarete (ve dolayısıyla elektronik sözleşmelere) ilişkin en kapsamlı düzenlemeyi getiren 6563 sayılı Kanun'un hazırlanmasında, çoğu AB üye ülkesinde kabul edilen, "kanunların içine hüküm koyma yoluyla değişiklik" metodu değil; "ayrı ve bağımsız bir kanun yapma" metodu tercih edilmiştir. Bunun sonucu olarak, elektronik sözleşmelerin kurulmasına ilişkin birtakım özel düzenlemeler, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulmasını düzenleyen maddelerinde (md. 1-11) değil; Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da (md. 3-5) yer almaktadır.

2. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun

A- Elektronik Sözleşme Tanımı

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da, AB Elektronik Ticaret Direktifi'nde olduğu gibi, elektronik sözleşme tanımı yapılmamış; Kanun'un amacını ve kapsamını belirleyen birinci maddesinde, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelerin Kanun kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Kanun'da sözü geçen elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelerin, Kanun'un 2. maddesinde yer alan ticarî elektronik ileti tanımından hareketle, telefon, çağrı merkezi, faks, otomatik arama makinesi, akıllı ses kaydedici sistem, elektronik posta¹⁹ ve kısa mesaj gibi vasıtalar aracılığıyla yapılan sözleşmeler, olduğu söylenebilir. Bu

¹⁷ R.G. 05.11.2014, S. 29166.

¹⁸ 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Genel Gerekçesi. Genel Gerekçe için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0488.pdf> (Erişim Tarihi: 05.02.2015).

¹⁹ E-postanın temel işlevi metin iletilerinin taraflar arasında değişimidir. Bununla birlikte artık e-posta dijital ortamda oluşturulan ya da dijital ortama aktarılan seslerin, fotoğrafların ve grafiklerin gönderilmesine de imkân tanımaktadır. Bu konuda bkz. Shim/Qureshi/Siegel, a.g.e, s. 47.

durumda Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a göre, telefon, çağrı merkezi, faks, otomatik arama makinesi, akıllı ses kaydedici sistem, elektronik posta ve kısa mesaj gibi vasıtalar aracılığıyla yapılan sözleşmeler, elektronik sözleşmelerdir.

B- Bilgi Sunma Yükümlülüğü

Elektronik sözleşmelerde genellikle, taraflar arasında, sözleşmenin kurulması aşamasından önce herhangi bir bağ yoktur. Çoğunlukla, taraflar arasında süregelen bir ilişki söz konusu değildir. Bu sözleşmeler, daha çok, önceden birbirini tanımayan, hiç bir araya gelmemiş kişiler arasında kurulmaktadır. Bu nedenle, elektronik sözleşmelerde müzakere sürecine veya sözleşme öncesi görüşmelere ilişkin kayıtlara rastlanmaz.²⁰ Bu durum, elektronik sözleşmelerde, malı alan ya da hizmetin kendisine ifa edileceği kişinin özel olarak korunması gereğini doğurur. Bu korunma yollarından biri de, elektronik sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin karşı tarafı ve sözleşmenin kurulma aşaması gibi konularda bilgilendirilmesinin sağlanmasıdır.

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan hizmet sağlayıcılara, yani elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişilere, elektronik sözleşmelerin kurulması sürecinde, karşı tarafa bilgi verme ve verileri koruma yükümlülüğü yüklemiştir; bu yükümlülükler uymayanlar için (md. 12'de) cezaî yaptırımlar öngörmüştür. Bu düzenleme, hukukumuzda önemli bir yenilik olarak nitelendirilebilir. Nitekim fiziksel ortamda kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasından önce taraflara kural olarak karşı tarafa bilgi verme ya da verileri koruma yükümlülüğü yüklenmemiştir. Elektronik sözleşmelerin kurulmasında, hizmet sağlayıcıya bu tür yükümlülüklerin yüklenmesi ve buna uyulmaması hâlinde cezaî yaptırım öngörülmesi önemli bir yeniliktir.

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'un 3. maddesi uyarınca, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan, fiziksel olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrimiçi iktisadî ve ticarî faaliyette bulunan kişi, elektronik iletişim araçlarıyla bir sözleşmenin kurulmasından önce (veya kurulması sırasında) şu bilgileri sunmakla yükümlüdür:

²⁰ M. Chissick, *Electronic Commerce: Law And Practise*, London 2002, s. 68.

- Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, hizmet sağlayıcı, sözleşmenin kurulmasından önce, güncel tanıtıcı bilgilerini alıcıların²¹ kolayca ulaşabileceği şekilde sunmakla yükümlüdür. Bu bilgilerin kapsamı Kanun'da olarak belirlenmemiştir. Bununla birlikte, tanıtıcı bilgilerin, gerçek kişiler için ad, soyad ve adres vb. bilgiler; tüzel kişiler için ise ticaret unvanı, merkez adresi vb. bilgiler olduğu söylenebilir. Hizmet sağlayıcı, bu güncel bilgilerini, elektronik sözleşmenin karşı tarafının kolayca ulaşabileceği şekilde sunmakla yükümlüdür.
- Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, hizmet sağlayıcı, elektronik sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgileri de karşı tarafa sunmalıdır. Örneğin, hizmet sağlayıcı, web sitesi üzerinden kurulan bir sözleşmede, kabulün gönderilme biçimini, karşı tarafça iletilmesi gereken kredi kartı ya da adres bilgisi gibi bilgilerin iletilme yöntemini sunmakla yükümlüdür.
- Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, hizmet sağlayıcı, sözleşme metninin, sözleşmenin kurulmasından sonra, kendisi tarafından saklanıp saklanmayacağını, bu sözleşmeye alıcının daha sonra erişiminin mümkün olup olmayacağını ve erişim devam ediyorsa ne kadar süreyle erişilebileceğini elektronik sözleşmenin karşı tarafına sunmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşme metnine daha sonra erişmek istemesi hâlinde, sözleşmeye erişimde zorluk yaşamaması için öngörülmüştür. Her ne kadar, Kanun'un 3. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, hizmet sağlayıcı, sözleşme hükümlerinin ve genel işlem şartlarının karşı tarafça saklanmasına imkân sağlamakla yükümlü olsa da, karşı tarafın, metnin hizmet sağlayıcıda bulunduğuna güvenerek metni silmesi ya da metnin kaybolması mümkündür. Hizmet sağlayıcıya yüklenen bu yükümlülük ile, hizmet sağlayıcının sözleşme metninin akıbeti konusunda önceden karşı tarafı bilgilendirmesi sağlanmış, böylece tarafların zarara uğraması engellenmek istenmiştir.

²¹ Kanaatimizce, buradaki "alıcıların" ifadesi, sadece satış sözleşmesinde bedel ödemekle yükümlü olan tarafı ifade etmek amacıyla kullanılmamıştır. Buradaki "alıcı" ifadesini elektronik sözleşmenin karşı tarafı olarak anlamak gerekir.

- Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (ç) ve (d) bentleri uyarınca, hizmet sağlayıcı, ayrıca veri girişindeki hataların açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlara ilişkin bilgileri ve uygulanan gizlilik kurallarını ve varsa alternatif uyumsuzluk çözüm mekanizmalarına ilişkin bilgileri sunmakla yükümlüdür.
- Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, hizmet sağlayıcı, varsa mensubu olduğu meslek odası ile meslekle ilgili davranış kurallarını ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğini belirtir.

Kanun'un 3. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkralarında bilgi verme yükümlülüğüne iki önemli istisna getirilmiştir:

- İlk istisna, Kanun'un 3. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların tüketici olmadığı hâllerde taraflar, birinci ve ikinci fıkralarda yer alan bilgi sunmaya ilişkin düzenlemelerin aksini kararlaştırabilirler. Yani, tarafların ikisinin de Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun anlamında tüketici olmaması hâlinde, taraflar anlaşarak bilgi verme yükümlülüğünü kaldırabilirler. Ancak taraflardan birinin bile tüketici olması hâlinde, tarafların anlaşarak bilgi verme yükümlülüğünü kaldırması mümkün değildir.
- İkinci istisna, Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiş olup, buna göre, birinci ve ikinci fıkralar, münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz. Bu durumda münhasıran, yani başka herhangi bir elektronik iletişim aracı kullanılmaksızın sadece elektronik posta yoluyla kurulan elektronik sözleşmeler ile elektronik posta benzeri, telefon gibi "bireysel" iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelerde hizmet sağlayıcının birinci ve ikinci fıkralardaki bilgileri sunma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Hizmet sağlayıcının Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen bu yükümlülüklerini ihlâli hâlinde, Kanun'un 12. maddesinde düzenlenen cezaî yaptırım gündeme gelir. Ayrıca hizmet sağlayıcının genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir.

3. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

A- Mesafeli Sözleşme Kavramı

“Elektronik sözleşme” kavramı, “mesafeli sözleşme” kavramı ile yakından ilişkilidir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un²² 48. maddesinde, mesafeli sözleşme, “Satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşme”, olarak tanımlanmıştır.

Elektronik sözleşmeler, mal, hizmet veya dijital hizmetleri konu alan sözleşmelerin elektronik ortamda, tarafların fiziksel varlığı olmaksızın akdedilmesiyle meydana geldiğinden, bazı elektronik sözleşmelerin aynı zamanda mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Bir elektronik sözleşmenin aynı zamanda mesafeli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için ilk koşul, tarafların sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulması sırasında bir araya gelmemesidir.²³ Nitekim elektronik sözleşmelerde, tarafların sözleşmenin kurulmasından önce bir araya gelmesi, sözleşmenin elektronik sözleşme olarak nitelendirilmesini engellemektedir. Her ne kadar, genellikle elektronik sözleşmelerde de tarafların daha önceden bir araya gelmesi söz konusu olmasa da, elektronik sözleşmenin kurulmasından önce tarafların bir araya gelerek sözleşme görüşmelerini gerçekleştirmiş olması mümkündür.

Bir elektronik sözleşmenin aynı zamanda mesafeli sözleşme olarak kabul edilebilmesi için ikinci koşul, sözleşmenin bir tarafında tüketicinin var olmasıdır. Nitekim 6502 sayılı Kanun, tüketici işlemlerini konu alan bir kanundur. TKHK md. 3 uyarınca, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tüketicidir. Sözleşmenin diğer tarafında ise satıcı²⁴ veya sağlayıcı²⁵ bulunur.

²² R.G. 28.11.2013, S. 28835.

²³ İnal, a.g.e, s. 170.

²⁴ 6502 sayılı Kanun’un 3. maddesi uyarınca satıcı kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

²⁵ 6502 sayılı Kanun’un 3. maddesine göre sağlayıcı ise, Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet

B- Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğü

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da olduğu gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bazı hâllerde sözleşmenin karşı tarafının sözleşme öncesinde bilgilendirilmesi gerekir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tüketici, mesafeli sözleşmeyi kurmadan ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde, satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmelidir. Madde söz geçür bilgilendirmeye ilişkin hususlar, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde²⁶ ayrıntı olarak düzenlenmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında mesafeli sözleşme niteliğindeki elektronik sözleşmelerin kurulmasında, sözleşmenin karşı tarafı, hem Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine uygun olarak, hem de Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümlerine göre bilgilendirilmelidir. Aksi hâlde, satıcı veya sağlayıcı hem Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 77. maddesinde düzenlenen cezaî yaptırımlarla karşı karşıya kalabilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayrıca tüketici kredisi (md. 22 vd.), konut finansmanı (md. 32 vd.) gibi sözleşmelerin kurulmasında da özel bilgilendirilme yükümlülükleri öngörülmüştür. Söz konusu sözleşmelerin elektronik ortamda kurulması durumunda, bu bilgilendirme yükümlülüklerine de ayrıca uyulması gerekir.

2- ELEKTRONİK SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

I. Genel Olarak

TBK md. 1'in birinci fıkrasında, sözleşmenin, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, her şeyden önce, elektronik sözleşmeden söz edilebilmesi

sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir.

²⁶ R.G. 27.11.2014, S. 29188.

için de en az iki tarafa ihtiyaç vardır. Sözleşmeyi yapmaya katılan, sözleşmenin hukukî sonuçlarını kendi egemenlik alanlarında gerçekleştiren, bundan etkilenen kişilere sözleşmenin tarafı denir.²⁷ Elektronik sözleşmeyi yapan, sözleşmenin hukukî sonuçlarını doğuran kişi, elektronik sözleşmenin tarafıdır.

Genellikle sözleşmeler iki taraf arasında kurulmaktadır. Bununla birlikte bir sözleşmede ikiden fazla tarafında da bulunması mümkündür. Bunun en bilinen örneği, ortaklık sözleşmesidir.²⁸ İki taraftan fazla tarafın elektronik ortamda bir ortaklık kurmaları mümkündür. Taraflar internet üzerinden, örneğin birbirlerine elektronik posta göndermek suretiyle, belirli ve ortak bir ekonomik amaçta birleşerek bir ortaklık sözleşmesi akdedebilir. Kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmayan adi şirket sözleşmesinin, elektronik yapılmasına bir engel yoktur.

Elektronik sözleşmenin bir tarafını birden fazla kişinin oluşturması da mümkündür.²⁹ Örneğin, bir mala elbirliği ile malik olan kişilerin, bu malı internet üzerinden satmak istemeleri durumunda, elektronik satış sözleşmesinin satıcı tarafı birden fazla kişiden meydana gelecektir.

II. Tarafların Ehliyeti

Elektronik sözleşmelerde tarafların ehliyeti konusu, diğer sözleşmelere göre özellik arz eder. Çünkü elektronik sözleşmelerde, genellikle taraflar sözleşmenin kurulmasından önce bir araya gelmemekte, sözleşmenin kurulması sırasında (ve sonrasında) çoğu kez birbirini görmemektedir. Bu da küçüklerin ya da kısıtlıların yapmış oldukları elektronik sözleşmelerde, karşı tarafın, sözleşmeyi akdeden küçük ya da kısıtlının bu durumunu bilmediğini, bilmesinin de kendisinden beklenemeyeceğini ileri sürerek, sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulup kurtulamayacağı sorununu doğurur.

Türk Medeni Kanunu'nun³⁰ 15. maddesine göre, Kanun'da gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan

²⁷ Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 227.

²⁸ Eren, a.g.e, s. 228; Oğuzman, M.K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul 2012, s. 42 vd.

²⁹ Oğuzman/Öz, a.g.e, s. 43.

³⁰ R.G. 08.12.2001, S. 24607.

kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz. Bu bakımdan ayırt etme gücüne sahip olmayanların, yani tam ehliyetsizlerin yaptıkları işlemler hüküm ifade etmez. Tam ehliyetsizler öneri ve kabulde bulunamaz. Tam ehliyetsiz ile iyiniyetli bir kişinin hukukî işlem yapması durumunda, yapılan hukukî işlem geçersizdir. Yasal temsilcinin izni ya da onayı bu işlemi geçerli hâle getirmez.³¹ Bu nedenle tam ehliyetsiz bir kişiyle elektronik ortamda sözleşme akdeden bir kişi, sözleşmenin elektronik ortamda gerçekleştiğinden bahisle, işlemin geçerli olduğunu ileri süremez.

TMK md. 16 gereğince, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Sınırlı ehliyetsizler olarak adlandırılan bu kişiler, Kanun'da sayılan istisnalar dışında, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça elektronik sözleşme akdedemez. Örneğin, bir internet sitesinden çok beğendiği bisikleti sipariş eden bir küçük, yasal temsilcisinin rızası olmadıkça bu siparişi ile bağlı değildir. Satıcı, alıcının küçük olduğunu bilmediğini yahut alıcının kendisini ergin olarak tanıttığını iddia ederek küçüğün sözleşme ile bağlı hâle getiremez. Yasal temsilcinin icazet vermemesi durumunda, işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz hâle gelir.³²

3- ELEKTRONİK SÖZLEŞMENİN KURULUŞUNA İLİŞKİN BEYANLAR

I. Elektronik İrade Beyanı Kavramı

1. Genel Olarak

Elektronik irade beyanı, irade beyanının elektronik ortamda gerçekleştirilmiş hâlidir. Fizikî ortamda gerçekleştirilecek bir davranışın irade beyanı olarak adlandırılabilmesi için gereken hususlar, elektronik ortamda gerçekleştirilen bir davranışın elektronik irade beyanı olarak anlamlandırılmasında da geçerlidir. Bu bakımdan, elektronik irade beyanından söz edilebilmesi için fiil iradesinin, beyan bilincinin ve hukukî sonuç iradesinin, elektronik ortamda dış dünyaya açıklanması gerekir.

³¹ B. Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2014, s. 258.

³² Öztan, a.g.e, s. 266.

Elektronik irade beyanı, internetin, verilerin gönderilmesinde en hızlı yöntemlerden bir olması sayesinde, günümüzde oldukça yaygın ve önemli hâle gelmiştir. Bununla birlikte, elektronik irade beyanında, özellikle iradenin oluşması aşamasında birtakım sorunlar yaşanabilmektedir. Bu tür irade beyanında, sadece tek bir kutucuğa tıklanarak önceden hazırlanan koşul ve şartların, çoğu kez hiç okumadan kabul edilmesi mümkündür. Yine, e-posta kutusuna gelen gönderilerin zamanında görülmemesi ihtimâli, varması gerekli elektronik irade beyanı bakımından sorun yaratabilmektedir.

Elektronik ortamda gerçekleşen irade beyanının fizikî ortamda gerçekleşen irade beyanından en önemli farkı, elektronik ortamda otomatikleştirilmiş irade beyanı ile karşılaşılabilmesidir. Bazı web sitelerinde irade beyanları bir insan tarafından bizzat düzenlenmekte ve internet üzerinden gönderilmekte iken; bazı web sitelerinde irade beyanları insan katılımı olmaksızın, bir program sayesinde otomatik olarak oluşturulmakta ve internet üzerinden gönderilmektedir. Bu nedenle, elektronik irade beyanının, klasik anlamda elektronik irade beyanı ve otomatikleştirilmiş irade beyanı olarak ikiye ayrılarak incelenmesi gerekir.³³

2. İrade Beyanının Elektronik İletişim Araçları İle İletilmesi

Teknolojinin sağladığı tüm olanaklar çerçevesinde, kişilerin irade beyanını elektronik iletişim araçlarıyla göndermesi mümkündür. Özellikle bir web sitesi üzerinden ya da bir elektronik posta aracılığıyla irade beyanında bulunmak günümüzde oldukça yaygındır. İnternetin sağladığı imkânlar sayesinde, artık internet aracılığı ile karşılıklı sohbet (*chat*) yöntemleriyle; yazılı, sesli ya da görüntülü olarak irade beyanında bulunmak mümkündür.³⁴

Elektronik ortamda irade beyanında bulunmak isteyen bir kişi, çeşitli yollarla bu amacını gerçekleştirebilir. İlk olarak bu kişi, web sayfasındaki formu doldurarak web sitesi sağlayıcısına gönderebilir. İkinci olarak, web sayfasında yer alan 'Kabul Ediyorum' (*I Accept*), 'Kabul Etmiyorum' (*I Don't Accept*), gibi ifadeler taşıyan bir yeri tıklayarak ya

³³ İnal, a.g.e, s. 96.

³⁴ İnal, a.g.e, s. 97.

da klavyedeki ilgili tuşa basarak irade beyanında bulunabilir. Üçüncü olarak, bir e-posta yazıp bunu internet üzerinden gönderebilir. Dördüncü olarak, sohbet sağlayıcısı bağlantısıyla, yazmış olduğu metni, internet üzerinden aynı sohbet kanalındaki diğer bir kimseye göndererek onun ekranında görünmesini sağlayabilir. Son olarak, internet telefon bağlantısı ya da video konferans yönetimiyle iradesini açıklayabilir.³⁵ Tüm bunlar elektronik sözleşmelerin kurulmasına ilişkin beyanların iletilmesinin birer aracıdır. Tarafların sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanlarını bu yollardan biriyle gerçekleştirmesi mümkündür.

Kişiler, irade beyanlarını elektronik ortamda iletirken, fiziksel ortamda iletmelerine göre daha fazla korunmaya ihtiyaç duyar. Elektronik iletişim araçlarıyla irade beyanlarının iletilmesinde, kişilerin iradelerinin sakatlanma olasılığı, fiziksel ortama göre daha yüksektir. Çünkü elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemlerde, kişilerin beyanın muhatabını ve gerçekleşebilecek hukukî sonucu bilmeleri daha zordur. Çoğu kez bir kutucuğun işaretlenmesi yahut yabancı dildeki bir şıkkın seçilmesi suretiyle beyanda bulunulması söz konusudur. Bu nedenle, elektronik ortamda sözleşmelerin kurulmasında irade beyanının sakatlandığı iddiasına, fiziksel ortamdan iletilen beyanlara nazaran daha fazla önem atfetmek gerekir.

3. Otomatikleştirilmiş İrade Beyanı

İrade, kişiye özgü bir olgudur. Henüz makinelerin kendi iradelerinin varlığından söz edilemez. Bununla birlikte, elektronik iletişim araçları, kişilere doğrudan ihtiyaç duymadan, iradelerin gönderilmesi görevini yerine getirebilmektedir. Özellikle web sitesi sağlayıcıları, kullanılan programlar sayesinde, bilgisayar gibi elektronik cihazlardan irade beyanlarının otomatik olarak gönderilmesinden sıkça yararlanmaktadır.

İrade beyanlarının elektronik cihazlar tarafından açıklanmasında, bu cihazlar oldukça karmaşık bir görevi yerine getirmektedir. Ancak bu cihazların seçimleri, kendilerine ait değildir. Bunlar, programlayı-

³⁵ İnal, a.g.e, s. 97; T. Şahin, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları Ve Bu Beyanların Geri Alınması", *TBBD* 2011, s. 342.

cısının kendisine programladığı, yani yapılmasını emrettiği görevleri yerine getirmektedir. Cihazlar işlevlerini tamamen programlandığı gibi gerçekleştirmektedir.³⁶ Bu nedenle otomatikleştirilmiş irade beyanında, elektronik cihazın değil; onu kullananın iradesinden söz etmek gerekir.

Otomatikleştirilmiş irade beyanında, elektronik cihazın her ile-tisinin arkasında somut bir insan iradesi yoktur. Ancak, bu elektro-nik cihazı otomatik olarak irade beyanında bulunabilecek bir biçimde programlayan ya da işleten bir kişi vardır. Bu kişi, programlama ve işletme davranışı ile eylem, hukukî sonuç ve beyan iradelerini önceden ve genel olarak açığa vurmuş sayılır.³⁷

Otomatikleştirilmiş irade beyanı aracılığı ile sözleşme kurulması-na hukukumuzda bir engel bulunmamaktadır. Bir sözleşmenin kurul-masına ilişkin elektronik irade beyanları, elektronik iletişim araçlarıyla doğrudan insan katılımıyla açıklanabileceği gibi; insanın doğrudan katılımı olmaksızın, önceden programlanmış bir şekilde de açıklana-bilir. Her hâlde açıklanan irade bir kişinin iradesi olup, kişi bu iradesi ile bağlıdır.

II. Elektronik Sözleşmenin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları

1. Öneri Ve Kabul Kavramları

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Tarafların karşılıklı olarak açıkladıkları, sözleşmeyi kurulmasını sağlayan bu irade beyanlarından ilki öneri, ikincisi kabuldür.

Öneri, bir sözleşmeyi meydana getirmek amacıyla yapılan, bir kişinin teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanıdır.³⁸ Öneri, öneri sahibinin sözleşme yapma iradesini karşı tarafa bildirir, açıklar. Öneri, sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını içermeli ve sözleşmenin kurulmasını sağlayabilecek olgunlukta olmalıdır.³⁹ Öneri, bağlanma

³⁶ Nieuwenhuis H./Snijder H./Weatherill S.: E-commerce Law: National and Trans-national Topics and Perspectives, The Hague 2003 , s. 89.

³⁷ N. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, İstanbul 2010, s. 132.

³⁸ Oğuzman/Öz, a.g.e, s. 51.

³⁹ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e, s. 180.

iradesi taşınmalı, yani öneri sahibi, iradesini açıklamakla son sözü söyleme ve karşı tarafın bu teklifi kabul etmesi hâlinde bir sözleşme kurma niyetinde olmalıdır.⁴⁰

Öneri, öneriye davetten farklıdır. Öneride, muhatabın kabulü hâlinde, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulması söz konusudur. Öneriye davette ise henüz taraflar arasında sözleşme ilişkisine yönelik görüşmeler söz konusu olduğundan, taraflar bağlanma amacı gütmemektedir.

Kabul, yapılan bir öneriye karşılık olarak, muhatap tarafından önerene yöneltilen ve sözleşmeyi öneriye uygun olarak kurma isteğini kesin olarak ifade eden irade beyanıdır.⁴¹ Kabul, zaman itibarıyla öneriden sonra gelir ve bu beyanla muhatap, öneren ile aralarında öneriye uygun bir sözleşme ilişkisi kurulmasını ister. Bu nedenle bir kabul, öneriyi değiştirmemeli, sözleşme ile bağlanma iradesini kesin olarak yansıtmalıdır. Kabul de karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanı olup, yöneltilmeyen irade beyanı sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmaz.⁴²

TBK md. 6 uyarınca, öneren, açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, önerisi muhatabı tarafından uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır. Önerenin açık bir kabulü beklemek zorunda olduğu durumlar ise kanundan, işin özelliğinden veya durumun gereğinden kaynaklanabilir.

2. Elektronik Posta Yoluyla Gönderilen Öneri Ve Kabul

A- Genel Olarak

Öneri ve kabule ilişkin beyanlar muhatabına geleneksel yollardan, örneğin mektupla gönderilebileceği gibi, günümüzde sıkça rastlandığı üzere elektronik ortamda, e-posta yoluyla da gönderilebilir.⁴³ E-posta

⁴⁰ A. M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.s. 57.

⁴¹ Oğuzman/Öz, a.g.e, s. 66.

⁴² Oğuzman/Öz, a.g.e, s. 67.

⁴³ Tarafların e-posta ile hizmetinden yararlanılabilmesinin temel şartı, hem göndericinin hem de alıcının bir e-posta adresine sahip olmasıdır. Hizmetten yararlanmak isteyen kullanıcı e-posta adresine bir internet servis erişim sağlayıcısı nezdinde sahip olabileceği gibi, web üzerinden e-posta hizmeti sağlayan "gmail", "hotmail" gibi sunucular nezdinde de sahip olabilir. E-posta adresine gönderilen iletiler, e-posta hizmeti sağlayan sunucunun bilgisayarında kullanıcı tarafından erişilmek

yoluyla gönderilen ileti, muhatabın e-posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarında bulunan, muhataba ait e-posta kutusunda kaydedilmekte ve muhatap tarafından çağırılmaya hazır olarak tutulmaktadır. Muhatap, e-posta hizmet sağlayıcısına internet aracılığı ile bağlanarak e-posta kutusuna ulaşmakta, burada kendisine gönderilen e-postaları açma ve okuma imkânına sahip olmaktadır.⁴⁴

Öneri ve kabul beyanlarının e-posta yoluyla gönderilmesi suretiyle kurulan sözleşmeler, tarafların doğrudan doğruya iletişime geçmemeleri nedeniyle, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerdendir. Nitekim beyanların e-posta aracılığı ile gönderilmesinde, tarafların göndermiş oldukları e-posta, önce muhatabın hizmet sağlayıcısının bilgisayarına kaydedilmektedir. Bundan sonra, muhatap, hizmet sağlayıcısındaki posta kutusuna ulaşarak beyanın içeriğini öğrenebilmektedir. Bu yolla gönderilen beyanların iletilmesinde araya az ya da çok bir zaman girdiğinden, elektronik posta yoluyla öneri ve kabulün gönderilmesi sonucunda kurulan sözleşmeler, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerdendir.⁴⁵

Tarafların istisnai olarak, çevrim içi ortamda, e-posta bağlantılarının kurulu olduğu bilgisayarlarının başında birbirlerine e-posta göndermek suretiyle görüştükleri ve birbirlerinin çevrimiçi olduklarını bildikleri durumda, sözleşmenin hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı kurulduğunun çok açık olmadığını belirtmek gerekir. Nitekim burada beyanların gönderilmesi ve öğrenilmesi arasında çok kısa bir zaman farkı vardır. Ayrıca, tarafların birbirine soru sorması ve bu soruların derhâl yanıtlanması mümkündür. Ancak yine de, burada, gönderilen e-posta doğrudan muhatabın ekranında görünmemekte, okunabilmesi için muhatabın aktif bir davranışta bulunması gerekmektedir. Bu durum, bu tür iletişimi dolaylı bir iletişim hâline getirmektedir. Bu nedenle, tarafların böyle bir şekilde olsa bile, e-posta aracılığıyla kurdukları sözleşmeleri hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerden saymak gerekir.⁴⁶

üzere kayıt edilir. Bu konuda bkz. İnal, a.g.e, s. 11.

⁴⁴ İnal, a.g.e, s. 108.

⁴⁵ İnal, a.g.e, s.108; Kırca, a.g.e, s.108; Sağlam, a.g.e, s. 122; Şeker, a.g.e, s. 138.

⁴⁶ İnal, a.g.e, s. 108, dpn. 65; Krş. Demir, M.: Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004, s. 226.

Öneri ve kabulün elektronik posta yoluyla gönderilmesinin hazır olmayanlar arasında gerçekleşen iletişim olduğunun tespiti önemli sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim burada artık, e-posta yoluyla yapılan öneride önerenin önerisiyle bağlılık süresinin TBK md. 3 ve md. 5'e göre belirleneceği söylenebilir. Bu durumda, e-posta aracılığı ile yapılan öneride, TBK md. 3 gereğince, öneren e-posta ile gönderdiği önerisinde kabul için bir süre belirlemişse, bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlı kalacak; kabul, belirlediği bu süre içinde kendisine ulaşmazsa, önerisiyle bağlılıktan kurtulacaktır. E-posta ile gönderilen öneride, öneren kabul için süre belirlememişse, TBK md. 5 uyarınca, önerisi zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar kendisini bağlayacak, bu andan sonra öneren önerisiyle bağlı olmayacaktır.

B- Ulaşma Anı

Hukukumuzda, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, irade beyanının yapılmış sayılabilmesi için beyanın karşı tarafa varması yeterli kabul edilmektedir.⁴⁷ Bu durumda, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde, irade beyanının muhatabın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurduğu kabul edilmekte, muhatabın irade beyanını fiilen öğrenmesi şart olarak görülmektedir.⁴⁸ Hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde, beyanın muhataba ulaşmasına kadar olan tehlikelere beyan sahibinin; beyanın ulaşmasından sonra gerçekleşen tehlikelere ise, muhatabın katlanması gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁹

E-posta yoluyla yapılan öneri ve kabulde, beyanların muhatabın hâkimiyet alanına dâhil olması, söz konusu beyanların muhatabın elektronik posta kutusuna girmeleriyle olur. Beyanların muhatabın elektronik posta kutusuna girmesi ise, e-posta olarak gönderilen öneri ya da kabulün, muhatap tarafından erişilmek üzere, muhatabın e-posta kutusuna kaydedilmesiyle gerçekleşir.⁵⁰ Yani bir öneri veya kabul, muhatabın e-posta kutusuna kaydedilmişse, yapılmış sayılır.

⁴⁷ İnal, a.g.e, s. 105; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e, s. 155; Sağlam, a.g.e, s. 178.

⁴⁸ İnal, a.g.e, s. 105.

⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e, s. 157.

⁵⁰ İnal, a.g.e, s. 110; Kırca, a.g.e, s. 110.

Bununla birlikte, irade beyanının muhatabın e-posta kutusuna girmiş olmasının yeterli görülmesi, muhatabı zor duruma sokabilir. Çünkü genellikle kullanıcılar e-posta kutusunu kontrol etmek konusunda ihmalkâr davranmaktadır. Bu nedenle, öneri veya kabulün ulaşılmış sayılabilmesi için, muhatabın beyanı öğrenebilmesinin kendisinden beklenmesi de gerekir. Bu durumda muhatabın almış olduğu tedbirlerle ve iş hayatının normal akışına göre, muhatap öneri veya kabulü öğrenebilecek durumda ise beyanlar yapılmış sayılır. Ancak iş hayatının gereklerine göre, muhatabın söz konusu beyanın yapıldığını öğrenmesi kendisinden beklenemeyecek ise öneri veya kabul yapılmamış sayılır.⁵¹

D- Ulaşma Engelleri

E-posta kutusuna gelen öneri veya kabul beyanının yapılmış sayılması için aranan bir başka koşul, e-postanın ulaşmasını engelleyen bir durumun ortaya çıkmamasıdır. E-postanın ulaşmasını engelleyen bir durumun ortaya çıkması hâlinde, her zaman öneri veya kabulün ulaşmadığından söz etmek de doğru olmaz. Nitekim bazı hâllerde riske muhatabın katlanması gerektiği kabul edilir ve öneri veya kabul ulaşılmış sayılır.

Ulaşma engellerinde üç olasılık meydana gelebilir:

- Birinci olasılık, e-postanın henüz iletim esnasında kaybolmasıdır. Burada öneri veya kabul, gönderen tarafından yollanmış; ancak yolculuğu esnasında kaybolmuştur. Bu olasılıkta, e-postanın ne muhataba ne de hizmet sağlayıcısına ulaşmadığı gözetilerek, öneri veya kabulü ulaşılmamış, yani yapılmamış saymak gerekir.⁵²
- İkinci olasılık, öneri veya kabulün, e-posta hizmet sağlayıcısına ulaşılmış olmasına rağmen, muhatabın e-posta kutusuna kaydedilmemiş olmasıdır. Burada konuyu, “e-postanın kaydedilmemesine neden olan unsur” dikkate alınarak yapılacak ikili bir ayrımla incelemek gerekir. Eğer e-postanın muhatabın kutusuna kaydedilemesinde muhatabın hiçbir etkisi yoksa öneri veya kabul yapılmamış

⁵¹ Demir, a.g.e, s. 170 vd.; İnal, a.g.e, s. 110; Kırca, a.g.e, s. 111.

⁵² İnal, a.g.e, s. 112; Şeker, a.g.e, s. 143.

sayılır.⁵³ Ancak e-postanın kaydedilememe nedeni, muhatabın etki alanında bulunan bir sebepten, örneğin muhatabın e-posta kutusunu boşaltmaması nedeniyle kutunun kapasitesinin dolmasından dolayı gerçekleşmişse⁵⁴ öneri veya kabul ulaşılmış sayılır.⁵⁵

- Son ihtimâl, öneri veya kabule dair e-postanın, muhatabın e-posta kutusuna kaydedildikten sonra, herhangi bir aksaklığın meydana gelmesi nedeniyle, muhatap tarafından öğrenilememiş olmasıdır. Burada artık muhatap, öneri veya kabulü öğrenebilecek durumdadır. Bu nedenle, öneri veya kabul muhatabın egemenlik alanına, yani e-posta kutusuna girdikten sonra, onun tarafından öğrenilmese bile, sözleşme yine de kurulmuş sayılır. Örneğin, muhatabın e-posta şifresini kaybetmesinde ya da gelen e-postayı bilerek ya da bilmeyerek silmesinde durum böyledir.⁵⁶

E- İstenmeyen Ticarî Elektronik İletiler

İstenmeyen ticarî elektronik iletiler günümüzde önemli bir sorun oluşturmaktadır. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da bu soruna çözüm bulunmak istenmiştir. Kanun'un 6. maddesinde, ticarî elektronik ileti gönderilmesi, alıcının önceden alınan onayına bağlanmıştır. Buna göre, ticarî elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir.

⁵³ Sağlam, a.g.e, s. 128.

⁵⁴ İnal, a.g.e, s. 113.

⁵⁵ Burada İnal, kaydedilememeye neden olan engelin kaynağı olarak muhatabın veya hizmet sağlayıcısının hiçbir etkisinin olmaması durumunda, önerinin veya kabulün ulaşmamış sayılacağını; e-postanın kaydedilmemesi muhatabın ya da hizmet sağlayıcısının etki alanında bulunan bir sebepten dolayı gerçekleşmiş önerinin veya kabulün ulaşılmış sayılacağını belirtmektedir (İnal, a.g.e, s. 113). Ancak kanaatimizce burada hizmet sağlayıcısının etki alanında bulunan; fakat muhatap ile ilgisi bulunmayan bir sebepten dolayı, öneri veya kabulü yapılmış saymak uygun değildir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere, öneri veya kabulün ulaşılmış sayılabilmesi için, muhatabın beyanı öğrenilmesinin kendisinden beklenmesi gerekir. Muhatabın alınmış olduğu tedbirlere ve iş hayatının normal akışına göre, muhatap öneri veya kabulü öğrenebilecek durumda ise, beyanlar yapılmış sayılır. Muhatabın hizmet sağlayıcısından kaynaklanan nedenlerle, e-postanın muhatabın posta kutusuna kaydedilmemesi durumunda muhatabın söz konusu beyanı öğrenmesi kendisinden beklenemeyecektir. Bu nedenle, muhatabın hizmet sağlayıcısından kaynaklanan sebeplerle öneri veya kabule dair e-postanın muhatabın kutusuna kaydedilmemesi hâlinde öneri veya kabulü yapılmamış saymak gerekir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Sağlam, a.g.e, s. 128 vd.

⁵⁶ İnal, a.g.e, s. 114; Sağlam, a.g.e, s. 138; Şeker, a.g.e, s. 144.

Alicının onayı alınmaksızın gönderilen istenmeyen elektronik postaların, muhatabın e-posta hizmet sağlayıcısı tarafından, e-posta hesabının 'Gereksiz' ya da 'İstenmeyen Elektronik Posta' klasörüne atılması ve belirli bir süre geçtikten sonra otomatik olarak silinmesi durumunda, öneri niteliği taşıyan ve otomatik olarak silinen bu beyanları ulaşmamış saymak gerekir.⁵⁷ Nitekim burada, yukarıda söz geçen, e-postanın elektronik posta hizmet sağlayıcısına ulaşmış olmasına rağmen, muhatabın e-posta kutusuna kaydedilmemiş olmasına benzer bir durum söz konusudur. Çünkü burada, muhatabın gönderilen e-postaya ilişkin önceden alınmış bir rızası bulunmamaktadır. Bu durumda alıcının almış olduğu tedbirlere ve iş hayatının normal akışına göre, muhatabın, hizmet sağlayıcısı tarafından otomatik olarak silinen bu tür postaları öğrenmesi kendisinden beklenemeyeceğinden, öneri ulaşmamış sayılmalıdır.⁵⁸

F- Önerinin Bağlayıcılık Süresi

Elektronik posta yoluyla gönderilen öneri, hazır olmayanlar arasında gerçekleştirilen iletişimde söz konusu olduğundan, önerenin önerisiyle bağlılık süresinin belirlenmesinde hazır olmayanlar arasında gerçekleşen iletişimde önerenin bağlılık süresi dikkate alınır. Bu bakımdan, e-posta yoluyla gönderilen öneri, fiziksel yoldan gönderilen önerilerden farklılık arz etmemektedir.

E-posta yoluyla gönderilen önerinin bağlayıcılık süresinin, fiziksel yoldan gönderilen öneriden ayrıldığı yön, bu tür öneri ve kabul beyanının gönderilme süresinin fiziksel yöntemlere göre oldukça kısa olmasıdır.⁵⁹ Bu da TBK md. 5/1 uyarınca, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği süreyi kısaltmaktadır. Elektronik sözleşmelerin kurulmasında, öneren tarafından elektronik iletişim aracıyla gönderilen öneri muhatapça kısa bir süre içinde yanıtlanmazsa, önerenin önerisiyle bağlı olmaksızın kurtulur.

⁵⁷ Falcıoğlu, a.g.e, s. 129.

⁵⁸ İstenmeyen e-postalarla kabul beyanının gönderilmesi söz konusu olmaz. Çünkü kabul beyanı öneriyi gönderen kişiye karşı yöneltilen bir beyandır.

⁵⁹ İnal, a.g.e, s. 131.

G- E-Posta Yoluyla Elektronik Katalog Gönderilmesi

Elektronik katalog, genellikle bireyler ya da işletmeler tarafından, satışa sunulacak malları tanıtmak amacıyla, mevcut ya da potansiyel müşterilere elektronik ortamdan gönderilen listedir. Elektronik kataloglar, çoğu kez fiziksel kataloglara göre daha az maliyetli olduğundan günümüzde, işletmeler tarafından günümüzde çokça tercih edilmektedir.⁶⁰

Elektronik katalog gönderilmesinin öneri mi, yoksa öneriye davet mi olduğunun tespiti önem taşır. Nitekim birinci hâlde, elektronik katalogu gönderen kişi bununla bağlı olma amacını taşımakta iken; ikinci durumda böyle bir amacın varlığından söz edilemez. TBK md. 8'in ikinci fıkrasında yer alan "Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır." düzenlemesi, e-posta yoluyla gönderilen katalogların öneri olup olmadığının belirlenmesinde önem taşır. Buna göre, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak⁶¹, Türk Borçlar Kanunu'nda tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesi aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılmıştır. Bu durumda, e-posta aracılığıyla elektronik katalog gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça sayılır.

Elektronik katalog ya da fiyat listesini e-posta aracılığıyla gönderen ve bu gönderinin öneri olmadığını açıkça belirtmeyen ya da gönderisinin öneri olmadığı açıkça ve kolaylıkla anlaşılmayan öneren, muhatabın kabul beyanında bulunmasıyla sözleşmeyle bağlı hâle gelir. Öneren söz konusu malın stoklarla sınırlı olduğunu belirtmişse, sınırlı sayı kadar kabul beyanında bulunan ilk kabul edenlerle arasında sözleşme kurulmuş sayılır.⁶²

3. Web Sitesi Yoluyla Gönderilen Öneri Ve Kabul

A- Genel Olarak

Elektronik ticaretin gelişmesinin en önemli nedenlerinden biri olan ve her geçen gün sayısı ve niteliği artan web siteleri aracılığıyla

⁶⁰ Shaw M./Blanning, R./Strader T./Whinston A.: Handbook on Electronic Commerce, Berlin 2000, s. 386.

⁶¹ 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası, "Tarife ve cari fiyat irsali icap teşkil etmez." şeklindeydi.

⁶² Eren, a.g.e, s. 148.

mal, hizmet ve dijital ürün arzı, elektronik ortamda gönderilen öneri ve kabul beyanlarının sayısını ve önemini artırmıştır.

Bütün web siteleri, internet üzerinden irade beyanında bulunmaya yani web sayfası üzerinden sözleşme yapmaya imkân vermemektedir. Bir web sayfası üzerinde yer alan bilgiler öneri veya öneriye davet şeklinde bir irade beyanı oluştursa bile, web sayfası bu sayfa üzerinden sağlayıcıya yönelik bir irade beyanında bulunmaya imkân veremeyecek şekilde tasarlanmış olabilir.⁶³ Bu tür web sitelerine, “etkileşimsiz web siteleri” denmektedir. Etkileşimsiz web sitelerinden ürün ya da hizmet temin etmek isteyenler, bu yöndeki irade beyanlarını ancak telefon, elektronik posta, mektup ya da faks gibi iletişim araçlarıyla gönderebilmektedir.⁶⁴ Bu nedenle etkileşimsiz web sitelerinde, web siteleri aracılığıyla gönderilen bir kabulden söz edilemez.

İnternet üzerinden kabul beyanında bulunmaya imkân veren web siteleri ise “etkileşimli web siteleri” olarak adlandırılır. Etkileşimli web siteleri aracılığıyla gerçekleştirilen iletişim de kural olarak hazır olmayanlar arasında gerçekleşen iletişimdir.⁶⁵ Çünkü web siteleri üzerinde gerçekleştirilen iletişimde, tarafların doğrudan doğruya karşılıklı konuşması ya da yazışması söz konusu değildir. Kullanıcı, ‘Kabul Ediyorum’ gibi bir şıkkı seçmekle ya da bir kutucuğu işaretlemekle, önceden hazırlanmış sözleşme şartlarıyla bağlı hâle gelir.⁶⁶ Bu nedenle, tarafların karşılıklı görüş bildirme ya da tartışma imkânının olmadığı web siteleri yoluyla gönderilen öneri ve kabul beyanları, hazır olmayanlar arasında gönderilen beyanlardan sayılmalıdır.

⁶³ İnal, a.g.e, s. 114.

⁶⁴ Falcıoğlu, a.g.e, s. 191. Bu tür web siteleri aracılığı ile yapılan sözleşmelerin elektronik sözleşme olarak nitelendirilebilmesi, yukarıda da bahsedildiği üzere sözleşmeye ilişkin kurucu irade beyanlarının her ikisinin de elektronik ortamda gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Örneğin, önerinin etkileşimsiz web sayfası aracılığıyla, kabulün ise faks ya da telefon ile yapıldığı sözleşme teknik anlamda elektronik sözleşme değildir.

⁶⁵ İnal, a.g.e, s. 115; Özdemir Kocasakal H.: Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003, s. 74; Özsunay, a.g.e, s. 130.

⁶⁶ Web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde taraflardan birinin tüketici olması durumunda, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nin (R.G. 27.11.2014, S. 29188) 5. maddesi uyarınca satıcı veya sağlayıcı, Yönetmeliğin 5. maddesinde öngörülen hususların tamamını içerecek şekilde ön bilgilendirme yapmakla yükümlüdür. Bu nedenle mesafeli sözleşmelerde, kullanıcıdan önerinin kabulünden önce bu ön bilgilendirme formunu okuduğuna dair beyan alınmaktadır.

B- Web Sayfalarının Öneri Veya Öneriye Davet Niteliğinde Olabilmesi

TBK md. 8'in birinci fıkrasında, önerenin önerisi ile bağlı olmayacağı iki durum öngörülmüştür. Bunlardan ilki, önerenin önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtmesidir. İkinci hâl ise, işin özelliğinden yahut durumun gereğinden önerenin bağlanma niyetinde olmadığını anlaşılmasıdır. TBK md. 8'in ikinci fıkrasında ise iki durumda önerenin irade beyanının öneri oluşturacağı; yani öneriye davet niteliğinde olmayıp, önereni bağlayacağı düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi, önerenin fiyatını göstererek mal sergilenmesi; ikincisi ise önerenin tarife, fiyat listesi ya da benzerlerini göndermesidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça fiyatını göstererek mal sergilenmesi ya da tarife ve benzerinin gönderilmesi artık öneri sayılır.

Web sayfaları bakımından TBK md. 8 önem taşımaktadır. Çünkü web sayfalarında sunulan ürünlerin genellikle fotoğrafı, özellikleri ve fiyatı sayfada yer almakta, kullanıcı bu ürünleri seçerek sepetine taşımakta, daha sonra bilgilerini girerek kabul beyanında bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan, "Fiyatını göstererek mal sergilenmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır" kuralı, çoğu kez bu duruma uygun düşmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, öğretide bazı yazarlar, web sayfalarında yer alan mal sunumu niteliğindeki irade beyanlarını, öneri olarak nitelendirmekte idi.⁶⁷ Bu yazarların dayanak noktası, genel olarak 818 sayılı Kanun'un 7. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, "Semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur." hükmü idi. Bazı yazarlar ise, web sayfalarında yer alan mal sunumu niteliğindeki irade beyanlarını, kural olarak öneriye davet olarak görmüştü.⁶⁸ Bu yazarların dayanak noktası, web sitesinde ürün sunulmasının tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesine benzemesidir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere, mülga Borçlar Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında fiyat listesi ve benzerinin gönderilmesinin öneri teşkil etmeyeceği açıkça belirtilmişti. Ayrıca, öğretide sözleşmenin kurulması yanında, ifasının da elektronik ortamda gerçekleşip

⁶⁷ Falcioğlu, a.g.e, s. 196; Özsunay, a.g.e, s. 129; Sağlam, a.g.e, s. 118; Sözer, a.g.e, s.96.

⁶⁸ Kırca, a.g.e, s. 103; M. Topaloğlu, Bilişim Hukuku, Adana 2005, s. 109.

gerçekleşmediğine bakılarak yapılan bir ayırım vardı. Buna göre, elektronik sözleşme hem elektronik ortamda kuruluyor hem de elektronik ortamda ifa ediliyorsa (doğrudan elektronik ticaret) web sayfasında yer alan irade beyanı, kural olarak öneri; sözleşme elektronik ortamda kuruluyor ancak fiziksel yoldan ifa ediliyorsa (dolaylı elektronik ticaret) kural olarak öneriye davet olarak nitelendiriliyordu.⁶⁹

Öğretide, Türk Borçlar Kanunu döneminde, taşınır mal satışı sözleşmelerinin web sayfası üzerinden kurulmasında, satıcının satmak istediği malın özelliklerini, fiyatını, fotoğrafını web sayfasına yerleştirilmesi durumunda, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun aksine, TBK md. 8'in ikinci fıkrası uyarınca öneri olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁰

Kanaatimizce, 6098 sayılı TBK döneminde de, web sayfalarının kesin ve katı bir biçimde öneri ya da öneriye davet oluşturduğunun kabul edilmesi, yanıltıcı olabilir.⁷¹ Çünkü, web sayfalarında yer alan irade beyanları nitelendirilirken, irade beyanının bir öneri mi yoksa öneriye davet mi oluşturduğu yorum meselesidir. İrade beyanların nitelendirilmesinde güven ilkesine göre yorum yapılması kuralı, web sayfalarında yer alan irade beyanları bakımından da geçerlidir. Bu nedenle her somut olayda, web sayfasında yer alan beyanın niteliği web sayfasının içeriğine, dürüstlük kuralına ve işin özelliğine göre belirlenmelidir.⁷² Bu yapılırken TBK md. 8'de yer alan düzenleme de göz önünde bulundurulmalı, bu madde irade beyanının öneri ya da öneriye davet oluşturduğunun tespitinde dikkate alınmalıdır. Bu yöntemden, sadece ürün sunan web sayfalarındaki irade beyanları için değil; hizmet ve dijital ürün sunan web sayfalarındaki irade beyanları için de yararlanılmalıdır.⁷³

⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e, s. 185 vd.

⁷⁰ Şeker, a.g.e, s. 135.

⁷¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemindeki yorum için bkz. İnal, a.g.e, s. 131; Özdemir-Kocasakal, a.g.e, s. 62; Şahin, a.g.e, s. 361.

⁷² İnal, a.g.e, s. 131.

⁷³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 6'da ise, vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamayacağı, hizmet sağlamaktan ise haklı bir neden olmadıkça kaçılmayacağı düzenlenmiştir. Bir TKHK kapsamına giren elektronik sözleşmeler bakımından, web sayfalarının öneri mi yoksa öneriye davet mi oluşturduğu konusunda bu hükümden de yararlanılmalıdır.

C- Ulaşma Anı

Web siteleri aracılığı ile gönderilen irade beyanlarının ulaşma anı, normal şartlar altında muhatabın beyanı öğrenme iktidarını elde etmesi, yani irade beyanının muhatabın egemenlik alanına girmesidir.

Web siteleri aracılığıyla gönderilen öneri veya kabul, karşı tarafla öyle bir alan-iktidar ilişkisi kurmuş olmalıdır ki, bundan böyle, hayat deneyimlerine ve normal koşullara göre, beyanı öğrenmek muhatabın elinde olmalıdır.⁷⁴ Bu da web sitesi aracılığı ile gönderilen öneri veya kabulün, muhatabın bilgisayarına veya internete erişim sağlayabilen cep telefonu gibi diğer bir cihaza, muhatabın öğrenebileceği şekilde ulaşmasıyla olur. Web sitesi aracılığıyla gönderilen öneri veya kabulün yahut web sayfasının kendi görüntüsünün, muhataba ulaştığı an, muhatabın bilgisayarına onun tarafından öğrenilebilecek şekilde ulaştığı andır.

İnternette muhatabın bilgisayarına girmiş olmakla birlikte, muhataptan kaynaklanmayan bir sebeple bilgisayarca kaydedilemeyen öneri veya kabul, muhatap tarafından öğrenilemeyeceği için ulaşılmış sayılmaz.⁷⁵

D- Öneri İle Bağlılık Süresi

Belirtildiği üzere web sayfaları öneri ya da öneriye davet niteliğinde olabilir. Web sayfasının öneri niteliğinde olması durumunda, bu öneri, sağlayıcı tarafından kullanıcıların erişimine açık bulundurulduğu sürece önereni bağlayacak; sağlayıcı tarafından erişimden kaldırılması ya da sağlayıcının artık önerisiyle bağlı olmayacağına yönelik 'Tükenmiştir', 'Stoklarımızda Kalmamıştır' gibi bir ifade koymasıyla birlikte, önereni bağlamayacaktır.⁷⁶

Web siteleri üzerinden yapılan sözleşmeler, kural olarak hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler olduğundan, TBK md. 5'in birinci fıkrası burada da uygulama alanı bulacaktır. Web sitesi aracılığı

⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e, s. 157.

⁷⁵ İnal, a.g.e, s. 117.

⁷⁶ Gezder, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004, s. 117.

ile yapılan önerilerde, kullanıcının web sayfasını bilgisayarına yükleme süresi, makul bir düşünme süresi ve kabul beyanının oluşturularak sağlayıcının bilgisayarına göndermesi için gereken süre, yanıtın ulaşmasının beklenebileceği süreyi oluşturur.⁷⁷

Web sayfasının bir öneriye davet oluşturması hâlinde, kullanıcının form doldurması ya da bir seçeneği tıklaması öneri sayıldığından, kullanıcının bu önerisi ile bağlı olma süresi çok daha kısadır. Çünkü bu öneri, sağlayıcının bilgisayar sistemine girdikten sonra otomatik ve elektronik olarak değerlendirilmekte ve öneriye derhâl yanıt verilebilmektedir. Bu nedenle, kullanıcının önerisi ile bağlılık süresi, önerisinin ulaşması, elektronik olarak değerlendirilmesi ve kendisine elektronik olarak yanıt verilmesi için gereken makul süredir.⁷⁸

4. Eş Zamanlı İletişim Kanallarıyla Gönderilen Öneri Ve Kabul

A- Genel Olarak

İnternet üzerinden karşılıklı olarak gerçekleştirilen sohbet, iki ya da daha fazla kişinin aynı anda bilgisayarları başında ve aynı sohbet hizmeti sağlayıcısı veya sohbet kanalı üzerinden birbirlerine birlikte ya da ayrı ayrı olmak üzere yazılı metin, ses ve görüntü göndermeleri suretiyle gerçekleşmektedir.⁷⁹

Eş zamanlı iletişim kanalları aracılığıyla gerçekleştirilen iletişim, e-posta yoluyla ya da web siteleri aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimden farklıdır. Eş zamanlı iletişimde irade beyanları hiç bir kesintiye uğramaksızın, doğrudan doğruya ve neredeyse aynı anda gerçekleşmektedir.⁸⁰ Oysa e-posta yoluyla ya da web siteleri aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimde, irade beyanları az ya da çok bir kesintiye uğramakta, burada tam anlamıyla karşılıklı konuşma söz konusu olmamaktadır. Eş zamanlı iletişim kanalları ise doğrudan doğruya karşılıklı konuşmaya, yazışmaya, görüntülerin aktarılmasına imkân tanır.

⁷⁷ İnal, a.g.e, s. 132.

⁷⁸ İnal, a.g.e, s. 133.

⁷⁹ İnal, a.g.e, s. 118.

⁸⁰ Sağlam, a.g.e, s. 95.

Eş zamanlı iletişim kanalları aracılığıyla kurulan sözleşmeler, hazırlar arasında kurulan sözleşmelerdir.⁸¹ Çünkü bu tür iletişimde, tarafların iradelerin iletilmesi anlık ve süreklidir. Doğrudan doğruya bir iletişim söz konusudur. Taraflar, karşılıklı olarak tartışabilme ve sözleşmelerin içeriğini ve şartlarını belirleyebilme imkânına sahiptir. Bu da, eş zamanlı iletişim kanallarıyla kurulan sözleşmeleri, hazırlar arasında kurulan sözleşmeler haline getirmektedir.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde olmayan bir düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, "Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır". TBK ile getirilen bu düzenleme ile öğretide kabul edilen görüş, yasal düzenleme hâline gelmiştir.⁸² Yani artık, elektronik iletişim araçlarıyla doğrudan iletişim sırasında kurulan elektronik sözleşmelerin, hazırlar arasında kurulan sözleşmeler olduğunu ve bu sözleşmelere hazırlar arasında sözleşme kurulmasına ilişkin hükümlerin uygulanacağını söylemek, yasal olarak da mümkündür.

B- Ulaşma Anı

Eş zamanlı iletişim kanallarıyla gönderilen öneri ve kabul, muhatabın egemenlik alanına girdiği anda ulaşılmış sayılır. Yine burada da, beyanın ulaşılmış sayılabilmesi için, muhatabın egemenlik alanına girmesinin yanında, hayat deneyimlerine ve normal koşullara göre öğrenilmesinin sadece muhatabın elinde olmasını aramak gerekir.

Eş zamanlı iletişim kanallarıyla gönderilen öneri ve kabul, muhatabın internete erişmeye imkân veren cihazının ekranında belirlediği anda ulaşılmış sayılır; ayrıca muhatap tarafından öğrenilmesi şart değildir.⁸³

C- Öneri İle Bağlılık Süresi

Eş zamanlı iletişim kanallarıyla gönderilen öneri, hazırlar arasında gönderilen öneri olduğundan, bu tür öneriye TBK md. 4'ün birinci

⁸¹ Gezder, a.g.e, s. 113; İnal, a.g.e, s. 118; Sağlam, a.g.e, s. 95.

⁸² Şeker, a.g.e, s. 139.

⁸³ İnal, a.g.e, s. 119.

fıkrası uygulanacaktır. Bu durumda, eş zamanlı iletişim kanallarıyla gönderilen öneride, kabul için bir süre belirlenmemişse, muhatap öneriyi derhâl yanıtlamazsa öneren önerisiyle bağlı olmaktan kurtulur. Muhatabın aradan belli bir süre geçtikten sonra vereceği yanıt, öneren aksine rıza göstermedikçe, taraflar arasında bir elektronik sözleşme kurulması sonucunu doğurmaz.

5. Sosyal Medya Siteleri Aracılığıyla Gönderilen Öneri Ve Kabul

Günümüzde oldukça yaygınlaşan sosyal medya sitelerinden bazıları, taraflar arasında hem e-postaya benzer iletilerin gönderilmesine, hem de eş zamanlı olarak iletişim kurulmasına olanak vermektedir. Bunun bir sonucu olarak, tarafların bu tür web siteleri aracılığıyla sözleşme kurması mümkündür. Bu tür web siteleri aracılığıyla kurulan elektronik sözleşmeler, öneri ve kabulün hangi yöntemle gönderildiğine göre hazırlar arasında ya da hazır olmayanlar arasında kurulan elektronik sözleşmeler olarak nitelendirilecek ve bunlara uygulanan hukukî rejime tabi olacaktır.

Tarafların sohbet sitelerinde olduğu gibi doğrudan doğruya, aynı anda, karşılıklı olarak iletişim kurmasına olanak sağlayan sosyal medya sitelerinde, bu yöntemle kurulan sözleşmeler eş zamanlı iletişim kanallarıyla kurulan sözleşmeler olarak nitelendirilmelidir. Bu nedenle bunlar hakkında yukarıda eş zamanlı iletişim kanalıyla gönderilen öneri ve kabule ilişkin açıklamalar geçerlidir.

Tarafların bu tür web sitelerinde doğrudan doğruya karşılıklı olarak sohbet ederek değil de; birbirlerine ileti göndermek suretiyle sözleşme kurmaları hâlinde, araya belli bir süre girdiğinden, bu tür elektronik sözleşmeler için de e-posta yoluyla kurulan elektronik sözleşmeler hakkında yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.

Sosyal medya sitelerinden pek çoğu da diğer web sayfalarında olduğu gibi, ilân vermeye, bir malın fotoğraflarını, özelliklerini, fiyatını yayınlamaya olanak sağlamaktadır. Bu tür sosyal medya sitelerinde yapılan öneriler hakkında diğer web siteleri bakımından yapılan açıklamalar, uygun düştüğü ölçüde, geçerli olacaktır.

SONUÇ

Teknolojide yaşanan gelişmeler ve özellikle internet alanında gerçekleşen ilerlemeler, elektronik sözleşmelerin önemini artırmıştır. Günümüz ticarî hayatında önemli bir yeri olan elektronik ticaret, gelecekte daha da gelişecektir. Bu nedenle elektronik ticaretin ve onun en önemli araçlarından biri olan elektronik sözleşmelerin üzerinde daha fazla durulması, gelecekte daha sık karşılaşılabilecek hukukî sorunlar açısından yol gösterici olacaktır.

Elektronik sözleşmeleri ilgilendiren konularda, son dönemde mevzuatımızda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun, Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun'un ve nihayet Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi, elektronik sözleşmeler konusunda hukukumuzda yeni bir dönemi başlatmıştır.

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile getirilen elektronik sözleşmelerin yapılmasından önce bilgilendirme yükümlülüğü son derece önemlidir. Artık elektronik sözleşmelerin kurulmasından önce, hizmet sağlayıcılar, sözleşmenin karşı tarafını bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi elektronik sözleşmenin kurulmasına engel olmasa da, bilgilendirme yapılmaması nedeniyle hizmet sağlayıcıların cezaî ve hukukî sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Elektronik sözleşmelerin taraflarından birinin tüketici olması durumunda, elektronik sözleşme aynı zamanda, diğer koşullar da varsa, mesafeli sözleşme olarak nitelendirilecek ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a da tabi olacaktır. Bu durumda, elektronik sözleşmenin kurulmasından önce, karşı tarafın ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde öngörülen konularda ve biçimde önceden bilgilendirilmesi gerekmektedir. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un taraflardan birinin tüketici olması hâlinde, bilgilendirme yükümlülüğünün kaldırılmasını engelleyen hükmü, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'la bağlantılı ve önemli bir hükümdür.

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin gerekçesinde, elektronik araçlarla yapılan sözleşmelerin kurulması ve kurulma zamanının Borçlar Kanunu hükümlerine göre tayin edileceği ve tarafların iradelerinin genel ilkelere göre yorumla-

nacağı ifade edilmiştir. Yani elektronik sözleşmelerin kurulması konusunda çıkacak hukukî uyumsuzluklarda, özel düzenlemelerde yer alan hususlar dışında, genel hükümler temel alınmalı ve elektronik irade beyanları genel hükümlere göre yorumlanmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu, elektronik sözleşmeleri ilgilendiren konularda, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'ndan farklı düzenlemeler içermektedir. Bunların başında Kanun'un 8. maddesinde yer alan tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesinin, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılacağına ilişkin düzenleme gelmektedir. Artık, sıklıkla karşılaşılan, elektronik iletişim araçları vasıtasıyla tarife ya da elektronik katalog vb. gönderilmesi durumunda, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça, gönderilen beyan öneri sayılacaktır. Yine, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen, ancak öğretide kabul gören, telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan önerinin hazır olanlar arasında yapılmış sayılması, TBK md. 4'te yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

Elektronik sözleşmelerde öneri ve kabule ilişkin açıklamalar, e-posta yoluyla öneri ve kabul, web siteleri aracılığıyla öneri ve kabul, eş zamanlı iletişim kanallarıyla öneri ve kabul ve sosyal medya siteleri aracılığıyla öneri ve kabul olmak üzere dört ana başlık altında toplanmaktadır. Bunların tümünde en çok üzerinde durulan konu, sözleşmenin hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı kurulduğu konusudur. Kural olarak, e-posta aracılığıyla ve web siteleri üzerinden kurulan sözleşmelerin, hazır olmayanlar arasında; eş zamanlı iletişim kanallarıyla kurulan sözleşmelerin ise hazır olanlar arasında kurulan sözleşmeler olduğu kabul edilmelidir. Sosyal medya siteleri üzerinden kurulan sözleşmeler, iletişimin niteliğine göre hazır olanlar ya da hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerden olabileceği kabul edilmeli ve bu araçla kurulan sözleşmelerde önerinin bağlayıcılık süresi bu belirlemeye göre tespit edilmelidir.

Web sitesi aracılığıyla kurulan sözleşmelerin, kural olarak hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler olduğu kabul edilmelidir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda tartışmalı olan web sitesinin öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu hususundaki tartışma, TBK döneminde de kesin olarak çözüme kavuşturulmuş değildir. Web sayfalarının kesin ve katı bir biçimde öneri ya da öneriye davet oluşturduğunun kabul edilmesi yerine, somut olaya göre güven ilkesi çerçevesinde yorum yapılması gerekmektedir.

Kaynakça

- Bayram M.H., Avrupa Birliği ve İnternet Hukuku, Ankara 2011.
- Chissick M., Electronic Commerce: Law And Practise, London 2002.
- Demir M., Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004.
- Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Falcıoğlu M. Ö., Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara 2004.
- Gezder Ü., Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004.
- İnal E., E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005.
- Kılıçoğlu A.M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Kırca Ç., «İnternette Sözleşme Kurulması», *BATİDER* 2000, Cilt: XX , S. 4, s. 99-119.
- Kocayusufpaşaoğlu N., Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, İstanbul 2010.
- Nieuwenhuis H./Snijder H./Weatherill S., E-commerce Law: National and Transnational Topics and Perspectives, The Hague 2003.
- Oğuzman M.K./Öz T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul 2012.
- Özdemir Kocasakal H.: Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003.
- Özsunay E., "Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Uluslararası Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s. 121-140.
- Öztan B., Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2014, s. 258.
- Sağlam İ., Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2007.
- Sarıakçalı, T.: İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler, Ankara 2008.
- Shaw M./Blanning, R./Strader T./Whinston A.: Handbook on Electronic Commerce, Berlin 2000.
- Shim J.K./Qureshi, A.A./Siegel, J.G./Siegel, R.M.: The International Handbook of Electronic Commerce, Chicago 2000.
- Sözer B., Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002.
- Şahin T., "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", *TBBD* 2011, S. 95, s. 331-376.
- Şeker M., "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması", *İTÜSBD* 2012, Yıl: 11, S. 22, s. 127-155.
- Topaloğlu M., Bilişim Hukuku, Adana 2005, s. 85.

TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA YÜKLENİCİNİN SADAKAT VE ÖZEN BORCU

RESPONSIBILITY OF LOYALTY AND ATTENTION OF CONTRACTOR ACCORDING TO THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

Ali AVCI*

Özet: Bir iş görme sözleşmesi olan eser sözleşmesinde yüklenicinin bir şeyin imalı ve teslimi dışında başkaca yükümlülükleri de vardır. Bunların başında işi sadakat ve özenle yapma borcu gelir. Bu anlamda yüklenici, iş sahibine karşı onun lehine olan davranışlarda bulunmak, aleyhine olan davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülüklerin sınırlarını belirlemek önemli olduğu kadar zor bir iştir. Yüklenicinin sadakat ve özen borcunu her somut olayda ayrı olarak değerlendirmek gerekir. Sadakat ve özen borcunun somut görünümünün belirlenmesi, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Konunun iyi anlaşılması da uygulamada birçok problemin çözümüne katkıda bulunacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sadakat ve Özen Borcu, Sadakat ve Özen borcunun Niteliği, Yükümlülük, Yükümlülüğün İhlali

Abstract: Contractor, in a contract for work, has some responsibilities other than production and delivering something. Among the most important of these responsibilities are loyalty and attention of contractor. In that sense, contractor is responsible for behaving in parallel with benefit of job owner and for avoiding any harm to him/her. On the other hand, drawing borders of these responsibilities is very important, though not very easy. For this reason, it is necessary to determine the responsibility of loyalty and attention in every concrete case. Once the subject is grasped better, it will considerably contribute to solving problems in practice.

Keywords: Liability of Loyalty and Attention, Features for Liability of Loyalty and Attention, Liability, Infringement of Liability

* Dr., Hakim, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Başkanlığı, a.avci46@hotmail.com

GİRİŞ

Eser sözleşmesi, sık karşılaşılan ve ihtilaf konusu olan sözleşmelerden birisidir. Hızlı sanayileşme ve teknolojik gelişmeler sonucunda eser sözleşmesini oluşturan ihtilaflar da çoğalmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde, "Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi (burada geçen eser meydana getirmenin kapsamına yeni bir eser meydana getirmenin yanında mevcut bir eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılması, yıkımı girer)¹ iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme", doktrinde ise "iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, iki taraf için hak doğuran ve borç yükleyen bir sözleşme² olarak tanımlanan eser sözleşmesinin taraflarından yüklenicinin bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. Belirli bedel karşılığında bir eser meydana getirme ve bunu iş sahibine teslim etme borcu ve bu iki ana borçtan doğan bu borçların akde uygun surette ifasını sağlayan, diğer bir takım yan borçların da Borçlar Kanununda açıkça yer aldığı ve işin mahiyetinden çıkarıldığı belirtilmektedir.³ Bu borçların en önemlilerinden biri de yüklenicinin sadakat ve özen borcudur. Sadakat ve özen borcu, yüklenici ile iş sahibi arasındaki güven ilişkisinin doğal bir sonucudur.⁴

Eser sözleşmesinde yüklenici, eseri meydana getirirken iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden hareket etmelidir. Bu hareketin temelini yüklenicinin sadakat ve özen borcu oluşturur. Bu kural gereğince yüklenici, iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmak ve zararına olan şeylerden kaçınmakla yükümlüdür. Çünkü iş görmenin niteliği icabı başkasının menfaatine hareketi gerektirir.⁵ Yüklenicinin sadakat ve özen borcu, sözleşmenin kurulma-

¹ Fahrettin Aral-Hasan Ayrancı, 6098 sayılı TBK'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2012, s.313.

² Kemal Dayınlarlı, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara-2008, s.2, Aydın Zevkliler- K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 12. bası, Ankara-2013, s.468.

³ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Vedat Yayıncılık, İstanbul-2010, Cilt 2, s.48.

⁴ Cem Baygın, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul- 1999, s.25.

⁵ İzzet Karataş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Yenilenmiş 2.Baskı, Adalet

sından itibaren başlar ve teslimde kadar hatta bazı durumlarda teslimden sonrasına kadar devam eder. Yüklenicinin meydana getirdiği eser, iş sahibinin istediği vasıfta değilse bu durumda iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanabilir. Ancak ayıp niteliğinde olmayan fakat iş sahibinin aleyhine oluşan bir takım durumlarda da sözleşmeye aykırılık bulunabilir. Bu durumda yüklenicinin sadakat ve özen borcuna aykırılık söz konusudur.

Yüklenicinin sadakat ve özen borcunun kapsamının yeterince anlaşılması durumunda hem sözleşmenin kurulması hem de ifası sırasında meydana gelebilecek olumsuzluklar ortadan kaldırılabilecektir. Çalışmamızda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin sadakat ve özen borcu incelenecektir. Yüklenicinin sadakat ve özen borcu iki başlık altında incelenecek, bu borçların TBK'da görünüm halleri ve bu borçlara aykırılığın sonuçları üzerinde durulacaktır. Sonuç bölümünde çalışmamızda varılan sonuçlar incelenecektir.

I- YÜKLENİCİNİN SADAKAT VE ÖZEN BORCU

Bir eser sözleşmesinde yüklenici borcunu yerine getirirken sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin yararına olacak şekilde davranmak ve ona zarar vermekten kaçınmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kapsamını hem sadakat hem de özen borcu oluşturur. Sadakat ve özen borcu esasında TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının bir sonucudur. Yargıtay bu durumu şöyle belirtmektedir. "Sözleşme hükümlerine uyulması, hukukta temel ilke olan "ahde vefa" kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. İş sahibi de işin ifayla sonuçlanması için sözleşmeyle kendisine yüklenilen edimleri zamanında ifa etmekle yükümlüdür. Tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri objektif iyi niyet kuralları içinde yerine getirmeleri gereklidir (BK.81.md ve TMK.2. md).⁶

Sadakat ve özen borcu, sözleşmenin ifasına başlandıktan sonra ortaya çıkar ve sözleşme hükümleri yüklenici tarafından ihlal edilmekle

Yayımları, Ankara-2009, s.98.

⁶ Y. 15 HD, 15.05.2014 tarih ve 2014/118 E, 2014/3380 K sayılı kararı.

somut hale gelir. Sadakat ve özen borcu birbirine sıkı surette bağlıdır. Bu sıkı ilişki nedeniyle doktrinde sadakat borcu ile özen borcunun ayırımında fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur⁷, aynı zamanda özen borcu, yüklenicinin yazılı olmayan sadakat borcunun bir ifadesidir.⁸ Aksi görüşe göre, özen borcu içerisinde her şeyden önce yüklenicinin sadakat borcu ile işi özenle, şahsen veya kendi yönetimi altında yapma borcu yer alır.⁹

Denilebilir ki sadakat ile özen borcu iki ayrı yüklenici borcudur. Sıkı ilişki içinde olmalarına rağmen ikisinin tek bir borç olarak kabulü mümkün değildir. Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapması ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınma anlamına geldiğinden özen borcuna göre üst bir kavramdır. Yani özen borcu, sadakat borcunun bir sonucudur. Bu anlamda sadakat borcu ve özen borcu, başlı başına bir yükümlülüktür, eserin imal ve teslim ögesinden bağımsız bir borçtur. Diğer bir ifadeyle eser, imal ve teslim edilmek suretiyle ifa gerçekleşmiş olsa da bu iki borcun ihlali mümkündür. Yüklenici asıl edimini ihlal etmeden de sadakat ve özen borcunu ihlal edebilir. Bu nedenlerle hangi eylemlerin sadakat borcu kapsamında hangilerinin ise özen borcu kapsamında kaldığının tespiti önem taşımaktadır. Sadakat ve özen borcu TBK'da düzenlenen ve aşağıda inceleyeceğimiz somut görünümünün yanı sıra çoğunlukla doktrin ve uygulamada oluşturulmuş yüklenici borçlarındandır.

1- YÜKLENİCİNİN SADAKAT BORCU

En geniş anlamıyla sadakat borcu, yüklenicinin edimini sözleşmeye göre tamamlama dışında, iş sahibinin her alandaki çıkarlarını gözetme ve sözleşme sayesinde elde ettiği pozisyonu kendi çıkarına kullanmama yükümlerini içerir.¹⁰ Başka bir tanıma göre sadakat borcu, iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır.¹¹ Sadakat

⁷ Tandoğan, s.49.

⁸ Aral-Ayrancı, s.335.

⁹ Fikret Eren, "İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, *BATIDER*, Ankara-1996, s.75.

¹⁰ M. Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat Yayıncılık, İstanbul-2012, s.121.

¹¹ Tandoğan, s.49.

borcu, bir yandan kaynağını dürüstlük kuralında bulan, diğer yandan da eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi oluşundan kaynaklanan bir borçtur.¹² Sadakat borcu ile özen borcu arasında sıkı bir ilişki olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak sadakat borcu, özen borcundan daha geniş bir kavram olup iş sahibinin yararına davranarak zarar verici eylemlerden kaçınmayı kapsayan her türlü hareket ve davranışı ifade eder.¹³ Yani sadakat borcu, çifte karakterli bir niteliğe sahiptir.¹⁴ Yüklenicinin bir yandan iş sahibinin menfaatine olan şeyleri yapması, diğer yandan da iş sahibinin zararına olanlardan kaçınması gerekir. Sadakat borcu ile özen borcu arasındaki ilişki, özellikle ifa sırasında daha yoğun bir biçimde kendini gösterir. Bu aşamada özen borcu ile sadakat borcunun adeta ayırt edilemeyecek derecede iç içe girdiği, ifa aşamasından önceki veya sonraki dönemlerde ise genellikle özen borcunun değil, sadakat borcunun söz konusu olduğu belirtilmektedir.¹⁵

Yargıtay kararlarında sadakat ve özen borcu ayrımı net değildir. “Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur. Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacı da var olan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur”.¹⁶ Başka bir kararda, özen ve sadakat borcu birbirinden ayrı incelenmiştir. “.Çünkü yüklenici işinin uzmanı sayılan sorumlu meslek adamıdır. Eser sözleşmesi ile yüklendiği edimini yerine getirirken veya sözleşmenin hazırlanması aşamasında gerekli tüm tedbirleri, yüklenici almakla ödevlidir. Yüklenici, işçi sayılamayacağından iş sahibinin denetimine tâbi değildir. Yüklenicilerin, iş sahibine karşı Borçlar Kanunu’nun 357. maddesi hükmünden kaynaklanan sadakat borcu ve aynı Kanun’un 356.maddesi hükmüne dayalı özen borcu söz konusudur”.¹⁷

¹² K. Emre Gökyayla, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, *GÜHFD*, Ocak-2002, S.1, s.785.

¹³ Tandoğan, s.49.

¹⁴ Zevkliler- Gökyayla, s.487.

¹⁵ Gökyayla, s.786.

¹⁶ Y. 15 HD, 1998/4289 E, 1999/115 K, 25.1.1999 tarihli kararı.

¹⁷ Y.15 HD, 2013/4399 E, 2014/4148 K, 16.6.2014 tarihli kararı.

A. Sadakat Borcunun Ölçüsü

TBK m.471/II'de yüklenicinin özen borcunun ölçüsü belirtilmiş olmasına karşın sadakat borcunun ölçüsü belirtilmemiştir. Sadakat borcunun genel bir sınırını belirlemek oldukça zordur. Fakat şu tespitin yapılması mümkündür. Yüklenicinin sadakat borcu, benzer işi üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara göre belirlenecektir. Yüklenicinin davranışı bu kriterlere uygulandığında normal bir davranış kabul ediliyorsa yüklenici sadakat borcuna uygun davranmıştır denilecektir. Ancak bazı durumların daha hassas davranılmasını gerektirdiği kabul edilebilir. Bu nedenle sadakat borcu, somut olayın özelliklerine göre her olaya özgü değerlendirilmelidir.

Sadakat borcu eser sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam eder. Bu sözleşmenin art etkisinden kaynaklanmaktadır.¹⁸ Ancak buna ilişkin hukuksal menfaatin iş sahibi tarafından ispatlanması gerekir.¹⁹ Hatta sadakat borcu, sözleşme geçerli olmasa bile kabul edilmelidir.²⁰ Dolayısıyla yüklenici, sözleşme irade sakatlığı, temyiz kudretinin yokluğu gibi nedenlerle geçersiz olsa bile öğrendiği sırları saklamakla, iş sahibinin zararına olabilecek davranışları yapmamakla yine de yükümlüdür.²¹

Yüklenici, iş sahibine karşı taraf olduğu sözleşme çerçevesinde sadakatle yükümlü olacaktır. Sadakat yükümü, yüklenicinin edimini sözleşmeye göre tamamlama dışında iş sahibinin haklı²² çıkarlarını gözetme ve sözleşme sayesinde elde ettiği pozisyonu kendi çıkarına kullanmama yükümlülüklerini içerir. Örneğin, inşaat sebebiyle eline geçen iş sahibine ait projeleri, planları, malzemeyi iş sahibinin izni olmadan başkalarına vermeme, başka işlerinde kullanmama, iş sahibine ait sırları saklama, bu gibi yükümlülüklerdir.²³ Gümüş de şu örnekleri vermektedir. "Yüklenicinin iş sahibine ait fabrikasyon ve işletme sırlarını açıklaması, yüklenicinin iş sahibinin kendisine teslim ettiği yapı

¹⁸ Öz, s.121.

¹⁹ Zindel/Pulver'den akt. Mustafa Alper Gümüş, 6098 sayılı TBK'na göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul-2014, C.2 s.48.

²⁰ Zevkliler- Gökyayla, s.486.

²¹ Gökyayla, s.787.

²² Yüklenici iş sahibinin tüm çıkarlarını değil, haklı çıkarlarını gözetmek zorundadır.

²³ Öz, s.121.

zenlemesinde, “vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir” hükmü ve m.386/II düzenlemesinde, “diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur” hükmü dikkate alınarak doktrinde genellikle kabul edilen görüşe göre, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 386/II hükmü gereğince, kanunla düzenlenmeyen iş görme sözleşmeleri hakkında vekâlet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerinin uygulanması gibi kanunla düzenlenen iş görme sözleşmeleri hakkında da, boşluk bulunan durumlarda vekâlet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerinden yararlanılarak bunun sonucunda BK m.390’a kıyasen yüklenicinin iş sahibine karşı sadakat borcunun varlığı kabul edilmekteydi.²⁷

Sadakat borcu 6098 sayılı TBK’nın 471/1 maddesinde düzenlenmiştir. “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır” hükmü ile yüklenicinin sadakat borcu açıkça belirtilmiştir. Burada kanun koyucu sadakat borcunun özellikle edimin ifası sırasında olacağını kabul etmişse de, sadakat borcunun sözleşme öncesi, edimlerin ifası ve sözleşme sonrası zaman diliminde de varlığının kabul eden görüş²⁸ dikkate alınarak yeni düzenlemede belirtilmemiş olsa da ifa öncesi, ifa sırasında ve sonrasında da yüklenicinin sadakat borcunun varlığı kabul edilmelidir.

2- YÜKLENİCİNİN ÖZEN BORCU

Özen, “asıl borcun ifası için zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi borçludan istenen özelliklerin tamamı” olarak tanımlanmaktadır.²⁹ Eser sözleşmelerinde özen borcu, sözleşmeye tümünden ege men olan genel bir niteliğe sahiptir ve sadakat borcunun somutlaştırılmış bir şeklidir.³⁰ Eser sözleşmesinde sözleşme ihlali, hiç veya gereği gibi ifa etmeme şeklinde ortaya çıkabilir. TBK düzenlemeleri ile eser meydana getirme borcu ile bağlantılı olarak yükleniciye özenli olarak iş görme yükümü yüklemiştir.³¹

²⁷ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul-2013, s.970.

²⁸ Gökyayla, s.786.

²⁹ Veysel Başpınar, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara-2004, s.124.

³⁰ Gauch’tan akt. Zevkliler- Gökyayla, s.488.

³¹ Gümüş, Borçlar, s.44.

Bu genel nitelik gereğince, yüklenici sözleşmenin her aşamasında ve üstlendiği tüm edimlerin yerine getirilmesinde işini özenle yapmalıdır. Yüklenici, malzeme seçiminde, işi kendisi yapma veya kendi gözetiminde yaptırma borcunda, bildirim yükümlülüğünde, işe belirlenen veya belirlenmese bile makul sürede başlama ve teslim kadar geçen sürede özenli davranmak zorundadır. Hatta henüz sözleşmenin kurulması aşamasında iş sahibinin yararına olacak bilgileri toplamak ve işin iyi yürütülmesi için gerekli araştırmaları yapmak da yüklenicinin özen borcunun bir gereğidir. Tüm bunların sonucunda, yüklenici eser sözleşmesinden doğan borçlarını özenle yerine getirmek ve iş sahibinin menfaatini korumak zorundadır.³²

A- Özen Borcu Sorumluluğunun Kabul Gerekçeleri

Yüklenici, sözleşme ile üstlendiği eseri eksiksiz, sözleşmenin ve işin niteliğine uygun biçimde iş sahibine teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Yüklenicinin teslim yükümlülüğü, bir sonuç meydana getirme sorumluluğudur. Yani yüklenici fiili değil sonucu taahhüt etmektedir. Asıl olan yüklenicinin sonucu sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirmesidir. Sonuç iş sahibinin istediği şekilde yerine getirilmemişse diğer bir ifade ile eser ayıplı yapılmışsa iş sahibinin özellikle ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanması mümkündür (TBK m.474-478). Fakat bazı hallerde, eser ayıplı olmamakla beraber iş sahibi sözleşmeden beklediği menfaati, çeşitli nedenlerle tam olarak elde edemeyebilir. İşte özen borcu, özü itibariyle ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğurmayan fakat işin niteliği gereği yerine getirilmesi gereken bir borçtur.³³ Buna karşılık, ayıplı teslimden doğan zararlar için, daha özel mahiyetteki ayıba karşı tekeffül hükümleri özen sorumluluğunu içerir ve bu ayıp bir özensizlikten ileri gelse dahi ancak ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanılarak tazminat istenebilir ve bu nedenle muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmemişse böyle bir tazminat talep olunamaz.³⁴

Özen borcunun kabulünü gerektiren diğer bir neden ise sonucun meydana gelmediği yani eserin tamamlanmadan sözleşmenin sona

³² Eren, s.73.

³³ Gökyayla, s.788, Zevkliler- Gökyayla, s.488.

³⁴ Tandoğan, s.53.

ermesi durumudur. Bu durumda iş sahibi eseri teslim almayabileceği gibi eğer tamamlanan kısım iş sahibinin işine yarayacak durumda ise iş sahibi bu kısmı kabul de edebilir. İş sahibi kabul ettiği ve teslim aldığı kısmın bedelini ödemek zorundadır. Bu takdirde, ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamayacağından, iş sahibine hiç olmazsa o zamana kadar yapılmış olan ve bedelini ödeyeceği işin özenle yapılmamış olmasından dolayı, yükleniciyi sorumlu tutmak olanağı tanınmalıdır.³⁵ Diğer bir ifade ile böyle durumlarda, hiç değilse meydana getirilen eser parçası açısından iş sahibinin korunması gerekir, bu korumada yüklenicinin özen ödevini yerine getirmemesine dayanır.³⁶

Eserin tamamlanmış ve ayıpsız olarak teslim edilmiş olduğu bazı durumlarda, yüklenicinin edimini ifa ederken özen borcuna aykırı hareket etmesi yüzünden iş sahibi veya üçüncü kişilerin zarara uğraması mümkündür. Bu durumda iş sahibi açısından ayıba karşı tekeffül hükümlerine gitmek mümkün değildir. Örneğin, tamir için bırakılan serviste yüklenicinin veya elamanlarının çalışma sırasında sigara içerken arabanın koltuğuna zarar vermeleri veya boya sırasında iş sahibinin koltuklarının boya olması durumlarında yapılan işte bir ayıp söz konusu değildir. Ancak yükleniciyi özen borcunun ihlali nedeniyle sorumlu tutmak ve bu zararların tazminini istemek mümkündür.

B- Özen Borcunun Niteliği

Yüklenici, eseri meydana getirirken ve teslim ederken benzer bir eserin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir yükleniciden beklenen tüm dikkati sarf etmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak, kullanmak zorundadır. Yüklenicinin göstermek zorunda olduğu bu dikkat ve çaba, özen borcunu oluşturur.³⁷ Bu tür özene doktrinde, "objektif özen" adı verilmekte ve yüklenicinin, alanında yetenekli ve becerikli bir meslek adamının göstereceği özen ve dirayeti göstermesi gerekliliği vurgulanmaktadır.³⁸

Özen borcunun niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Özen yükümlülüğünü, genel yan yüküm, tali bir yükümlülük,

³⁵ Tandoğan, s.52.

³⁶ Gökyayla, s.789.

³⁷ Eren, s.74.

³⁸ Gauch, Bühler ve Zindel/Pulver'den akt. Eren, s.74.

sadakat yükümünün somutlaşması, edim yükümünün bir parçası, bir edim yükümü ve yan yüküm olarak kabul etmeyen görüşler gibi değişik görüşler bulunmaktadır.³⁹ Diğer bir ayrıma göre, özen borcu asli yükümlülük veya asli edimin ifasına hizmet eden, asli edimden bağımsız niteliği bulunmayan bir borç niteliğindedir. Eğer yüklenici asli edimini ayıpsız olarak yerine getirirse yüklenici sırf özen borcuna aykırılık nedeniyle ayrı bir tazminatla sorumlu olmayacaktır. Fakat özen borcuna aykırılık asli edimin ifasından ayrı ve bağımsız bir sonuç olarak ortaya çıkmışsa, özen borcuna aykırılığa dayanarak tazminat talep etmek mümkündür. Çünkü bu son halde tazminat talebi asli edimden bağımsızdır.⁴⁰ Büyükcay'a göre; eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcu asli edim yükümlülüğü niteliğinde olmayıp yan yükümlülük niteliğindedir. Asli edim yükümlülüğü ihlal edilmeden yan yükümlülük niteliğinde olan özen borcunun ihlal edilmesi mümkündür. Yüklenicinin yan yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda aynen ifayı talep etme hakkı bulunmamaktadır. Bunun yerine, uğranılan zararın tazminini talep etmek mümkündür.⁴¹ Öz ise, bir taraftan yükleniciye sözleşmedeki işi yapma yanında, ayrıca bu işi yaparken beklenecek özeni gösterme borcu da yüklendiğini belirtmektedir.⁴² Bunun sonucunda yüklenici sadece işi fiziksel olarak yapmakla sorumluluktan kurtulamayacak, bu işi kendisinden beklenecek özenle yapması gerekecek ve şayet böyle davranmamışsa doğacak sonuçlardan sorumlu olacaktır.

Diyebiliriz ki yüklenicinin özen borcunun niteliği, onun asli edimini oluşturmaz. Fakat yüklenicinin sorumluluğunu doğuran bir durumdur ve ihlalin ağırlığına göre iş sahibine sözleşmeyi sonlandırma hakkı verebilecek önemli bir sorumluluk halidir. Bunun sonucunda yüklenici, üstlendiği edimi belirlenen sürede ve ayıpsız olarak bitirmiş olsa da bir şekilde iş sahibinin çıkarına aykırı bir davranışı ile zarar vermişse bundan sorumlu olacaktır. Örneğin, yüklenici inşaat alanından çıkardığı hafriyatı komşu parselde dökmek suretiyle orada bir zarara neden olmuşsa bu zarardan iş sahibine karşı sorumlu ola-

³⁹ Mustafa Alper Gümüş, Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınları, İstanbul-2001, s.138-144 arasında gösterilen yazarlar ve görüşler.

⁴⁰ Başpınar, s.158.

⁴¹ Yusuf Büyükcay, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara-2012, s.136.

⁴² Öz, s.118.

çaktır. Yine yüklenici inşaat aşamasında İmar Kanununun veya Çevre Kanununun aradığı tedbirleri almamak ve iş sahibini uyarmamak suretiyle iş sahibinin belediye zabıtasınca ceza almasına neden olursa bu zarardan da özen borcu nedeniyle sorumlu olacaktır.

C- Özen Borcunun Ölçüsü

TBK m.471/II'de yüklenicinin özen borcu belirtilmiştir. "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanlarda işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır." Buna göre yüklenicinin sorumluluğu işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna yapılan yollamadan vazgeçilmiş, yeni düzenleme ile eser sözleşmesindeki yüklenici için ayrı ve özel bir sorumluluk sistemi ve özen ölçüsü getirilmiştir.⁴³ Yüklenicinin özen borcunun belirlenmesinde, sözleşme hükümlerinin⁴⁴ yanında, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış esas alınacaktır ve bu hüküm ile özen borcunun belirlenmesinde objektif kriterin esas alındığını söylemek mümkündür.⁴⁵ Artık, iş sahibinin sözleşme yaparken yüklenicinin ekonomik veya kişisel mesleki bazı yetersizliklerini biliyor olması, ayrıca bir sorumsuzluk anlaşması yapılmadıkça, yüklenici için kusursuzluk sebebi sayılmayacaktır.

Yüklenici kendi ekonomik ve mesleki durumunu değerlendirmek ve üzerine aldığı işe uygun olup olmadığını takdir etmekle yükümlü olup altından kalkamayacağı işi almakla başlı başına kusurlu sayılacaktır.⁴⁶ Gümüş, TBK'nın getirdiği özen ölçüsünü şöyle belirtmektedir. TBK m.471/II' de aranan ve BK m.356'ya nazaran ağırlaştırılmış özen ölçütü, sadece yüklenicinin eser meydana getirme faaliyetini bir mesleki, profesyonel kazanç getirici faaliyet olarak yürüttüğü hallerde uygulanabilir bir ölçüttür. Dolayısıyla yüklenicinin iş görmesini bir sürekli kazanç getirici, mesleki faaliyet olarak yürütmediği hallerde,

⁴³ Öz, s.118.

⁴⁴ Yüklenicinin özen borcunun kapsamını belirlemede, öncelikle sözleşme hükümlerinin ve sonra da kanuni düzenlemenin göz önünde tutulması gerekir, Yavuz, s.973.

⁴⁵ Büyükkay, s.138.

⁴⁶ Öz, s.120.

ortaya çıkan örtülü kanun boşluğunun amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) ile doldurulmasına bağlı olarak, yine “ortalama yüklenicinin ortalama davranışı” özen ölçütü olarak alınmalıdır.⁴⁷

Yüklenicinin özen borcunu, taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, TMK m.2’de düzenlenen “dürüstlük kuralı”, “meslek ve teknik alanda geçerli kurallar” belirler. Bunlardan öncelikle uygulanması gereken sözleşme hükümleridir. Taraflar TBK m.26 düzenlemesi ışığında, aralarındaki ilişkinin niteliğini serbestçe belirlemek yetkisine sahiptirler. Tarafların yüklenicinin özen borcunu ağırlaştırabilecekleri gibi, azaltmaları da mümkündür. Ancak bu sınırlamalarda TBK m.115’de belirtilen sorumsuzluk anlaşması kuralları göz önüne alınmalıdır.

Mesleki ve teknik alanda geçerli kuralların uygulanmasında ise yüklenici, yüklenmiş olduğu eseri meydana getirirken, bu eseri iş sahibine teslim ederken inşaat işlerinde egemen olan anlayışa göre, benzer bir inşa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir yükleniciden beklenen tüm dikkati sarf etmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak, kullanmak zorundadır. İşte yüklenicinin göstermek zorunda olduğu bu dikkat ve çaba, özen borcunu oluşturur.⁴⁸

Yüklenici, yüklediği eseri meydana getirirken ve teslim ederken, yapılan işte egemen olan anlayışa göre, benzer bir eserin meydana getirilmesinde makul, dürüst ve alanında uzman bir yüklenicinin göstermesi gereken tüm dikkat ve çabayı sarf etmek ve teknik kurallara uymak zorundadır.⁴⁹ Bu gibi hususların sözleşmede belirtilmiş olması gerekli değildir. Eğer yüklenici tacir ise beklenen özenin derecesi tacir olmayan yükleniciye göre daha ağır olmalıdır. Her türlü özen tedbirini aldığı yüklenici ispat edecektir. Yargıtay bunu şöyle belirtmektedir. “Yüklenicinin akdin ifası sırasında iş sahibinin zararına neden olmaktan kaçınması özen borcunun gereğidir. Yüklenici işin yapımı sırasında iş sahibine ait yapıya ait ya da başka yüklenicinin yaptığı imalâtlara zarar vermişse özen borcunun ihlali sebebiyle iş sahibinin

⁴⁷ Mustafa Alper Gümüş, 6098 Sayılı TBK’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2014, C.2, s.46-47.

⁴⁸ Eren, s.74.

⁴⁹ Köksal Kocaağa, “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederak Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, *DEÜHFD.*, S. 2004/1, s.178.

uğradığı zarardan sorumlu olur. Özen borcuna aykırı davranış halinde iş sahibi sadece zararın varlığı ve miktarını kanıtlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliğinin bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir. Talep edilebilecek zarar miktarı da olayın meydana geldiği tarihteki mahalli piyasa rayiçlerine göre zararın giderim bedelidir.⁵⁰

Kamu yapım işlerinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin eki olduğu durumlarda yüklenicinin özen borcu, YİĞŞ m.15 hükümleri dikkate alınarak belirlenecektir.

D- Özen Borcunun Uygulama Halleri

TBK m.471/II düzenlemesi yükleniciye sözleşmedeki işi yapma yanında, ayrıca bu işi yaparken kendisinden beklenecek özeni de gösterme borcu yükler. Diğer bir ifade ile yüklenici sadece işi fiziksel olarak yapmakla sorumluluktan kurtulamayacak, bu işi kendisinden beklenecek özenle yapması gerekecek ve şayet böyle davranmamışsa doğacak sonuçlardan sorumlu olacaktır.⁵¹ TBK'nın bu düzenlemesi ile getirilen özen borcu, sözleşmenin kurulması aşamasından başlayarak teslim ve sonrasına kadar devam eden bir süreci kapsar. Bu süreçlerin ayrı ayrı ele alınması konunun anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

a. Sözleşmenin Kurulması Aşamasında Özen Borcu

Yüklenici yaptığı işin uzmanı olan veya olması gereken bir kişidir. Yüklenici, bir işi yüklenirken kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olup olmadığını iyice tartmalı ve yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmalıdır, aksi takdirde özen borcuna aykırı davranmış sayılır ve bundan sorumlu tutulur.⁵² Örneğin, küçük bir limited şirketin bir konsorsiyum ortaklığının aldığı hava limanı işini alt yüklenici olarak üstlenmek istemesinde bu durum söz konusudur. Yine yüklenici, ısmarlanan eserin meydana getirilmesine engel olabilecek hukuki ve fiili engellerin olup olmadığını da araştırmalı-

⁵⁰ Y. 15 HD, 2012/8083 E, 2013/6329 K, 28.11.2013 tarihli kararı.

⁵¹ Öz, s.118.

⁵² Tandoğan, s.56.

dır.⁵³ Bu anlamda yüklenici projeleri, planları, kullanılacak malzemeleri incelemeli ve bu malzemelerin sözleşme konusu eser için uygun olup olmadığını belirlemelidir.

b. Sözleşmenin Kurulmasından Teslim Anına Kadarki Sürede Özen Borcu

Yüklenicinin özen borcu, sözleşmenin kurulması aşamasını geçtikten sonra da devam eder. Sadece işin başında gerekli tedbirleri almakla yetinmemeli, eserin meydana getirilmesinde, hatta teslim aşamasına kadar özen borcuna uygun davranmalıdır. Çünkü o, mesleğinin gerektirdiği bilgi, beceri ve teknik esasları eserin tamamlanıp teslim edilmesine kadar uygulamak ve gözetmek zorundadır. Bu süreçte yüklenici, hem iş sahibinin hem de üçüncü kişilerin muhtemel bir zarara uğramalarını önlemek amacıyla gerekli tedbirleri almak zorundadır. Bu özen borcunun bir gereğidir. Örneğin, yüklenici inşaatın kazımı sırasında yan binaların zarar görmemesi veya iş sahibinin aynı mahalde bulunan malzemelerini korumak için gerekli tedbirleri almalıdır.

Yüklenici eseri meydana getirirken, iş sahibinin hukukça korunan mutlak haklarını, özellikle kişilik değerlerini, yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğü değerleri ile mal varlığı değerlerini tehlikeye koyacak, bunları ihlal edecek her türlü yapma ve yapmama fiilinden kaçınmakla yükümlüdür.⁵⁴ Yine yüklenici, ifaya yönelik olarak eserin iş sahibine teslimine kadarki sürede eseri korumak için de gerekli tedbirleri almak zorundadır. Yargıtay bu durumu şöyle belirtmiştir. “Davacı ile davalı SS Arsa Tarımsal Kalkınma Kooperatifi arasında kesim, sürüklenme ve taşımaya ilişkin eser sözleşmesi bulunmaktadır. Eser sözleşmelerinde yüklenicilerin iş sahibine karşı sadakat ve özen yükümlülükleri vardır. Yükleniciler, sözleşme konusu işlerin ifası sırasında iş sahibinin yararına hareket etmek, işin gerektirdiği her türlü önlemi almak zorundadır. Sadakat ve özen borcunun sonucu olarak yükleniciler üçüncü kişilerin haksız eylemleri ve taşeronların sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle verilen zarardan iş sahibine karşı sorumludurlar. Açıklanan nedenle davalı kooperatif hakkında açılan

⁵³ Zevkliler- Gökyayla, s.490.

⁵⁴ Zindel/Pulver'den akt. Eren, s.76.

davanın esası incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmamıştır.⁵⁵

c. Eserin Meydana Getirilmesinden Sonraki Aşamada Özen Borcu

Eser tamamlanmış olsa da yüklenicinin özen borcu eserin teslimine kadar devam eder. Çünkü bu dönemde eser yüklenicinin elindedir. Bu zaman içinde eser iyi korunmalı, değerini ve niteliğini kaybetmeyecek şekilde korunmalıdır ve gerekliyse iş bittikten sonra eser teslim edilirken eserin kullanımı konusunda iş sahibi aydınlatılmalıdır.⁵⁶

II- TBK'DA SADAKAT VE ÖZEN BORCUNUN GÖRÜNÜM HALLERİ

TBK'nın bazı hükümlerinde yüklenicinin sadakat ve özen borcu açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemeler hakkında doktrinde fikir birliği yoktur. Aşağıda inceleyeceğimiz TBK m.472/II, 472/III, düzenlemelerinin sadakat borcunu yoksa özen yükümünü olduğu hususunda fikir ayrılığı bulunmaktadır.⁵⁷ Bunlar dışında TBK m.473, 476 ve 483/II düzenlemelerini de bu kapsamda değerlendirmek gerekir.

1. TBK m.472/II Düzenlemesi

"Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür."

Bu düzenlemeye göre, eser sözleşmesine konu olan işin yapımına ilişkin malzeme iş sahibi tarafından verildiği takdirde, yüklenici iş sahibine hesap vermek ve artan malzemeleri iade etmekle yükümlüdür.

⁵⁵ Y. 15 HD, 2014/4182 E, 2014/5491 K, 25.9.2014 tarihli kararı.

⁵⁶ Gökyayla, s.798.

⁵⁷ Öz ve Eren bunları yüklenicinin özen borcu başlığı altında incelerken Öz, s.119, Eren, 75/77, Tandoğan, Yavuz ve Büyükay bunları sadakat borcu görünümüleri altında incelemiştir. Yavuz, s.971, Büyükay, s.134 ve Tandoğan, s.49, Gümüş ise, m.472/II, 472/III, 476 düzenlemelerini özen borcunun somut görünümü olarak kabul etmektedir. Gümüş, Borçlar, s.45, Aral-Ayrancı, bunları özen borcu altında incelemektedir. Aral- Ayrancı, s.336.

Yüklenici bu yükümünü yerine getirmezse eseri teslim etse dahi sadakat borcu kapsamında iş sahibine karşı sorumlu olacaktır.⁵⁸ Bu düzenlemeyi özen borcu olarak kabul eden görüşler de bulunmaktadır.⁵⁹ Bu şekilde yüklenici malzemenin kullanımında da özen göstermeli, rastgele veya gereksiz kullanımlara engel olmalı, aşırı masraf yapılmamasını sağlamalıdır. Bu söylenenlerin yerine getirilmemesi hali yüklenicinin sorumluluğunu doğurur.

Kanımca burada bir ayırım yapılmalıdır. Malzemenin yerli yerinde kullanılması, montajında özen gösterilmesi, az fire verilmesi ve montaj sırasında malzemeye, montaj yerine hasar verilmemesi özen borcu kapsamında, gerekli özen gösterilmesine rağmen malzeme artmışsa artan malzemeyi iade etmek sadakat borcu olarak kabul edilmelidir.

2. TBK m.472/III Düzenlemesi

“Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.”

Yüklenici, iş devam ettiği sırada iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır, bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur. Bu maddenin de sadakat yoksa özen borcu mu olduğu konusunda da fikir birliği bulunmamaktadır.⁶⁰ Özen borcu kabul eden görüşler, buradaki özen borcunun yüklenicinin kusuru olmaksızın doğan bir dış engeli hatta iş sahibinden kaynaklanan bazı engelleri dahi, iş sahibine bildirme yükümü getirdiği belirtilmektedir.⁶¹

⁵⁸ Sadakat borcu kabul eden yazarlar için dipnot,60.

⁵⁹ Gökyayla, s.795, Zevkliler-Gökyayla, s.493.

⁶⁰ Öz, Eren ve Zevkliler-Gökyayla bu düzenlemeyi özen borcu, Öz, s.119, Eren, s.76 ve Zevkliler- Gökyayla, s.493, Yavuz ise, sadakat borcu olarak kabul etmektedir. Yavuz, s.971.

⁶¹ Öz, s.119.

Bu düzenlemenin yüklenicinin iş sahibini aydınlatma ve bilgi verme borcu kapsamında bir özen borcu olduğunu kabul eden görüşlerde bulunmaktadır.⁶² Yüklenici aynı zamanda maliyet fiyatlarında işin akışı içinde ortaya çıkan büyük artışlardan da iş sahibini haberdar etmek zorundadır. İş sahibinin ödeyeceği ücret, ister birim fiyata ister maliyete göre belirlensin durum değişmez.⁶³ Büyükay ise TBK'nın bu düzenlemesini, yüklenicinin sadakat borcundan çıkarılan başka bir yükümlülük olarak, akdin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye düşürecek durumlar karşısında iş sahibini uyarması kapsamında, yüklenicinin ihbar yükümlülüğü olarak değerlendirmektedir.⁶⁴ TBK düzenlemesine göre, yüklenicinin iş sahibini uyarması gereken durumlar, iş sahibinin sağladığı malzemenin ve arsanın inşaata elverişli olmamasından kaynaklanabileceği gibi iş sahibinin uygun olmayan açık bir talimatından da kaynaklanabilir. Yüklenicinin sorumlu tutulmaması için iş sahibini uyarmalı ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gerekir.

Yargıtay da bu düzenlemeyi sadakat borcu kapsamında değerlendirmektedir. "Yüklenici tarafından eser hazırlanırken ya da iş yapılırken iş sahibinin verdiği malzemenin kusuru olduğu anlaşılır veya eserin noktası noktasına düzenli olarak yani gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici, bu durumu hemen iş sahibine bildirmek, eğer bildirmezse bunun sonuçlarına kendisi katlanmak zorundadır... İşin uzmanı olan yüklenici davalının özen borcuna uygun olarak objektif ölçüler içinde yüklediği işi, davacı iş sahibinin kullanabileceği şekilde yapmakla ödevli olduğu gibi az yukarıda açıklandığı üzere sadakat borcu gereğince BK'nın 357 maddesi uyarınca genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, bunun sonuçlarına katlanmalıdır".⁶⁵

Başka bir kararda bu borç, ayırım yapılmadan kabul edilmektedir. "...Yüklenici işinin ehli olup tadilatın ruhsata tabi olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiğinden 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357. maddesindeki genel ihbar mükellefiyeti gereğince ruhsatsız tadilat işlerini

⁶² Eren, s.76.

⁶³ Eren, s.76.

⁶⁴ Büyükay, s.145, Aral- Ayrancı s.336 da aydınlatma ve dikkatini çekme yükümü olarak sadakat borcu kapsamında değerlendirmektedir.

⁶⁵ Y.15 HD, 2009/1859 E, 2010/1605 K, ve 22.3.2010 tarihli kararı.

yapamayacağını beyan ederek iş sahibini uyarıması sebebiyle, ruhsatsız olarak başlanan çatı yükseltme işlemi bilahare iptal edilip eski hale getirildiğinden, çatının yükseltilmesi bedeline hak kazanamaz. Yine yüklenicinin ruhsatsız yaptığı imalâtlar ayıplı olup ruhsat alınarak yasal hale getirilmediği ve davacı yüklenici ruhsatsız tadilat yapmakta kusurlu olduğundan, ayıbın giderilmesi mahiyetindeki çatının eski hale getirilme bedelini de isteyemez".⁶⁶

3. TBK m.473 Düzenlemesi

"Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir."

Bu düzenleme, henüz teslim zamanı gelmeden önce yükleniciye işe zamanında başlama ve işi durdurumama yükümü getirmektedir. Bununla yüklenicinin henüz temerrüte düşmemiş iken bazı davranışlarından dolayı sorumlu olacağı düzenlenmektedir ve yüklenicinin özen borcuyla ilgilidir.⁶⁷ Bu durumlarda her ne kadar çalışmalarını iş sahibi durduruyor veya yavaşlatıyor görünse de bu gecikmeye asıl sebep yüklenicinin özen borcuna aykırı tutumudur. Örneğin, bir bina inşasına girişen yüklenici hafriyatı hatalı yürüttüğü için bitişik taşınmazdaki yapıların harap olmasına yol açacaksa, yakın tehlike karşısında iş sahibi çalışmaları durdurabilir ve gecikmeden⁶⁸ yüklenici sorumlu olur.

Eğer işi yavaşlatan veya görülmesine engel olan sebepler dış olaylardan kaynaklanmakta ise yüklenici bunlar hakkında iş sahibine zamanında gerekli uyarıda bulunmalıdır. Eğer yüklenici vaktinde uyarı da bulursa idi söz konusu gecikmenin olmayacağı anlaşılırsa yüklenici yine de sorumlu olacaktır. Bu durumda da yüklenicinin iş sahibine ihtarda bulunmaması onun özen yükümünün ihlali anlamına gelir.

⁶⁶ Y.15 HD, 2013/6441 E, 2014/3527 K ve 23.5.2014 tarihli kararı.

⁶⁷ Öz, s.119.

⁶⁸ Öz, s.130.

4. TBK m.476 Düzenlemesi

“Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.”

Bu düzenlemeye göre, işin yapılmasına yönelik olarak iş sahibinin verdiği talimatın uygun olmaması ve uyumsuzluğun yüklenici tarafından bilinmesi durumunda yüklenici sadakat yükümlülüğü nedeniyle bu konuda iş sahibini uyarmalıdır. Aksi durumda yüklenici sadakat borcuna aykırı davranmış olacaktır. Eren, bu düzenlemeye karşılık gelen 818 sayılı BK m.361 düzenlemesini yüklenicinin özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirmekte ve yüklenicinin “aydınlatma ve bilgi verme borcu” kapsamında kabul etmektedir. Aydınlatma borcu arasında her şeyden önce iş sahibi veya yetkili yardımcıları tarafından inşa eserinin meydana getirilmesiyle ilgili olarak verilen talimatlar, plan ve proje, malzeme seçimi hakkında bilgi verme gelmektedir.⁶⁹

Tandoğan, bu yükümlülüğü sadakat borcu kapsamında değerlendirmektedir. “Yüklenici, iş sahibinin akdin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye düşürecek maksada elverişli olmayan talimatı karşısında onu uyarmalıdır. Yüklenici bu uyarma yükümlülüğünü yerine getirip de ona rağmen iş sahibi talimatına uyulmasında ısrar ettiği takdirde, yüklenicinin bu yüzden doğacak zarardan sorumluluğu ortadan kalkar ve eser bu talimata uyulması nedeniyle telef olacak olursa, yüklenici yaptığı işin değerini ve masraflarının karşılığını isteyebilir”.⁷⁰ Yavuz da bu yükümü yüklenicinin sadakat borcu kapsamında değerlendirmekte ve sadakat borcunun ihbar yükümlülüğü şeklinde kendisini gösterdiği özel bir durum olarak kabul etmektedir.⁷¹

Yargıtay bu düzenlemeyi aydınlatma yükümlülüğü olarak gördüğünü belirtirken, sadakat mi yoksa özen borcu mu olduğunu belirtmemiştir. “Yine BK.nın 361.maddesi uyarınca yüklenici, inşa eserinin

⁶⁹ Eren, s.76.

⁷⁰ Tandoğan, s.50.

⁷¹ Yavuz, s.971.

meydana getirilmesiyle ilgili olarak verilen talimatlar, plan ve projeler, malzeme seçimi kısaca inşa eserinin meydana getirilmesi bakımından önem taşıyan her konu, durum ve olay hakkında iş sahibine bilgi vermek, gerekli tavsiyelerde bulunmak, iş sahibince verilen talimatlar yanlış veya tutarsız ise bunlar hakkında iş sahibini aydınlatmakla yükümlüdür. Dosya kapsamından, davalı yüklenicinin mukayeseli keşifte sözleşme kapsamından çıkartılan imalatlarla ilgili olarak uyarı ve aydınlatma görevini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Ayıpların kullanım hatası sonucu oluştuğuna dair savunma ise kanıtlanamamıştır. Bu durumda eserdeki ayıpların tamamen yüklenici kusurundan kaynaklandığının kabulü gerekir".⁷²

5. TBK m.483/II Düzenlemesi

"Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır."

Bu düzenlemeye göre, iş sahibinin sağladığı malzemelerin ayıplı olması ve arsanın uygun olmaması durumlarında yüklenici doğabilecek zararlar konusunda iş sahibini açıkça uyarmalıdır. Bu sadakat borcu gereğidir. Diğer bir ifade ile yapılan şey iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın ayıbından yahut iş sahibinin talimatına uyulmasından dolayı telef olmuş bulunsa bile yüklenicinin bu tehlikeleri zamanında ihbar etmemesi halinde yaptığı masrafı istemeyeceği hükme bağlanmıştır.⁷³

III- SADAKAT VE ÖZEN BORCUNA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

İncelediğimiz üzere sadakat ve özen borçları yan bir yükümlülük olarak kabul edildiğinden, bu yükümlülüklerin ihlali yüklenicinin eser sözleşmesini gereği gibi ifa etmemesi sonucunu doğuracaktır.

⁷² Y. 15 HD, 2007/7604 E, 2008/7725 K ve 29.12.2008 tarihli kararı.

⁷³ Öz, s.119 Yazar bu yükümlülüğü özen borcunun bir sonucu olarak kabul etmektedir.

1. Sadakat Borcuna Aykırılığın Sonuçları

Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranması, başlı başına sözleşmeye aykırılık teşkil eder.⁷⁴ Sadakat yükümüne aykırı davranma, yüklenici eseri tam zamanında ve kusursuz yapsa bile, sırf sadakatsizliği yüzünden iş sahibinin uğradığı zararı tazmin borcu doğuracaktır.⁷⁵ Diğer bir ifade ile yüklenicinin sadakat borcuna aykırı hareketi halinde bu yüzden doğan zararın tazmini, eser akde uygun olarak vücuda getirilmiş ve teslim edilmiş olsa dahi istenebilir.⁷⁶

Yüklenici sadakat borcuna aykırı hareketi sonucunda bir kar elde ederse, bu durumda iş sahibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre yükleniciden tazminat talep etme hakkına sahiptir.⁷⁷ İş sahibinin bir zarara uğraması gerekmez. Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı olarak iş sahibine ait eşya, belge ve bilgileri, plan, projeleri kullanarak kendisine çıkar sağlaması halinde, caiz olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine (TBK m.530) göre bu elde ettiği çıkarları iş sahibine verme borcu doğacağı da unutulmamalıdır.⁷⁸ TBK m.530 düzenlemesinin kıyasen değil, doğrudan uygulanacağı belirtilmektedir.⁷⁹

İş sahibi henüz eserin tamamlanmadığı süreçte yüklenicinin kendisine sadakatsiz davranışını ve bunun ağır bir surette gerçekleştiğini tespit ederse sözleşmeden dönebilir mi? Doktrinde buna olumlu cevap verilmektedir.⁸⁰ Bu durumda iş sahibi sadakat borcunun ağır bir ihlali görünce TBK m.484, m.473/II ile birlikte TBK m.125'e dayanarak sözleşmeden dönebilir.⁸¹ Böyle bir durumda, iş sahibinin tazminat alacağıyla, sözleşmenin eser tamamlanmadan feshi dolayısıyla yüklenicinin ileri süreceği alacağı takas da edilebilir.⁸²

⁷⁴ Büyükay, s.135.

⁷⁵ Öz, s.121.

⁷⁶ Tandoğan, s.50.

⁷⁷ Büyükay, s.135.

⁷⁸ Öz, s.121.

⁷⁹ Gümüş, Borçlar, s.48, Yazar bunun gerekçesini şöyle açıklamaktadır. "Sözleşme ihlali hallerinin dahi kötü niyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme oluşturabileceği yönündeki yeni eğilimler dikkate alındığında TBK m.530 kıyasen uygulanacaktır.

⁸⁰ Tandoğan, s.51, Yavuz, s.972.

⁸¹ Zevkliler- Gökyayla, s.487.

⁸² Gökyayla, s.787 dipnot10.

2. Özen Borcuna Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Eserde bir bozukluk söz konusu ise kural olarak yüklenicinin özen borcunun ihlali değil, ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanır (TBK m.474). Bunun dışında ayıp olarak değerlendirilemeyecek başka durumların varlığı halinde, yüklenicinin özen borcunun ihlali söz konusu olacaktır. Yüklenicinin özen borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde iş sahibinin birtakım hakları bulunmaktadır. Bunlar, tazminat, işin başka birine yaptırılması ve sözleşmeden dönmedir. Diğer bir ifade ile özen yükümünü ihlal etmek suretiyle iş sahibinin bir zarara uğramasına sebebiyet veren yüklenici TBK m.112 vd ve TBK m. 472/I hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı şekilde, yüklenici yardımcılarının veya işi devrettiği alt yüklenicinin zarar verici davranışlarından dolayı TBK m.116 gereğince sorumlu olur.⁸³

A. İş sahibinin Tazminat Hakkı

Yüklenicinin özen borcuna aykırı hareketi eserin ayıpsız olarak teslimini etkilemeyecek fakat iş sahibinin başka zararına yol açacak nitelikte ise iş sahibi akdin müspet ihlalini teşkil eden bu hareketten doğan zararını TBK m.112'ye dayanarak isteyebilir.⁸⁴ Yüklenici sorumluluktan kurtulabilmek için, gerekli her türlü özeni gösterdiğini ve kendisine bir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamalıdır.⁸⁵ Özen borcuna aykırılık, genellikle yan yükümlerin ve koruma yükümlerinin ihlali biçiminde kendisini gösterir. Eserin veya eserin yapımında kullanılan malzemenin iyi muhafaza edilmemesi, eğer işin niteliğinden kaynaklanıyorsa veya taraflarca kararlaştırılmışsa sigortanın yaptırılmaması, alt yüklenicinin veya yardımcı kişilerin yeterince denetlenmemesi, iş sahibinin aydınlatılmaması gibi hallerde yan yükümlerin veya koruma yükümlerinin ihlali söz konusudur.⁸⁶

Yargıtay bu durumu şöyle belirtmiştir. "6098 sayılı TBK'nın 471. maddesinde yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğu, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış ölçüsünü esas almak

⁸³ Aral-Ayrancı, s.337.

⁸⁴ Tandoğan, s.60-61, Yavuz, s.974, Zevkliler-Gökyayla, s.495, Gökyayla, s.799.

⁸⁵ Zevkliler-Gökyayla, s.495.

⁸⁶ Zevkliler-Gökyayla, s.496.

biçiminde düzenlenmiştir. İş sahibinin zarara uğramasından kaçınmak, yüklenicinin özen borcu gereğidir. Özen borcu, BK. 96. maddesindeki (TBK. 112. madde) sorumluluğunun özel biçimidir. Yasa koyucu, istisna akdinde sorumluluğu akdin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla özen borcuna nedenli önem verdiğini göstermiştir. Aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir. (HGK.12.10.1994 gün ve 1994/15-265 E. 1994/600 K)”.⁸⁷

Yüklenicinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı iş sahibinin ölümüne sebep olursa iş sahibinin desteğinden yoksun kalanların açacağı tazminat davaları da TBK m.114/II uyarınca akdi sorumluluk hükümlerine tabi olmalıdır.⁸⁸ Yine yüklenicinin özen borcuna aykırılık dolayısıyla zarar gören üçüncü kişilerin, haksız fiil ya da üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme hükümlerine göre yükleniciden tazminat talep etmeleri söz konusu olabilecektir.⁸⁹

B. İşin Başkasına Yaptırılması

Yüklenicinin özen borcuna aykırı davrandığı ve işin sözleşmeye uygun biçimde yapılmadığı anlaşılırsa, iş sahibi TBK 473/II madde hükmü gereğince işi başkasına yaptırma hakkına sahiptir. Bunun için; eserin ayıplı⁹⁰ veya sözleşmeye aykırı biçimde yapılacağı kesinlikle tahmin edilmeli, kesinlikle tahmin edilen eserdeki ayıp veya sözleşmeye aykırılık yüklenicinin kusuruna dayanmalı⁹¹ ve iş sahibi tarafından yükleniciye uygun bir süre verilmeli, işin üçüncü bir kişiye yaptırılacağı hususu ihtar edilmiş olmalıdır. Bu ihtar bizzat iş sahibi yapabileceği gibi mahkeme tarafından da yapılması mümkündür. İşin yüklenici tarafından düzeltilemeyeceği kesin olarak anlaşılıyorsa veya yüklenici ayıpları gidermeyi veya işi düzeltmeyi reddetmişse ihtarla

⁸⁷ Y. 15 HD, 2012/1993 E, 2013/1868 K, ve 20.03.2013 tarihli kararı.

⁸⁸ Tandoğan, s.61.

⁸⁹ Büyükkay, s.140.

⁹⁰ Eserin tamamlanmasından sonra ayıplı olduğunun tespiti halinde bu imkândan yararlanmak mümkün değildir. Yavuz, s.975.

⁹¹ Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde meydana getirilmesinde iş sahibinin kusuru bulunmamalıdır.

süre vermeye gerek yoktur.⁹² Verilen bu süreye rağmen, eserdeki ayıp veya sözleşmeye aykırılık giderilmemiş olmalıdır.

Bu durumlar gerçekleşirse iş sahibi işi başkasına yaptırabilir. Bunun için TBK m.113'den ayrı olarak mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. İşin üçüncü kişiye yaptırılması masrafları yükleniciden talep edilebilecektir. İşin başkasına yaptırılarak masraflarının yükleniciden alınması, müspet zararın somut yöntemle hesaplanmasından başka bir yol değildir. Bu sebeple iş sahibi dilerse üçüncü kişiye yaptırma yerine zararın doğrudan doğruya tazminini de isteyebilecektir.⁹³

C. Sözleşmeden Dönme

TBK m.473/II'de düzenlenen imkânların kullanılması için yasal şartların oluşması durumunda yüklenicinin işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine sözleşmeyi fesih edip edemeyeceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Özen yükümlülüğüne aykırı davranan yüklenicinin, tanınan süre içinde ayıplı veya sözleşmeye aykırı eseri düzeltmeyeceği anlaşılırsa, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği doktrinde kabul edilmektedir.⁹⁴ İş sahibi sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zararının tazmini de isteyebilir. Çünkü bu durumda işin yüklenicinin kusuruyla kararlaştırılan zamanda bitirilemeyeceği kesinleşmiştir ve iş sahibinin bu sözleşmeden kaynaklanan menfaati de ortadan kalkmıştır. Bu durumda iş sahibine işi üçüncü kişiye tamamlatma yükümü yüklemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Buradaki feshin kural olarak geriye etkili olduğu ve dolayısıyla sözleşmeden dönme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.⁹⁵

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde belirlenen sürenin dolmasına rağmen inşaat bitirilemediği ve bitirilmemesinin mümkün olmadığının anlaşılması durumlarında arsa sahibinin geriye etkili fesih talebinde bulunduğu ve belli seviyenin altında olduğu durumlarda da bu talebin kabul edildiği görülmektedir. "Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya

⁹² Tandoğan, s.65.

⁹³ Yavuz, s.976, .Aral-Ayrancı, s.339.

⁹⁴ Tandoğan, s.69, Yavuz, s.976, Zevkliler-Gökyayla, s.497, Eren, s.78, Büyükkay, s.143.

⁹⁵ Tandoğan, 70, Yavuz, s.976.

kapsamına göre; sözleşme ve ek protokol ile işin yerine getirilmesi için muayyen bir süre kararlaştırıldığı, sözleşmeye konu parsellerden biri olan 2486 parseldeki inşaat için yapı ruhsatı alınmadığı, sözleşme uyarınca yapılması gereken konutlarda eksik ve hatalı işlerin bulunduğu gibi keşif tarihi itibarıyla de davacıya teslim olunmadığının tespit edildiği, buna göre sözleşmede teslim tarihi olarak kararlaştırılan 31.03.2007 tarihi itibarıyla davalı yüklenicinin temerrüte düştüğü, inşaatların tamamlanma oranının %80 olduğu, bu durumda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca davacı yararına derhal fesih koşulları oluşmakla satıştan doğan kayıp ve işlem masraflarını menfi zarar olarak davalı yükleniciden talep edebileceği gerekçesiyle, davanın kabulü ile Bodrum 3. Noterliği'nin 29.12.2005 tarih ve 19563 yevmiye numaralı sözleşmesinin geriye dönük olarak feshine".⁹⁶

SONUÇ

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlarından birisi de sadakat ve özen borcudur. Sadakat borcu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş iken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Sadakat borcu, yükleniciyi iş sahibine karşı hem onun lehine davranışlarda bulunma, diğer taraftan da onun aleyhine davranışlardan kaçınmayı ifade eden ve çift karakterli bir borçtur. Diğer bir ifade ile sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapması ve iş sahibine zarar verecek her türlü hareketten kaçınma olarak kabul edilmelidir. Bu anlamda sadakat borcunun özen borcunu da içeren bir üst kavram olduğunu söylemek mümkündür.

Sadakat borcu ile sıkı irtibat halinde olan ve ondan ayırt edilmesi mümkün olmayan yüklenicinin diğer bir borcu da özen borcudur. Sadakat borcunu özen borcundan ayırt edebilecek en önemli ölçüt, sadakat borcunun özen borcuna göre daha geniş kapsamlı olması ve daha geniş bir zaman diliminde gerçekleşmesi halidir. Diğer bir ifade ile sözleşmenin sona ermesi ile yani eserin teslimi ile yüklenicinin özen borcu sona ererken sadakat borcu teslimden sonrada belirli süre devam edecektir. Özen borcu teslim ile sona ermekle birlikte, sözleşmenin kuruluşu aşamasında başlar, eserin imal aşamasında da devam eder.

⁹⁶ Y. 23 HD, 2013/6161 E, 2014/257 K, 20.01.2014 tarihli kararı.

Bu anlamda hem sadakat hem de özen borcu yüklenicinin asıl edimi olan imal ve teslim borcundan bağımsız yükümlülüklerdir. Yüklenicinin asli edimlerini ihlal etmeden sadakat ve özen borcuna aykırı davranması mümkündür. Bu kabul gereğince sözleşme iş sahibi tarafından feshedilse dahi kısmı ifa halinde yüklenicinin kısmı ifadan bu borçlar kapsamında sorumlu tutulması mümkündür.

Doktrinde ve uygulamada sadakat borcu ile özen borcunun somut görünümüleri ayrımında fikir birliği bulunmamaktadır. Bazı somut TBK düzenlemeleri kimi yazarlarca sadakat borcu olarak görülürken diğerleri tarafından özen borcu kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle sadakat ve özen borcunun somut görünümüleri olan bu düzenlemelerin hangi borcun kapsamında olduğunun belirtilmesi, yerinde bir uygulama olacaktır. Öte yandan bu iki borcun birbiriyle sıkı ilişkisi Yargıtay kararlarında de kendini göstermekte çoğu zaman iki borç tek bir borçmuş gibi değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak denilebilir ki sadakat ve özen borcu, hem yükleniciyi hem de iş sahibini korumayı hedefleyen çift karakterli yükümlülüklerdir. Salt yükleniciye yükümlülük getiriyor görünse de yükleniciyi bir bakıma işini daha titiz yapmaya sevk ederek fesih sonucunu doğuracak bir sonuçtan korumayı amaçlamaktadır.

Kaynakça

- Aral Fahrettin- Ayrancı Hasan, 6098 Sayılı TBK'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Başpınar Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Baygın Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükmeler, Beta Yayınları, İstanbul 1999.
- Büyükay Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Dayınlı Kemal, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrütü, 4. Baskı, Sözkese Matbaası, Ankara 2008.
- Eren Fikret, "İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, *BATIDER*, Ankara 1996.
- Gökayla K. Emre, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, *GÜHFD*, İstanbul 2002, Ocak, S.1.

- Gümüş Mustafa Alper, 6098 Sayılı TBK'na göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014, C.2.
- Gümüş Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- Karataş İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Yenilenmiş 2.Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2009.
- Kocaağa Köksal, "Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar", *DEÜHFD.*, S. 2004/1.
- Koç Nevzat-Ulusoy Erol-Akipek Şebnem, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2012.
- Öz M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, C.2.
- Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Zevkililer Aydın- Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 12. bası, Ankara 2013.

PATENT HAKKININ BİRDEN FAZLA KİŞİ TARAFINDAN İHLALİ VE AÇILABİLECEK DAVALAR

INFRINGEMENT OF PATENT RIGHTS BY MORE THAN ONE PERSON AND SUITS TO BE FILED

Salih POLATER*

Özet: Buluş konusu ürünün, patent sahibinin izni olmaksızın üretilmesi halinde, buluşun taklit edilmesinden ürünün satışına kadarki aşamalarda yer alan kişilere karşı patent hakkına tecavüz nedeniyle dava açılabilir. Ancak patentten doğan hakların birden fazla kişi tarafından ihlali durumunda mütecevizlerden hangilerine karşı ne tür hukuki yollara başvurulabileceğine ve bu hukuki başvurunun kapsamının ne olacağına ilişkin 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu çalışma ile amaçlanan; patentten doğan hakların birden fazla kişi tarafından ihlal edilmesi durumunda kimlere karşı ne tür davaların açılacağı, ileri sürülebilecek taleplerin kapsamı ve mütecevizlerin müteselsilen mi yoksa münferiden mi sorumlu olacakları sorunlarının incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Patent İhlali, Davalar, Tazminat, Müteselsil Sorumluluk

Abstract: The people who are involved into the process of production of and the sale of patented product without the patent holder’s permission can be sued on the ground of patent infringement. However, there isn’t any specific regulation in the “Turkish Patent Decree Law no: 551” related to which infringer or infringers to be sued, which legal action to be taken and its scope. This study aims to investigate the potential addressees, the type of lawsuit to be filed, the scope of the claims and whether infringers have joint or sole liability.

Keywords: Patent Infringement, Lawsuits, Compensation, Joint Liability

* Yrd. Doç. Dr., Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Giriş

Uzun ve zahmetli araştırma geliştirme (AR-GE) çalışmalarının ve yüksek maliyetli yatırımların ürünü olan buluşlar, ülkelerin teknolojik ve ekonomik açıdan gelişmesinde, şirketlerin küresel pazar paylarını büyütmelerinde ve rekabet güçlerini artırabilmelerinde önemli bir etkiye sahiptir.¹ Buluşların ekonomik kalkınmaya katkıda bulunabilmeleri, ticari bir değere sahip olmalarına bağlıdır. Bu ise buluşun, buluşu yapan kişinin tekelinde olması ile gerçekleşebilir. Böylece buluş sadece buluş sahibi veya onun izin verdiği kişiler tarafından ticari olarak değerlendirilebilir; buluş sahibi, buluş için yaptığı yatırımların karşılığını almış ve yeni yatırımlar için teşvik edilmiş olacaktır. Gerek buluş sahibinin harcadığı emek ve zaman, gerek söz konusu buluş dolayısıyla toplumda her ferden emek, zaman ve paraya dayalı yapacağı tasarruf, gerekse bu tasarrufun ekonomiye katkısı düşünüldüğünde, buluşa böyle inhisari nitelikte bir hak tanımının sebebi daha iyi anlaşılmalıdır. Bu yüzden ki modern hukuk sistemlerinde, buluşa yönelik araştırma faaliyetlerini özendirme, yeniliği ve yaratıcılığı teşvik etmek ve istihdamı geliştirmek, rekabeti arttırmak, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak için sanayiye uygulanabilen buluşlar patent ile koruma altına alınmıştır.²

Anlatılan hedeflere ulaşılabilmesi için buluşların sadece patent verilerek korunması yeterli değildir. Aynı zamanda, buluşu üzerinde belli bir süre inhisari hak tanınan patent sahibine, patenti üzerindeki haklarının başkaları tarafından ihlal edilmesi halinde etkin bir şekilde hukuki yollara başvurma imkânı tanınmalıdır.³ Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (TRIPS)⁴ 41. maddesinde de öngörüldüğü üzere patent sahibi, başvurabileceği hukuki yollarla, tecavüz teşkil eden fiilleri etkin bir şekilde engelleyebilme, durdurabilme ve patentten doğan haklarının tecavüze uğraması sebebi ile uğradığı zararı tatmin edici bir şekilde tazmin ettirebilme imkânına sahip olmalıdır.

¹ Fatma Merve Parlakyıldız, Fikrî Mülkiyet Haklarının Ekonomik Büyümeye Etkileri: G8 Ülkeleri Üzerine Bir Uygulama, Adana 2011, s. 1.

² Tahir Saraç, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003, s. 149.

³ Mutlu Yıldırım Köse, Patent ve Endüstriyel Tasarım Hukukunda Gasp Davaları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010, s. V; Pınar Oruçoğlu, Patent Verilebilirlik Şartları, Antalya 2007, s. vii; Saraç, s. 149.

⁴ Kanun No: 4067, RG, 29.1.1995, S. 22186.

Ülkemizde yürürlükte bulunan 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (PatentKHK)⁵ uluslararası anlaşmalar doğrultusunda düzenlemeler öngörmektedir. Patent sahibi, patentten doğan hakkının ihlal edilmesi durumunda PatentKHK'nın 137. vd. maddelerine göre, patentten doğan haklarına tecavüz fiillerinin durdurulmasını, ihtiyati tedbir kararı verilmesini, taklit ürünlere el konulmasını veya el konulan ürünlerin ve araçların şekillerinin değiştirilmesini veya gerektiğinde imhasını, maddi ve manevi zararın tazminini talep edebilir.

Patentten doğan hakka tecavüz sayılan fiiller, PatentKHK'nın 136. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünün kısmen veya tamamen üretilerek taklit edilmesi, buluş konusu usulün kullanılması, tecavüz yoluyla üretilen ürünlerin satılması, dağıtılması veya ticari amaçla elde bulundurulması ve maddede düzenlenen diğer fiiller patent hakkına tecavüz sayılmıştır.

PatentKHK'nın 136. ve 137. vd. maddelerinden anlaşıldığı üzere patentten doğan haklar, sadece bir kişi tarafından ihlal edilebileceği gibi, birden fazla kişi tarafından da hak ihlali gerçekleştirilebilir. Patentli ürünün geçirdiği ekonomik aşamaların her birinde patent hakkına tecavüz yaşanabilir. Bir başka deyişle, bir patentin haksız olarak kullanıldığı ürünün üretiminden satışına kadar üretim ve dağıtım zincirinde yer alan her kişiye (üretici, toptancı, perakendeci) patent hakkına tecavüz nedeniyle başvurulabilir.⁶ Ancak Kanun koyucu "tazminat istenmeyecek kişiler" başlıklı PatentKHK'nın 144. maddesinde, patent hakkının ihlali sebebiyle haklarında dava açılacak kişiler ve açılacak davalar bakımından bir sınırlama öngörmüştür. Söz konusu hükme göre patent sahibi, kendisine tazminat ödemiş olan kişinin piyasaya sürdüğü ürünleri kullanan kişilere karşı PatentKHK'nın 10. Kısım 2. Bölüm'de düzenlenen davaları açamayacaktır. Burada önemli olan ve uygulamada problem olarak tespiti gereken husus, bu kişilerden hangilerine karşı ne tür hukuki yollara başvurulabileceği ve bu hukuki başvurunun kapsamının ne olacağıdır.

⁵ RG. 27.07.1995, S. 22326. Değişiklik: 566/KHK (RG. 22.09.1995, S. 22412) ve 4128 s.k. (RG. 07.11.1995, S. 22456).

⁶ Sevilay Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012, s. 489.

Patent hakkının birden fazla kişi tarafından ihlali halinde ileri sürülebilecek taleplere ilişkin PatentKHK hükümleri incelendiğinde aşağıdaki sorular sorulabilir:

1. PatentKHK'nın 144. maddesinin "tazminat istenmeyecek kişiler" başlığını taşımasına karşın, açılmayacak davaları tazminatla sınırlı tutmaması ve PatentKHK'nın 10. Kısım 2. Bölüm'deki tüm davaların açılmayacağını öngörmesi çelişki midir? Patentten doğan hakkı birden fazla kişi tarafından tecavüze uğrayan patent sahibi, PatentKHK'nın 144. maddesine göre kendisine tazminat ödemiş olan kişi tarafından, piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilerden kimlere karşı, hangi taleplerde bulunabilecektir?
2. Patentten doğan hakların birden fazla kişi tarafından ihlal edilmesi durumunda bu kişilere karşı kanunda öngörülmüş taleplerin hangileri, hangi kapsamda ileri sürülebilecektir? Dağıtım zincirindeki kişiler müteselsilen mi yoksa münferiden mi sorumludur?

Bu çalışma ile Alman ve mehzaz İspanyol Hukuku da dikkate alınarak, patent hakkına birden fazla kişi tarafından tecavüz edilmesi durumunda kimlere karşı – tazminata ve diğer taleplere ilişkin şartların gerçekleşmiş olduğu varsayılarak – hangi taleplerin, hangi şekilde ileri sürülebileceği incelenecektir. Öncelikle "tazminat istenmeyecek kişiler" başlığını taşıyan PatentKHK'nın 144. maddesine göre kimlere karşı hangi taleplerin ileri sürülebileceği ele alınacaktır. Ardından, patent hakkının birden fazla kişi tarafından tecavüze uğraması durumunda, mütecavizler arasındaki hukuki ilişki ve tazminatın hangi kapsamda talep edilebileceği üzerinde durulacaktır.

II. PatentKHK'NIN 144. maddesine göre ileri sürülebilecek talepler

1. Genel Olarak

PatentKHK'nın 144. maddesine göre, "Patent sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı, patent sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından, piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, Kanun Hükümünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları açamaz."

Maddenin lafzından çıkan sonuca göre patent sahibine tazminat ödemiş olan mütecaviz tarafından "piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere" karşı PatentKHK 10. Kısım 2. Bölümünde öngörülmüş

olan taleplerin hiçbirisi ileri sürülemeyecektir. Örneğin patent sahibi, buluş konusu ürünü üreterek taklit eden ve piyasaya sunan üreticiye karşı dava açmış ve tazminat elde etmişse, üretici tarafından piyasaya sürülmüş bu ürünleri kullanan dağıtım zincirindeki toptancı ve perakendeciye karşı ne tazminat ne de PatentKHK'nın 10. Kısım 2. Bölüm'de düzenlenen diğer davaları açabilecektir.

PatentKHK'nın 144. hükmünün lafzından çıkan bu sonucun maddenin ruhu ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışılabilir. Burada açıklığa kavuşturulması gereken iki husus vardır. Birincisi, PatentKHK'nın 10. Kısım 2. Bölüm'de yer alıp da açıklamayacak davalardan maksadın ne olduğudur. İkincisi ise, "piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilerin" kim olduğudur.⁷ Bu kişiler, buluş konusu ürünü satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkaranlar mı, yoksa sadece buluş konusu ürünü fiili olarak kullananlar mıdır? Örneğin bir makineyi (şahsi kullanım dışında, ticari maksatla) sadece üretim için veya mesleki bir araç (teknik) olarak kullanan kişiler bu kapsamda kabul edilecek midir?

2. Açılmayacak Davalar

Yukarıda da belirtildiği üzere PatentKHK'nın 144. maddesinin başlığı ve lafzı arasındaki farklılık, maddenin KHK sistematiği içindeki yeri göz önünde tutulduğunda, PatentKHK'nın 144. maddesinde öngörülen "bu bölümde yer alan davaları açamaz" ifadesi ile sadece "tazminat davaları" mı yoksa "tazminat ile birlikte diğer davalar" mı kastedildiği açık değildir. Başka bir deyişle, patent sahibi, üreticiden tazminat elde etmesi durumunda, toptancı ve perakendecilere karşı tazminat davaları dışında, tecavüzün durdurulması, el koyma ve diğer davaları açamayacak mıdır? Diğer bir ifadeyle, patent sahibinin rızası dışında üretilip piyasaya sürülen buluş konusu ürünü ticari maksatla kullanan ve bu yolla patent sahibinin ticari itibarına zarar vermeye devam eden diğer kişilere karşı, üreticiden tazminat alındığı gerekçesiyle hiçbir talepte bulunulamayacak mıdır?

PatentKHK'nın 144. maddesi, mehz İspanyol Patent Kanunu'nun

⁷ Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Patent Hakkının Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 171 vd.

70. maddesinden⁸ birebir alıntıdır. Mevzu kanun, bu maddeyi düzenlerken asıl olarak hakkın tükenmesi ilkesini göz önünde tutmuştur. Patent sahibi, hakkın tükenmesi ilkesi gereğince patentli ürünü ilk kez piyasaya sürdüğünde bunun karşılığını alır ve artık satışa sunulmuş olan ürünlerle ilgili fiiller, patentten doğan hakkın kapsamı dışında kalır. Burada, patent sahibine tazminat ödemiş olan kişinin yaptığı ilk satış her ne kadar patent sahibinin rızası dışında olsa da, mütecavizin patent sahibine ödediği tazminatla hakkın tükenmesi ilkesinin esas amacı gerçekleşmiş olur. Zira mütecaviz patent sahibine, buluşu bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre tazminat ödemiş ve dolayısıyla patent sahibi tazminat ile ilk satışla elde edeceği ücreti elde etmiştir. Bu sebeple patent sahibi, sadece tazminata ilişkin taleplerini değil, diğer taleplerini de ileri süremeyecektir.⁹ Bu görüş Türk hukukunda da kısmen savunulmuştur.¹⁰

Ancak, patent sahibinin dağıtım zincirindeki bir kişiden, tazminat almış olması, patent sahibinin rızası olmadan satışa sunulan bu ürünler üzerindeki hakların tükendiğini kabul etmek için kanımızca yeterli değildir. Zira PatentKHK'nın 76. maddesi uyarınca:

“Patent sahibi veya onun izni ile Türkiye’de satışa sunulmuş olan patentli ürünlerle ilgili fiiller patentten doğan hakkın kapsamı dışında kalır.”

Buna göre, patentten doğan hakların tükenmesi için patentli ürünlerin patent sahibi veya onun rızası ile satışa sunulması gerekir. Patentli ürünlerin patent sahibinin rızası olmaksızın satışa sunulması durumunda, bu ürünler bakımından patentten doğan hakların tüken-

⁸ Artículo 70: “El titular de la patente no podrá ejercitar las acciones establecidas en este título frente a quienes exploten los objetos que hayan sido introducidos en el comercio por personas que le hayan indemnizado en forma adecuada los daños y perjuicios causados.”

İngilizce tercümesi: “The owner of the patent may not bring any of the actions specified under this Title in respect of persons who work the objects presented on the market by persons who have paid appropriate compensation for the damage and prejudice caused.”, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/es/es069en.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.04.2015).

⁹ Jorge Pedemonte Feu, Comentarios a la ley de patentes, Barcelona 1995, Art. 70, s. 152; karşı. José Ramón Ferrándiz Gabriel, Jurisprudencia sobre propiedad industrial, publicidad y derecho de la competencia, Madrid 2007, s. 726; Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, STS 2654/2005, Recurso 4466/1998, Resolución 339/2005.

¹⁰ Saraç, s. 319.

diği söylenemez. Dolayısıyla bu ürünlerin ticari maksatla kullanılması patent hakkına tecavüz sayılır.¹¹

Patent sahibinin rızası olmaksızın patentli ürünleri üreten üreticinin veya bu ürünleri piyasaya süren diğer bir mütecavizin patent sahibine tazminat ödemiş olması, patent sahibinin bu ürünlerin piyasaya sürülmesine rıza gösterdiği anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, tazminat edimleri, patent sahibinin geçmişte mevcut olmayan onayının yerine geçmemektedir. Patent sahibine ödenen tazminat, uğranılan zararı giderir ve ekonomik dengeyi sağlar.¹² Ödenen tazminat mütecavize ayrıca patentten faydalanma imkânı vermemektedir. Bu sebeple, mütecaviz tarafından satışı sunulmuş ürünler bakımından PatentKHK'nın 76. maddesi anlamında hak tükenmemiştir. Dolayısıyla toptancı ya da perakendeci, patentten doğan hakların tükendiği gerekçesi ile kendilerine karşı bir hak iddiasında bulunulamayacağını def'i olarak ileri süremezler. Aksi takdirde patent sahibi, tecavüzün durdurulması veya el konulması ve diğer taleplerini ileri süremeyecek, böylece rızası dışında üretilip piyasaya sürülen ürünlerin dolaşımı nedeniyle patent sahibinin hakları zedelenmeye devam edecektir.¹³ Açıklanan sebeplerle, mehzaz kanundaki düzenlemeye ilişkin bu görüşün Türk hukuku bakımından kabul edilmesi yerinde olmayacaktır.¹⁴

¹¹ Tükenme kavramı için bkz. Sabih Arkan, "Marka Hakkının Tüketilmesi", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 203; Adem Aslan, Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004, s. 190 vd.; Hamdi Pınar, "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 907 vd.; Cahit Suluk/Ali Orhan, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar, Ankara 2008, s. 108 vd.; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 446.

¹² Uzunallı, s. 489.

¹³ Wolfgang Götz, "Schaden und Bereicherung in der Verletzertette", Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Grur), Köln 2001, S. 4, s. 297 vd.; Henrik Holzapfel, "Zur Haftung einer Mehrheit von Verletzern", GRUR, 2012, S. 3, s. 245; Alexander Zahn, Die Herausgabe des Verletzererwinns, Köln 2005, s. 157, 158; BGH, GRUR, 2009, S. 9, s. 856 pn. 73-79 - Tripp-Trapp-Stuhl (Tripp-Trapp-Sandalye Kararı).

¹⁴ Buna karşılık fikir ve sanat eserleri hukukumuzda durum tamamen aksi yöndedir. Şöyle ki, FSEK m. 68 gereği üç katı telif tazminatı talep eden hak sahibi bakımından ilgili ürünlerin mülkiyetinin tanınmasını ya da bu ürünlere el konulmasını isteyemez. Bu halde taraflar arasında farazi bir sözleşme ilişkisinin doğduğu kabul edilir. Bu ilişki gereği de hak sahibi, sonraki kullanımlara müdahale edemez, bkz. Suluk/Orhan, s. 109 vd.

PatentKHK'nın 144. maddesiyle aynı başlık ve içeriğe sahip olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (MarkaKHK) 69. maddesindeki düzenleme için doktrinde savunulan bir görüşe göre: 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde tecavüze konu markalı ürünün ulaşabildiği tüm ekonomik aşamalar tecavüz olarak değerlendirilmiştir. Bu aşamalarda tecavüz edenlerin her biri kendi zararından sorumludur. Bu sebeple, taklit markalı malları satan toptancının tazminat ödemesi halinde, bu toptancıdan taklit malları satın alan perakendeciye karşı tazminat davası açılabilir.¹⁵ Bu görüş "de lege lata" (yürürlükteki hukuk) bakımından savunulamaz. Çünkü PatentKHK'nın 144. ve aynı şekilde MarkaKHK'nın 69. maddesi yukarıdaki tartışmalara sebep olsa da, yorum yolu ile en azından tazminat davalarının açılmayacağı sonucu çıkmaktadır. Kanun, bu halile olması gereken hukuka uymamakla beraber, düzeltme amacıyla kanuna aykırı bir yorum yapılması doğru değildir.

PatentKHK'nın 144. maddesi gereğince hangi davaların kimlere karşı açılmayacağı sorusu gerek maddenin başlığı, gerek PatentKHK sistematigi içindeki yeri gerekse kanun koyucunun amacı bakımından ayrı ayrı cevaplandırılmalıdır.

"Tazminat istenmeyecek kişiler" başlığını taşıyan PatentKHK'nın 144. maddesi, maddi tazminat, yoksun kalınan kazanç, buluşun itibarı ve tazminatın indirilmesine ilişkin maddelerin ardından düzenlenmiştir. Kanun koyucunun, söz konusu sınırlamayı tüm dava çeşitleri için isteseydi, bunu "tazminat istenmeyecek kişiler" başlığı altında ayrı bir madde ile değil, genel olarak patent sahibinin ileri sürebileceği talepleri düzenleyen PatentKHK'nın 137. maddesi içerisinde öngörmesi ya da PatentKHK'nın 144. maddesinin başlığını "dava açılmayacak kişiler" şeklinde kaleme alması beklenirdi.

PatentKHK'nın 144. maddesinin gerekçesinde, sadece "tazminat talebinde" bulunulamayacağı ve patent sahibinin tazminat yolu ile zenginleşmesinin engellenmesi amacı belirtilmiştir.¹⁶ Ayrıca PatentKHK'nın 144. maddesindeki "sebepten dolayı zarar eden kişi" ibaresindeki sebep olunan zarar ve ödenmiş tazminat ifadelerinden kanun koyucunun talep

¹⁵ Uzunallı, s. 505 vd.

¹⁶ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0219.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.04.2015).

edilecek tazminata ilişkin bir düzenleme öngördüğü anlaşılmaktadır. Gerek kanun gerekçesinden ve gerekse PatentKHK'nın 144. maddenin metninden, tecavüz sureti ile üretilen ürünleri kullanan kişilere karşı hiçbir davanın açılmayacağı değil, sadece tazminat davası açılmaya çağına dair bir çıkarım yapılabilir.¹⁷

Bu sebeplerle, tazminat dışında tecavüzün durdurulması, ürün ve araçlara el konulması, bunlar üzerinde mülkiyet hakkının talep edilmesi veya imhası gibi talepler bu madde kapsamında değerlendirilmeli; açılmayacak davalar sadece tazminat davaları ile sınırlı tutulmalıdır. Tazminat dışındaki diğer davaların açılmaması durumunda, patent sahibi sadece üreticiden aldığı tazminat sebebi ile patent hakkını haksız yere zedelemeye devam eden kişilere karşı hiçbir talepte bulunamayacaktır. Bu halde, kötü niyetle patent haklarını zedeleyen kişilerin korunması dahi söz konusu olacaktır. PatentKHK'nın 144. maddesinde bu belirsizlik ve çelişki giderilmeli ve "bu bölümünde yer alan davalar" ifadesi yerine "tazminat davaları" ifadesi kullanılmalıdır.

3. Piyasaya Sürülmüş Ürünleri "Kullanan Kişi" ve "Kullanmak" Kavramları

PatentKHK'nın 144. maddesine göre patent sahibine tazminat ödemiş müteceviz tarafından "piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere" karşı PatentKHK'nın 10. Kısım 2. Bölümünde öngörül-müş tazminat davaları açılmayacaktır. "Piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişiler" ile ne anlaşılması gerektiğini belirleyebilmek için PatentKHK'da "kullanmak" ibaresinin neyi ifade ettiğini tespit etmek gereklidir.

PatentKHK'da "kullanmak" ibaresi farklı yerlerde değişik anlamlarda kullanılmıştır:

"Kullanmak" ibaresi bazı yerlerde dar bir anlama sahiptir. Örneğin:

i. Buluşun sanayiye uygulanabilir olma başlığını taşıyan PatentKHK'nın 10. maddesindeki "buluş, tarım dâhil sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir veya kullanılabilir nitelikte ise, sanayiye uygulanabilir olduğu kabul edilir";

¹⁷ Karş. Şaziye Yurtsever, Patent'in Hukuki ve Cezai Korunması ve İlgili Mevzuat, Ankara 1999, s. 58.

ii. Patentten doğan hakkın kapsamını düzenleyen PatentKHK'nın 73/II-a maddesindeki "patent konusu ürünün üretilmesi, satılması, **kullanılması** veya...";

iii. PatentKHK'nın 73/II-b maddesindeki "patent konusu olan bir usulün **kullanılması**";

iv. Patentten doğan haklara tecavüz sayılan fiiller başlıklı PatentKHK'nın 136. maddesindeki "uygulamaya koymak suretiyle **kullanmak**" ifadelerindeki "kullanmak" ibaresi dar bir anlama sahiptir. Buralarda, "kullanmak" ibaresiyle, buluş konusu bir ürünün fiilen kullanılması ifade edilmiştir. Örneğin patentle korunan bir makinanın üretim amacıyla veya patentle korunan tamir aletinin bir tamirci tarafından mesleki bir araç olarak kullanılması böyledir. Yine buluş konusu bir ürünün, mesela bir havalandırma sisteminin, iş yerinin havalandırılmasında kullanılması fiili kullanma sayılabilir.¹⁸

"Kullanmak" ibaresi PatentKHK'nın bazı yerlerinde daha geniş anlamda kullanılmıştır.¹⁹ Buralarda "kullanmak", buluş konusu ürünün veya buluş konusu usulle doğrudan doğruya elde edilen ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak şeklinde geniş anlamda kullanılmıştır. Örneğin:

i. Ön kullanım hakkını düzenleyen PatentKHK'nın 77. maddesindeki "buluşu iyi niyetli olarak ülke içinde **kullanmakta** olan veya **kullanım** için ciddi ve gerçek tedbirler almış kişi";

ii. Ortaklık ilişkisini düzenleyen PatentKHK'nın 85/III. maddesindeki "buluşun **kullanılması** amacı ile üçüncü kişilere lisans verilmesi";

iii. Yoksun kalınan kazancı düzenleyen PatentKHK'nın 140/II. maddesindeki "patentten doğan hakka tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, patent sahibinin patenti **kullanması** ile elde edebileceği muhtemel gelire göre";

iv. "Patentten doğan hakka tecavüz edenin, patent konusu buluşu **kullanmakla** elde ettiği kazanca göre";

v. "Patentten doğan hakka tecavüz edenin, buluşu bir lisans an-

¹⁸ Karş. Saraç, s. 176.

¹⁹ Saraç, s. 176.

laşması ile hukuka uygun şekilde **kullanmış** olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre” ifadelerindeki “kullanmak” ibaresi, fiili olarak kullanma yanında diğer fiilleri de kapsayacak şekilde geniş bir manada kullanılmıştır.

Görüldüğü üzere “kullanmak” ibaresi, PatentKHK içerisinde farklı anlamlarda kullanılmış ve kullanıldığı yere göre anlamı değişiklik göstermiştir. PatentKHK’nın 10. Kısım 2. Bölüm’ünde yer alan ve tazminat istenmeyecek kişileri düzenleyen PatentKHK’nın 144. maddesinin içerisinde yer verilen “kullanma” ifadesini de bu doğrultuda kanun sistematigi içerisindeki yeri dikkate alınarak yorumlamak uygun olacaktır. Bu sebeple buradaki “kullanma” ibaresini aynı bölümde tazminata ilişkin hükümlerde yer alan “kullanma” ibarelerinin anlamlarına bakarak tespit edilmelidir.

a. PatentKHK’nın 138. Maddesi Anlamında “Kullanma” Kavramı

PatentKHK’nın 138. maddesi patent hakkının ihlal edilmesi sebebiyle uğranılan zarara ilişkin talep edilecek tazminat talebinin şartlarını düzenlemektedir. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında, PatentKHK’nın 136. maddesinde öngörülen tecavüz fiilleri ayrı ayrı ele alınmış ve tazminat talep edilebilmesi farklı şartlara tâbi tutulmuştur.²⁰ PatentKHK’nın 138/I. maddesinde tecavüz fiilleri sınırlayıcı olarak (numerus clausus) sayılmıştır.²¹

*“Patent sahibinin izni olmaksızın, patentle korunan ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran veya patentli bir usulü **kullanan** kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü olur”.*

²⁰ Saraç, s. 266 vd.; Şehirali Çelik, Patent Hakkının Korunması, s. 169 vd.; Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 644; Uzunallı, s. 333 vd.

²¹ Kaya Köklü, Das türkische Patentrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus der Sicht deutschen und europäischen Rechts, Düsseldorf 2006, s. 190; Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 644; karşı. Sabih Arkan, Marka Hukuku, Ankara 1998, cilt 2, s. 241; Saraç, s. 264; Şehirali Çelik, Patent Hakkının Korunması, s. 170 vd.; Şehirali Çelik, “Probleme des türkischen Patentrechts – im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Harmonisierung mit dem EPÜ”, GRUR Int. 2003, S. 6, s. 508 vd.

PatentKHK'nın 138/II. maddesine göre ise:

“Patentle korunan buluşu herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, patent sahibinin patentin varlığından ve tecavülden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür”.

Ancak PatentKHK'nın 138/I. maddesine göre tazminat talep edilebilecek tecavüz fiilleri açık bir şekilde sayılmasına rağmen; PatentKHK'nın 138/II. maddesindeki “patentle korunan buluşu herhangi bir şekilde kullanmak” ifadesi ile kastedilenin ne olduğu konusunda tam bir görüş birliği yoktur.

Kanun koyucunun PatentKHK'nın 138. maddesine ilişkin gerekçesi ise şu şekildedir:

“Maddenin birinci fıkrası 136. maddenin birinci fıkrasının (a) ila (e) bendlerinde belirtilen tecavüz hallerinin gerçekleşmesi durumunda, zarara sebep olan kişi veya kişilerin, zararı tazmin yükümlülüğünü belirtmektedir.

*Maddenin ikinci fıkrasında ise, 136. maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde belirtilen tecavüz halinin gerçekleşmesi durumunda, zarara sebep olanın zararı tazmin yükümlülüğü, birbirinden farklı iki durum için düzenlenmiştir”.*²²

Her ne kadar PatentKHK gerekçesinde PatentKHK'nın 136/I. maddesinin (a) ila (e) bendlerindeki tecavüz fiilleri sebebiyle tazminata ilişkin sorumluluğu düzenlediği belirtilse de; bu görüş madde metni ile örtüşmemektedir. PatentKHK'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında açık bir şekilde sadece PatentKHK'nın 136/I. maddesinin (a) ila (c) bendlerindeki bazı tecavüz fiilleri sayılmış ve bu fiillerin işlenmesi halinde birinci fıkraya göre tazminat talep edilebileceği öngörülmüştür. PatentKHK'nın 138/II. maddesinde kullanılan “herhangi bir şekilde” ifadesi ise madde gerekçesinde belirtildiği gibi sadece PatentKHK'nın 136/I-f. maddesindeki tecavüz halinin gerçekleşmesi durumunda PatentKHK'nın 138/II. maddesine göre tazminat talep edilebileceği şeklinde anlaşılmamaktadır. “Herhangi bir şekilde” ifadesi aşağıda belirtileceği üzere daha geniş bir anlama sahip olup, PatentKHK'nın 136/I-f maddesindeki tecavüz fiili ile sınırlı değildir.²³

²² <http://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0219.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.04.2015).

²³ Karşı görüş için bkz. Saraç, s. 265 vd.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre “patentli buluşu herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi” ifadesi ile yukarıda belirtildiği şekliyle bir ürünün fiilen, örneğin ekonomik bir maksatla bir işyerinde kullanılması ya da bakımçı, tamirci gibi, izinsiz patentin konusu olan ürünleri, meslekleri gereği teknik olarak kullanılması kastedilmektedir.²⁴

Doktrinindeki diğer bir görüşe göre ise “patentli buluşu herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi” ifadesini yukarıdaki şekilde dar yorumlamakta ve şu sonuca ulaşmaktadır: PatentKHK’nın 138/I. maddesinde patentle korunan ürünün üretilmesi, satılması, dağıtılması, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarılması, ithal edilmesi veya patentli ürünü bu amaçlar için elde bulundurulması ya da patentli usulün kullanılması; PatentKHK’nın 138/II. maddesinde ise patentli buluşun herhangi bir şekilde kullanılması (fiili olarak kullanım) sebebiyle tazminat talep edilebilir. PatentKHK’nın 138. maddesi ile patentten doğan hakka tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen PatentKHK’nın 136. maddesinin içeriği karşılaştırıldığında, PatentKHK’nın 136. maddesinde “tecavüz” olarak nitelendirilen bazı fiilleri gerçekleştiren kişilerin, PatentKHK’nın 138. maddesine göre zararı tazminle yükümlü olmadıkları anlaşılmaktadır. Çünkü PatentKHK’nın 138. maddesinde sayılan tecavüz fiilleri PatentKHK’nın 136. maddesindeki her tecavüz fiilini kapsamamaktadır. PatentKHK’nın 138. maddesinde, fiili kullanım hali ve PatentKHK’nın 136/I. maddesinin a ile c bendlerindeki bazı tecavüz fiilleri tazminat talep edilebilecek tecavüz fiilleri arasında sayılmakla birlikte, c (buluş konusu olan usulü kullanmak hariç), d, e ve f bendlerindeki tecavüz fiilleri bu kapsamda sayılmamıştır. Bu sebeple bu fiilleri işleyenlere karşı tazminat talep edilemeyecektir.²⁵

“Patentli buluşu herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi” ifadesini dar olarak yorumlayan bu görüşler uygulamada sıklıkla karşılaşılan birçok patent ihlali sebebiyle tazminat davası açılmamasına sebep olacaktır. PatentKHK’nın 138. maddesini sadece muğlak ifadeler taşıyan lafzına göre değil, kanun amacı ve mehzaz İspanyol Kanunu’ndaki düzenlemeleri dikkate alarak yorumlamak yerinde olacaktır.

²⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 644; karş. Şehirli Çelik, Patent Hakkının Korunması, s. 166.

²⁵ Şehirli Çelik, Patent Hakkının Korunması, s. 166.

Patent hakkına tecavüz sebebiyle uğranılan zararın tazmini ni düzenleyen PatentKHK'nın 138. maddesi, mehz İspanyol Patent Kanunu'nun 64. maddesinden (Art. 64.I LP) aynen alıntıdır.²⁶ Mehz İspanyol Patent Kanunu'nun 64. maddesi ile PatentKHK'nın 138/II. maddesi karşılaştırıldığında maddenin Türkçe tercümesinde bir çeviri hatasının yapıldığı görülmektedir. İspanyol Patent Kanunu'nun 64/II. maddesine göre "patentle korunan buluşu **diğer herhangi bir** şekilde kullanmakta olan kişi"lere karşı²⁷ mütecavizin tecavüz hakkında bilgilendirilmesi veya kusurlu olması durumunda tazminat davası açılabilirliği öngörülmüştür. "Diğer şekillerde kullanmak"tan kasıt ise İspanyol Patent Kanunu'nun 64/I. maddesinde sayılmış olan tecavüz fiilleri (patentle korunan ürünü üretmek, ithal etmek veya patentli bir usulü kullanmak) dışındaki diğer fiillerdir.

Bu bakımdan PatentKHK'nın 138/I. maddesinde tecavüz fiillerinin sınırlı sayıda sayılması ve ikinci fıkrasında ise genel bir ifadenin ("herhangi bir şekilde") kullanılması, ikinci fıkraya göre açılacak tazminat davalarının birinci fıkrada sayılmayan tecavüz fiilleri sebebiyle açılabilirliği anlamına gelmektedir. "Herhangi bir şekilde" ifadesi sadece fiili kullanım olarak anlaşılırsa fiili kullanım ve PatentKHK'nın 136/I.

²⁶ Artículo 64 Ley N 11/1986, de 20 de marzo de 1986, de Patentes:

"1. Quien, sin consentimiento del titular de la patente, fabrique, importe objetos protegidos por ella o utilice el procedimiento patentado, estará obligado en todo caso a responder de los daños y perjuicios causados.

2. Todos aquellos que realicen cualquier otro acto de explotación del objeto protegido por la patente sólo estarán obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados si hubieran sido advertidos por el titular de la patente acerca de la existencia de ésta, convenientemente identificada y, de su violación, con el requerimiento de que cesen en la misma, o en su actuación hubiera mediado culpa o negligencia."

İngilizce tercümesi:

Article 64 Law No. 11/1986 of March 20, on Patents:

"1. Any person who, without the consent of the owner of the patent, manufactures or imports objects protected by the patent or uses the patented process, shall be liable in any case for the damage and prejudice caused.

2. Persons who in any other way work the subject matter protected by the patent shall only be liable for compensation for the damage and prejudice caused if the owner of the patent has notified them of the existence of the patent in question and of their infringement and has required them to cease such infringement, or their action has been culpable or negligent.", <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/es/es069en.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.04.2015).

²⁷ Todos aquellos que realicen cualquier otro acto de explotación del objeto protegido por la patente" (Persons who in any other way work the subject matter protected by the patent), <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/es/es069en.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.04.2015).

maddesindeki tecavüz fiilleri dışındaki sebeplerle tazminat talep edilemeyeceği sonucuna ulaşılır ki; bu birçok patent ihlali halinde tazminat davası açılmamasına sebep olacaktır. Bu sebeple PatentKHK'nın 138/II. maddesindeki "patentle korunan buluşu herhangi bir şekilde kullanmak" ile ifade edilmek istenenin, PatentKHK'nın 138/I. maddesinde sayılan tecavüz fiillerinin yanı sıra PatentKHK'nın 136. maddesindeki diğer tecavüz fiillerini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir. Dolayısıyla, PatentKHK'nın 138/II. maddesindeki "kullanmak" ibaresi, patentle korunan buluşu sadece fiili olarak kullanmakla sınırlı olmayan, daha geniş bir anlama sahiptir.²⁸

b. Tecavüzü Kanıtlayan Belgeler

Patent hakkının ihlali halinde tecavüzü kanıtlayan belgelerin verilmesini düzenleyen PatentKHK'nın 139. maddesi uyarınca:

*"Patent sahibi, patent konusu buluşun kendi izni olmaksızın **kullanılması** sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden buluşun **kullanılması** ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilir".*

Madde metni, patent hakkına tecavüz fiilleri bakımından bir sınırlama getirmemiştir; PatentKHK'nın 136. maddesinde ifade edilen tüm tecavüz fiilleri bakımından buluşun kullanılması ile ilgili belgelerin verilmesini düzenlemiştir. "Kullanma" ibaresine dar bir anlam yüklediği takdirde, patent haklarını sadece fiili olarak kullanarak ihlal eden kişilerden tecavüzü kanıtlayan belgelerin verilmesi talep edilebilecektir. Buluş konusu ürünü üretme sonucu taklit eden veya tecavüz yoluyla üretilen ürünleri satan kişilere karşı bu talepte bulunulamayacaktır. Bu durum, patent haklarına dar anlamda tecavüz halleri dışındaki durumlarda açılan tazminat davalarında zarar miktarının hesaplanmasını zora sokacaktır. Bu sebeple "patent konusu buluşun kendi izni olmaksızın kullanılması sonucunda uğranılan zarar" ifadesindeki "kullanma" ibaresi, sadece patent konusu buluşun fiili olarak kullanılmasını değil, aynı zamanda satmayı, dağıtmayı veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak şeklindeki ve PatentKHK'nın 136/I. maddesinde belirtilen şekillerdeki kullanımları da kapsamaktadır.

²⁸ Karş. Köklü, s. 190.

c. Yoksun Kalınan Kazanç

PatentKHK'nın 140. maddesi yoksun kalınan kazancı ve yoksun kalınan kazanca ilişkin değerlendirme usullerini düzenlemiştir. PatentKHK'nın 140/II. maddesindeki, "patent sahibinin patenti **kullanması**", "patent konusu buluşu **kullanmakla**" ve "buluşu bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde **kullanmış** olması" ifadelerinde yer alan "kullanma" ibaresi - PatentKHK'nın 139. maddesinde düzenlenen tecavüzü kanıtlayan belgelerin verilmesinin talep edilmesinde olduğu gibi - tüm tecavüz fiillerini kapsar şekilde kullanılmıştır. Zira yoksun kalınan kazanç, sadece patent konusu buluşun fiili olarak kullanılması sonucu oluşan tecavüz hallerinde değil, aynı zamanda özellikle satma, dağıtma veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarma hallerinde de talep edilebilir. "Kullanma"nın dar anlamda anlaşılması durumunda ise yoksun kalınan kazanç sadece fiili kullanma ile sınırlandırılmış olur. Bu ise buluş konusu ürününün üretimi, satımı veya dağıtımını gibi sebeplerle patent hakkının tecavüze uğraması hallerinde tazminat talep edilememesine sebebiyet verir. Böyle bir uygulama patent hakkının etkin bir şekilde korunamamasına ve patent hakkı sahibini mütecavizler karşısında zayıf duruma düşmesine sebep olur. Bu sebeple, PatentKHK'nın 140/II. maddesinde patent konusu buluşun kullanılması ile yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında öngörülen "kullanma" ibaresi, PatentKHK'nın 136. maddesinde sayılan tüm tecavüz fiillerini kapsamalıdır.

d. Mehoz İspanyol Patent Kanunu'ndaki "Kullanma" Kavramı

Mehoz İspanyol Patent Kanunu'nda da "kullanma" kavramının farklı anlamlar taşıdığı görülmektedir. Örneğin PatentKHK'nın 73/II. maddesinde öngörüldüğü gibi İspanyol Patent Kanunu'nun 50-a. maddesinde de, patent sahibine, üçüncü kişiler tarafından izinsiz olarak patent konusu ürünün üretilmesi, satılması, "kullanılması"ni önleme hakkı verilmiştir. Buradaki "kullanma" kavramı için İspanyol kanun koyucu, "*utilización*" (*using*) kavramını kullanmıştır. Bununla patent konusu buluşun mesleki bir araç veya ticari bir amaçla üretim vasıtası olarak kullanılması anlaşılmaktadır. İspanyol Patent Kanunu'nun PatentKHK'nın 138/II'ye mehoz teşkil eden tazminatı düzenleyen 64/II maddesinde "kullanma" için "*utilización*" (*using*) kavramından

daha geniş manaya sahip olan “*explotación*” (*work*) kavramı kullanılmıştır. Buna göre “piyasaya sürülmüş ürünleri kullanmak” ifadesi, bu ürünlerin fiili olarak kullanılması dışında satılması, dağıtılması veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarılması şeklindeki tecavüz fiillerini kapsamaktadır. Bu sebeple “kullanma” kavramı yukarıda PatentKHK’nın 138/II. maddesinde bahsedildiği gibi daha geniş bir şekilde anlaşılmaktadır.²⁹

e. Alman Hukuku’ndaki “Kullanma” Kavramı

Alman hukukunda, doğrudan ve dolaylı patent ihlalleri (§ 9 ve § 10 Alman Patent Kanunu) öngörülmüştür. Bunlara ilişkin yaptırımlar Alman Patent Kanunu’nun § 139 vd. maddelerinde bir ayrıma tâbi tutulmadan düzenlenmiştir. Alman Patent Kanunu’nda PatentKHK’nın 138. maddesindeki şekliyle tazminatın belirlenmesinde tecavüz fiilleri bakımından bir ayırım yapılmamıştır ve PatentKHK’nın 144. maddesinde öngörüldüğü gibi tazminat istenmeyecek kişilere ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple Türk hukukunda yaşanan bu tartışmalara Alman hukukunda rastlamamaktayız. Alman hukukunda yaşanan tartışma, patent hakkının birden fazla kişi tarafından ihlal edilmesi durumunda tazminatın nasıl hesaplanacağına ilişkindir. Bu konuya **aşağıda ayrıntılı** olarak değinilecektir.³⁰

f. Ara Sonuç

Tazminata ilişkin hükümler içerisinde yer alan “kullanma” kavramından ve mehz İspanyol Patent Kanunu’nun 70. maddesindeki “kullanma” kavramından anlaşılmaktadır ki, PatentKHK’nın 144. maddesindeki “kullanma” kavramı geniş, diğer bir deyişle PatentKHK’nın 136. maddesindeki tüm tecavüz fiillerini kapsayan bir anlama sahiptir.

Bu sebeple patent sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı, patent sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından, piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere, diğer bir ifadeyle söz konusu ürünleri fiili olarak kullananlara ve aynı zamanda satan, dağıtan veya PatentKHK’nın 136.

²⁹ Karş. Claudia Milbradt, *Fighting product piracy*, Frankfurt, 2009, s. 274, 277; Pedemonte Feu, s. 115, 143; Ferrándiz Gabriel, s. 730.

³⁰ Bkz. aşağıda IV.

maddesinde sayılan fiillerden herhangi birini işleyen kişilere karşı, PatentKHK'nın 10. Kısım 2. Bölümü'nde yer alan tazminat davalarını açamayacaktır. Bir başka ifadeyle buluş konusu ürünü patent sahibinin izni olmaksızın üreten üretici, ürettiği bu ürünleri toptancıya ve toptancı da perakendeciye satmışsa ve üretici açılan dava sonucu patent sahibine tazminat ödemişse patent sahibi toptancıya ve perakendeciye karşı tazminat davası açamayacaktır. Ancak patent sahibi, buluş konusu ürünü üretene değil de, bu ürünü satan perakendeciye karşı dava açmış ve tazminat elde etmişse, bu durumda patent sahibinin ayrıca toptancıya ve üreticiye karşı dava açma hakkı saklı kalacaktır. Zira kanun dava açma hakkını sadece piyasaya sürülmüş ürünleri kullananlarla sınırlamıştır.³¹

EndTasKHK'nın 56/I. maddesi, PatentKHK'nın 144. maddesine benzer şekilde tasarım hakkı sahibine sebep olduğu zarardan dolayı tazminat ödemiş olan kişinin piyasaya sürdüğü ürünleri kullanan kişilere karşı, KHK'nın ilgili bölümünde yer alan davaların açılmayacağı düzenlemiştir. Ancak PatentKHK'nın 144. maddesinden farklı olarak EndTasKHK'nın 56/II. maddesinde, piyasaya sürülen ürünleri kullanan kişilerin kötü niyetli olmaları halinde bu hükmün tatbik edilemeyeceği açıkça öngörülmüştür. PatentKHK'nın 144. maddesine de, EndTasKHK'nın 56/II. maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme getirilmesi ve böylece patent hakkına tecavüz edilerek elde edilen ürünleri kötü niyetli olarak kullanan kişilerin PatentKHK'nın 144. maddesine dayanarak tazminat ödemekten kaçınmalarının engellenmesi yerinde olacaktır.

III. Birden Fazla Mütecavizin Varlığı Halinde Tazminat SORUMLULUĞU

Patent hakkının ihlali durumunda patent sahibi PatentKHK'nın 138. vd. maddelerine göre uğramış olduğu maddi ve manevi zararın, yoksun kaldığı kazanç sebebiyle uğradığı zararın ve patent konusu buluşun itibarı zedelenmişse bu nedenle ortaya çıkan zararın tazminini isteyebilir.

Patent sahibi, PatentKHK'nın 137. vd. maddelerinde öngörülen talepleri, şartları gerçekleştiği takdirde mütecavizlerden her birine karşı ayrı ayrı ileri sürebilecektir. Mütecavizlerden birine karşı bu talep-

³¹ Karş. Saraç, s. 268.

lerden birinin ileri sürülmesi diğer mütecavizlere ileri sürülecek talepleri etkilemeyecektir. Bu sayede patent sahibinin rızası olmaksızın üretilen buluş konusu ürünün piyasadaki ticari amaçlı kullanımı, bir başka ifadeyle devam eden patent ihlalleri engellenmiş olacaktır. Ancak patentten doğan haklara birden fazla kişinin tecavüz etmesi halinde, kimlere karşı hangi miktarda tazminat talep edilebileceği hususu doktrinde tartışmalıdır.³²

Burada şu soruların cevaplandırılması gerekmektedir:

- 1.Mütecavizler ortaya çıkan zarardan müteselsilen mi yoksa münferit olarak mı sorumludur?
- 2.Mütecavizlerin müteselsil veya münferit sorumlu olmaları tazminat hesaplanmasını nasıl etkiler?

Bu soruların cevaplarını aramadan önce Borçlar Kanunu'ndaki müteselsil sorumluluktan kısaca bahsetmek faydalı olacaktır.

1. Müteselsil Sorumluluk Kavramı ve Müteselsil Sorumluluğu Doğuran Sebepler

Haksız fiilden doğan zarardan birden fazla kişinin sorumlu olması durumunda, bu kişilerin doğan zarardan kısmen mi sorumlu olacakları; yoksa bunlardan her birinin doğan zararın tamamından mı sorumlu tutulacakları, sorusunun cevabını Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi vermektedir. Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi ile Türk Hukukunda birden fazla kişinin sorumluluğundaki kısmi sorumluluk kuralına bir istisna getirilmiş ve birden fazla mütecavizin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir.³³

Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca aynı zarara sebebiyet veren kişiler, ya "birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri"³⁴ ya da "aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları"³⁵ için müteselsilen sorumludur.

³² Anette Gärtner/Martin Bosse, Die Herausgabe des Verletzergevinns in der Vertriebskette, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (Mitt.), 2008, S. 11, s. 492; Götz, s. 297; Holzapfel, s. 245; s. Saraç, s. 319; Uzunallı, s. 489.

³³ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014, s. 450.

³⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2014, s. 812 vd.

³⁵ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 12. Bası, İstanbul 2014, s. 294; Berner Kommentar - Brehm, 4. Bası, Bern 2013, Art. 50 OR, pn. 19; OR Handkommentar - Fischer, Orell Fuessli, 2. Bası, Zürich 2009, Art. 50, pn. 6; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Mazan, Schulthess Verlag, 2. Bası, Zürich 2012, Art. 50, pn. 2.

a. Birlikte Zarara Sebebiyet Verme:

Birden çok kişinin “birlikte” sebep oldukları zarar, aynı hukuki sebebe dayanan zarardır. Önceki Borçlar Kanunu döneminde tam teselsül olarak adlandırılan bu durum birden çok kişinin ortak kusur veya ihmal sorumluluğuna, birden fazla kişinin bağımsız kusur sorumluluğuna, birden çok kişinin kusursuz sorumluluğuna ya da sözleşme sorumluluğuna dayanabilir.³⁶

Birden çok kişinin ortak kusur sorumluluğu, mütecevizlerin haksız fiili bilerek isteyerek ya da en azından birbirlerinin davranışlarından haberdar olarak işlemeleri halinde söz konusu olabilir.³⁷ Ortak kusur sorumluluğunun doğması için mütecevizlerin zarara birlikte sebep olmaları, ortak kusurlu olmaları ve tek bir zararın meydana gelmesi gereklidir. Ortak kusur, ortak kast veya ortak ihmal şeklinde doğabilir. Ortak kast şeklinde doğması durumunda zarar verenler, haksız fiile asıl fail, azmettiren veya yardımcı sıfatı ile katılmış olurlar. Bir işyerini soymak isteyen üç kişiden biri olan A'nın işyerinin anahtarlarını temin etmesi, B ve C'nin ise işyerindeki malları çalmaları ortak kast şeklindeki ortak kusura örnek olarak gösterilebilir.³⁸

Müteselsil sorumluluk ortak ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu durumda, zarar verenler arasında kast birliği bulunmamakla birlikte, gerekli tedbirleri almadan, kusurlu davranışlarıyla zarara sebep olmaktadır. Ortak kusurdan söz edilebilmesi için, zarar verenlerin birbirlerinin davranışlarından haberdar olması veya gerekli dikkat ve özeni göstermeleri gereklidir.³⁹ Örneğin fabrikayı beklemekle görevli iki bekçiden her birinin diğerine güvenerek uyuması halinde gerçekleşen zarar ihmal ortaklığına dayanmaktadır.⁴⁰

Birlikte bir zarara sebebiyet verme, birden fazla kişinin bağımsız kusurlu davranışları ile aynı zarara sebep olmakla birlikte, aralarında bilinçli bir işbirliği veya birbirlerinin davranışlarından haberdar ol-

³⁶ Eren, s. 812 vd.

³⁷ Eren, s. 812; Kılıçoğlu, s. 451; Oğuzman/Öz, s. 293 vd.

³⁸ Eren, s. 812; Kılıçoğlu, s. 451; Patrick Rohn, *Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht*, Zürich-Basel-Genf 2004, s. 100 vd.

³⁹ Eren, s. 813 vd.; Kılıçoğlu, s. 451; Oftinger, Karl/Stark, Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1*, Schulthess Verlag, 4. Bası, Zürich 1989, § 16 pn. 325; Oğuzman/Öz, s. 294.

⁴⁰ Berner Kommentar – Brehm, Art. 50 OR, pn. 12; Eren, s. 814.

mamaları durumunda da gerçekleşebilir.⁴¹ Verilen zarar aynı olmalı ve mütevacizlerin fiilleri zararlar uygun nedensellik bağı içinde bulunmalıdır.⁴² Örneğin, iki gayrimenkul sahibi birbirlerinden bağımsız olarak yapmış oldukları inşaat çalışması sebebiyle, komşu oldukları araziye verdikleri zarardan müteselsilen sorumlu olabilirler.⁴³ İki ayrı fabrikadan çıkan atık suların birleşerek bir göle aktıktan sonra göldeki balıkların ölümüne sebep olmaları durumunda da, fabrikaların sahipleri kusurları birbirinden bağımsız olmasına rağmen aynı zarara sebep olduklarından müteselsilen sorumludurlar.⁴⁴

Birden çok kişinin kusursuz sorumluluğuna dayanan hallerde müteselsil sorumluluk söz konusu olabilir. Örneğin iki motorlu aracın çarpışması sonucunda meydana gelen zarar böyledir. Sözleşmenin ihlalinden veya sigorta sözleşmesinden doğan tazminat yükümlülüğü de, aynı sebepten kaynaklanan müteselsil sorumluluğa örnek olarak gösterilebilir.⁴⁵

b. Aynı Zarardan Çeşitli Sebeplerden Dolayı Sorumlu Olma

Aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olma ile ifade edilmek istenen, birden çok kişinin "aynı zarardan" değişik hukuksal nedenlerden sorumlu olmaları halidir. Bu durumda da müteselsil sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Önceki Borçlar Kanunu döneminde eksik teselsül olarak adlandırılan bu durumda, failerin birbirinin davranışından haberdar olması veya davranışlardan birinin diğerine bağımlı olması şart değildir. Ancak burada birden çok kişi aynı zarardan birlikte sorumlu olmalıdır.⁴⁶ Aynı zararı doğuran çeşitli sebeplerden biri haksız fiilden, diğeri olağan sebep sorumluluğundan, bir diğeri tehlike sorumluluğundan veya sözleşme sorumluluğundan kaynaklanabilir.⁴⁷ Örneğin (İ) işletmesine ait motorlu bir aracı kulla-

⁴¹ Berner Kommentar – Brehm, Art. 50 OR, pn. 4; Eren, s. 815; Oğuzman/Öz, s. 294.

⁴² Berner Kommentar – Brehm, Art. 50 OR, pn. 19; Oğuzman/Öz, s. 295.

⁴³ BGE 127 III 257 E. 5a; BGE 80 II 247 E. 5 – Gini/Durlemann-Praxis; karş. http://daniel-erni.ch/papers/wha_solidaritaet_im_or_at.pdf, (Erişim Tarihi: 10.04.2015).

⁴⁴ Eren, s. 816.

⁴⁵ Eren, s. 816.

⁴⁶ Oğuzman/Öz, s. 294; Berner Kommentar – Brehm, Art. 50 OR, pn. 19; OR Handkommentar – Fischer, Art. 50, pn. 6; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Mazan, Art. 50, pn. 2.

⁴⁷ Eren, s. 817; Hasan Tahsin Gökcan, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Huku-

nan şoför (Ş) tarafından yolculardan birine zarar verilmişse, aracın işleteni (İ) Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi gereğince tehlike sorumluluğuna göre, şoför (Ş) BK'nın 49. maddesine uyarınca kusur sorumluluğuna ve sigortacı (S) ise, sözleşmeye göre gerçekleşen zararı tazminle mükelleftir.⁴⁸

B. Müteselsil Sorumluluğun Hüküm ve Sonuçları

Kanun koyucu, 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile tam ve eksik teselsül ayrımını kaldırdığı için önceki kanunun yürürlüğü zamanında her iki müteselsil sorumluluğa bağlanan sonuçlar ve bunlara göre yapılan ayırım geçerliliğini yitirmiştir. Yeni kanun ile tam ve eksik teselsül şeklindeki sorumluluk halleri aynı hukuki sonuçlara bağlanmıştır.⁴⁹ Buna göre müteselsil sorumlulardan her biri, hükmedilen zararın tamamından sorumludur. Müteselsil sorumlulardan biri, hükmedilen tazminatın tamamını veya bir kısmını ödemişse, bu oranda diğerleri de sorumluluktan kurtulur.⁵⁰ Taleplerin yarışması ilkesi olarak ifade edilen bu prensibe göre zarar bir defa tazmin edilir. Ancak, mağdurun zararı tazmin edilinceye kadar, zarar verenlerin tamamı bundan sorumludur. Bu ilke ile sorumluluk hukukunda zarar görenin zenginleşmesi değil, zararın giderilmesi amaçlanmıştır.⁵¹

BK'nın 61/II. maddesine göre, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen müteselsil sorumlu, bu fazla ödeme için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahiptir. Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında BK'nın 61/I. maddesi uyarınca, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

2. Patent Hakkının İhlalinde Müteselsil veya Münferit Sorumluluk

Patent hakkının birden fazla kişi tarafından ihlalinde, patent sahibinin talep edebileceği tazminat miktarı, zararını kimlerden ve hangi

ku, 3. Bası, Ankara 2010, s. 63.

⁴⁸ Eren, s. 817.

⁴⁹ Kılıçoğlu, s. 456.

⁵⁰ Eren, s. 818; Oğuzman/Öz, s. 296.

⁵¹ Eren, s. 810.

oranda talep edebileceği, bu kişiler arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir.

Patentten doğan haklara tecavüz, mütecavizlerin haksız fiile asıl fail, azmettiren veya yardımcı sıfatıyla katılımı ile gerçekleşebilir.⁵² Örneğin, bir kişi patent konusu ürünün taklidi için projeleri hazırlasa, biri üretimi ve bir diğeri de bu ürünlerin dağıtımını yapsa birden fazla kişi ortak kusurlu davranışları sebebiyle birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri için Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca müteselsil olarak ve her biri zararın tamamından sorumlu olur.⁵³

Patent hakkının birden fazla kişi tarafından tecavüzü sebebiyle uğranılan zararın hesaplanması özellikle patentten doğan haklara tecavüz suretiyle üretilen ürünlerin dağıtım zincirindeki üretici tarafından toptancıya, toptancı tarafından da perakendeciye ve perakendeci tarafından da nihai tüketiciye satılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Üretici, toptancı ve perakendeci birlikte bir zarara sebebiyet verme kastı ile hareket etmişlerse, bu kişiler arasında müteselsil sorumluluğun varlığı tartışmasızdır. Ancak uygulamada patent hakkına tecavüz üretici, toptancı ve perakendeci arasında birlikte bir zarara sebebiyet verme şeklinden ziyade, her birinin birbirinden bağımsız kusurlu davranışları ile gerçekleşmektedir.

Bunu bir örnekle şu şekilde somutlaştırabiliriz: Ü, P'ye ait buluş konusu üründen P'nin izni olmaksızın üretilen ürünlerin 80 adedini toptancı T1'e ve 20 adedini toptancı T2'ye; T1, 50 adedini perakendeci C1'e ve 30 adedini perakendeci C2'ye; T2 ise perakendeci D'ye P'den satın aldığı 20 adet ürünü satmıştır. C1, C2 ve D de ellerindeki bu ürünleri nihai kullanıcıya satmıştır. Bu durumda yukarıda bahsedilen "aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmaları" hali söz konusu değildir. Çünkü mütecavizler zarardan, çeşitli hukuki sebeplerle değil, hepsi haksız fiilleri sebebiyle bir başka ifadeyle aynı hukuki sebepten sorumludurlar. Aynı şekilde mütecavizler ortak kast ve ihmal şeklinde de birlikte bir zarara sebep olmamaktadırlar. Burada mütecavizler, bağımsız kusurlu davranışları ile patent hakkını ihlal et-

⁵² Saraç, s. 166 vd.

⁵³ Florent Thouvenin/Gregor Bühler/Michael G. Noth – Staub, Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 55 MSchG pn. 78; Götz, s. 297; Schutz/Beutler/Künzi, Art. 35 DesG, pn. 105; Thouvenin/Bühler/Noth – Staub, Art. 55 MSchG, pn. 78.

mektedirler. Yukarıda da bahsedildiği üzere mütecavizlerin bağımsız kusurlu davranışlarından müteselsilen sorumlu olmaları için verilen zarar aynı olmalı ve mütecavizlerin fiilleri zararlar uygun nedensellik bağı içinde bulunmalıdır.⁵⁴ Ancak mütecavizlerin patent hakkını ihlal ile “aynı zarara” sebep olup olmadıkları hakkında bir açıklık söz konusu değildir.⁵⁵ Bunun tespiti, talep edilecek tazminata ve yoksun kalınan tazminatın hesaplamasında tercih edilecek metoda göre değişiklik gösterecektir.

Bu bağlamda, aşağıda birden fazla kişinin patent hakkını ihlalinde tazminatın hesaplaması ve her bir hesaplama yönteminde müteselsil sorumluluğun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususları incelenecektir.

IV.BİRDEN ÇOK KİŞİNİN PATENT HAKKINI İHLALİNDE TAZMİNAT HESABI

A. Fiili Kayıp, Manevi Tazminat ve Buluşun İtibarı

PatentKHK'nın 138. maddesinde düzenlenen “fiili kayıp” ile malvarlığındaki aktifin azalması ve pasifin artması sonucu ortaya çıkan zarar anlaşılır. Klasik kayıplar ve her türlü giderler yanında, müşterilerin şaşırtılmasından ve tereddüde düşürülmesinden, bir başka deyişle “pazarın karıştırılmasından” doğan zararlar da fiili kayıp içerisinde sayılabilir. Patent hakkının ihlali sebebiyle söz konusu ürünün veya hizmetin piyasasında pazar payı kaybı ve bunun telafisi için yapılan promosyon, imaj yenileme gibi masraflar; hak ihlalleri sebebi ile gidilen hukuki yollar sebebiyle yapılan masraflar, fiili kayba örnek olarak verilebilir.⁵⁶

PatentKHK'nın 137/I-b. maddesine göre patent sahibi, mütecavizin kusurunun varlığı halinde manevi tazminat talep edebilir. Manevi zarar, patent konusu buluşun üretici tarafından kötü şekilde üretimi veya uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi ve toptancı ve perakendeci tarafından satışı sonucunda, patent konusu buluşun itibarı

⁵⁴ Berner Kommentar – Brehm, Art. 50 OR, pn. 19; Oğuzman/Öz, s. 295.

⁵⁵ Berner Kommentar – Brehm, Art. 50 OR, pn. 4; Eren, s. 815; Oğuzman/Öz, s. 294.

⁵⁶ Arslan Kaya, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 291; Saraç, s. 298 vd.; Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 501; Uzunallı, s. 344.

zedelenmesi ve patent sahibinin ticari-kişisel varlığında olumsuz sonuçların meydana gelmesi şeklinde ortaya çıkabilir.⁵⁷

Patent sahibi buluşun itibar kaybından kaynaklanan zararın tazminini de talep edebilir. PatentKHK'nın 142. maddesine göre, patentten doğan haklara tecavüz eden tarafından, patent konusu ürünün kötü şekilde üretimi veya uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda, patent konusu buluşta itibar kaybı sebebiyle zarar doğarsa, patent sahibi bunun için ayrıca tazminat isteyebilir.⁵⁸ Buluşun itibarının zarara uğramasında, manevi tazminattan farklı olarak patent sahibinde oluşan manevi zararların giderilmesi değil, bizatihi patentin korunması amaçlanmıştır.⁵⁹

Gerek fiili kayıp sebebiyle, gerekse buluşun itibar kaybı sebebiyle yaşanan zarar ile manevi zarar, mütecavizlerin (üretici, toptancı ve perakendeci) hepsinin eylemleri sonucu ortaya çıkmıştır. Üretici, toptancı ve perakendeci patent sahibinin patentten doğan haklarına her ne kadar birlikte bir zarar verme kasıtları yoksa da bu kişiler bağımsız kusurlu davranışları ile aynı zarara, bir başka deyişle fiili kayba, buluşun itibarının zedelenmesine ve manevi zarara sebep olmuşlardır. Bu sebeple, mütecavizler ortaya çıkan bu zararlardan dolayı patent sahibine karşı BK'nın 61. maddesi gereğince müteselsilen sorumludurlar.⁶⁰ Ancak gidilen hukuki yollar sebebiyle yapılan masraflar bakımından her bir mütecaviz kendisine karşı açılan dava sebebi ile ortaya çıkan zarardan münferiden sorumlu olacaktır.

C. Yoksun Kalınan Kazanç

PatentKHK'nın 140. maddesine göre, patent sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değeri ile sınırlı değildir. Patent hakkının ihlali ile uğranılan zarar, fiili kaybın yanında patent hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar. Yoksun kalınan kazanç, malvarlığının aktifindeki azalma veya pasifindeki artma değil; patent

⁵⁷ Saraç, s. 299; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 648; karşı. Suluk/Orhan, s. 545.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ünal Tekinalp, "İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunları", Prof. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 589; Saraç, s. 298.

⁵⁹ Suluk/Orhan, s. 546; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 649.

⁶⁰ K.Tahir Gürsoy, "Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Dolayı Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1973, Cilt 30, Sayı 1-4, s. 62.

hakkının ihlali sonucu malvarlığında meydana gelecek artışa engel olunmasıdır.⁶¹

Yoksun kalınan kazançla ilişkin hesaplama yöntemleri PatentKHK'nın 140/I. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, yoksun kalınan kazanç, zarar gören patent sahibinin seçimine bağlı olarak mütecavizin elde ettiği gelire, patent sahibinin patenti kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire veya lisans kıyasına göre hesap edilir.

Patent hakkı tecavüze uğramış kimse, sınırlı olarak sayılan bu hesaplama yöntemlerinden hangisini seçtiğini, yoksun kalınan kazanç talebinde belirtmesi gerekir. Aksi takdirde mahkeme bu konuda re'sen harekete geçerek bu usullerden birini veya başka bir hesaplama yöntemini seçemez.⁶² Eğer dava dilekçesine bu seçim yapılmamışsa mahkeme davacıdan, bunlardan birinin seçmesini ister.

1. Mütecavizin Elde Ettiği Gelir

Zarar gören patent sahibi, patent hakkına tecavüz edenin, patenti kullanmak yoluyla elde ettiği kazancı göz önünde tutarak, uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Tazminatın hesaplanmasında esas olan mütecavizin patenti kullanmakla elde ettiği kazanç, elde ettiği net gelirdir.⁶³

Patentten doğan hakkın birden fazla kişi tarafından ihlali ve patent sahibinin mütecavizlerin elde ettiği gelire göre tazminatın hesaplanmasını talep etmesi halinde üretici, toptancı ve perakendeci müteselsilen mi yoksa münferiden mi sorumlu olacakları sorusu sorulabilir.

Patent sahibinin yoksun kalınan zararın hesaplanmasını, patentten doğan hakka tecavüz edenin, patent konusu buluşu kullanmakla elde ettiği kazançla göre talep etmesi halinde, mütecavizlerin bağımsız kusur sorumluluğuna dayanan müteselsil sorumluluğun söz konusu olup olmadığı araştırılmalıdır.⁶⁴ Alman Federal Mahkemesi vermiş ol-

⁶¹ Kaya, s. 292; Saraç, s. 272; Uzunallı, s. 358.

⁶² Kaya, s. 293; Saraç, s. 274; Uzunallı, s. 371, 383.

⁶³ Saraç, s. 288.

⁶⁴ Robert Mirko Stutz/ Stephan Beutler/Muriel Künzi, Bern 2006, Art. 35 DesG, pn. 163; Thouvenin/Bühler/Noth - Staub, Art. 55 MSchG, pn. 78; karş. BGE 97 II 169, 179 - Indomethacin.

duğu “Tripp-Trapp-Stuhl” kararında,⁶⁵ patent sahibinin üreticinin, toptancının ve perakendecinin elde ettiği geliri talep etmesi durumunda, bu kişilerin vermiş oldukları zararlar aynı türden olsa da, tek bir zarara sebep olmadıklarına hükmetmiştir. Üretici olan mütecaviz, buluş konusu ürünü patent sahibinin izni olmadan üretip satmakla, mütecaviz toptancı ve perakendeci ise patent hakkı ihlal edilerek üretilen ürünleri birbirinden bağımsız bir şekilde satmak yolu ile diğer mütecavizlerden bağımsız olarak elde ettikleri gelire patent sahibine zarar vermişlerdir.⁶⁶ Bir başka ifadeyle, mütecavizlerden her birinin patent sahibinin rızası olmaksızın üretilen buluş konusu ürünleri ticaret alanına çıkarma eylemleri aynı olsa da, bu eylemler sonucu ortaya çıkan zarar birbirinden farklıdır. Bu sebeple, elde edilen gelire göre tazminat talebinde, tazminata ilişkin şartların gerçekleşmesi durumunda, mütecavizler müteselsilen değil münferiden sorumlu olacaklardır.⁶⁷

Türk Hukuku Bakımından da müteselsil sorumluluğun varlığı için – yukarıda da belirtildiği üzere – birden fazla kişinin aynı zarara sebep olmaları gereklidir. Mütecavizin elde ettiği gelire göre tazminat talebinde mütecavizlerin her biri birbirinden bağımsız olarak gelir elde ettikleri için aynı zarara sebep olmamaktadırlar. Bu sebeple Alman hukukunda kabul edildiği şekliyle her bir mütecaviz patent hakkının ihlali sebebiyle ortaya çıkan zarardan müteselsilen değil, münferiden sorumlu olmalıdırlar. Bu sebeple, hakları ihlal edilen patent sahibi, yoksun kalınan kazanç taleplerini her bir mütecavizden, elde ettikleri gelire göre talep edebilecektir.⁶⁸

Ancak PatentKHK'nın 144. maddesine göre patent sahibi, üreticiden tazminat elde ettikten sonra, üretici tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı tazminat talep edemeyecektir. Bu durumda patent sahibi, patent hakkı ihlali sebebi ile üreticiden tazmi-

⁶⁵ BGH, GRUR 2009, s. 856 – Tripp-Trapp-Stuhl.

⁶⁶ Götz, s. 297.

⁶⁷ Henning Harte-Bavendamm/Frauke Henning-Bodewig – Goldmann, München 2013, § 9 UWG, pn. 193; Holzapfel, s. 245; von Reinhard Ingerl/Christian Rohnke, München 2010, vor. §§ 14-19d MarkenG pn. 277; karş. Peter Jung/Philippe Spitz, Bundesgesetz gegen den Unlauterer Wettbewerb (UWG), Bern 2010, Art. 9 UWG, pn. 214; Paul Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, München 2012, § 9 pn. 5579; Bühler/Noth/Thouvenin – Staub, Art. 55 MSchG, pn. 78; BGH, GRUR, 2009, s. 856 – Tripp-Trapp-Stuhl.

⁶⁸ Karş. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – Goldmann, §9 UWG pn. 197; Holzapfel, s. 245.

nat elde etmişse, üretici tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan toptancı ve perakendeciye karşı tazminat davası açmayacaktır. PatentKHK'nın 144. maddesi sadece, tazminat ödemiş olan kişi tarafından, piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı tazminat talep edilemeyeceğini öngördüğü için, patent sahibi ilk olarak perakendeciye karşı dava açmış ve ondan tazminat elde etmişse, toptancı ve üreticiye karşı da elde ettiği gelirlere göre tazminat talebinde bulunabilecektir. Başka bir ihtimalde de patent sahibi ilk toptancıdan tazminat elde etmişse, toptancının piyasaya sürdüğü ürünleri kullanan perakendecilerden tazminat talep edemese de, üreticiden tazminat talep edebilecektir.

PatentKHK'nın 144. maddesine göre, patent sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından, piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı tazminat davaları açılmaması sonucu de lege ferenda bakımından yerinde bir düzenleme değildir. Patent sahibinin mütecevizlerin elde ettikleri gelire göre tazminatın hesaplanmasını tercih etmesi durumunda, PatentKHK'nın 144. maddesi mütecevizlerin haksız fiilleri sonucu elde ettikleri gelirin talep edilememesine ve patent haklarının korunması yönünden caydırıcı bir müeyyidenin devre dışı kalmasına sebep olmaktadır. Ayrıca kanunun patent sahibine yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemlerinden birini seçme imkânı sunmuştur. Patent sahibi de bu yöntemlerden mütecevizlerin elde ettikleri gelire göre tazminatın hesaplanmasını tercih etmesi durumunda her bir mütecevizin elde etmiş olduğu geliri talep etmekle tazminat sebebi ile zenginleşmiş olmamaktadır. Çünkü patent sahibi her bir mütecevizden haksız fiilleri sebebi ile elde etmiş oldukları birbirlerinden bağımsız olan gelirlerini talep etmektedir. Bu sebeple PatentKHK'nın 144. maddesindeki bu düzenleme kaldırılarak, tazminata ilişkin taleplerin genel prensiplere göre belirlenmesi yerinde olacaktır.

2. Muhtemel Gelir

Zarar gören patent sahibi, patent hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, patent sahibinin patenti kullanması ile elde edebileceği muhtemel geliri göz önünde tutarak yoksun kalmış olduğu zararın tazminini talep edebilir. "Muhtemel gelire göre" mütecevizlerin sorumlulukları ve dolayısıyla tazminat miktarının hesaplanması, "müte-

cavizin elde ettiği gelire göre” tazminatın hesaplanmasından farklılık arz etmektedir.

Patentten doğan hakların birden fazla kişi tarafından tecavüze uğraması ve tazminatın muhtemel gelire göre hesaplanmasının tercih edilmesi halinde, patent sahibi, mütecavizlerin rekabeti olmasaydı, patenti kullanması ile elde edebileceği muhtemel geliri talep etmektedir.⁶⁹ Bu durumda mütecavizlerden üretici malın üretimi ve piyasaya sürülmesi, toptancı ve perakendeci ürünlerin piyasaya sürülmesi veya ticari maksatla elde bulundurulması gibi bağımsız kusurlu davranışları ile ancak aynı zarara, bir başka ifadeyle patent sahibinin elde etmesi muhtemel gelirini elde edememesine sebep olmuşlardır. “Muhtemel gelire göre” tazminat miktarının hesaplanmasının talep edilmesi halinde üretici, toptancı ve perakendeci bağımsız kusurlu davranışları ile aynı zarara sebep oldukları için müteselsilen sorumludurlar.⁷⁰

Patent sahibinin “muhtemel gelire göre” tazminat miktarının hesaplanmasını talep etmesi halinde, mütecavizler müteselsilen sorumlu oldukları için patent sahibi müteselsil sorumlulardan her birinden tazminatın tamamını talep edebilir. Ancak patent sahibi üreticiden tazminatın tamamını elde etmişse, onun piyasaya sürdüğü ürünleri kullanan toptancı ve perakendecinin müteselsil sorumluluk sebebiyle tazminat ödeme yükümlülükleri dış ilişkide ortadan kalkmaktadır. Patent sahibi artık toptancı ve perakendeciden tazminat talep edemeyecektir. Ancak üretici tazminatın tamamını ödemişse ve BK’nın 62. maddesine göre diğer müteselsil sorumlulara rücu etmek istediğinde, diğer müteselsil sorumlular PatentKHK’nın 144. maddesine dayanarak sorumlu olmadıklarını ileri süremeyeceklerdir. Zira burada artık PatentKHK m. 144 anlamından bir tazminat değil, BK’nın 62. maddesine göre rücu söz konusudur. Patent sahibi tazminatın bir kısmını üreticiden elde edebilmişse, toptancı ve perakendeci dış ilişkide sadece bu tahsil edilen oranda sorumluluktan kurtulurlar. Patent sahibi, tazminatın üreticiden elde edemediği kısmını toptancıdan ve perakendeciden talep edebilir.⁷¹

⁶⁹ Saraç, s. 277.

⁷⁰ Holzapfel, s. 246.

⁷¹ Holzapfel, s. 245.

3. Lisans Kıyası

Zarar gören patent sahibi, patent hakkına tecavüz edenin, bir lisans anlaşması ile patenti hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedelini göz önünde tutarak yoksun kalmış olduğu zararın tazminini talep edebilir. Bu bakımdan uygun lisans bedeli, istekli bir lisans veren ile lisans alanın, tecavüz başlamadan önceki bir dönemde, karşılıklı görüşmeler sonucunda üzerinde anlaşabilecekleri varsayılan ücreti ifade etmektedir.⁷²

Zararın lisans kıyasına göre talep edilmesi ve zarar verenlerin birden fazla olması durumunda, bu kişilerin zarardan hangi şekilde sorumlu olacakları ise tartışmalıdır. Örneğin, Ü, P'ye ait buluş konusu üründen P'nin izni olmaksızın üretilen ürünleri toptancı T1 ve T2'ye; T1 perakendeci C1 ve C2'ye; T2 ise perakendeci D'ye satmıştır. Patent sahibi tazminatın hesaplanması için lisans kıyası yöntemini tercih etmişse, mütecevizler tek bir lisans bedelinden dolayı müteselsilen mi sorumludurlar yoksa patent sahibi her birinden ayrı ayrı lisans bedeli talep edebilecek midir?

Bir görüşe göre, üretici, toptancı ve perakendeci patent hakkının tecavüze uğratılmasında ne birbirlerinin davranışlarından haberdar oldukları, ne de ortak ihmalleri bulunduğu için ortak kusurlu değildirler. Ayrıca mütecevizler çeşitli sebeplerle de olsa aynı zararın meydana gelmesine sebep olmamaktadırlar. Zira patent sahibi, mütecevizlerin buluşu bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde hepsinden farklı oranlarda bir lisans bedeli ödemesini talep edebilecektir. Mütecevizlerin patent sahibine verdikleri zarar, birbirinden farklı olduğu ve ortak kusurları bulunmadığı için mütecevizler arasında müteselsil sorumluluk yoktur. Böylece PatentKHK'nın 140/II-c. maddesine göre patentten doğan hakka tecavüz eden her bir müteceviz, patent sahibine buluşu bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedelinden ayrı bir şekilde sorumlu olacaktır.⁷³

Ancak bu görüş haklı olarak eleştirilmiştir. Buna göre, patent hakkının lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanılması durumunda patent sahibi sadece ürünleri üretilen piyasaya süren üretici

⁷² Saraç, s. 289.

⁷³ Götz, s. 297 vd.; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig - Goldmann, § 9 UWG pn. 196; Uzunallı, s. 492.

ile lisans sözleşmesi yapacak ve piyasaya sürülen ürünleri kullanan toptancı ve perakendeciden ayrıca lisans ücreti talep edemeyecektir. Bu sebeple, üretici ödemiş olduğu lisans bedelini satış fiyatına yansıtarak o ürünleri toptancıya ve o da üreticinin satış fiyatına yansıttığı lisans bedelini kendi satış fiyatına yansıtarak perakendecilere satacaktır. Böylece, tek bir ürün için birçok defa lisans talep edilmeyip, sadece üretici ile yapılması gereken lisans sözleşmesi gereği talep edilebilecek olası lisans bedeli yoksun kalınan tazminatın hesaplanmasında dikkate alındığı için ortada sadece tek bir zarar mevcut olacaktır. Satış zinciri içindeki üretici ve her bir toptancı veya perakendeciden münferiden lisans bedeli talep edilebilmesi halinde, tek bir lisans bedeli ödenmesini gerektiren tek bir ürün üzerinden patent sahibi, haksız bir şekilde birçok defa tazminat talep etmiş olacaktır. Bu sebeple, buluş konusu ürünü patent sahibinin rızası olmadan üreten üretici, üretmiş olduğu ürünleri toptancı ve perakendeciye sattığında her bir müteceviz aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı müteselsilen sorumlu olacaktır.⁷⁴

Örneğin Ü (patent hakkını ihlal eden), P (patent hakkı sahibi) ile bir lisans sözleşmesi yapmış olsaydı, her bir ürün için patent sahibine ödeyeceği 10 TL lisans bedelini toptancı T1 ve T2'ye; T1 ve T2 de aynı şekilde 10 TL'lik lisans ücretini perakendeci C1, C2 ve D'ye ve onlarda her bir ürün için ödedikleri 10 TL'yi tüketiciye yansıtacaktı. Ü, lisans sözleşmesine göre 100 ürün üretip T1 ve T2'ye satsaydı, P'ye ödeyeceği 1000 TL'lik lisans bedelini T1 ve T2'ye; T1, 80 adet ürünü C1 ve C2'ye satmışsa 800 TL'lik ve T2 de 20 adet ürünü D'ye satmışsa 200 TL'lik bir lisans bedeli perakendecilere; perakendeci C1, 50 adet ürün için 500 TL, C2 30 adet ürün için 300 TL ve D de 20 adet ürün için 200 TL'lik, toplam 1000 TL'lik lisans bedelini tüketiciye yansıtacaktı. Böylece, Ü'nün P'ye en başta ödemesi gerekli 1000 TL'lik lisans bedeli üreticiden tüketiciye kadar yansıtılmaktadır. Bu durumda ortada tek bir ürün için sadece 10 TL'lik ve 100 ürün için toplam 1000 TL'lik bir lisans bedeli söz konusudur. Dolayısıyla patent sahibinin uğradığı tek bir zarar söz konusudur. Bu sebeple Ü, T1, T2, C1, C2 ve D patent sahibi P'ye karşı uğramış olduğu zarardan (1000 TL) dolayı müteselsilen sorumludurlar.

⁷⁴ Karş. Holzapfel, s. 247; Artur-Axel Wandtke/Winfried Bullinger - von Wolf, Praxiskommentar zum Urheberrecht: UrhR, München 2014, § 97 UrhG pn. 21; OLG Düsseldorf Mitt. 1998, s. 358, 362 vd. - Durastep; BGH, GRUR, 2009, s. 856 - Tripp-Trapp-Stuhl.

IV.Sonuç

Patent hakkının birden fazla kişi tarafından, özellikle de üretimden satışa kadar dağıtım zincirinde yer alan üretici, toptancı ve perakendeci tarafından, tecavüze uğraması halinde, problem teşkil eden husus, bu kişilerden hangilerine karşı hangi hukuki yollara ve hangi kapsamda gidilebileceğidir. PatentKHK'nın 144. maddesinin lafzındaki muğlaklıklar sebebiyle bu probleme kolay bir şekilde cevap verilememektedir.

PatentKHK'nın 144. maddesindeki "piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişiler" ile neyin ifade edilmek istendiği hakkında kanunda bir açıklık yoktur. "Kullanma" terimi PatentKHK içerisinde farklı anlamlara sahiptir. Bu kavramın PatentKHK içerisinde kullanıldığı yere göre yorumlanması gerekir. "Tazminat istenmeyecek kişiler" başlığını taşıyan PatentKHK'nın 144. maddesindeki "piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişiler" ifadesindeki, "kullanma" ifadesi ise, PatentKHK'nın 10. Kısım 2. Bölümünde yer alan tazminata ilişkin hükümlerdeki "kullanma" kavramı dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Yapılan bu yorum sonucunda buradaki "kullanma" ifadesinin geniş bir anlama, bir başka ifadeyle piyasaya sürülmüş ürünleri fiili olarak kullanan veya PatentKHK'nın 136. maddesinde sayılan tecavüz fiillerden diğerlerini işleyen kişilerin eylemlerini kapsayan bir anlama sahip olduğu anlaşılmaktadır.

"Tazminat istenmeyecek kişiler" başlıklı PatentKHK'nın 144. maddesi, sebep olduğu zarardan dolayı, patent sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından, piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı "Kanun Hükmünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları" patent sahibinin açamayacağını öngörmüştür. Ancak burada "Kanun Hükmünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları" ve "piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişiler" ifadelerinin hangi anlama geldikleri açık değildir. Söz konusu ifade ile PatentKHK'nın 10. Kısım 2. Bölümünde düzenlenen tüm davalar anlaşılmamalıdır. Gerek madde başlığı, gerek maddenin kanun sistematigi içindeki yeri, gerekse maddenin amacı dikkate alınarak sadece tazminat davalarının açılmayacağı anlaşılmalıdır.

Patent hakkının birden fazla kişi tarafından tecavüze uğraması durumunda mütevacizler arasındaki hukuki ilişki ve tazminatın hangi şekilde talep edilebileceği mütevacizler arasındaki ilişki dikkate

alınarak belirlenmelidir. Fiili kayıp, manevi zarar ve buluşun itibarının zedelenmesinden dolayı uğranılan zarar bakımından mütecevizlerin müteselsilen sorumluluğu kabul edilir. Yoksun kalınan kazanç bakımından ise her bir hesaplama yöntemi uygulanmalıdır. Yoksun kalınan kazancın mütecevizin elde ettiği gelire göre hesaplanması durumunda her bir mütecevizin münferiden sorumlu olduğu; muhtemel gelire ve lisans kıyasına göre hesaplanması halinde mütecevizlerin müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Patent sahibi yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından tüm mütecevizlere karşı sadece tek bir hesaplama yöntemi tercih edebilmelidir.

Kaynakça

- Arkan Sabih, "Marka Hakkının Tüketilmesi", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 197-208.
- Arkan Sabih, Marka Hukuku - Cilt 2, Ankara 1998.
- Aslan Adem, Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Berner Kommentar, Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, 4. Bası, Bern 2013.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 17. Bası, Ankara 2014.
- Pedemonte Feu Jorge, Comentarios a la ley de patentes, 2. Bası, Barcelona 1995.
- Anette Gärtner/Martin Bosse, Die Herausgabe des Verletzergewinns in der Vertriebskette, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (Mitt.), 2008, S. 11, s. 492.
- Gökcan Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara 2010.
- Götz Wolfgang, "Schaden und Bereicherung in der Verletzerkette", GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht) 2001, S. 4, s. 295-303.
- Gürsoy K. Tahir, "Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Dolayı Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1973, Cilt 30, Sayı 1-4, s. 45-57.
- Holzapfel Henrik, "Zur Haftung einer Mehrheit von Verletzern", GRUR 2012, S. 3, s. 242-248.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Verlag, 2. Bası, Zürich 2012.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke, Verlag C.H. Beck, 3. Bası, München 2013.
- Ingerl von Reinhard/Rohnke Christian, Verlag C.H. Beck, 3. Bası, München 2010.
- José Ramón Ferrándiz Gabriel, Jurisprudencia sobre propiedad industrial, publicidad y derecho de la competencia, Madrid 2007.
- Jung Peter/Spitz Philippe, Bundesgesetz gegen den Unlauterer Wettbewerb (UWG), Stämpfli Verlag, Bern 2010.
- Lange Paul, Marken- und Kennzeichenrecht, Verlag C.H. Beck, 2. Bası, München 2012.
- Kaya Arslan, Marka Hukuku, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara 2014.

- Köklü Kaya, *Das türkische Patentrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus der Sicht deutschen und europäischen Rechts*, Nomos Verlag, Düsseldorf 2006.
- Köse Mutlu Yıldırım, *Patent ve Endüstriyel Tasarım Hukukunda Gasp Davaları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2010.
- Milbradt Claudia, *Fighting Product Piracy*, Frankfurt, 2009.
- Parlak yıldız Fatma Merve, *Fikri Mülkiyet Haklarının Ekonomik Büyümeye Etkileri: G8 Ülkeleri Üzerine Bir Uygulama*, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İktisat Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2011.
- Pınar Hamdi, "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 855-915.
- Obligationenrecht Handkommentar, Orell Füssli Verlag, 2. Bası, Zürich 2009.
- Oftinger Karl/Stark, Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1*, Schulthess Verlag, 4. Bası, Zürich 1989.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul 2014.
- Oruçoğlu Pınar, *Patent Verilebilirlik Şartları*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2007.
- Rohn Patrick, *Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht*, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf 2004.
- Saraç Tahir, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Stutz Robert Mirko/Beutler, Stephan/Künzi, Muriel, *Stämpfli Verlag*, Bern 2006.
- Suluk Cahit/Orhan Ali, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Şehirli Çelik Feyzan Hayal, *Patent Hakkının Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- Şehirli Çelik Feyzan Hayal, "Probleme des türkischen Patentrechts - im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Harmonisierung mit dem EPÜ", GRUR Int. 2003, S. 6, s. 501-510.
- Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul 2012.
- Tekinalp Ünal, "İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunları", Prof. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 589-597.
- Thouvenin Florent/Bühler Gregor/Noth, Michael G., *Markenschutzgesetz*, Stämpfli Verlag, Bern 2009.
- Uzunallı Sevilay, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, Adalet Yayınları, Ankara 2012.
- Wandtke Artur-Axel/Bullinger, Winfried - von Wolf, *Praxiskommentar zum Urheberrecht: UrhR*, Verlag C.H. Beck, 4. Bası, München 2014.
- Yurtsever Şaziye, *Patentin Hukuki Korunması ve İlgili Mevzuat*, Ankara 1999.
- Zahn Alexander, *Die Herausgabe des Verletzergerwinns*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2005.

İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMANIN KOŞULLARI VE EMREDİCİLİK

CONDITIONS OF APPLICABILITY OF JOB SECURITY AND MANDATORY

Talip ARAS*

Özet: İş Hukukunun en önemli konularından ve amaçlarından biri olan işçinin çalışması, başka bir deyişle, iş sözleşmesinin devamının koruma altına alınması iş güvencesi sistemi ile sağlanmaktadır. Bu anlamda işçinin iş güvencesi kapsamında değerlendirilebilmesi için kendisinin ve çalıştığı işyerinin kanunda belirtilen taşıması gerekli koşulların değiştirilip değiştirilemeyeceği konusu önem kazanmaktadır. Biz bu çalışmada iş güvencesinin kapsamı ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın koşullarını ve bu koşulların emrediciliğini inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: İş Güvencesinin Tarihçesi, İş Güvencesi Kapsamı, İş Güvencesi Koşulları, İşe İade Davası, Mutlak Ve Nispi Emredici Hükümler

Abstract: One of the most important topics in Employment Law is working of the employee; in other words, the protection of continuation of the employment contract. This is provided by the job security system. In order for an employee to be assessed within the scope of the job security, s/he and her/his workplace shall satisfy the criteria specified in the law. Our aim in this study is to analyze the scope and the criteria for benefiting from the job security together with the mandatory nature of these criteria.

Keywords: History of the Job Security, Scope of the Job Security, Criteria of the Job Security, Reemployment Proceedings, Absolute and Relative Mandatory Provisions.

* Avukat, İstanbul Barosu, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

Giriş

İşçilerin meslek hastalıkları ve iş kazalarından sonra karşılaşılabilecekleri en ciddi tehlike işlerini kaybetmektir. Bu nedenle iş hukukunun en önemli konularından ve amaçlarından biri işçinin çalışmasının, başka bir deyişle, iş sözleşmesinin devamını güvence altına almaktır.

Günümüzde işçinin yaptığı işin hem kendisi, hem ailesi hem de kişiliği ile olan yakın ilişkisi göz önünde bulundurularak işçinin işini koruyabilmesi için, işverenin fesih hakkının elinden alınması değil, sınırlandırılması ve bu bağlamda işçinin işini koruyabilmesi için iş güvencesi sisteminin sağlanması gerekliliği doğmuştur. Böylece, bu sistemin kapsamına giren işçiler açısından, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için işverenin ileri sürdüğü nedenin kanunun öngördüğü nedenler ile uyuşması gerekecektir.

Ancak iş sözleşmesinin feshinde işverenin böyle bir nedene dayanmasının gerekip gerekmediğinin tespiti açısından ise çalışmamızın kapsamını oluşturan iş güvencesi koşullarının somut olayda var olup olmadığının tespiti gerekecektir. Bu koşullar belirlenirken işçinin işini koruma amacı güdülmüşse de, işverenin durumu ve toplumun çıkarları ile olan ilişkisi de göz ardı edilmemiştir.

Bu anlamda işçinin iş güvencesi kapsamında değerlendirilebilmesi için kendisinin ve çalıştığı işyerinin kanunda belirtilen taşıması gerekli koşulların değiştirilip değiştirilemeyeceği konusu önem kazanmaktadır. Buradan hareketle işçinin korunması amacı ile getirilmiş olan iş güvencesi koşullarının emredicimi olduğu, başka bir anlatımla, bu koşulların mutlak ve nispi emredici ayrımında nerede yer aldığı çözüme muhtaç bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızın konusunu işçinin iş ilişkisinin korunmasına hizmet eden iş güvencesi koşullarının emredicilik açısından nerede yer aldığı oluşturacak olup bu bakımdan aşağıda öncelikle iş güvencesi sisteminin ülkemizde yasal düzenlemeye geçişi ve kapsamından söz ettikten sonra, iş hukukunda mutlak ve nispi emredici norm ayrımı ile ilgili açıklamalarda bulunup, iş güvencesi koşullarını ve bunların emredicilik açısından hukuki niteliğini inceleyeceğiz.

I. Türk Hukukunda İş Güvencesine İlişkin Mevzuatın Tarihçesi

İşini kaybetmek bir işçi için şüphesiz en önemli risktir. Bu nedenledir ki işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin korunması iş hukukunun günümüzdeki en önemli konusudur.¹ Çağdaş iş hukukunun temel amaçlarından biri olan ve aslında Batılı ülkelerde eskiden beri var olan iş güvencesine ilişkin yasaların ülkemizde de kabul edilmesi gerektiğine yönelik düşüncelere² karşın uzun zaman bu konuda yasal düzenlemeler yapılmamıştır.

Ancak iş güvencesinin uluslararası dayanağını oluşturan Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı ILO Sözleşmesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde onaylanıp³ iş hukukunun bir parçası durumunu alması iş güvencesi konusunda ilgili yasal düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu kapsamda, öncelikle 9.8.2002 tarihinde 4773 sayılı Yasa⁴ çıkarılmış olup daha sonra bu yasanın iş güvencesini düzenleyen hükümleri bazı değişikliklerle 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına alınmıştır. Bu kanunlar ile iş güvencesi sistemi getirilene kadar işçilerin iş ilişkisinin korunduğunu söylemek mümkün değildir.⁵

158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun olarak hazırlanan 4857 sayılı İş Kanununda yer alan iş güvencesinin koşullarına ilişkin hükümler bir yandan iş ilişkisini korumayı amaçlarken diğer yandan bazı koşulların sağlanmasının zorluğundan kaynaklı olarak ülkemizdeki işçilerin

¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2012, s. 858; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 22. Bası, İstanbul 2009, s.212; Nuri Çelik, *İş Güvencesi*, İstanbul 2003, s.9.

² Devrim Ulucan, "Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt 2, İstanbul,183-198, s. 187 vd.; Nuri Çelik, "İşçinin Feshe Karşı Korunması", Ord. Prof. Reşat Kaynar'a Armağan, İTİA Siyasal Bilimler Fakültesi yayını, İstanbul 1981, 42-63; Sarper Süzek, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, Ankara 1976, s.29 vd.

³ TBMM, 158 sayılı Sözleşmenin onaylanmasını 9.6.1994 tarih ve 3999 sayılı kanun ile uygun bulduktan sonra (RG., 18.06.1994, S. 21964), Bakanlar Kurulu 10.08.1994 tarihinde 158 sayılı ILO sözleşmesini onaylamıştır (RG., 12.10.1994, S. 22079).

⁴ İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleği Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG., 15.08.202, S.24847).

⁵ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 9. Bası, İstanbul 2013, s. 555.

yaklaşık yarısının iş güvencesiz kalmasına yol açmıştır.⁶ Bu durum doğal olarak bu koşulların emrediciliğinin açıklığa kavuşturulması ihtiyacını pekiştirmiştir.

II. İş Güvencesinin Kapsamı

İş Kanunu m. 18 uyarınca “feshin geçerli sebebe dayandırılması başlığı” altında, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmek için sağlanması gereken koşulların neler olduğu belirtilmiştir. Aşağıda inceleneceği üzere⁷ bu madde uyarınca, iş güvencesi kapsamına girebilmek için işçinin tabi olduğu kanun, iş sözleşmesinin türü, işyerinde çalışan işçi sayısı, kıdemi ve işveren vekili olmamaya ilişkin koşullara sahip olunması gerekmektedir.⁸

Bir işçinin iş güvencesi kapsamına girip girmediği, sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından iki noktada önem teşkil etmektedir. İlk olarak, iş güvencesinin kapsamı içerisine giren işçiler açısından sözleşmelerinin feshi için geçerli bir nedenin varlığı zorunlu iken, buna karşılık kapsamı dışında kalanların sözleşmelerinin feshinde böyle bir nedene gerek olmayacaktır. İkinci olarak da, kapsam dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri feshedildiğinde, bu işçiler fesih hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesi ile kötüniyet tazminatına başvurabilecekken, iş güvencesi kapsamı içinde olup da aynı kötüniyete maruz kalan işçi daha koruyucu imkânlar sunan iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.⁹

Aşağıda iş güvencesinden yararlanabilmenin koşullarını ve emredici niteliklerini incelemeye geçmeden önce iş hukukunda genel olarak emredici normların nereden hareketle sınıflandırıldığı ve bu sınıflandırmanın önemi açıklanacaktır. Zira iş güvencesi koşullarının hukuki niteliğini açıklığa kavuşturabilmek için emredici normlar ayırımını ve iş hukukundaki hükümlerin neye göre mutlak veya nispi emredici olarak ayrıldıklarının açıklığa kavuşturulması gerektiği kanısındayız.

⁶ Süzek, s. 564; Cevdet Günay İlhan, “Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 623-651, s.182.

⁷ Bkz. aşağıdaki IV “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasının Koşulları”.

⁸ Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Sonuçları, İstanbul 2007, s.37.

⁹ Süzek, s. 561.

III. Mutlak -Nispi Emredici Normlar Ayrımı

Diğer hukuk dallarında ve özellikle iş hukukunda en çok kullanılan emredicilik kavramı, mutlak emredicilik ve nispi emredicilik diye bir ayrıma tabi olup normun kime yönelik olarak konulduğundan hareketle iki taraflı (mutlak) veya tek taraflı (nispi) emredici normlar olarak ikili bir ayrıma tabi tutulurlar.¹⁰ İş hukukuna baktığımızda iş hukukunun emredici hükümleri diğer özel hukuk kurallarından farklılık göstermektedir. Borçlar Kanunu m. 27/1 uyarınca emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşmeler kararlaştırılmaz, aksi halde kararlaştırılan hükümler kesin olarak hükümsüz sayılır. Oysa aşağıda görüleceği üzere iş hukuku açısından zayıf konumda olan işçinin korunması ilkesi gereğince her zaman emredici hükümlere aykırılık geçersizlik sonucunu doğurmamaktadır.

Tarafların kendi iradeleri ile bertaraf etmeleri veya aksini kararlaştırmaları hiçbir şekilde mümkün olmayan, başka bir deyişle, uymaları zorunlu olan normlar mutlak emredici normlardır.¹¹ Kamu düzeni hükümleri olarak da adlandırılan mutlak emredici normlar¹² sözleşmenin her iki tarafını ya da kamu düzenini korumak amacı ile getirilmiş normlardır ve herkese yöneliktirler.¹³ Bu sebeple işçi lehine bile değiştirilemeyen normlar olup iş hukukunda az sayıda yere sahiptirler.¹⁴

Sosyal kamu düzeni hükümleri olarak da nitelendirilen nispi emredici normlar ise işçinin korunması amacını güden ve bu sebeple işçi hakları açısından bir alt sınır çizip bunun üstüne çıkılabilmemesine ola-

¹⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlemi Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 536; Süzek, s.30; Çelik, İş Hukuku, s. 18-19.

¹¹ Çelik, İş Hukuku, s.19; Süzek, s.30-31, Mollamahmutoglu, s. 13; Mutlak emredici normlar ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", *AÜHFD*, 2005, S.3, s.95-120.

¹² Süzek, s. 32; Nizamettin Aktay / Kadir Arıcı / Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013, s.10-11. Mutlak emredici hükümlerin arkasında aslında sadece kamu düzeninin, yani toplumun menfaatinin korunması düşüncesinin olmadığı, şahısların menfaatlerinin korunmasında mutlak emredici bir düzenleme getirilmesinin ardında yatan neden olabileceği konusunda Bkz. Özdemir, s.9.

¹³ Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 33-82, s.52.

¹⁴ Süzek, s. 31; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010, s. 40; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, s. 53-54; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 11-12; Özdemir, s. 101: Örneğin, koşulları gerçekleşmiş ise işverenin haklı nedenle fesih hakkı elinden alınamaz.

nak tanıyıp altına inilmesini yasaklayan yani işçi aleyhine anlaşma yapmaya imkân tanımayan kurallardır.¹⁵ İş hukukunda emredicilik işçi yararına olup daha çok işverene karşı ve işverenin sözleşme serbestisini kısıtlamış bulunmaktadır.¹⁶

Bu husus Yargıtay'ın şu kararında açıkça dile getirilmiştir: “İş Kanununa ait hükümlerin, kural olarak, nispi emredici hükümler olduğu şüphe dışıdır. Şu anlamda ki, iş kanununda öngörülen, haklar işçi için asgari olup bir taban teşkil eder: bu tabanın üstüne çıkılabilir, lakin altına inilemez. Bir başka söyleyişle, kamu düzeninin sınırlayıcı etkisi, kural olarak, sadece işveren için söz konusu olur”.¹⁷ Nitekim Yargıtay kararlarına bakıldığında, Yargıtay'ın esas olarak mutlak – nispi emredici norm ayrımını yapmaktan kaçındığı ve mutlak emredici norm olarak değerlendirilmesini istediği hükümler için “emredici-buyurucu” şeklinde ifadeler kullandığı görülmektedir.¹⁸

Yukarıda yapılan açıklamalar ile işçi açısından bir normun mutlak veya nispi emredici olarak değerlendirilmesinin ne kadar önemli olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır. Zira, norm nispi olarak nitelendirilmesi halinde işçi lehine değiştirilebilecek iken, mutlak emredici olarak adlandırılması halinde bu mümkün olmayacaktır. Durum böyle olunca, normun nispi mi yoksa mutlak mı olduğunun nasıl anlaşılacağı sorusu akla gelebilir. Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre normun niteliğini belirlerken normun lafzından ve konuluş amacından bir sonuca varılması gerekecektir.¹⁹

Ancak bazı hallerde normun lafzı yasaklayıcı bir ifade içermesine rağmen bu o normun mutlak emredici olduğu anlamına gelmez. Örneğin, İş Kanunu m. 32/3 yer alan “Emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtta geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya

¹⁵ Çelik, İş Hukuku, s. 19; Süzek, s. 30; Mollamahmutoğlu, s. 13; Akyiğit, s. 40; Kocayusufpaşaoğlu, s.536; Özdemir, s.96-97; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, s. 53: Bazı durumlarda nispi emredici normların işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün görülmüştür. Bunun en tipik örneğini ise deneme süresinin toplu iş sözleşmesi ile uzatılması teşkil etmektedir.

¹⁶ Çelik, İş Hukuku, s. 19 ve orda atf yapılan yazarlar.

¹⁷ Y.9.HD, 10.04.1970, E. 1970/101, K. 1970/3487; Aynı yönde Y9. HD, 22.2.1969, E.1969/1702, K. 1969/1806.

¹⁸ Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1987, s. 17’de dpn. 59.

¹⁹ Süzek, s.32; Özdemir, s. 103.

diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamaz” hükmünün lafzı mutlak emredici olduğu izlenimini yaratsa da aslında normun amacı işçiyi korumak olduğu için nispi emredici norm olarak yorumlanmalıdır.²⁰ O halde, iş hukukunda bir hükmün emredici olup olmadığını belirlerken hükmün kaleme alınış biçiminden çok, konuluş amacının, izlediği doğrudan amacın dikkate alınması gerekir.²¹ Şüphe halinde ise norm, nispi emredici olarak değerlendirilmelidir.²²

Bu bağlamda aşağıda iş güvencesi koşullarına ilişkin normun nispi veya mutlak emredici olarak değerlendirmesi yapılırken normun lafzından çok konuluş amacı göz önünde bulundurulacaktır.

IV. İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasının Koşulları

1. İşçinin İş Kanunu veya Basın İş Kanununu Kapsamında Olması

İş güvencesinin uluslararası dayanağını oluşturan 158 sayılı ILO'nun 2. maddesi uyarınca iş güvencesine ilişkin hükümlerin bütün iş kollarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunan çalışanlara uygulanması gerekir. Ancak İş Kanunu ve dolayısıyla iş güvencesinin kapsamına İş Kanunu m. 2 uyarınca bir hizmet akdine dayanarak çalışıp İş Kanunu m.18/1'de belirtilen koşulları sağlayan işçilerle, Basın İş Kanunu m.6/son uyarınca gazeteciler girerler. Yasanın bu düzenlemesi ile kural olarak İş Kanunu m.2/1 uyarınca “işçi” sıfatını taşıyıp, İş Kanunu m.4 hükmünün kapsamı dışında bir “işte” veya “işyerinde” iş sözleşmesi ile çalışan işçiler iş güvencesinin kapsamına alınmıştır.²³ Bu anlamda, iş sözleşmesine dayanarak çalışmayan, sözleşmeli personel, çırak veya stajyer iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacaklardır.²⁴

Aynı şekilde, Borçlar Kanunu ve Deniz İş Kanununa tabi işçiler de, iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmışlardır.²⁵ Buna karşılık Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca iş güvencesi hükümler-

²⁰ Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, s.54; Özdemir, s. 103.

²¹ Süzek, s.32; Özdemir, s. 103.

²² Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, s.54.

²³ Ulucan, s.25-26; Tankut Centel, İş Güvencesi, İstanbul 2013, s. 29.

²⁴ Centel, s. 28-29.

²⁵ Süzek, s. 562; Centel, s. 29.

rinin işyeri sendika temsilcisine uygulanması konusunda herhangi bir ayırım yapılmamış olup temsilciye mutlak nitelikte bir güvence verilmiştir. Buna istinaden, işyeri sendika temsilcisi Borçlar Kanunu veya Deniz İş Kanununa tabi bir işyerinde çalışıyor olsa dahi iş güvencesi hükümlerinden yararlanır.²⁶ Nitekim kanunun öngördüğü bu güvence temsilcilik sıfatına bağlı olduğundan işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için bu sıfatına sahip bulunması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması yeterli olup ayrıca aşağıda açıklanan otuz işçi ölçütü ile altı aylık kıdem koşullarının sağlanması aranmaz.²⁷

İş güvencesinden yararlanabilecek işçiler açısından kapsamın bu derece dar tutulmasının, 158 Sayılı ILO'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında gösterilen ölçütler dikkate alınarak iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaya bazı istisnalar getirilebileceği hükmü ile bağdaştığını kabul etmek güçtür.²⁸ Zira iş güvencesi kapsamına alınmayan diğer işçiler bakımından durum henüz tam olarak bir çözüme kavuşturulamamıştır.

Hal böyle olunca, işçi ile işverenin, kapsam koşulunun sağlanmadığı bir durumda, karşılıklı anlaşarak işçinin iş güvencesi koşullarından faydalanmasını sağlayıp sağlayamayacakları konusu gündeme gelir. Kural olarak kapsam hükümleri de tanım hükümleri gibi emredici olduklarından doktrindeki bir görüşe göre İş Kanununun kapsamı dışında kalan işyeri veya işletmelerde çalışan işçilerle yapılan sözleşmede bu işçilere iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı yer olsa dahi bu tür hükümler geçersizdir.²⁹ İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin dayanağını oluşturan 158 Sayılı ILO sözleşmesinin 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iş güvencesi hükümlerinin bütün ekonomik faaliyet alanlarına uygulanacağı belirtilmesine rağmen İş Kanunumuz ile bunun sınırlandırılması kanunun amacına uygun olmadığı gerekçesi ile haklı olarak eleştirilmiştir.³⁰ Bunun yanı sıra,

²⁶ Centel, s. 29.

²⁷ Mollamahmutoglu, s. 882; Münir Ekonomi, "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", İş Kanunu Toplantı Dizisi, I, Tüsiad, İstanbul 2005, 16-60, 33.

²⁸ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.32; Sarıbay, s. 38; Süzek, s.562.

²⁹ Mollamahmutoglu, s.873.

³⁰ Bkz. yukarıdaki dpn. 28.

amacı işverenin keyfi fesihlerini önleyip iş ilişkisinin varlığının korunması olan ve özünde feshin son çare olarak kullanılması yatan iş güvencesi hükümleri bakımından kapsam koşulunun nispi emredici olarak değerlendirilmesinin uygun olacağı görüşünderiz. Nitekim Yargıtay'ca verilen bir kararda İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamına girmeyen - somut olayda hava taşıma faaliyeti yapılan işyerinde uçucu personel olarak çalışan- işçi hakkında da İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı toplu iş sözleşmesi ile öngörülmesi geçerli kabul edilmiştir.³¹

2. İşyerinde Otuz ve Daha Fazla İşçi Çalıştırılması

a. Otuz İşçi Ölçütü

Bireysel iş hukukunda birçok normun uygulanabilmesinin işyerinde belli işçi sayısının varlığına bağlandığı gibi iş güvencesine ilişkin hükümlerin de uygulanabilmesinin koşullarından bir tanesini iş yerinde çalışan işçi sayısı teşkil etmektedir.³² İş Kanunu m. 18/1'e göre iş güvencesi koşullarından yararlanabilmek için " *Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi[...]*" ile çalışıyor olması gerekmektedir. Batıda ve hukukumuzda işçi sayısına yönelik bir sınırlama konulmasının amacı, ekonomik yönden güçlü olmayan küçük işyerlerinin iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını kaldıramayacağı düşüncesidir ve bu sebeple buralarda çalışan işçiler kapsam dışında tutulmak istenmişlerdir.³³

İş Kanunu uyarınca bir işçinin iş güvencesi kapsamında olabilmesi için eğer işçi İş Kanunu veya Basın İş Kanunu uyarınca işçi/gazeteci statüsünde ise çalıştığı iş yerinde en az 30 işçi bulunması gerekmektedir. İş Kanunu m. 4/1 (b) uyarınca İş Kanunu kapsamına alınan tarım işlerinde ise en az 51 işçinin çalıştırılması halinde işçi iş güvencesinden faydalanabilecektir. Bu koşul iş güvencesini en çok daraltan koşul olması sebebi ile doktrinde en çok eleştirilen koşulların başında yer almaktadır; çünkü yirmi dokuz veya daha az işçi çalışan işyerlerinde-

³¹ Y. 9.H.D, 22.2.2008, E. 2008/40711, K. 2008/34678 < <http://www.calismatoplum.org> >.

³² Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s.116.

³³ Çelik, İş Güvencesi, s.17; aynı yazar İş Hukuku, s. 215.

ki işçiler bu yasanın kapsamı dışında kalmaktadırlar.³⁴ Nitekim 4473 sayılı İş Kanununda iş güvencesinin kapsamının belirlenmesinde *on* işçi ölçütü³⁵ esas alınırken, 4857 sayılı İş Kanunu ile bu ölçüt değiştirilerek *otuz* işçiye çıkarılmıştır. Her ne kadar bu ölçütün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile dava açılmış ise de Anayasa Mahkemesi iptal istemini şu gerekçe ile reddetmiştir: "İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır... 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır."³⁶ Doktrinde Anayasa Mahkemesinin bu kararı haklı olarak eleştirilmiş ve otuz işçi ölçütünün küçük işyerlerinin özellikleri nedeniyle konulduğu gerekçesinin geçerliliğini yitirmiş olup 4773 Sayılı İş Kanununda yer alan *on* işçi ölçütü eleştirilirken bunun otuza çıkarılmasının iş güvencesi sistemine ve yasanın güttüğü amaca ters düştüğü belirtilmiştir.³⁷

Kanımızca da ne küçük işletmelerin böyle bir yükü kaldıramayacaklarına ilişkin gerekçe ne de 158 sayılı ILO sözleşmesinin sınırlı bir işçi kategorisinin iş güvencesi kapsamı dışında bırakılabileceğine ilişkin m. 2/5 hükmü, ondan fazla işçi çalıştıran işyerlerinin kapsam dışında kalması için sağlam bir dayanak olamamaktadır. Zira, iş güvencesi kapsamına girme koşulunun otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler bakımından söz konusu olması ile birlikte ülkemizdeki işyerlerinin ortalama %90'ından fazlası ve işçilerinde yarısından fazlası iş güvencesizdir.³⁸

³⁴ Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme", İHSGHD, 1, Ocak-Mart 2004, 15-56, s.31; Süzek, s.562.

³⁵ Nitekim doktrinde *on* işçi ölçütünün dahi, ülkemizde 10'dan az işçi çalıştıran işyerlerinin büyük çoğunlukta olması ve bu ölçütünde iş güvencesinin çalışma hayatındaki etkisini azaltacağı gibi gerekçeler ile eleştirilmiştir. Bkz. Mustafa Alp, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", DEÜHFD, 2003, S. 1, 1-40, s. 7; Devrim Ulucan, İş Güvencesi, İstanbul 2003, s. 30.

³⁶ AYM, 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, RG 24 Kasım 2007, 26710.

³⁷ Ulucan, s. 30; Süzek, s. 563; Çelik, İş Hukuku, s. 217; Eyrenci, s.33; Sarıbay, s. 59 vd.; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 186-187 ; Mollamahmutoğlu, s. 864-865; Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulama Alanı, Ankara 2009, s.96; Günay, s.182.

³⁸ Süleyman Başterzi, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uy-

b. İşçi Sayısına Dahil Olanlar

İşçi sayısının belirlenmesi ile ilgili olarak ise İş Kanunu m. 18/4 uyarınca işverenin *aynı iş kolunda* birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısı esas alınır. İş kolu ölçütünün yasaya girmesi, bazı işverenlerin sırf iş güvencesinin kapsamı dışında kalmak amacıyla her işyerinde işçilerini otuzun altında tutmasının önüne geçtiği ve daha geniş bir kesime iş güvencesi hükümlerinden faydalanma imkânı vermesi sebebi ile doktrinde haklı görülse de³⁹ ölçüt iş koluna dayanması sebebiyle haklı olarak eleştirilmiş ve bu ölçütün normun amacı olan işçinin korunması ilkesi ile bağdaşmadığı kabul edilmiştir.⁴⁰ Zira bu hüküm nedeniyle, örneğin, bir işverenin sahip olduğu maden ocaklarının her birinde yirmişer işçi çalışıyor ancak sahip olduğu tek lokantasında 10 işçi çalışıyor ise maden ocağında çalışan işçilerin sayısı otuzu geçeceği için bunlar iş güvencesinden yararlanabilecek iken lokanta da çalışan işçiler bu hükümlerden yararlanamayacaklardır.

İş güvencesi hükümlerinin uygulanması için ihtiyaç duyulan otuz işçi ölçütü önemli bir husustur. Otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde dikkate alınacak ve alınmayacak çalışanlar konusunda öğretileri sürülen görüşlere⁴¹ uygun olarak Yargıtay bu sayının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılmadan dikkate alınacaklarını, bunların fesih tarihinde fiilen çalışmalarının gerekmediği iş sözleşmelerinin devam etmesinin yeterli olacağını belirtmiştir. Ayrıca konumu itibarıyla iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işveren vekilleri ve yardımcılarının da iş yerinde çalışan işçi sayısında dikkate alınacağını belirtmiştir. Ancak, işçi sıfatı taşımayan çırak, stajyer ve

gulama Alanı ve İstihdam Etkisi", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 623-651, s.635; Mollamahmutoğlu, s. 875.

³⁹ Çelik, İş Hukuku, s.215; aynı yazar, İş Güvencesi, s. 19-20; Süzek, s. 564-565; Günay, s.182; Mollamahmutoğlu, s. 864-865; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 10-11; Münir Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşv., Mart 2003, 1-40, s.4.

⁴⁰ Çelik, İş Hukuku, s.215; aynı yazar, İş Güvencesi, s. 19-20: Yazar isabetli olarak "Aynı iş kolunda" ibaresinin kanundan çıkarılması gerektiği görüşündedir. Aynı görüş için Bkz. Doğan Yenisey, s.119-120; Mollamahmutoğlu, s.865; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 10-11; Sarıbay, s. 48-49. Ayrıca "işkolu" teriminin yorumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Doğan Yenisey, s. 120-122.

⁴¹ Çelik, İş Hukuku, s. 218; Ekonomi, İş Güvencesi, s.4.

meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, geçici (ödünç) iş ilişkisiyle çalışanlar ve alt işverenin işçileri bu sayının hesabında dikkate alınmaz.⁴²

Yurtdışı merkezli bir firmanın Türkiye'deki işyerinde örneğin, şubesinde veya irtibat bürosunda çalışan işçilerin sayının otuzu geçmesi halinde yurt dışındaki işlerinde bu hesaplamada dikkate alınıp alınmayacağı ayrıca önem taşımaktadır. Yargıtay'ın konu ile ilgili görüşüne göre, yasa koyucu aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir sınırlama getirmediğinden işçi lehine hareket edilerek işverenin tüm işyerlerinin dikkate alınması gerekir.⁴³ Ancak, Yargıtay'ın bu görüşünün kanunların mülkiliği (ülkeselliği) ilkesi ile bağdaşmadığı, başka bir deyişle, devletin egemenlik alanı ülkesi ile sınırlı olduğu için hukukun uygulama alanının da devletin ülkesi olması gerektiği ilkesinden hareketle haklı olarak eleştirilmiş ve işçinin korunması amacının bu temel ilkenin göz ardı edilmesine yol açmaması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁴

c. Otuz İşçi Ölçütünün Hukuki Niteliği

İşçinin iş güvencesi kapsamında değerlendirilebilmesi için fesih anında bulunması gereken işçi ve işyerine ait koşulların nispi veya mutlak emredici olarak değerlendirilmesi otuz işçi ölçütü açısından da şüphesiz büyük önem arz etmektedir. Zira, işçi ile işveren otuz işçi ölçütünün sağlanmadığı bir durumda karşılıklı anlaşarak veya toplu iş sözleşmesi ile böyle bir halde dahi işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceğini belirleyebilirler. Yahut "işkolu" ölçütünün otuz işçinin hesabında göz ardı edileceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir anlaşma, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi konusunda son derece kilit bir role sahip olacaktır.

Öncelikle İş Kanununun lafzına baktığımız zaman m.18/1'de belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde işverenin işçinin iş sözleşmesini feshi için geçerli bir nedene dayanmasının zorunlu olduğu belir-

⁴² Centel, s. 48; Kar, s. 117; Y9. HD, 31.3.2008, E. 2007/27669, K. 2008/6006

⁴³ Y.9.HD, 3.7.2006, E. 2006/9818, K. 2006/19560. Aynı yönde Bkz. Y.9. HD, 25.01.2010, E.2008/32408, 2010/1126 <<http://www.kazanci.com>>.

⁴⁴ Doğan Yenisey, s.122; Mollamahmutoğlu, s. 865-868; Konu ile ilgili geniş bilgi için Bkz. Savaş Taşkent, "Otuz İşçi Ölçütü ve Yurtdışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 715-724; Sarıbay, s.57.

tilmiş olup buna karşın kanunun hiç bir yerinde işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih anında bulunması gereken otuz işçi ölçütünün emredici olduğuna ilişkin bir atf veya terim bulunmamaktadır. Örneğin, kanun koyucu İş Kanunu m. 21/son'da bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin sözleşme ile hiçbir şekilde değiştirilemeyeceğini hüküm altına alarak bu fıkraların mutlak emredici olduğunu ve taraflar bu hususlarda işçi lehine de anlaşsalar, kanunda düzenlendiği şekilde ifa edileceğini belirtmiştir.⁴⁵

Daha önce belirttiğimiz gibi işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmesi için belirli sayıda işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışması gerektiğine yönelik ölçüt, küçük işletmelerin finansal açıdan iş güvencesine ilişkin usul ve esasları kaldıracak kadar güçlü olmadıkları düşünülerek getirilmiştir. Ancak; bu ölçütün 4857 sayılı İş Kanunu ile ondan otuza çıkarılması normla korunmak istenen küçük işverenler, başka bir ifadeyle kamu düzeninin sağlanması gerekçesinin geçerliliğini yitirmesine neden olmuştur.⁴⁶ Buna istinaden gerek doktrin gerekse yargı kararları ile otuz işçi kapsamında değerlendirilebilecek işçi yelpazesi oldukça geniş tutulmaya çalışılarak normun korumak istediği amaca ulaşılması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu sebeple, kanımızca, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerden açık bir biçimde izlendiği görülen işçiyi koruma amacı, bu ölçütün nispi emredici olarak nitelenmesini gerekli kılmaktadır.⁴⁷

Nitekim Yargıtay'da otuz işçi ölçütüne ilişkin önüne gelen bir davada şu isabetli sonuca varmıştır: "... Taraflar arasında imzalanmış işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi ve işçi çıkartılması başlığını taşıyan 34. maddesinde iş akdinin feshedileceği durumlarda işyerin-

⁴⁵ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.29; Süzek, s. 31-32; Çelik, İş Hukuku, s. 248-249; Hükmün eleştirisi için Bkz. Özdemir, s. 117.

⁴⁶ Bkz. yukarıdaki dpn. 37.

⁴⁷ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.28; Süzek, s. 567; Özdemir, s. 117; Seracettin Göktaş, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2008, S.1, 16-43, s.25; Mollamahmutoglu, s. 73: "İş güvencesi kapsamına girilebilmesi için işyerinin otuz veya daha fazla işçi çalıştırılmasını öngören kanun hükmü, nispi emredici mahiyette olduğundan sözleşmelerle daha az sayıda işçi çalıştıran işyerlerinin iş güvencesi kapsamına alınması mümkündür". Otuz işçi koşulunun nispi emredici olduğu sonucuna hükmün amacından yola çıkılarak ulaşılabileceği gibi mefhumu muhalif ilkesinden yola çıkarak da ulaşılabileceğini savunan görüşle ilgili daha geniş bilgi için Bkz. Gaye Burcu Yıldız, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emrediciliği", *Legal IHSİGD*, S. 11, 2006.

de çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 Sayılı İş Yasası'nın iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmünü getirmiştir. Bu durumda işyerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi toplu iş sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır".⁴⁸

Bu halde doktrinde normun korumak istediği amacı tam anlamıyla gerçekleştirilmeye yönelik olmadığı gerekçesi ile haklı olarak eleştirilen ve kanundan çıkartılması⁴⁹ gerektiği ileri sürülen "aynı işkolunda" koşuluna ilişkin hükmün de mutlak emredici sayılması gereken nitelikte bir norm olmadığını düşünmekteyiz.

Buna karşılık her ne kadar doktrinde İş Kanunu m.4/f.1 (b) uyarınca 50'den az (50 dahil) işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmelerinin İş Kanununun *kapsamı* dışında kaldığı gerekçesi ile bu işyerlerinde veya işletmelerde iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağına dair sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu ileri sürülmekte⁵⁰ ise de kanaatimizce böyle bir sözleşmeyi geçerli sayarak bu işçilerin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını sağlamak kanun koyucunun amacına uygun olacaktır. Bu aşamada tekrardan kaçınmak amacıyla "kapsam" konusu ile ilgili olarak daha önce yapmış olduğumuz açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.⁵¹

3. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemine Olması

a. Altı Aylık Sınırlamanın Amacı ve Kıdeme Dahil Süreler

İş Kanunu m. 18/1 uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmesi için sağlanması gereken bir diğer koşul ise işçinin "*en az altı aylık kıdemi*" nin bulunmasıdır. Bu durumda altı aylık sürenin hesaplanmasında hangi sürelerin işçinin kıdemine dâhil edileceği önem kazanmaktadır. Ancak, belirtmek gerekir ki, otuz işçi ölçütünün aksine altı aylık ölçütün diğer ülkelere kıyasla fazla olmadığı ve yerinde olduğu kabul edilmektedir.⁵²

⁴⁸ Y.9.HD. 26.05.2005, E.2005/12317, K.2005/19404.

⁴⁹ Bkz. yukarıdaki dpn. 37.

⁵⁰ Mollamahmutoglu, s.873.

⁵¹ Bkz. yukarıdaki dpn. 29-31.

⁵² Başterzi, s.639-640; Sarıbay, s.64; Mollamahmutoglu, s. 879: Örneğin Fransız hukukunda işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için iki yıllık kıdeme sahip olması koşulu aranmaktadır.

Sürenin hesaplanması açısından öncelikle iş akdinde İş Kanunu m. 15 uyarınca bir deneme süresi öngörülmesi ise bu sürenin de kıdeme dâhil edilmesi gerekmektedir.⁵³ Ayrıca işçinin aynı işverenin yanında çalıştığı sürece altı aylık sürenin tamamının İş Kanununa ve/veya iş güvencesi hükümlerine tabi olarak geçirmesi şart değildir.⁵⁴ Bu demektir ki, işverenin kapsam dışı işyerinde belli bir süre çalışan işçi, son olarak aynı işverenin İş Kanunu kapsamında başka bir işyerine geçmişse, altı aylık kıdemin hesabında kapsam dışı geçen sürelerin de dikkate alınması gerektirir.⁵⁵ Bunun yanı sıra, m. 18'de askı sürelerine veya ücretli, ücretsiz izne ilişkin bir sınırlamaya yer verilmediği için bu sürelerin de kıdeme dâhil edilmesi gerekmektedir. Zira, bu dönemde de işçinin iş sözleşmesi devam etmekte olup iş güvencesi açısından da önemli olan işyerine aidiyettir.⁵⁶

İş güvencesine ilişkin altı aylık kıdemin saptanmasında işçinin hangi işyerinde yahut hangi işkolunda çalıştığı değil, işçinin iş sözleşmesinin ne kadar süre devam ettiği önemlidir.⁵⁷ Nitekim, İş Kanunu m.18/4 uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için aranan altı aylık kıdem aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilmek suretiyle hesap edilir. Kanımızca da bu halde, *aynı* işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilirken bu sürelerden öncekilerin belirli iş sözleşmesi ile yapılmış olmasının da önemi yoktur, önemli olan sözleşmenin feshi sırasında işçinin belirsiz sözleşme ile çalışıyor olmasıdır.⁵⁸ Zira, iş güvencesinden yararlanacak olan işçinin altı aylık kıdeme sahip olma şartının aranmasının

⁵³ Günay, s. 185; Sarıbay, s. 63; Kar, s.115; Süzek, s. 567.

⁵⁴ Süzek, s. 567; Mollamahmutoğlu, s. 877: Ancak çirak ya da sözleşmeli personel olarak geçirilen süreler işçilikte geçmediğinden bu süreler kıdeme dahil edilmez. Nitekim Yargıtay'da 6 aylık kıdemi işçilik kıdemi olarak kabul ettiğinden bu sürenin iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmiş olması gerekmektedir (Y.9. HD. 23.02.2009, E.2008/13047, K.2009/3265).

⁵⁵ M. Polat Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları", *Legal*, İstanbul 2005, 27-69, s.33.

⁵⁶ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.43; Eyrenci, s. 32; Sarıbay, s. 68; Süzek, 568.

⁵⁷ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.43; Doğan Yenisey, s. 128; Sarıbay, s. 65; Süzek, s. 568.

⁵⁸ Mollamahmutoğlu, s.876; Baysal Ulaş, "İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *İHSGHD*, 2011, S. 32, 1321-1337, s.1327. Öte yandan doktrinde altı aylık sürenin tek bir hizmet sözleşmesiyle geçirilmesinin uygun olacağını savunan görüş için Bkz. Akyiğit, s.182.

amacı işverenin işçiyi tanıması ve onunla çalışmak isteyip istemediğine karar vermesi⁵⁹ olduğuna göre örneğin, işçi ilk iki ay belirli süreli bir iş sözleşmesi ile işverenin yanında çalışmış ve ardından başka bir iş için belirsiz süreli sözleşme ile işe alınıp beşinci ayda sözleşmesi feshedilmiş ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanmalıdır.

İşçinin aynı işverenin işyerinde veya işyerlerinde aralıklı çalışmış olması halinde bu sürelerin işçinin kıdeminden sayılıp sayılmayacağına ilişkin kanunda herhangi bir hüküm yer almamakta olup kanunda sadece işçinin kıdeminden söz edilip bu kıdem hesabında sürekli bir çalışma gerektiğinden söz edilmediği için aralıklı çalışmaların birleştirilmesinin uygun olacağı kabul edilmektedir.⁶⁰

b. Kıdem Süresinin Tespiti ve Kıdem Dolmasına Yönelik Kötüniyetli Fesih

İşçi açısından önemli olan bir diğer husus ise iş akdinin feshi halinde altı aylık kıdemnin dolup dolmadığının tespitidir. Öncelikle, kıdem başlayacağı tarih, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin işe başladığı tarihtir.⁶¹ Ancak, işçi fiilen çalışmaya başlamaya hazır olmasına ve işgücünü işverene sunmasına rağmen, işverenin onu işe başlatmadığı durumlarda ise, sürenin işçinin işgücünü sunduğu an itibarıyla başladığını kabul etmek kanaatimizce de uygun olacaktır.⁶² Ayrıca, İş Kanunu m.11 uyarınca iş sözleşmesi esaslı neden olmaksızın bir kere ya da zincirleme olarak yapılmış ise belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü kabul edildiği için, altı aylık kıdem başlangıç tarihi işçinin belirli süreli sözleşme ile işe başladığı tarih olmalıdır.⁶³

Altı aylık sürenin dolması ile ilgili olarak ise doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilen görüşe göre sürenin belirlenmesinde işverenin fesih bildirimının sonuç doğurduğu tarih değil fesih bildiriminin işçiye bildirildiği tarih dikkate alınmalıdır.⁶⁴ Bu halde, işçi bildirim sü-

⁵⁹ Başterzi, s. 638; Ulucan, s.29.

⁶⁰ Mollamahmutoğlu, s. 876; Süzek, s. 568; Aktay – Arıcı – Kaplan, s. 189; Çelik, İş Hukuku, s.219; aynı yazar İş Güvencesi, s. 21; Günay, s.186; Y9. HD, 10.4.2006, E.2006/5885, K. 2006/9361, <<http://www.kazanci.com>>.

⁶¹ Ekonomi, İş Güvencesi, s. 5; Baysal, s.1323.

⁶² Mollamahmutoğlu, s. 876; Sarıbay, s. 63; Günay, s. 186.

⁶³ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s. 5; Mollamahmutoğlu, s.881

⁶⁴ Çelik, İş Hukuku, s. 201; Ekonomi, İş Güvencesi, s. 5; Süzek, s.568; Mollamahmu-

resinde çalıştırılmış ise bu süreler altı aylık sürenin hesabında dikkate alınmazlar.⁶⁵ Belirtelim ki, bazı işverenler sırf iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak amacıyla işçinin altı ayının dolmasına kısa bir süre kala iş akdini feshetmek yoluna gidebilirler. Böyle bir feshin hukuki sonucunun ne olacağı noktasında öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bunlardan birinci görüşe göre, böyle bir durumda işveren fesih hakkını kötüye kullanmış olacağından işçi İş Kanunu m. 17/6'da öngörülen kötüniyet tazminatına hak kazanır.⁶⁶ Ancak, her ne kadar altı aylık süre içerisinde işçinin sözleşmesinin dürüstlük kurallarına aykırı şekilde feshedilmesi halinde işçi kural olarak kötü niyet tazminatına hak kazanacaksa da, burada dürüstlük kurallarına aykırılık diğer fesih nedenlerinden farklı olarak işçinin iş güvencesi kapsamına girmesini engellemek şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁶⁷ Zira, yaptırım olarak kötüniyet tazminatının kabul edilmesi halinde işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağından işveren amacına ulaşmış olacaktır.

İkinci görüşe göre ise, altı ayın dolmasına kısa bir süre kala işçinin işten çıkarılması halinde, taraflardan birinin dürüstlük kurallarına aykırı hareketi koşulun gerçekleşmesine engel olursa o koşulun gerçekleşmiş sayılacağını öngören Borçlar Kanunu m. 175 buraya kıyasen uygulanarak işverenin amaçladığı sonucu elde edememesi sağlanmalıdır.⁶⁸ Doktrinde bu görüş de eleştirilmiş olup, bu yola başvurmaya gerek olmadığı zira hakkın kötüye kullanılması genel yaptırımının bu sonuca ulaşmak için yeterli olacağı belirtilmiştir.⁶⁹

Bu konudaki son görüşe göre ise altı aylık kıdem tamamlanmasıyla iş güvencesi kapsamına girecek bir işçinin iş akdinin bu sürenin dolmasına kısa bir süre kala feshedilmesi halinde işçi iş güvencesi kapsamında kabul edilmelidir; çünkü MK m. 2/2 uyarınca hakkın kö-

toğlu, s.878; Kar, s.115-116; Y.9.HD, 28.11.2005, E. 2005/34667, K. 2005/37461 <<http://www.kazanci.com>>.

⁶⁵ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.43; Süzek, s. 568; Çelik, İş Hukuku, s. 201.

⁶⁶ Mollamahmutoğlu, s. 878; Baysal, s. 1334.

⁶⁷ Süzek, s. 569.

⁶⁸ Soyer, s.32; Mustafa Alp, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi 2006", Ankara 2009, 133-177, s.150.

⁶⁹ Süzek, s. 569-570. Bu görüşün kabul edilmesi halinde getireceği ileri sürülen hukuksal problemlerle ilgili daha geniş bilgi için Bkz. Baysal, s. 1330-1335.

tüye kullanılmasının genel yaptırımı, hakkın kötüye kullanılmasıyla varılmak istenen amacın ve hukuki sonucun engellenmesidir.⁷⁰ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, böyle bir durumda işçi işe iade davası açtığında, işveren işçinin altı aylık kıdem süresini doldurmadığını ileri sürerse, yargıç re'sen yapacağı araştırma sonucunda işçinin iş akdinin kötüniyetle yani sırf işçinin iş güvencesinden yararlanmasının engellenmesi amacı ile feshedildiği kanısına varırsa altı aylık süreyi tamamlanmış sayacaktır.⁷¹

c. Kıdem Ölçütünün Hukuki Niteliği

Yukarıda yapılan incelemeden anlaşılacağı üzere Otuz işçi ölçütü de olduğu gibi altı aylık kıdem ölçütü açısından da hem doktrin hem de Yargıtay'ca kıdemin doldurulması bakımından işçinin lehine yorum yapılarak iş güvencesi hükümlerinden yararlanması sağlanmaya çalışılmıştır.

Kıdem koşulu emredicilik yönünden ele alındığında aslında, işverenlere belirli bir süre işçiyi yakından tanıma ve onunla çalışma imkânı sunup, bu süre zarfında benimseyemediği işçiyi geçerli bir neden göstermek zorunda kalmaksızın işten çıkarma imkânı veren bu koşulun otuz işçi ölçütünden pek farklı olmadığı görülecektir. Kanımızca, işveren işçiyi yeterince tanıdığını düşünüyor ve de güveniyor ise işçi ile anlaşarak veya toplu iş sözleşmesine hüküm koyularak, kıdemi altı aydan az olan işçilerin de iş güvencesi kapsamına girmeleri sağlanmalıdır. Ayrıca işçi ile işveren arasında yapılacak bu türden bir sözleşmenin, işverenin korunmasını gerektirecek nitelikte kamu düzenini sarsacak bir durum olduğu da düşünülmemektedir.⁷²

Nitekim doktrinde de yer bulan ortak görüş kıdeme ilişkin hüküm nispi emredici olduğu ve bu sebeple sözleşmelerle kısaltılabileceği gibi tamamen kaldırılmasının da mümkün olduğudur.⁷³ Aynı şekilde, Yargıtay'a göre de altı aylık kıdem süresi koşulu nispi emredici nitelikte olup, işçi ile işveren arasında yapılacak sözleşmelerle bu sü-

⁷⁰ Başterzi, s.639; Süzek, s. 570.

⁷¹ Kar, s. 116; Başterzi, s. 639; Süzek, s. 570.

⁷² Sarıbay, s. 77.

⁷³ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s.28; Mollamahmutoğlu, s. 879; Süzek, s.650-651, Centel, s. 52; Yıldız, s. 907; Kar, s. 116; Sarıbay; s. 77.

renin kısaltılması kararlaştırılabilir.⁷⁴ Ancak belirtmek gerekir ki, bu ölçüt de, otuz işçi ölçütün de olduğu gibi nispi emredici olması sebebi ile işçi aleyhine değiştirilemez

İş güvencesinin ilk üç koşulunun nispi emredici olarak kabul edilmesiyle birlikte aslında toplu iş sözleşmesi yapacak işçi sendikalarına, iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçileri yapacakları toplu iş sözleşmeleri ile kapsam içine alma konusunda, önemli bir rolün verildiği aşikârdır. Ancak, doktrinde eleştirildiği üzere işçi sendikalarının büyük bir bölümü iş güvencesi kapsamının darlığından şikâyet etmelerine rağmen, kendilerine tanınan bu yetkiyi sıklıkla kullanmamaktadırlar.⁷⁵

4. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmama

İş Kanunu m. 18/son belirli konumda yer alan işveren vekillerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağını öngörmüştür. İş Kanunu m. 18/son uyarınca; “İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.” Bu hükümle birlikte işverene yakın olan ve onun güvenine sahip olması gereken belirli konumdaki işveren vekillerinin iş akitlerinin, bu güvenin sarsılması halinde geçerli bir neden gösterilmeksizin sona erdirilmesi olanağı sağlanmıştır.⁷⁶

Madde 18 uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak olan işveren vekilleri öncelikle *işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri ve yardımcılarıdır*. Bu durumda işletmenin bütününe yöneten genel müdürler ve bunların yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır.⁷⁷ Bununla birlikte, Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, işletmede genel müdür veya yardımcısı ünvanına sahip olmanın iş güvencesi kapsamı dışında kalma sonucunu doğurmayacağını önemli olanın bu kişiye temsil yetkisinin verilip verilmediği ve

⁷⁴ Y.9.HD., 23.02.2009, E.2008/13047, K.2009/3265.

⁷⁵ Centel, s. 25.

⁷⁶ Ulucan, s.27; Mollamahmutoglu, s. 880; Süzek, s. 571; Çelik, İş Güvencesi, s. 22-23; Sarıbay, s. 70-71; Başterzi, s. 640.

⁷⁷ Süzek, s. 571.

işletmenin tamamını yönetip yönetmediğinin tespiti olduğu şeklinde karar vermiştir.⁷⁸ Yargıtay işveren vekili yardımcısına ilişkin bir kararında Genel Müdürün hemen altında Finans Müdürü olarak çalışan ve emri altında Finans Departmanı, IT Koordinatör, Kredi Süpervizörü birimleri bulunan işçinin işveren vekili yardımcısı olduğu gerekçesi ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağını hükme bağlamıştır.⁷⁹

Ayrıca, işletmenin bütününe yönetmemekle birlikte, *işyerinin bütününe yöneten ve işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi* bulunan işveren vekilleri de iş güvencesi hükümlerinden faydalanamaz. Öğretide belirtildiği üzere, burada kümülatif bir koşul yer almakta olup, işveren vekilinin iş güvencesi kapsamının dışında kalması için hem işyerinin tümünü yönetmesi hem de işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunması gerekmektedir.⁸⁰ Bu anlamda örneğin, işyerinin bütününe yönetme yetkisine sahip olmakla birlikte işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisine sahip olmayan şube müdürü, fabrika müdürü de iş güvencesi hüküm-

⁷⁸ Y.9.HD. 1.2.2010, 13573/1871; Kararın eleştirisi için Bkz. Centel, s. 50. Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak önüne gelen bir uyuşmazlıkta "davacının işvereni yönetim kurulu üyeleriyle birlikte tek ya da müştereken temsil etmek üzere imza yetkisi bulunmaktadır. Dosya içeriğine göre zaman zaman genel müdürün yokluğunda tüm yetkileri kullanmak üzere kendisine vekâlet verildiği, iç yazışmalarda adının merkez tesisin işveren vekili olarak geçtiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının işveren vekili sıfatı olduğu, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı" sonucuna varılmıştır. Y.9.H.D 4.4.2008, E. 2007/29740, K. 2008/7437 <<http://www.kazanci.com>>. Konuya ilişkin bir başka kararda ise Yargıtay haklı olarak "davacının, davalı şirketin müdürü olarak şirketi her konuda münferiden temsil ve ilzam etmek üzere yetkili olduğu ticaret sicil kayıtlarından anlaşılmaktadır. Ticaret sicil kayıtlarındaki bu tescil karşısında davalı şirket ile davacı arasında düzenlenecek sözleşme ile bu yetkinin bölünmesi üçüncü kişileri bağlamayacağından davacının işveren vekili sayılması gerekir. Bu nedenle iş güvencesi kapsamı dışında kaldığı" sonucuna varmıştır.

⁷⁹ Y.22.HD. 27.10.2011, E. 2011/2040, K. 2011/3480 < <http://www.kazanci.com>>. Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararına göre "davacının, davalı şirkette "Başkan ve kıdemli ortak unvanı ile görev yapan işveren vekili konumundaki kişiye bağlı olarak Eğitim Bölüm Başkanı unvanı ile çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacının belirtilen unvan ile görev yaptığı sabit olduğuna göre ortak olup olmamasının uyuşmazlığın çözümü bakımından bir önemi yoktur. Davacı fesih tarihi itibari ile işveren vekili yardımcısı olduğundan iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz." < <http://www.kazanci.com>>.

⁸⁰ Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi, s. 6; Mollamahmutoğlu, s. 880; Çelik, İş Hukuku, s. 221; Süzek, s. 571; Başterzi, s. 640. Aynı şekilde Yargıtay'da bu iki unsur birlikte değerlendirilerek işveren vekilinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanıp faydalanamayacağı sonucuna varılmaktadır. Bkz. Y9. HD. 26.5.2008, E.2007/35929, K.2008/12484.

lerinden yararlanır.⁸¹ Aynı şekilde, işyerinin bütününi yönetmeyen ancak işçi alma ve işten çıkarma yetkisine sahip olan insan kaynakları veya personel müdürü de iş güvencesi hükümlerinden yararlanır.⁸² Bu doğrultuda Yargıtay bir kararında haklı olarak “davacının işletme düzeyindeki davalı işverenin Sakarya işyerinde Depo ve Lojistik Müdürü olarak görev yaptığı, görev tanımına göre doğrudan Genel Müdüre rapor sunduğu, Bölüm şefleri dışında diğer işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı bulunduğu işyerini sevk ve idare etme görevi yanında, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisine de sahiptir. Davacı işveren vekili konumundadır. İş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz”⁸³ şeklinde karar vermiştir.

İşveren vekilinin bu yetkilere sahip olup olmadığı konusunda ise kanımızca fesih anının dikkate alınması gerekmektedir. Bu halde iş akdinin feshedildiğine dair bildirim yapıldığı tarihte yukarıda belirtilen özellikleri taşımayan işveren vekili iş güvencesi hükümlerinden yararlanmalıdır.⁸⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki, işverenin sırf işçiyi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmamak amacıyla işçiye m. 18/son’da ki yetkileri verip sonra da iş sözleşmesini feshetmesi halinde işverenin kötüniyeti korunmayarak işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmalıdır.⁸⁵

Bu hüküm doktrinde ve yargı kararlarında yukarıda belirtildiği şekilde yorumlanmakla birlikte hükmün emrediciliği açısından öncelikle lafsızına bakıldığı zaman m. 18/son daki yetkilere sahip işveren vekilinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı “uygulanmaz” kelimesi ile ifade edilmiştir. Ancak daha önce ifade ettiğimiz gibi normun lafzı yasaklayıcı bir ifade içermesine rağmen bu her zaman o normun mutlak emredici olduğu anlamına gelmeyeceği için hükmün emredici olup olmadığını belirlerken konuluş amacının dikkate alınması gerekmektedir.⁸⁶ *İşveren vekilinin iş güvencesi kapsamı dışında kalmasını sağlayan bu hüküm aslında işveren vekilinin işverenle pazarlık*

⁸¹ Mollamahmutoğlu, s.880-881; Süzek, s. 571; Centel, s. 51.

⁸² Y.9.HD. 2.3.2009, E. 2008/16621, K. 2009/5561.

⁸³ Y.9.HD. 25.05.2008, E. 2007/35929, K. 2008/12484.

⁸⁴ Seracettin Gökteş, “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, 2009/1, S. 20, 61-73, s. 65

⁸⁵ Gökteş, İşveren Vekilinin İş Güvencesi, s. 65.

⁸⁶ Bkz. yukarıdaki dpn. 21.

imkânına sahip olması ve diğer işçiler gibi güçsüz konumda olmaması esasına dayanır. Ayrıca, bu hüküm işverenle çok yakın çalışan işveren vekilinin bir anlaşmazlık veya güvensizlik durumunda geçerli bir neden olmaksızın işten çıkarılmasını sağladığı için işvereni koruma amacı taşımaktadır.⁸⁷ Buna karşılık, işveren vekili de diğer işçiler gibi işverene bağımlıdır ve başlıca geçim kaynağı ücrettir.⁸⁸

Yukarıda diğer koşullarla ilgili yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere öğreti ve Yargıtay'ın genel kabulü İş Kanunu m. 18'de yer alan iş güvencesine ilişkin koşulların nispi emredici olduğudur; çünkü bunların mutlak emredici sayılması halinde iş güvencesi ile ulaşılmak istenen amaçtan ayrı düşülecektir. Bu halde, iş sözleşmesinde yönetim hakkına sahip olan işverenin, bu hakkını sınırlayarak işveren vekiline iş güvencesi hükümlerinden faydalanma imkânı sağlaması halinde, artık kanunun işvereni korumasının bir gereği kalmadığı görüşündeyiz.⁸⁹ Nitekim İş Kanunu m. 2/6'da da işveren vekilliğinin işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmayacağı ifade edilmişken ve Kılıçoğlu'nun belirttiği üzere "*iş güvencesi de bir işçi hakkı olduğuna göre özünde bir işçi olan işveren vekilinden bu hak neden sakınılsın?*"⁹⁰

5. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışma

İş Kanunu m.18/1 uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için çalışmasını dayandırdığı iş sözleşmesinin "*belirsiz süreli iş sözleşmesi*" olması gerekmektedir. İş güvencesi kapsamına girebilme açısından işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışması yeterli olup, işçinin tam veya kısmi süreli çalışmasının bir önemi bulunmamaktadır.⁹¹ Aynı şekilde, mevsimlik iş sözleşmeleri de ardı ardına tekrarlanmaları halinde belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilip işçiler iş güvencesinden yararlanabilmektedirler.⁹² Zira, Yargıtay mevsimlik işlerde belirli süreli iş sözleşmesinin tek bir mev-

⁸⁷ Sarıbay, s.78.

⁸⁸ Göktaş, İşveren Vekilinin İş Güvencesi, s. 61.

⁸⁹ Sarıbay, s. 79.

⁹⁰ Mustafa Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması, 2. Bası, Ankara 2013, s. 201.

⁹¹ Mollamahmutoğlu, s. 882.

⁹² Mollamahmutoğlu, s. 881-882; Aktay - Arıcı - Kaplan, s. 186; Göktaş, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 22.

sim için yapılabileceğini kabul etmekte olup, mevsimlik işin her yıl yenilenmesi halinde ise, bunun belirsiz süreli iş akdine dönüşeceğini ve işçinin mevsim başında işe çağrılmaması halinde iş sözleşmesinin sona erdirildiği ve böylelikle iş güvencesi hükümlerinden faydalanabileceğini kabul etmektedir.⁹³

Bu halde, madde 18/1 hükmü uyarınca belirli süreli iş sözleşmelerinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Nitekim iş güvencesine ilişkin hükümlere esas olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi de, iş güvencesinin uygulama alanı dışında bırakılabilecek konuları düzenlerken, *“belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin”* iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılabileceğini ifade etmiştir.

Uygulamada bazı işverenlerin iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecekleri öngörülmüş ve bu sebeple İş Kanunu m. 11/1 uyarınca belirli süreli sözleşme yapma olanağı *objektif koşullara* bağlanmış olup tarafların keyfi bir şekilde belirli süreli iş sözleşmesi yaparak işçiyi iş güvencesi dışında bırakmalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır.⁹⁴ Ayrıca İK m. 11/2 uyarınca da esaslı bir neden olmadıkça zincirleme iş sözleşmesi yapılamayacağı, yapılması halinde bunun baştan itibaren belirsiz süreli sayılacağı düzenlenmiştir.⁹⁵ Ancak, 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu uyarınca özel okul öğretmenleriyle belirli süreli iş sözleşmesi yapılması zorunlu olduğu için, bu kişilerle zincirleme olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılması halinde dahi, kanundan doğan objektif bir neden bulunduğundan, sözleşmelerin belirsiz süreliye dönüşüp bu kişilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları söz konusu değildir.⁹⁶

⁹³ Y.9. HD. 10.1.2005, E. 2004/21961, K. 2005/110.

⁹⁴ Süzek, s. 572; Başterzi, s.642-643.

⁹⁵ Yargıtay'ın da kararları bu yöndedir. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir davada; özel okulda çalışan bir hizmetli, iki defa belirli süreli iş sözleşmesi çalıştırılmıştır. Ancak, hizmetlinin yaptığı işin mahiyeti ve konumu dikkate alındığında belirli süreli hizmet akdi ile çalışmasını gerektirir bir neden bulunmamıştır. Bu sebeple devamlılık arz eden ve özel bir bilgi ya da yetenek gerektirmeyen temizlik işlerinde hizmet akdinin belirsiz süreli olduğuna karar vermiştir. Y.9.DH. 18.02.2004, E. 2003/12750, K. 2004/2701.

⁹⁶ Mollamahmutoğlu, s. 875; Sarıbay, s. 45; Y.9.HD. 22.1. 2004, E. 2003/23775, K. 2004/948.

Öğretide belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacakları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesi, sürenin dolmasına kadar feshedilemeyeceği için, güvenceli bir istihdam türü olarak görünmektedir. Ancak burada söz konusu olan güvenceli olma görünüştedir; çünkü belirli süreli sözleşmenin süresi dolduğunda, işçi işsiz kalma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bu sebeple belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların iş güvencesi hükümleri dışında tutulması eşitsizlik yaratabilecektir.⁹⁷

Bir diğer görüşe göre ise iş güvencesi kapsamında kabul edilecek işçinin, belirsiz süreli sözleşme ile çalışıyor olması zorunluluğu m. 18'de yer alan iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilme koşullarından mutlak emredici olarak kabul edilebilecek tek koşuldur. Nitekim iş güvencesi işçi yararına olsa dahi, belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilerin iş güvencesi kapsamında değerlendirilmesi halinde işveren geçerli bir sebep göstermeksizin iş sözleşmesini feshettiğinde işçi işe iade davası açıp işe iade edilebilecektir. Ancak, belirli süreli sözleşmelerin doğası gereği, sözleşmenin devamı asıl olmayıp sözleşmenin süresi boyunca işveren işçiye bu yönde bir taahhütte bulunmamaktadır. Bu anlamda iş güvencesi hükümlerinin belirli süreli sözleşmelere de uygulanması belirli süreli sözleşmenin doğasına aykırı olacaktır.⁹⁸

İşveren belirli süreli iş sözleşmesinde haklı bir sebep olmaksızın işçiyi işten çıkarırsa işçi haksız fesih hükümleri uyarınca işverene karşı dava açabilme hakkına sahiptir. Çünkü İş Kanunu m. 24 ve 25'te yer alan haklı nedenler belirli veya belirsiz iş sözleşmesi ayrımı yapılmaksızın bütün iş sözleşmelerine uygulanır.⁹⁹ Buna istinaden, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi ya sürenin sonunda kendiliğinden sona erecektir¹⁰⁰ ya da İş Kanunu uyarınca haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde işveren tarafından feshedilebilecektir. İşverenin sözleşmeyi haklı sebebin bulunmadığı bir durumda feshetmesi durumunda ise

⁹⁷ Soyer, s. 29.

⁹⁸ Sarıbay, s. 78.

⁹⁹ Süzek, s. 723.

¹⁰⁰ TBK. m.430/1 uyarınca "Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminden kendiliğinden sona erer."

TBK m. 438/1 uyarınca “ İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, [...] belirli süreli sözleşmelerde, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir.” Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca da “*Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.*”

Başka bir deyişle, yukarıdaki madde uyarınca belirli süreli hizmet akdinin haklı sebep olmaksızın feshi halinde, işçi sözleşme süresine uyulmuş olsaydı ne kadar ücrete hak kazanacak idiye o miktarı tazminat olarak talep edebilecektir. Aynı şekilde eğer şartlar oluşmuş ise işçi halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu m.14 uyarınca haksız fesih halinde kıdem tazminatına da hak kazanacaktır. Zira bu Kanun kıdem tazminatına hak kazanma açısından belirli-belirsiz sözleşme ayrımı yapmamıştır.¹⁰¹

Kanaatimizce belirli süreli iş sözleşmesinin feshine bağlanan yukarıda belirtilen sonuçların yanı sıra bu sözleşme türü ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak olmalarının özünde yatan asıl neden İş Kanunu m. 17'dir. Zira bu madde uyarınca sadece belirsiz süreli iş akdi ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde ihbar öneli verilir. Buna bağlı olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıp iş güvencesinin diğer koşullarını sağlayan işçinin işten geçerli nedenle çıkarılması halinde m. 17 uyarınca ihbar öneli vermek gerekmektedir. Ancak belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından böyle bir ihbar öneli söz konusu olmadığından bu tür bir sözleşme ile çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi için öngörülmüş şartlar ve bu sözleşmenin haksız feshine bağlanan sonuçlar ve özellikle m. 17 göz önünde bulundurulduğunda belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin iş güvencesi kapsamı dışında bırakılması yerindedir. Bu sebeplerle belirli süreli iş sözleşmesinin feshi halinde işçinin iş güvencesinden yararlanacağına dair hükümlerin bu sözleş-

¹⁰¹ Süzek, s. 730.

me türünün doğasına aykırı düşeceği görüşündeyiz. Nitekim Yargıtay tarafından da belirli süreli sözleşme ile çalıştığı tespit edilen işçinin, iş güvencesi kapsamında işe iade davası hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı yönünde kararlar verilmiştir.¹⁰²

V. Sonuç

Çalışmamızda İş Kanunu m. 18' de öngörülen İş Güvencesi koşullarını ve özellikle bu koşulların İş Hukukunda yapılan en önemli ayırmalardan mutlak emredici norm-nispi emredici norm ayırımında nerede yer aldığını incelemeye çalıştık. Buna istinaden temelinde 158 Sayılı ILO Sözleşmesi yatan iş güvencesi koşullarına ilişkin 18. maddenin özellikle kapsam ve otuz işçi ölçütü açısından adil bir çözüm getirmediği ve 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ile bağdaşmadığı söylenebilir.

İş güvencesi kapsamının nispeten dar tutulması karşısında, iş güvencesinin daha geniş bir tabakaya yayılmasına ilişkin görüş ve düşünceler ağırlık kazanmaktadır. Bu anlamda, iş güvencesine ilişkin hükümlerin emredici olmakla birlikte bu emrediciliğin nispi olduğu ve dolayısıyla bunların aksinin işçi lehine kararlaştırılması halinde geçerlilik kazanacakları kabul edilmektedir.

Nitekim doktrin tarafından iş güvencesi koşullarının genel olarak -iş güvencesinin doğasına aykırı olabilecek "belirli süreli sözleşme" durumu dışında- nispi emredici olduğu belirtilmektedir. İş güvencesi koşullarının "nispi emredici" olduğuna dair husus Yargıtay kararları ile de desteklenip, bu koşulların taraflarca anlaşarak her zaman işçi lehine kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir.

Bu halde, işçi sendikalarına önemli bir rol düştüğü aşikârdır. Zira onlar, yapacakları toplu iş sözleşmesiyle, işçi yararına olmak üzere, iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçilerin, iş güvencesinin sağladığı koruma şemsiyesi altına alınmalarını hukuken gerçekleştirebilirler.

¹⁰² Y.9.HD. 20.11.2003, E. 2003/19338, K. 2003/19593 < <http://www.kazanci.com>>.

Kaynakça

- Aktay Nizamettin/ Arıcı Kadir/ Senyen-Kaplan Tuncay, İş Hukuku, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013.
- Akyiğit Ercan, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010.
- Centel Tankut, İş Güvencesi, İstanbul 2013.
- Çelik Nuri, İş Güvencesi, İstanbul 2003. (İş Güvencesi)
- Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2009. (İş Hukuku)
- Doğan Yenisey Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.
- Ekonomi Münir, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1987. (İş Hukuku)
- Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulama Alanı, Ankara 2009.
- Kılıçoğlu Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması, 2. Bası, Ankara 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlemi Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.
- Mollamahmutoglu Hamdi, İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012.
- Sarıbay Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Sonuçları, İstanbul 2007.
- Süzek Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976. (Fesih Hakkı)
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2013.
- Ulucan Devrim, İş Güvencesi, 2. Bası, İstanbul 2003.
- Alp Mustafa, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi 2006", Ankara 2009, 133-177. (Değerlendirme 2006)
- Alp Mustafa, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", *DEÜHFD*, 2003, S. 1, 1-40. (Feshe Karşı)
- Başterzi Süleyman, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdam Etkisi", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 623-651.
- Çelik Nuri, "İşçinin Feshe Karşı Korunması", Ord. Prof. Reşat Kaynar'a Armağan, İTİA Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını, İstanbul 1981, 42-63. (İşçinin Feshe Karşı Korunması)
- Doğan Yenisey Kübra, "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 33-82. (Sosyal Kamu Düzeni)
- Ekonomi Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşv., Mart 2003, 1-40. (İş Güvencesi)
- Ekonomi Münir, "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İş Kanunu Toplantı Dizisi", I, Tüsiad, İstanbul 2005, 16-60. (Hizmet Akdinin Feshi)
- Eyrenci Öner, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir De-

- ğerlendirme", *İHSGHD*, 1, Ocak-Mart 2004, 15-56.
- Göktaş Seracettin, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2008, S.1, 16-43. (İş Sözleşmesinin Feshi)
- Göktaş Seracettin, "İşveren Vekilinin İş Güvencesi", *Çalışma ve Toplum*, 2009/1, S. 20, 61-73. (İşveren Vekilinin İş Güvencesi)
- Günay İlhan Cevdet, "Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 623-651.
- Özdemir Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", *AÜHFHD*, 2005, S.3, 95-120.
- Soyer M. Polat, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları", *Legal*, İstanbul 2005, 27-69.
- Taşkent Savaş, "Otuz İşçi Ölçütü ve Yurtdışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu", Prof. Dr.
- Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 715-724.
- Ulaş Baysal, "İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *İHSGHD*, 2011, S. 32, 1321-1337.
- Ulucan Devrim, "Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına
- Armağan, Cilt 2, İstanbul 1982, 183-198. (Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi)
- Yıldız Gaye Burcu, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emrediciliği", *Legal İHSGHD*, S. 11, 2006, 901-911.

ALMAN VE TÜRK İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK UYGULAMALARININ KARŞILAŞTIRILMASI

COMPARISON OF COURT EXPERT PRACTICES OF GERMAN AND TURKISH LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW

A. Eda MANAV*

Özet: İş mahkemeleri uzmanlık esasına dayalı kurulmuş mahkemelerdir ve bu mahkemelerde bilirkişilik son derece önemlidir. Türk iş yargılamasına bakıldığı zaman bilirkişilik ile ilgili birtakım sorunların olduğu görülmektedir. Başlıca sorunlardan biri hukukî -teknik konu ayrımı yapılmadan pek çok konuda bilirkişiye başvurulmasıdır. Alman iş mahkemelerinde bilirkişilik istisnai olarak başvuru bir kurumdur. Sosyal mahkemelerde ise hâkimin hukuk bilgisi ve tecrübesi haricinde başka meslekler ile ilgili özel veya teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişiye başvurulmaktadır.

Anahtar kelimeler: Bilirkişi, İş Mahkemesi, İş Yargısı, Hukukçu Bilirkişi, Hesap Bilirkişisi

Abstract: Labour courts are courts established based on the principal of expertise and court expertise is an extremely important matter. Considering the Turkish labour adjudication, it is seen that there are some problems regarding court expertise, recourse is made to court expert without a technical-legal issue distinction on many issues. In German labour courts, court expertise is an exceptionally referred institution. In social courts, recourse is made to court expert on the issues that couldn't be resolved with the legal information of judge and which necessitate special and technical information.

Keywords: Expert, Labor Court, Labor Jurisdiction, Legal Expert, Accounting Legal Expert

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 266/1 maddesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 63/1 maddesinde hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi gereken konularda bilirkişiye başvurulamayacağı, ancak çözümü hukuk dışında teknik ve özel bilgiyi gerektiren konularda bilirkişinin oy ve görüşünün

* Dr., Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi

alınabileceği açıkça düzenlenmiştir. İş yargısında bilirkişilik son derece önemli bir konu olmakla birlikte, uygulamada önemli problemler yaşanmaktadır. Nitekim iş mahkemeleri bilirkişi incelemesine en çok başvuran mahkemelerdendir.¹

Uygulamada hukukî konularda yaygın olarak bilirkişiye başvurulduğu görülmektedir. Bu bağlamda hangi konuların “hukukî”, hangi konuların “teknik” olduğu ayrımının iyi yapılması son derece önem arz etmektedir. Nitekim hukukî konularda bilirkişi raporları alınması, bu raporlara yapılan itirazlar ve sonrasında alınan ek raporlar usul ekonomisine aykırılık teşkil etmekle birlikte yargılama sürecini uzatmaktadır.²

Uygulamada çelişkili bilirkişi raporları, iş mahkemesi hâkimleri üzerindeki yoğun iş yükü, iş mahkemelerinde takdir edilen bilirkişi ücretlerinin diğer mahkemelerdeki bilirkişi ücretlerine oranla düşük olması, tayin edilen bilirkişilerden bazılarının vasıfsızlığı gibi konularda birtakım problemler yaşandığını görmekteyiz. Bununla birlikte gerek bazı uyuşmazlıklarda yargılamanın uzun sürmesi gerek çelişkili ve tarafsızlığından şüphe duyulan bilirkişi raporları nedeniyle toplumda adalete olan güven azalmıştır.

İş uyuşmazlıklarının Yargıtay Hukuk Dairelerindeki % 30-35'lere varan ağırlığı dikkate alındığında iş yargılamasında var olan problemlerin hızlı çözümü için bilirkişilik kurumuna yönelik uygulamadaki

¹ Argun Bozkurt, İş Yargılaması Usul Hukuku, 6100 s. HMK. ya Göre Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2012, s.458; Fatma Başterzi, İş Yargısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1999, s.227.

² Süha Tanrıver, “Hukuk Yargılaması Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, Özel S.2009, s.578-580. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. Maddesinin gerekçesine göre, hâkimin genel hayat tecrübeleri uyarınca sahip olması gereken bilgiler ve hukuk bilgisi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Çözümü özel bilgiyi, diğer bir ifade ile hukuk bilimi dışında belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgiyi gerektiren konularda bilirkişinin oy ve görüşüne başvurmak mümkündür. Hukukun bazı spesifik alanlarına ilişkin hukuki bilginin, özel bilgi kapsamına dahil edilmemesi amacıyla kanunda açıkça “hukuk bilimi dışında özel bilgi” kavramı vurgulanmıştır. Bkz. Ali Cem Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu İle Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011, s.288-289. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 282. maddesi gerekçesine göre de bilirkişinin oy ve görüşü takdiri bir delil olduğu için hâkim bilirkişi raporunun aksine de karar verebilir. Hakimin bilirkişi raporunu yeterli görmemesi mutlaka ek bir rapor alması ya da yeni bir bilirkişi tayin etmesi zorunluluğunu doğurmamaktadır. Bkz. Budak, s.310.

sıkıntıların ivedilikle giderilmesi de önem arz etmektedir. Bu bağlamda söz konusu çalışma Alman ve Türk iş ve sosyal güvenlik hukukunda bilirkişilik uygulamalarının karşılaştırılmasına yönelik olarak yapılmıştır.³

Çalışmada öncelikli olarak Alman ve Türk hukuk usulü mevzuatında bilirkişiliğe ilişkin düzenlemelere yer verilecek, sonrasında Türk iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bilirkişilik uygulamaları Yargıtay kararları çerçevesinde açıklanacak ve son olarak da Alman iş ve sosyal mahkemelerinde bilirkişilik uygulamaları ortaya konulacaktır.

I. GENEL BİLGİ

İş yargısının amacı, iş ilişkisinden doğan haklar ve sosyal güvenlik hukuku açısından işçiyi ve işvereni denetlemek ve hukuka uygun davranılmasını sağlamaktır.⁴ Uygulamada re'sen inceleme yöntemleri olarak, bazı bilgi ve belgelerin taraflardan veya ilgili kurumlardan istenmesi ve uyuşmazlığa ilişkin işlem ve sicil dosyaları ile diğer mahkemelerce verilen kararların sunulması önemli bir yer tutmaktadır. Öte yandan, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması da en çok başvuru alan re'sen inceleme yöntemlerinden birisidir.⁵ HMK.m.282 ye göre, "Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir."

Davada çözümlenmesi özel bilgi ve tekniği gerektiren konularda görüş ve düşüncelerini bildirerek hâkime yardımcı olan, mahkemeye oy ve görüşüne başvuru alan kişilere bilirkişi denilmektedir.⁶ Bilirkişi, yargı sistemi içinde hâkimin yerine geçmemekle beraber, hâkim tarafından yapılan görevlendirme kapsamında hazırlayacağı rapor ile hâkimin alacağı kararda büyük ölçüde etkindir. Bu nedenle "ön

³ Bu çalışma 2014 yılında Almanya-Hamburg'a yapılan çalışma ziyaretinde alınan notlar ve edinilen izlenimler çerçevesinde hazırlanmıştır.

⁴ Bektaş Kar, "İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler", <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/30-bektaskar.pdf>, s.876.

⁵ Kar, s.876.

⁶ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 24. Baskı, Ankara 2013, s.423; Bozkurt, , s.449; Süha Tanrıver, "Hukuk Yargılaması Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, Özel S.2009, s.575; Sema Taşpınar, "Bilirkişi Ücreti", *Bilirkişilik Sempozyumu*, Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği, 9-10 Kasım 2001, s.352; Gökhan Çayan, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi*, İstanbul 2013, s.3-4.

hâkim”, “yardımcı hâkim”, “hâkim benzeri”, “hâkimin ortağı” gibi kavramlar da kullanılmaktadır.⁷

Bilirkişi, hâkimi özellikle maddi konular üzerinde aydınlatmaktadır. Örneğin iş kazası sonucunda iş göremezlik oranının saptanmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta doktora ya da tıbbi kurullara başvurmak mümkündür. Nitekim, çözülmesi gereken konu hâkimin hukukî bilgisi ile çözümleyemeyeceği uzmanlık alanı dışında bir konudur.⁸

Türkiye’de iş mahkemeleri bilirkişi uygulamasına en çok başvuran hukuk mahkemelerinden biri olduğu için,⁹ bilirkişi uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra dava aşamasında başvuru önemli bir delil olarak nitelendirilebilir.¹⁰ İş yargılamasında bilirkişilik konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.¹¹ Bilirkişilik Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 5. bölümünde 266 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Almanya’da sosyal mahkemeler ve iş mahkemelerinde hasta hakları, doktor sorumluluğu, tıbbi hatalar gibi konulara ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkemeler uyuşmazlığın çözümü için sıklıkla bilirkişiye başvurmaktadır. Alman Hukukunda bilirkişi dava konusu uyuşmazlığa karar vermek konusunda hâkimin yardımcısı olarak nitelendirilmiş ve hâkimin sahip olmadığı tecrübeler, sanat, bilim, teknik, ticaret, grafik, trafik gibi hâkimin hukukî bilgisi dışındaki konularda bilirkişiye başvuru kabul edilmiştir.¹² Bilirkişiliğin hukukî temeli Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) §402’dir.

⁷ Tanrıver, Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler, s.577; Ali Ozan Özbey, “Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Temel Meseleler”, http://arikbogaozbey.com/makaleler/Ali_Ozan_Ozbey-Bilirkişi_Kurumuna_İlişkin_Temel_Meseleler.pdf, s.2. Bilirkişi kurumunu hâkim yardımcılığı olacak şekilde dar yorumlamanın isabetsiz olduğu konusunda bkz.Çayan, s.9.

⁸ Bozkurt, s.449.

⁹ Bkz. dn.1

¹⁰ Başterzi, s.227.

¹¹ Bozkurt, s.458.

¹² Bkz. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. neubearbeitete Aufl., München 2010, s.695, Rn.19; Hans Joachim Musielak, Grundkurs ZPO, 7. Aufl., München 2004, s.264, Rn.443; Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, Kommentar Zivilprozessordnung, München 2014, s.1609; Hans Joachim Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Aufl., München 2011, (Michael Huber), s.1284, Rn.1; Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl. München 2012, (Zimmermann), s.156; Özbey, s.4, dn.8-9 da belirtilen eserler; Çetin Aşçıoğlu, “Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları”, Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2011, s.30; Taşpınar, Bilirkişi Ücreti, s.353 vd.

Alman Hukukunda bilirkişinin görevi tecrübe kurallarının açıklanması, mesleki bilgileri kullanmak suretiyle olguların tespitidir. Bu bağlamda bilirkişi, hâkimin ihtiyaç duyduğu ve bizzat sahip olmadığı teknik ve özel bilgileri sağlamakla yükümlüdür. Bilirkişi kendi özel ve teknik bilgi ve tecrübeleri doğrultusunda uyuşmazlık konusu olayın tespitine yönelik hâkime yol gösterir.¹³

Alman Hukukunda somut olaya göre ihtisas alanı çerçevesinde bilirkişi seçimi yapılır. Mahkeme bir bilirkişi görevlendirmeden önce tarafların görüşlerini almak zorundadır.¹⁴ Tedavi hatalarına ilişkin davalarda hâkim, bilirkişi raporuna ihtiyaç duyuyorsa Tabipler Birliği'nin oluşturduğu bilirkişi komisyonlarına gidebilmektedir. Söz konusu komisyonlarda hem doktorlar hem de hukukçular görev yapmaktadır. Her doktor, hâkim tarafından görevlendirildiği takdirde bilirkişi olarak görev yapmak zorundadır. Eyaletlerde Tabip Odaları listeler tutmakta ve bilirkişilere yönelik farklı eğitimler düzenlemektedir. Listelerde belirli ihtisas alanları belirlenmiştir.¹⁵ Bilirkişilerin ihtisas alanı ve yetkinliği ile ilgili kendilerine tarafların ya da hâkimin soru sorması mümkündür.

Hâkim, bilirkişi raporunun bilimsel olarak olaya uygun olup olmadığını tespit etmek zorundadır. Almanya'da ikinci bilirkişiye ancak son çare olarak gidilmektedir. Hâkim bilirkişinin davadaki raporuna güveniyorsa, bu raporu esas alarak kararını vermektedir. Bu bağlamda güven esası çok önemlidir. Ek bilirkişi raporu alınması ve bilirkişi raporuna tarafların itirazına çok nadir rastlanmaktadır.¹⁶

Taraflar bilirkişinin bağımsızlığını sorgulayabilmektedir. Bilirkişinin bağımsız ve objektif olmadığı yönünde şüpheler varsa bilirkişinin reddedilmesi mümkündür.¹⁷ Eğer hâkim raporu yeterli bulmaz ise

¹³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.692, Rn.1; Musielak, s.262, Rn.437; Musielak, Kommentar (Huber), s.1284, Rn.1; Hanns Prütting/Markus Gehrlein, ZPO Kommentar, 6. Aufl., 2014, (Katzenmeier), s.1209; Krüger/Rauscher, (Zimmermann), s.156; Taşpınar, Bilirkişi Ücreti, s.352-352, dn.13-14 teki eserler.

¹⁴ Prütting/ Gehrlein, (Katzenmeier), s.1213-1214; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s.1615; Krüger/Rauscher, (Zimmermann), s.163-164.

¹⁵ İhtisas alanlarına göre bilirkişi seçimi konusunda bkz. Krüger/Rauscher, (Zimmermann), s.163-164; Baumbach/Lauterbach/Albers/ Hartmann, s.1615.

¹⁶ Almanya çalışma ziyaretinde hâkimlerin açıklamaları doğrultusunda alınan not.

¹⁷ Prütting/ Gehrlein, (Katzenmeier), s.1214; Baumbach/Lauterbach/Albers/ Hartmann, s.1619. Ayrıca Almanya çalışma ziyaretinde hâkimlerin açıklamaları doğrultusunda alınan not.

ya da bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin bir şüphe varsa, rapora itiraz sebeplerini yerinde bulursa bir başka bilirkişi tayin edebilir (Alman Medeni Usul Kanunu §412).¹⁸

Türk Hukukunda bilirkişi raporuna itiraz Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler. (2) Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir. (3) Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir." Türk uygulamasına bakıldığında zaman bilirkişi raporuna sıklıkla itiraz edildiği, ikinci, çelişki nedeniyle üçüncü, Yargıtay'ın bozması nedeniyle dördüncü kez bilirkişi incelemesine gidilebildiği ve bu nedenle de yargılamanın uzadığı görülmektedir.¹⁹

II. ALMAN VE TÜRK MEVZUATINDA HUKUKİ YÖNDEN BİLİRKİŞİLİK

A. Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu

Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 172/3 üncü maddesine göre, duruşmanın gizli tutulması gerektiği durumlarda mahkeme tarafından davanın veya davanın bir kısmının kamuya kapalı olarak görülmesi kararı verilebilir ve davada hazır olan tanık ya da bilirkişi bu sırrı açıklaması durumunda cezalandırılır. Bu düzenleme asıl olarak gizli duruşmalara ilişkindir. Alman Ceza Kanunu'nun özel sırların ihlaline ilişkin 203/2-5 inci maddesine göre, özellikle kanun gereği görevlerini titizlikle yerine getirmekle yükümlü olan resmi olarak

¹⁸ Prütting/ Gehrlein, (Katzenmeier), s.1238; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s.1639; Krüger/Rauscher, (Zimmermann), s.196.

¹⁹ Aşçıoğlu, s.34; Başterzi, s.231.

atanmış bir bilirkişi, kendisine söylenen ya da kendisine bildirilen kişisel gizlilik alanına giren bir sırrı ya da iş veya ticaret sırrını yetkisi olmaksızın ifşa ederse en fazla bir yıl hapis cezası ya da para cezası ile cezalandırılır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 277 de bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, "Bilirkişi, görevi sebebiyle yahut görevini yerine getirirken öğrendiği sırları saklamak, kendisi ve başkaları yararına kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür."

Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 177 inci maddesine göre, davacı, davalı, sanıklar, tanıklar, bilirkişiler duruşmanın düzenli yürütmesi için alınan kararlara uymadıkları takdirde duruşma salonundan çıkarılabilirler.

B. Alman İş Mahkemeleri Kanunu (AİMK.)

Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun 9 uncu maddesine göre, tanık veya bilirkişiler, Tanıklar ve Bilirkişilerin Ücretleri Hakkındaki Kanun ile miktarı belirlenen bir tazminat veya ücret alır. Mahkeme başkanı davanın görülmesinden önce mahkeme kararına bir delil oluşturacak yazılı bilirkişi raporu talebinde bulunabilir. (AİMK.Ş 55/4-5) Tanık ve bilirkişiler mahkeme kararı için gerekli görülürse yemin etmek zorundadır.(AİMK.Ş58)

Türk Hukukunda bilirkişiye yemin verdirilmesi konusu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 271 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Listelere kaydedilmiş kişiler arasından görevlendirilmiş olan bilirkişilere, il adli yargı adalet komisyonu huzurunda, "Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim." şeklindeki sözler, tekrarlatılmak suretiyle yemin verdirilir."

Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun 83 üncü maddesine göre, hâkim gerçekleri ortaya çıkarmak için belgeleri inceleyebilir, duruşma esnasında taraflardan bilgi alabilir, tanık ve bilirkişileri dinleyebilir. Türk Hukukuna baktığımızda, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15 inci maddesine göre, "Bu Kanunda sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanır." denilerek Hu-

kuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447/2 maddesi uyarında Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'na yapılan atıflar bu kanuna yapılmış sayılmaktadır. Bu bağlamda iş uyuşmazlıklarında da hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen koşullar çerçevesinde bilirkişiyi dinleyebilir.

C. Alman Medeni Usul Kanunu ve Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu

1. Bilirkişiye Başvurulmasını Gerektiren Hâller

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 402 vd. maddelerinde bilirkişi ile ispat hususu düzenlenmiştir.²⁰ Kanunda açıkça hangi konularda bilirkişiye başvurulacağı düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada çözümlü mesleki ve özel bilgi gerektiren konularda bilirkişiye başvurulacağı kabul edilmektedir. Hâkimin davayı çözüme kavuşturmak için özel ve teknik bilgisi olduğu durumda bilirkişiye başvurmasına da gerek bulunmamaktadır.²¹

Bizim Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hâller düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266 ıncı maddesine göre, "Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz."

2. Bilirkişilerin Seçilmesi

Alman Medeni Usul Kanunu 404. maddesinde bilirkişinin seçilmesini düzenlemiştir. Buna göre,

²⁰ Alman Medeni Usul Kanunu'nda bilirkişilere ilişkin düzenlemelere yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Musielak, Kommentar, (Huber), s.1284 vd.

²¹ Bkz. Özbey, s.4-5; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. neubearbeitete Aufl., München 2010, s.695, Rn.19; Hans Joachim Musielak, Grundkurs ZPO, 7. Aufl., München 2004, s.264, Rn.443; Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, Kommentar Zivilprozessordnung, München 2014, s.1609; Hans Joachim Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Aufl., München 2011, (Michael Huber), s.1284, Rn.1; Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl. München 2012, (Zimmermann), s.156;

1. Bilirkişilerin seçilmesi ve sayısının ne kadar olacağı mahkeme tarafından belirlenir. Mahkeme tek bir bilirkişi görevlendirebilir. İlk bilirkişi yerine yenisini atayabilir.
2. Belirli bir konu hakkında kamudan atanmış bilirkişiler mevcut ise, başka bilirkişiler sadece özel durumlar için atanabilir.
3. Mahkeme davalı ve davacıya kimin bilirkişi olarak davaya katılması konusunda görüşlerini sorabilir.
4. Davalı ve davacı bir bilirkişi hakkında hemfikir ise mahkeme buna uymak zorundadır.

Bilirkişi sayısının belirlenmesini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanununun 267 inci maddesine göre, "Mahkeme, bilirkişi olarak, yalnızca bir kişiyi görevlendirebilir. Ancak, gerekçesi açıkça gösterilmek suretiyle, tek sayıda, birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun bilirkişi olarak görevlendirilmesi de mümkündür."

3. Bilirkişilerin Görevlendirilmesi, Görev ve Yetkileri

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268 inci maddesinde bilirkişilerin nasıl görevlendirileceği düzenlenmiştir. Buna göre,

"(1) Bilirkişiler, yargı çevresinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından, her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilirler. Listelerde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunmaması hâlinde, diğer bölge adliye mahkemelerinde oluşturulmuş listelerden, burada da yoksa liste dışından bilirkişi görevlendirilebilir.

(2) Kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur. Ancak, kamu görevlilerine, bağlı buldukları kurumlarla ilgili dava ve işlerde, bilirkişi olarak görev verilemez.

Alman Medeni Usul Kanunu 404 a maddesi bilirkişinin görevlerini düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre,

1. Bilirkişinin faaliyetleri mahkeme tarafından gözetilmek ve yönetilmektedir. Mahkeme bilirkişiye yaptığı işin tip ve kapsamı hakkında talimat verebilir. Mahkeme bilirkişiye uyuşmazlık konusu ile ilgili rapor vermeden önce görevlerini anlatır ve onun isteği üzere görevini daha detaylı açıklar.

2. Bilirkişi bu görevi baskasına devredemez. Başka kişilerden yardım aldığı durumda bu kişilerin ismini vermek ve hangi işleri yaptıklarını mahkemeye bildirmek mecburiyetindedir.
3. Gerçeklerin belli olmadığı bir davada mahkeme tarafından hangi konuda rapor verilmesinin açıklanması gerekir.
4. Bilirkişinin hangi kapsamda rapor vermesi gerektiğine, davacı ve davalı ile nasıl bir araya gelebileceğine mahkeme karar verir.
5. Bilirkişiye verilen talimatlar hakkında davalı ve davacı bilgilendirilir. Bilirkişinin görevlendirilmesi için özel bir mahkeme tarihi belirleniyorsa, bu duruşmaya davacı ve davalı da katılabilir.

Alman Medeni Usul Kanunu §407a ya göre,

1. Bilirkişinin verilen görevin onun uzmanlık alanına uygun olduğunu ve başka bilirkişi görevlendirmeden bu görevi yerine getirip getiremeyeceğini derhal kontrol etmesi gerekir. Görevin kendi uzmanlık alanına uygun olmadığını tespit ettiği takdirde, derhal mahkemeyi bilgilendirmek zorundadır.
2. Bilirkişinin verilen görevi üçüncü kişilere vermesi yasaktır. Üçüncü kişiler uyuşmazlığın çözümü ile ilgili raporun hazırlanmasında yardımda bulunuyorsa ve bu yardım küçük yardım işlerini aşıyor ise, bilirkişi üçüncü kişilerin ne ve hangi kapsamda yardımda bulunduğu konusunda mahkemeye bilgi vermek zorundadır.
3. Bilirkişi verilen görevin tipi veya kapsamı hakkında şüphe duyuyor ise, bu durumun derhal mahkemeye bildirilmesi ve konunun mahkeme tarafından aydınlatılması gerekmektedir.

Mahkemenin isteği üzerine bilirkişinin mahkemeye dosya ve raporu için gerekli olan belgeleri, elde ettiği sonuçları derhal bildirmesi ve vermesi gerekmektedir.

4. Bilirkişi mahkeme tarafından görev ve yükümlülükleri hususunda bilgilendirilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bilirkişilik görevine ilişkin hükümler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 269 a maddesine göre, "(1) Bilirkişilik görevi, mahkemece yapılan davete uyup tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bu-

lunmayı, yemin etmeyi ve bilgisine başvurulmuş konuda süresinde oy ve görüşünü mahkemeye bildirmeyi kapsar.

(2) Geçerli bir özrü olmaksızın mahkemece yapılan davete uyup, tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayan yahut mahkemeye gelip de yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiler hakkında, tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır.”

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 273 üncü maddesinde bilirkişinin görev alanının nasıl belirleneceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “(1) Mahkeme, tarafların da görüşünü almak suretiyle bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında, aşağıda belirtilen hususlara yer vermek zorundadır:

- a) İnceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi.
- b) Bilirkişinin cevaplaması gereken sorular.
- c) Raporun verilme süresi.

(2) Bilirkişiye, görevlendirme yazısının ekinde, inceleyeceği şeyler, dizi pusulasına bağlı olarak ve gerekiyorsa mühürlü bir biçimde teslim edilir; ayrıca bu husus tutanakta gösterilir.”

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 275 inci maddesine göre, “(1) Bilgisine başvurulmuş bilirkişi, kendisine tevdi olunan görevin, uzmanlık alanına girmediğini, inceleme konusu maddi vakıaların açıklığa kavuşturulması ve tespiti için, uzman kimliği bulunan başka bir bilirkişi ile işbirliğine ihtiyaç duyduğunu veya görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazeretini bir hafta içinde görevlendirmeyi yapan mahkemeye bildirir.

(2) Bilirkişi, incelemesini gerçekleştirebilmek için, bazı hususların önceden soruşturulması ve tespiti ile bazı kayıt ve belgelerin getirtilmesine ihtiyaç duyuyorsa, bunun sağlanması için, bir hafta içinde kendisini görevlendiren mahkemeye bilgi verir ve talepte bulunur.”

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 276 ıncı maddesinde bilirkişinin görevini bizzat yerine getirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre “Bilirkişi, mahkemece kendisine tevdi olunan görevi bizzat yerine getirmekle yükümlü olup, görevinin icrasını kısmen yahut tamamen başka bir kimseye bırakamaz.”

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 278 inci maddesinde bilirkişinin yetkileri düzenlenmiştir. Buna göre,

“(1) Bilirkişi, görevini, mahkemenin sevk ve idaresi altında yürütür.

(2) Bilirkişi, görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse, bu tereddüdünün giderilmesini, her zaman mahkemeden isteyebilir.

(3) Bilirkişi, incelemesini gerçekleştirirken ihtiyaç duyarsa, mahkemenin de uygun bulması kaydıyla, tarafların bilgisine başvurabilir. Taraflardan birinin bilgisine başvurulacağı hâllerde, mahkemece bilirkişiye taraflardan biri bulunmaksızın diğerinin dinlenemeyeceği hususu önceden hatırlatılır.

(4) Bilirkişinin oy ve görüşünü açıklayabilmesi için bir şey üzerinde inceleme yapması zorunlu ise mahkeme kararı ile gerekli incelemeyi yapabilir. Bu işlemin icrası sırasında taraflar da hazır bulunabilir.”

4. Bilirkişinin Reddi

Alman Medeni Usul Kanunu'nda bilirkişinin reddi konusu düzenlenmiştir. 406. maddeye göre, bilirkişinin reddi hâkimlerin ret sebepleri ile aynıdır. Bilirkişinin tanık olarak ifadede bulunması ret edilme sebebi değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 272 inci maddesinde benzer şekilde düzenleme getirilmiştir. Buna göre, “Hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler bakımından da uygulanır. Ancak, bilirkişinin, aynı dava veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması, bir ret sebebi teşkil etmez.”

5. Bilirkişi Ücretleri

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 413. maddesine göre, bilirkişiler, Tanıklar ve Bilirkişilerin Ücretleri Hakkındaki Kanuna göre ücret alır. Alman hukukunda bilirkişi ücretleri tanık ücretleriyle birlikte değerlendirilmiş ve bir arada düzenlenmiştir ve bu hüküm iş mahkemelelerinde de uygulanmaktadır.²²

²² Bkz. Sema Taşpınar, “Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişilik Ücreti”, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/prof.dr.ergun%20%C3%B6ner/20dr.sema_ta_p_nar.pdf, s.405; Taşpınar, Bilirkişi Ücreti, s.383.

Tanımlar ve Bilirkişilerin Ücretleri Hakkındaki Kanun madde 3 e göre, bilirkişi emeği karşılığında ücrete hak kazanır. Bilirkişinin saat ücreti belirlenirken, gerekli mesleki bilgisinin derecesi, yapılacak işin zorluğu, teknik aletlerin zorunlu kullanımı için yapılan diğer giderler ve bilirkişinin raporu düzenlerken içinde bulunduğu özel durumlar dikkate alınır. Bilirkişinin somut olayı ayrıntılı olarak bilimsel doktrine dayalı olarak çözmesi gerekiyorsa veya yaptığı işin sıklığı ya da somut olarak o olayda harcadığı zaman fazla ise, belirlenecek ücret artırılabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 283 üncü maddesinde bilirkişi gider ve ücreti düzenlenmiştir. Buna göre, bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Bu konuda, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak ve her yıl güncellenecek olan tarife esas alınır.

6. Bilirkişinin Sorumluluğu

a. Bilirkişinin Cezai Sorumluluğu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 284 üncü maddesine göre, bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir. Alman Medeni Usul Kanunu'nda bilirkişinin cezai sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman doktrininde bir görüşe göre, bilirkişilik bir kamu görevidir.²³ Bilirkişinin eyleminin bir suç oluşturması halinde Alman Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Bununla birlikte, zarara uğrayan ilgililerin bilirkişiden Alman Medeni Kanununun ilgili hükmü (§ 823/2) çerçevesinde tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır.²⁴

b. Bilirkişinin Hukukî Sorumluluğu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 285 inci maddesine göre, "Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar gör-

²³ H. Bartling, Die Haftung für fehlerhafte Gutachten der beauftragten Sachverständigen im Spannungsfeld von Deliktsrecht und Staatshaftungsrecht, Diss. Göttingen 1982, s.185; naklen Tanrıver, Bilirkişinin Sorumluluğu, s.136, dn.10.

²⁴ Tanrıver, Bilirkişinin Sorumluluğu, s.135.

müş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler. Devlet, ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu eder.”

Alman Medeni Kanunu § 823 te zarar dolayısıyla sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre,

(1) Başka bir kişinin hayatına, vücuduna, sağlığına, özgürlüğüne, mülkiyetine veya başka bir hakkına kasıtlı ya da taksirli bir şekilde hukuka aykırı olarak zarar veren bir kişi bu durumdan kaynaklanan zararı karşı tarafa tazmin etmekle sorumludur.

(2) Başka bir kişiyi korumayı amaçlayan bir yasayı ihlal eden bir kişi aynı görevden sorumlu tutulur. Şayet yasanın içeriğine göre yasa kusur olmaksızın da ihlal edilebilirse, o halde tazminat sorumluluğu sadece kusur durumunda mevcut bulunur.

Alman Hukukunda bilirkişinin hukukî sorumluluğu Alman Medeni Kanunu § 839 ve §839 a da düzenlenmiştir.²⁵ Resmi görevin ihlali durumunda sorumluluk başlığı altında düzenlenen 839. maddeye göre,

(1)Resmi görevli üçüncü bir tarafla ilişkili olarak sorumlu olduğu bir resmi görevi kasıtlı ya da taksirli bir şekilde ihlal ettiği takdirde, bundan kaynaklanan zararı üçüncü tarafa tazmin etmelidir. Şayet görevli sadece taksirden dolayı sorumluysa, ancak zarar gören kişi başka bir şekilde tazminat elde edemediği takdirde sorumlu tutulabilir.

(2) Resmi görevli hukukî konuda bir kararda resmi görevlerini ihlal ederse, bu durumda görevli görev ihlalinin suça dayanması halinde bundan doğan herhangi bir zarardan sorumludur.

(3) Şayet zarar gören kişi temyize başvurmak suretiyle kasıtlı ya da taksirli bir şekilde zararın önüne geçmeyi başaramazsa zarar sorumluluğu doğmaz.

Söz konusu düzenleme çerçevesinde, bilirkişinin hukuken sorumlu tutulabilmesi için varlığı gereken şartlar şöyle sayılabilir:

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Musielak, s.264, Rn.442; Musielak, Kommentar, (Huber), s.1286, Rn.9-11; Wolfgang Grunsky, Zivil-Prozessrecht, 13. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2008, s.183-184; Krüger/Rauscher, (Zimmermann), s.160; Süha Tanrıver, “Bilirkişinin Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Sayı 56, 2005, s.133 vd.

1. Bilirkişi, mahkeme tarafından görevlendirilmiş olmalıdır.
2. Bilirkişi, mahkemeye kasten yahut ağır ihmal suretiyle gerçeğe aykırı bir rapor vermiş olmalıdır.
3. Hâkim bu raporu hükme dayanak yapmış ve bundan dolayı bir zarar doğmuş olmalı, diğer bir ifade ile gerçeğe aykırı rapor verilmesi ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı olmalıdır.

Zarar gören ilgili kişi, zararın tazminini talep edebilmek için, bu şartların tamamının gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır.²⁶

Alman Medeni Kanunu'nun 839 a maddesinde mahkemenin atadığı bilirkişinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme tarafından atanan bir bilirkişinin kasıtlı olarak ya da ağır bir ihmal ile yanlış bir bilirkişi görüşü sunması halinde, bu bilirkişi görüşü hâkim tarafından mahkeme kararına dayanak yapılmış ve bir taraf zarar görmüşse, bilirkişi bu zararı tazmin etmekle sorumludur.

Alman Hukuku ile Türk Hukukunda bilirkişinin sorumluluğunu karşılaştırdığımız zaman, hukukî sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin benzer olduğu görülmektedir. Alman Hukukunda bilirkişinin kasten veya ağır ihmali ile verdiği zarardan dolayı zarar gören taraf doğrudan bilirkişiye giderken, Türk Hukukunda zarar gören taraf Devlete karşı tazminat davası açabilmekte ve Devlet ödediği tazminat için bilirkişiye rücu etmektedir. Yargılama hakkı Devlete ait olmakla birlikte, bilirkişi de yargılama faaliyetinde bir unsur olarak Devletin rücu etmesi sonrasında sorumlu olmaktadır.

III. TÜRK İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA BİLİRKİŞİLİK UYGULAMALARI

A. Bilirkişiye Başvurulacak Uyuşmazlıklar

İş yargısı pek çok dava tipini içermektedir. Bu davaların çözümünde de hesaplamalar ve kusur tespiti önem taşımakta ve bilirkişilere başvurulmaktadır. İşçilik alacakları, istirdat davaları, tespit davaları, iptal ve itiraz davaları, iş kazalarından kaynaklanan davalar ve rücu

²⁶ Bkz. Süha Tanrıver, Bilirkişinin Sorumluluğu, s.138.

davalarında kusur tespiti gibi konularda hâkimler bilirkişi raporu almaktadır.²⁷ Hâkimin mutlaka raporu benimsemesi gerekmemekle birlikte, hâkim tarafsızlığına ve doğruluğuna inandığı raporu hükme esas alabilmekte ya da gerek görmesi halinde tekrar bilirkişi raporuna başvurarak itiraz edilen ya da kamu düzeni ilkelerine aykırı olan raporu dikkate almayabilir.²⁸

1. İşçilik Alacakları

Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram genel tatil ücreti, yıllık ücretli izin ücreti gibi işçilik alacaklarından kaynaklanan davalarda alacak miktarlarının hesabı önem taşımakta ve bu hususlara ilişkin uyuşmazlıklarda hâkimler bilirkişiyne başvurmaktadır.

Yargıtay'ın bir kararına göre, "Davacı, davalı bankaya ait bir şubede yönetmen olarak çalışırken fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle haklı olarak iş sözleşmesini feshettiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ile fazla çalışma, yıllık ücretli izin ve jestiyon primi alacağı istemiştir. ... Mahkemece, davacının ücretlerini alamadığından haklı nedenle iş akdine son verdiği, tazminat, fazla çalışma ücreti ve izin ücreti bakımından hukukçu bilirkişiden, jestiyon primi bakımından da uzman bankacı bilirkişiden alınan raporların usul ve yasaya uygun olduğu, gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir... Davacının fazla çalışma yapıp yapmadığı ve yıllık 270 saati aşan çalışması olup olmadığı değerlendirilip ortaya çıkan sonuca göre feshin haklı nedenle yapıp yapılmadığı tartışılıp sonuca gidilmesi gerekirken, yazılı şekilde davacının fazla çalışma ücreti ve kıdem tazminatı taleplerinin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."²⁹

2. İşe İade Davaları

Uygulamada işe iade davalarında pek çok hususta bilirkişiyne başvurulduğu görülmektedir. Yargıtay'ın bir kararına göre, "... Dosya üzerinden alınan bilirkişi raporu söz konusu fesih nedenlerini irdeler

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt, s.463-464.

²⁸ Bozkurt, s.464.

²⁹ Yarg. 9. HD., 23.9.2013, E. 2011/28268, K.2013/23397. (Kişisel arşiv)

nitelikte değildir. Aralarında insan kaynakları ile işletme ekonomisi alanlarında uzman olan ve hukukçu bilirkişilerin de bulunduğu bilirkişi heyetiyle birlikte davalı işyerinde keşif yapıp konuyla ilgili bütün kayıt ile belgeler incelenmeli, fesih öncesi ve sonrası işe alınan ve çıkarılanların görev tanımları incelenmeli, feshin keyfi olup olmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı feshe son çare olarak başvurulup başvurulmadığı hususlarında denetime elverişli açık ve ayrıntılı rapor alınmalıdır. Bu yapılırken de özellikle işletmesel kararın davacının iş gücüne ihtiyacı ortadan kaldırıp kaldırmadığı, davacının mevcut veya makul süreli bir eğitimle kazanabileceği özellikleri itibariyle istihdam edilebileceği açık başka pozisyon ya da pozisyonların bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Belirtilen esaslara aykırı olarak ek-sik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”^{30,31}

³⁰ “Davacı vekili; 06/08/2004 tarihinde Mali İşler Departmanında muhasebe uzmanı olarak çalışmaya başladığı Zentiva A.Ş. işyerinin Deva Holding A.Ş.ne devir edilmesinden sonra 25/02/2011 günlü yazı ile çalışma yerinin Çerkezköy olarak bildirilmesine rağmen yaklaşık 45 gün sonra 12/04/2011 günlü görevlendirme yazısı ile 20/04/2011 tarihinden itibaren çalışmasına Halkalı-İstanbul adresinde bulunan Holding binasında devam etmesi gerektiğinin bildirilmesi üzerine, 15/04/2011/7033 sayılı noter ihtarı ile çalışma yeri değişikliğini kabul etmediğini bildirmesi üzerine 19/04/2011 günlü fesih ihtarı ile iş sözleşmesinin geçersiz ve haksız olarak fesih edildiğini, davalı işyerinin diğer tesisinde aynı pozisyonda çalışan İlhan Sülün’e merkezde çalışma daveti yapılmadığı ve aynı durumda çalışmasına Çerkezköy’de devam ettiğini, bu nedenlerle fesih işleminin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini istemiştir.” Yarg. 9.HD., 2.5.2013, E. 2012/34351, K.2013/13252. (Kişisel arşiv)

³¹ Yargıtay’ın bir başka kararına göre, “Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkette 23.01.2006-23.01.2012 tarihleri arasında çalıştığını, iş sözleşmesinin yeni yapılanma nedeni gösterilerek feshedildiği, söz konusu feshin gerek fesih nedenin geçersiz olması gerekse fesih yasa dışı olduğundan usule uyulmamış olması nedeni ile fesih işleminin iptali ve müvekkilinin işe iadesini talep etmiştir...Yargılama sırasında mahkemece yalnızca davacının çalışmakta olduğu Adana Bölge Müdürlüğü işyerine ait fesihten 2 ay sonrasına ilişkin çalışan sayısını gösterir liste getirildiği görülmektedir. Ancak davalının feshin son çare olması ilkesine uygun davranıp davranmadığını denetlemek için bu belge yetersizdir. O halde öncelikle davalı işverenin fesihten önceki ve sonraki altışar aylık tüm dönem bordroları dosyaya getirilmeli, sonra aralarında insan kaynakları ile işletme ekonomisi alanlarında uzman olan ve hukukçu bilirkişilerin de bulunduğu bilirkişi heyetiyle birlikte davalı işyerinde, gerekirse talimat yoluyla şirket merkezinde keşif yapıp konuyla ilgili bütün kayıt ve belgeler incelenmeli, işverenin işletmesel kararını tutarlı uygulayıp uygulamadığı, feshin keyfi olup olmadığı ve feshin kaçınılmaz olup olmadığı ile feshe son çare olarak başvurulup başvurulmadığı hususlarında denetime elverişli açık ve ayrıntılı rapor alınmalıdır. Bu yapılırken de özellikle işletmesel kararın davacının iş gücüne ihtiyacı ortadan kaldırıp kaldırmadığı, davacının mevcut

Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "Davacı vekili, iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle haklı ve geçerli bir neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, boşta geçen süre ücret ile diğer haklarının belirlenmesini ve en az bir yıllık sendikal tazminatın tahsilini istemiştir. Somut olayda, davacının, fesih bildiğinde ve tutulan tutanak ile işverence hazırlanan raporda belirtilen, davacı tarafından da savunmasında kabul edilen olumsuz davranışının, iş güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediği, kendisi, diğer işçiler ve işyeri hakkında işin güvenliği yönünden bir tehlike meydana getirip getirmediği hususunda iş güvenliği uzmanı ve hukukçu bilirkişilerden rapor alınarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Kabule göre de, sendikal tazminatın işe başlama şartına bağlanması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirir."³²

Yargıtay'ın diğer bir kararına göre, "Somut olayda, iş sözleşmesi, davacının ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının sakıncalı olduğunun sağlık kurulu raporuyla sabit olması ve sağlık kurulu raporuna uygun çalışabileceği başka bir iş bulunamaması gerekçesi gösterilerek işverence feshedilmiştir... Dairemizin 22.01.2013 tarihli bozma kararında, insan kaynakları uzmanı ve işletme yönetimi uzmanından oluşturulacak bilirkişi kurulu marifetiyle incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekli yönler ayrıntılı belirtilmiştir. Mahkemece, bozma ilamına uyulmasına karar verilmesine rağmen, bozma ilamında belirtilen uzmanlıklara sahip olmayan makine mühendisi, mali müşavir ve hukukçu bilirkişilerden oluşturulan heyet marifetiyle inceleme yaptırılmış, söz konusu bilirkişi kurulu raporu hükme esas alınarak karar verilmiştir. Mahkemece, bozma ilamına uyma kararı verilmesiyle, bozma gereğinin yerine getirilmesi yükümlülüğü doğmuştur. Bu halde, Dairemizin 22.01.2013 tarihli bozma kararı doğrultusunda, belirtilen alanlarda uzmanlığa sahip kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulu marifetiyle inceleme yapılarak bir karar verilmelidir. Yazılı

veya makul süreli bir eğitimle kazanabileceği özellikleri itibariyle istihdam edilebileceği açık başka pozisyon ya da pozisyonların bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Belirtilen esaslara aykırı olarak eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9. HD., 23.5.2013, E.2012/38197, K.2013/15689). (kişisel arşiv).

³² Yarg. 22.HD., 10.7.2014, E.2014/14380, K.2014/22340. (Kişisel arşiv).

şekilde bozma kararına uyulmasına rağmen, bozma gereğinin yerine getirilmemesi hatalı olup, kararın bozulmasını gerektirmiştir.”³³

3. Asgari İşçilik Oranının Belirlenmesi

Asgari işçilik oranının tespiti özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için, bu belirlemenin yapılabilmesi amacıyla hâkimler bilirkişiye başvurmuştur. Yargıtay’ın bir kararına göre, “Asgari işçilik uygulamasına ve kayıt dışı çalıştırma tespitine dair uyuşmazlıkların sağlıklı çözümlü için kayıt ve defterler üzerinde inceleme yapılması, faturaların doğruluğunun ve niteliğinin belirlenmesi, incelemeye konu işin (sektörün) özelliklerine göre işçilik miktarının ve asgari işçilik oranının tespiti gerekir. Bu hususların incelenmesi ise özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden; HMK’nın 266. maddesine göre asgari işçiliğin teknik usullerle saptanmasını bilen bir hukukçu, serbest muhasebeci mali müşavir/yeminli mali müşavir ve asgari işçilik incelemesine konu iş (sektör) konusunda bilgi sahibi mühendis/işletmeci/yönetici vb. bir bilirkişi olmak üzere üç kişilik bilirkişi kurulundan açıklayıcı ve denetime elverişli rapor alınmalıdır.”³⁴⁻³⁵

4. Hizmet Tespiti ve İtibari Hizmet Süresinin Tespiti

Uygulamada hizmet tespiti ve itibari hizmet süresinin tespitine yönelik uyuşmazlıklarda da bilirkişiye başvurulmaktadır. Yargıtay’ın bir kararına göre, “Dava, Kurum işleminin iptali, hizmet tespiti ve menfi tespit istemine ilişkindir... Tüm vergi beyannameleri, kapasite, (gerektiğinde keşif yapılarak tespit edilecek) işyeri mekan ve büyük-

³³ Yarg.22.HD., 23.09.2014, E. 2014/20683, K.2014/25220. (Kişisel arşiv).

³⁴ Yarg.10.HD., 20.1.2014, E.2012/11430, K.2014/638. (Kişisel arşiv).

³⁵ “Mahkemece, dava konusu işle ilgili asgari işçiliği teknik usullerle saptamasını bilen bir hukukçu bilirkişi ve ilgili meslek odalarından getirilecek listede yer alan kişiler arasından seçilecek bir inşaat mühendisi ve bir muhasebeci (mali müşavir) seçmek suretiyle oluşturulacak üç kişilik heyet ile mahallinde inceleme yapılarak, işyerinin araç ve makine varlığı belgeler üzerinde araştırılarak işin ağırlıklı olarak insan emeğiyle mi yoksa makine gücüyle mi yapıldığı, ihaleli işin birden fazla konuyu kapsıyor olması nedeniyle her bir işe ait asgari işçilik oranı dikkate alınarak işçilik oranı saptanmalı, bilirkişiler tarafından belirlenen işçilik oranının Kurumca belirlenen orandan daha düşük olması halinde bilirkişilere bunun gerekçesi ve nedenlerini açıklattırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yetersiz rapora göre karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Yarg.10.HD., 20.10.2014, E. 2014/20654, K. 2014/24545. (Kişisel arşiv).

lüğü/fiziki şartları, ciro, elektrik, su tüketimi ve her türlü veri gözetilmek suretiyle çalışması gereken sigortalı sayısı, gerektiğinde alanında uzman ilgili meslek mensubu, mali müşavir ve hukukçudan oluşan bilirkişi heyetinden rapor alınarak belirlenmeli, bu raporda dava konusu dönemdeki dönem bordrolarında çalıştığı bildirilen sigortalı sayısı ile de karşılaştırma yapılmalıdır.”³⁶

Yargıtay’ın bir kararına göre, davacının davalı işveren yanında çalışmaları kapsamında 01.10.2008 tarihi öncesi itibari hizmet süresinin tespiti ve sigortalılık sürelerine eklenmesi istemine ilişkin bir davada, davacı işçinin işyerinde yapmakta olduğu işin niteliğine göre hangi zararlı etkenlerden ne şekilde etkilendiği hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde açıklığa kavuşturularak, varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.³⁷⁻³⁸

³⁶ Yarg. 10. HD., 12.5.2014, E.2014/5958, K.2014/10464. (Kişisel arşiv).

³⁷ “Mahkemece, Yozgat şeker fabrikasında keşif yaptırılarak, işyerinde yapılan işin niteliğine göre, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın Ek 5/IV. maddesindeki şeker sanayi işyerinin, sigortalının çalıştığı yerle ilgili olarak, 1-Çelik, demir ve tunç döküm, 2-Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerde, 3-Patlayıcı maddeler yapılmasında, 4-Kaynak işlerinde çalışanların itibari hizmet süresinden yararlandırılması gereğine ilişkin koşulların oluşup oluşmadığı, elektrik atölyesi ve elektrik atölyesi ile ilgili teknik ve yardımcı birimlerin birbirlerine bağlantı ve uzaklıkları ile bir bölümdeki fiziksel dış etkenlerden diğer bölümlerdeki çalışanların etkilene dereceleri de belirlenerek, davacı işçinin işyerinde yapmakta olduğu işin niteliğine göre hangi zararlı etkenlerden ne şekilde etkilendiği hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde açıklığa kavuşturularak, varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, sadece Kayseri şeker fabrikasındaki keşifte hazır edilen bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” Yarg.10.HD., 14.1.2014, E. 2013/5506, K.2014/185. (Kişisel arşiv).

³⁸ “Davacı, çalıştığı işyeri ve yaptığı iş itibarıyla 506 sayılı Yasanın ek 5. maddesi gereğince itibari hizmet süresinden yararlandırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir. Dosyaya ibraz edilen ve aynı heyet tarafından düzenlenen Kayseri 2. İş Mahkemesi 2011/4 D.İş sayılı dosyası ile alınan bilirkişi raporunda ise Kayseri şeker fabrikasında ölçü kontrol bölümünün yasadaki belirtilen etkileşimi yarattığı ve ölçü kontrol bölümünün itibari hizmetten sayılması gerektiği kanaati bildirilmiştir. Aynı heyet tarafından Kayseri şeker fabrikasında yapılan keşifle düzenlenen iki rapor arasında açık çelişki bulunması nedeniyle bilirkişi raporunun hükme esas alınarak karar verilmesi isabetsiz olmuştur. Mahkemece, kimya ve makine mühendisi ile hekim ve hukukçu bulunan yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak davalı fabrikada tekrar keşif yapılmalı, 506 sayılı Yasanın Ek 5. maddesi hükümünde belirtilen koşulların ölçü kontrol bölümünde çalışan davacı açısından gerçekleşip gerçekleşmediği, ölçü kontrol bölümünün itibari hizmetten sayılıp sayılmayacağı hususlarında yeniden rapor alınarak mevcut çelişki giderildikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir.” Yarg.10.HD.,24.6.2014, E.2014/11813,

5. Kusur tespiti

Bilirkişi konu ile ilgili maddi unsurları tespit eder, mahkeme dosyasını okur, literatür araştırması yapar ve gerekli durumlarda kendisinden istenen araştırmanın kapsamı ve içeriği ile ilgili mahkemedeki bilgi alır. Diğer bir ifade ile bilirkişi yalnız maddi unsurlar ile ilgili bilgi verebilir. Kusur konusunda hâkimin karar vermesi gerekir. Almanya’da kusur kelimesi için bilirkişilik için yasak bir kavramdır. Nitekim kusuru ancak hâkim tespit eder.³⁹

Buna karşın bizim uygulamamızda kusur tespitinin bilirkişilere bırakıldığı görülmektedir. Yargıtay kararlarına göre, işverenin kusurlu olup olmadığı, varsa kusur oranı, uzman bilirkişiler tarafından düzenlenecek kusur raporu ile tespit edileceği yönü tartışmasızdır.⁴⁰⁻⁴¹

K.2014/15569. (Kişisel arşiv).

³⁹ Bu bilgi Almanya çalışma ziyareti sırasında Hamburg İş Mahkemesi hâkimleri tarafından verilmiştir.

⁴⁰ “Manevi tazminat davasında, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği, genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konuda bilirkişiye gidilmeden, tarafların meslek hastalığının ortaya çıkmasında kaçınılmazlık olgusunun varlığına ilişkin beyanları yeterli görülme suretiyle bilirkişi yerine geçilerek sorunun çözümlendiği görülmektedir. Öte yandan maddi tazminat davasında SGK tarafından bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin ve varsa Kurumca ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin rücu edilebilir bölümünün indirimi gerekli olup, rücu edilebilir bölümün bulunup bulunmadığının belirlenmesinin ise özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konu olduğu, taraf beyanlarıyla değil, ancak bilirkişiye gidilerek alınacak kusur raporu sonrasında belirlenebileceği ortadadır. Hal böyle olunca da manevi tazminat davasındaki, usulünce alınmış bir kusur bilirkişi raporuna dayanmayan, davanın taraflarının beyanları ile ortaya çıkan kaçınılmazlığa ilişkin değerlendirmenin, görülmekte olan maddi tazminat davasında hükme esas alınmayacağı ortadadır.” Yarg.21.HD., 13.11.2014, E.2014/19981, K.2014/23725. (Kişisel arşiv).

⁴¹ Yargıtay’ın bir kararına göre, “Davacı iş akdinin feshinin haklı nedene dayanmadığını iddia etmiştir. Davalı ise davacının sorumlu olduğu işi yaparken gerekli önlemleri almadığını, bu nedenle işyeri reklam müdürünün kullandığı araçta hasar meydana geldiğini, bu hasarın davacının 30 günlük brüt ücretinden fazla olduğunu, bu gerekçe ile feshin haklı nedene dayandığını savunmuştur. Bozmadan önceki Mahkeme karar gerekçesi incelendiğinde; davalı tarafça olay anını kayıt altına alan kameralara ait görüntülerin Mahkeme bilgisayarında açılmadığı yazılı ise de Dairemizce bu CD’nin incelenmesinde olay anını gösteren kayıt olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece yapılacak iş; dosya içerisinde bulunan CD’yi bizzat incelemek veya bu CD’nin çözümünü yaptırmak, ardından aralarında iş güvenliği uzmanı ve makine mühendisi ve hukukçu bilirkişinin de bulunduğu üçlü bilirkişi heyetinden davacının olayda kusurunun bulunup bulunmadığı, kusurunun bulunması halinde, belirlenen kusur durumuna göre zararın davacının 30 günlük brüt ücretini aşıp aşmadığını tespit ettirmektir. Davacının kusur durumu açıkça ortaya konmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup

Yargıtay'ın bir kararına göre, "Dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir... Davalının tazmin ile sorumlu olacağı kurum zararının belirlenmesi için yapılan işin ve somut olayın özelliğine göre, hangi önlemlerin alınması gerektiğinin, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığının ve alınmış önlemlere sigortalının uyup uymadığını irdeleyen, kusur incelemesi yapılması gerekli olup, kusur raporunu düzenleyen bilirkişi heyetinin konusunda ehil iş güvenliği uzmanlarından oluşması gerektiği gibi heyeti oluşturan bilirkişilerin uzmanlık konularının da olaya uygun meslek gurubundan olması hususu kaçınılmazdır."⁴²

Uygulamada iş kazalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda kusur değerlendirmesi yönünden kazanın meydana gelmesine etken hususların tespiti için bilirkişiye gidilmektedir. Kazadan hemen sonra olay mahallinde bilirkişi ile birlikte incelemelerde bulunularak mevcut delillerin kaybolmadan kayıt altına alınması ve gerekli tespitlerin yapılması önemli olması nedeniyle hâkim ve cumhuriyet savcılarının, bilirkişinin görevinin kapsamını açıkça belirleyerek hangi konularda rapor hazırlaması gerektiğini net bir şekilde belirtmesi gerekir. Ancak bilirkişi sadece özel ve teknik bilgi gerektiren hususlara ilişkin bir değerlendirme yapmalıdır. Nitekim kusur oranının tespiti, hukukî değerlendirme kapsamında kaldığından bilirkişiden kimin ne oranda kusurlu olduğu konusunda bir tespit istenmemelidir.⁴³

bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9.HD., 24.2.2014, E. 2013/16818, K.2014/574). (Kişisel arşiv).

42 "Davaya konu somut olayda; Mahkemece hükme esas alınan ve davalının %100 kusurlu olduğu kanaati bildirilen 30.10.2012 tarihli raporun; Maden Mühendisi, Makine Mühendisi ve Hukukçu bilirkişilerden oluşan heyet tarafından verildiği, Hukukçu bilirkişi tarafından davalının %70 kusurlu olduğu kanaati ile muhalefet şerhi konulduğu, hak sahipleri tarafından açılan 2009/487 Esas sayılı dosyanın temyiz incelemesinde olup henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. O halde yukarıda yapılan açıklamalar ışığında Mahkemece yapılacak iş, tazminat davasının kesinleşmesi halinde, hükme dayanak alınan kusur raporunun denetlenerek oluşa uygun bulunması durumunda itibar edilmeli, aksi halde, trafik iş kazasının gerçekleştiği iş kolu ile işçi sağlığı ve iş güvenliği alanında uzman kişilerden seçilen bilirkişi kurulundan yukarıda sıralanan maddi ve hukukî olgular ışığında yeniden rapor alınarak, tüm deliller birlikte değerlendirilip hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir." Yarg.10.HD.14.1.2014, E.2013/6596, K.2014/266. (Kişisel arşiv).

43 İş Hukuku Ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu Sonuç Bildirisi, 16-17 Mart 2015, <http://www.higm.adalet.gov.tr/pages/izmirsonucbildirisi.pdf>.

6. İdari Para Cezaları

Uygulamada iş mevzuatına ilişkin düzenlemelere aykırılık nedeniyle idari para cezaları ile ilgili hukuksal birçok konuda hâkimlerin sıklıkla bilirkişiye başvurduğu ve idari para cezalarının hukuka uygunluk denetimini bilirkişiden talep ettiği görülmektedir.⁴⁴ Her ne kadar konunun teknik yönü bulursa da, usul hükümleri uyarınca söz konusu uygulamaların mevzuata uygun olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁵ Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişiliğe ilişkin genel düzenlemeleri ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 62. maddesi ve devamında bilirkişinin oy ve görüşünün alınması gereken haller özel veya teknik bilgiyi gerektiren haller olarak düzenlenmiş olup, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi incelemesine gidilmesi mevzuata aykırıdır (CMK md.63/1, HMK md.266).⁴⁶

B. Özel Ve Teknik Bilgi Gerektiren Konularda Uzman Bilirkişi

Bilirkişi uyuşmazlığın hukukî değil, maddi yönü ile ilgili rapor hazırlamak zorundadır. Bu çerçevede bilirkişi özel veya teknik bilgileri mahkemeye iletmekle yükümlüdür.⁴⁷ Bir davanın çözümü, anlaşılabilmesi, uyuşmazlığa ilişkin doğru değerlendirme yapılabilmesi için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulabilmektedir. Özel ve teknik konularda hâkimden maddi vakıayı tespit beklenemeyeceği için bu görev bilirkişilere bırakılmıştır.⁴⁸ Teknik; fizik, kimya, matematik gibi kanıtlanmış bilim dallarını iş alanında uygulama işi, teknik bilgi; bu uygulamayı yapmaya yeterli bilgi, özel bilgi ise; hukuk bilimi dışındaki belli bir bilim dalının ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi olarak tanımlanabilir.⁴⁹

⁴⁴ Bkz. Yarg.11.2.2014, E.2013/6927, K.2014/2291; Yarg.10.HD.,20.3.2008, E.2008/107,K.2008/3778; Yarg. 21.HD., 18.4.1996, E.1996/982, K.1996/2355.

⁴⁵ Ufuk Aydın/Burcu Ezer, "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezaları", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2014/43, s.29.

⁴⁶ Aydın/Ezer, s.29.

⁴⁷ Tanrıver, Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler, s.576; Çayan, s.18-19.

⁴⁸ Başterzi, s.227-228; Tanrıver, Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler, s.576-577; Çayan, s.19.

⁴⁹ Başterzi, s.227-228.

Teknik ve özel bilgiyi ilişkin bu tanımlamalar yapılabilmekle birlikte, özel ve teknik bilgi gerektiren konuların neler olduğu konusunda somut bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu nedenle için her somut olayda bu konu ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁵⁰ Örneğin iş kazası sonucunda işçinin çalışma gücü kaybının tespiti, maluliyet oranı⁵¹ ya da işverenin işyerinde alması gereken teknik önlemlerin neler olduğu hâkimin hukukî bilgisi ile çözemeyeceği özel ve teknik bilgi gerektiren konulardır.⁵²

Yargıtay'ın bir kararına göre, "...davacının davalı şirkete ait bilgileri üçüncü kişilerle paylaşıp paylaşmadığı hususlarının bilgisayar konusunda uzman teknik bilirkişi raporu ile tespit edilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."⁵³

Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, "Somut olayda, davacı radyoloji teknisyeni olarak davalı işyerinde çalıştığını, Radyoloji Radyum ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname hükümlerine tabi olduğunu; davalı ise davacının röntgen teknisyeni olmasına rağmen röntgen cihazında değil Emar cihazında çalıştığını belirterek söz konusu tüzük kapsamında olmadığını iddia etmiştir. Mahkemece, radyoloji uzmanı bilirkişi aracılığıyla davacının çalıştığı yerde keşif yapılarak, uyumsuzluk konusu tüzük kapsamında olup olmadığı açıklığa

⁵⁰ Özbey, s.8.

⁵¹ Yarg. 21.HD. 15.9.1998, 1998/5447, bkz. Çayan, s.19, dn16.

⁵² Yarg. 21. HD., 11.3.1999, 1999/1665, bkz. Çayan, s.19, dn.18

⁵³ "Davacı, iş sözleşmesinin işverence haksız olarak fesh edildiğini ileri sürerek, ihbar ve kıdem tazminatı istemiştir. Somut olayda, davalı şirket 13.12.2011 tarihli fesih ihtarnamesinde, 11.12.2011 tarihinde üç ayrı mail (e-posta) ile "E. Ç. (... @hotmail.com) isimli şahısa müşterilerin gizli olan bilgilerini, iletişim bilgilerini, şirkete ait sırları üçüncü kişilerle paylaştığı, aynı zamanda imzaladığı haksız rekabet etmeme sözleşmesine aykırı davranarak şirketi zarara uğrattığı ve işverenin güvenini kötüye kullandığı gerekçesiyle davacının iş sözleşmesini 4857 sayılı Kanun'un 25/II-e maddesine istinaden fesh edildiğini belirtmiştir. Mahkemece, hukukçu bilirkişiden alınan rapor sonucunda, söz konusu mail (e-posta) adresinin davacının kendisine ait olduğu, davalı tarafın feshinin haklı sebebe dayanmadığı gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatının kabulüne karar verilmiştir. Mahkemece, davacının kendisine ait olduğunu iddia ettiği ve davalı şirkete ilişkin bazı bilgileri gönderdiği mail (e-posta) adresinin herhangi başka bir bilgisayardaki (yerdeki) kullanıcı tarafından açılıp açılmadığı, açılmış ise hangi bilgisayardan (yerden) açıldığı, ... uzman teknik bilirkişi raporu ile tespit edilmelidir." Yarg.22.HD., 18.11.2014, E. 2014/24648, K.2014/32319. (Kişisel arşiv).

kavuşturularak bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”⁵⁴⁻⁵⁵

C. Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Hesap Bilirkişiliği

İş uyuşmazlıklarının çözümünde hesap bilirkişiliği ve kusur bilirkişiliği önemli rol oynamaktadır. Hesap bilirkişiliğine işçilik alacaklarına ilişkin davalarda gerek görülmektedir.⁵⁶ Hesap bilirkişilerinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerini ve Yargıtay’ın iş dairelerinin uygulamalarını bilmeleri ve raporlarında bu hüküm ve kararları gözetmeleri gerekmektedir.⁵⁷ Hesap bilirkişileri Hukuk Mu-

⁵⁴ Yarg.22.HD., 27.11.2014, E.2013/23065, K.2014/33586. (Kişisel arşiv).

⁵⁵ Yargıtay’ın bir kararına göre, “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, planlanmış gelir haftalık ve haftalık yardım alacağı ile hisse senedi ikramiyesi alacaklarının ödetilmesidir... Somut olayda, hükme esas alınan ve hukukçu bilirkişi tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda, her bir alacak kalemi konusundaki hukukî değerlendirmeler mahkemenin takdirine bırakılmış, mahkemenin gerekçesinde de, bilirkişi raporuna atf ile yetinilmiş olup, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda dosyada bulunan deliller karar gerekçesinde tartışılmadan yazılı şekilde karar verilmiştir. Ayrıca mahkemece, davalı vekilinin bilirkişi raporuna karşı itirazları konusunda bilirkişiden ek rapor alınmadan ve anılan itirazlar karar gerekçesinde karşılanmadan sonuca gidilmiş olması da isabetsizdir. Öte yandan, davacının bir kısım taleplerinin özel ve teknik bilgi gerektiren hisse senetleri ile ilgili bulunmasına rağmen, bu konuda uzman olmayan bilirkişiden rapor alınması da hatalıdır. Bu durumda, aralarında hisse senetleri konusunda uzman olan bilirkişinin de bulunduğu bilirkişi kurulundan rapor alınarak ve dosyada bulunan tüm bilgi ve belgeler ile birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 9.HD., 23.9.2014, E.2013/16335, K.2014/25139. (Kişisel arşiv). Yargıtay’ın bir diğer kararına göre, “Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. ... Feshin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı ancak konusunda uzman bilirkişi marifetiyle yapılacak inceleme ve araştırma sonucunda belirlenmesi gerekir. Bu itibarla bozma ilamında belirtildiği üzere fesih nedeni gösterilen davranışın feshi haklı veya geçerli kılıp kılmadığının belirlenmesi için sistemin işleyişine ilişkin tüm kayıtlar davalı işyerinden getirildikten sonra CMS sisteminden anlayan konusunda uzman bilirkişiler refakatinde işyerinde keşif yapılarak standart uygulamalara göre fesih bildiriminde belirtilen sürenin hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de dikkate alınarak tüm deliller birlikte değerlendirilmek sureti ile feshin haklı ya da geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığı hususunda sonuca gidilmelidir. Bozma gerekleri yerine getirilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yarg.22.HD., 4.2.2014, E.2013/36752, K.2014/1371. (Kişisel arşiv).

⁵⁶ Bozkurt, s.463.

⁵⁷ Bozkurt, s.464.

hakemeleri Kanunu'nun 25 ve 26 ıncı maddelerindeki hükümlerle bağlıdır. "Taraflarca getirilme ilkesi"ni düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25 inci maddesine göre, "(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz." Hukuk Muhakemeleri Kanununun 26 ıncı maddesinde de "Taleple bağlılık ilkesi" düzenlenmiştir. Buna göre, "Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. (2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır."

İş hukukunda belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağına ilişkin tartışmalar olmakla birlikte, basit hesap işlemlerinin yapılması amacıyla hesap bilirkişilerine başvuru belirsiz alacak davalarını haklı hale getirmemektedir⁵⁸. Uygulamada hâkimin yapabileceği basit hesap işlemleri dahi bilirkişiye gönderilebilmektedir. Ancak bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılması için yeterli değildir.⁵⁹ Yargıtay'ın bir kararına göre, "... Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen davacı dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılmaz."⁶⁰

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına göre, "... bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesinin, alacağın likit olup olmadığı ile ilgili başlı başına bir kıstas olarak kabul edilmesi de doğru değildir. Çünkü mahkeme uygulamasında "hesap işi", çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerden olduğundan borçlunun, kendi başına hesaplayabilecek durumda olduğu asıl alacak ve temerrüt faizine

⁵⁸ Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.412.

⁵⁹ Simil, s.225. Yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacak için belirsiz alacak davası açılması gerektiği konusunda bkz. Şahin Çil/Bektaş Kar, 6100 Sayılı HMK'ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, Ankara 2012, s.53 vd.

⁶⁰ Yarg. 22. HD., 2.2.2015, E.2014/35731, K.2015/2060. (Kişisel arşiv).

itiraz etmesi halinde, mahkemenin, alacaklının alacağıнын miktarını, bizzat tespit etmeyip bilirkişi vasıtasıyla belirleneceğinden, likit olan bir alacağın sırf bilirkişi incelemesi yapıldığı gerekçesi ile likit sayılmaması doğru olmayacaktır.”⁶¹

Hesap bilirkişisi raporu düzenlerken hâkimin kendisinden istediği ve taraflar arasında ihtilaflı olan konularda araştırma ve hesaplama yapmalıdır. Talebin aşılması, talep edilmeyen hususlarda hatırlatma yapılması mümkün değildir.⁶²

Yargıtay’ın bir kararına göre, “... alacak hesabına yönelik bilirkişi raporu iş yargılamasında davanın ispat araçlarından değildir. Mahkemece davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile davacının bilirkişi ücretini kesin süre içinde yatırmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.”⁶³

Yargıtay’ın bir kararına göre, “Davacı işçi, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, ihbar ve kıdem tazminatı ile fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, asgari geçim indirimi ve ödenmeyen ücret alacaklarını istemiştir. Somut olayda, hesap bilirkişisi tarafından hesaplanan fazla çalışma ücreti alacağından %50 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak kalan kısım hüküm altına alınmıştır.”⁶⁴

Yargıtay’ın bir diğer kararına göre, “Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma ve izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. ... Karara esas alınan hesap bilirkişisi tarafından düzenlenen raporda davacının giydirilmiş ücreti olarak mübrez bordrolardan davacının son günlük brüt ücretinin 34,73 TL olduğu, ücretine ek olarak alışveriş kartı, yemek ve servis yardımlarından yararlandığı gözetilerek davacının tazminata esas günlük brüt ücretinin 40,16 TL ve aylık brüt ücretinin 1.204,80 TL bulunduğu halde davacının kıdem ve ihbar tazminatı hesabını aylık brüt 1.517,01 TL ücret esas olarak yapılması hatalı olmuştur.”⁶⁵⁻⁶⁶

⁶¹ Yarg. HGK., 17.10.2012, E.2012/9-838, K.2012/715; <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=14141>.

⁶² Bozkurt, s.465.

⁶³ Yarg. 9.HD., 19.9.2013, E.2011/27054, K.2013/23189. (Kişisel arşiv).

⁶⁴ Yarg.22.HD., 25.11.2014, E. 2013/24223, K.2014/33196. (Kişisel arşiv).

⁶⁵ Yarg. 22.HD., 20.5.2014, E.2013/12003, K.2014/13514. (Kişisel arşiv).

⁶⁶ Yargıtay’ın bir kararına göre, “Davacı, tır şoförü olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin

İş mahkemelerinde işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda iş mahkemesi hâkimleri alacak miktarlarının hesabı konusunda bilirkişilere başvururken, Alman uygulamasında hâkimler bu hesabı kendileri yapmaktadır. Bu bağlamda Almanya'da hesap bilirkişiliği uygulaması yoktur. Ancak ülkemizde iş mahkemeleri hâkimlerinin iş yükü nedeniyle bu hesapları kendilerinin yapabilmeleri mümkün olmamaktadır. Yargılamada bu konudaki problemlerin ortadan kaldırılabilmesi için hâkimlerin dosya sayısının azaltılması, hâkimlerin uzmanlaşması ve uzmanlaştığı alanlarda yetkilendirilmelerinin isabetli olacağını düşünmekteyiz. Nitekim hâkimlerin konularında uzman olmaları, dosyaların daha çabuk sonuçlandırılmasını, hâkimlerin hukukî konularda bilirkişiye gitmeden hesaplama yapabilmelerini ve bilirkişiye gidilmesi, raporun beklenmesi, itiraz prosedürü gibi bir sürecin yaşanmaması nedeniyle yargılamanın hızlanmasını sağlayabilecektir. Bununla birlikte hesaplama konusunda mahkemelerde uzman personel istihdamına yönelik çalışma yapılabilir. İhsası rey müessesesinde de bazı değişikliklerin yapılması isabetli olabilir. Örneğin hâkim tarafından hesaplama yapılması ve yapılan hesaplamanın hükümden önce tarafların incelemesine sunulması ihsası rey sayılmamalıdır. Nitekim hâkimin beyanı sadece hesaba yönelik olacaktır. Hâkim, hükme

haklı neden olmaksızın işverence feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile izin, fazla çalışma, hafta tatili, ikramiye alacağı ve genel tatil alacaklarını istemiştir. ... Somut olayda; tır şoförü olarak çalışan davacının takograf kayıtları teknik bilirkişi tarafından çözümlenmiş, davacının işten ayrıldığı tarihe kadar toplam 3385 saat yasal çalışma süresini aştığı tespit edilmiştir. Hesap bilirkişisi teknik bilirkişi tarafından düzenlenen rapordaki tespitleri dikkate alarak 2009-2011 yılları arası fazla çalışma ücretini hesaplamıştır. İşçinin yerine getirmekte olduğu işin niteliği gereği ve kanuni düzenlemelere göre kullanıldığı anlaşılan takograf kayıtlarının fazla çalışma alacağı değerlendirilirken dikkate alınması gerekir. Bu sebeple fazla çalışma alacağının kabulü yerine mahkemece yazılı gerekçe ile reddi isabetli olmamıştır." Yarg.22.HD., 26.6.2014, E. 2013/15993, K.2014/19530. (Kişisel arşiv). Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, "... davacının çalıştığı işyerindeki ihale sözleşmeleri ve bu sözleşmenin feshine ilişkin kayıt ve belgeler dosya içine alınmalı, ihale sözleşmesinin 17.11.2008 tarihinde feshedildiğinin anlaşıldığı halinde anılan tarihten sonra davacının aynı işyerinde fiilen çalışmasını sürdürüp sürdürmediği belirlenerek davacının davalı işyerindeki çalışma süresi tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmalı, fazla çalışma isteği hakkında davacının iddiası ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesindeki ara dinlenmelere ilişkin hükmü de gözetilmek suretiyle gerekirse hesap bilirkişisinden dava konusu alacakların hesaplanması için ek rapor alınarak dosyadaki tüm deliller yeniden bir değerlendirilmeye tabi tutulup sonucuna göre bir karar verilmelidir. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur." Yarg. 22.HD., 20.2.2014, E. 2013/2056, K.2014/3309. (Kişisel arşiv).

yönelik olarak görüş beyan etmeyecektir. Bu durumun hem hâkimin hesap için bilirkişiye başvurmaması hem de tarafların hâkimin yapmış olduğu hesaba karşı beyanda bulunabilmesi açısından yararlı olabileceği kanaatindeyiz.

Hâkimlerin mevcut iş yükleri dikkate alındığında özellikle iş davalarının yoğun olduğu büyük şehirlerde hâkim yardımcılığı gibi bir müessesesinin bir an önce hayata geçirilmesi de bir öneri olarak getirilebilir. Bu durum bilirkişilerin hukukî konuda değerlendirme ve tespitte bulunmalarının hukuka aykırı olduğuna ilişkin gibi birçok itirazın ortadan kaldırılmasını sağlayacaktır.⁶⁷

D. Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Hukukçu Bilirkişi

Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye gidilmemesi gerekmektedir. Hukukî sorunları hâkimin kendisinin çözmesi gerekmektedir. Ancak uygulamaya baktığımızda Yargıtay, ilk derece mahkemesi hâkimini bilirkişiye başvuru konusunda zorlamaktadır. Bu çerçevede yüksek mahkemenin, hâkimin hukukçu bilirkişiye gitmesini bir zorunluluk haline getirdiği görülmektedir.⁶⁸⁻⁶⁹

Yargıtay'ın bir kararına göre, "Hukukçu bilirkişi tarafından düzenlenen raporda bu yönde değerlendirmelerde bulunulmuş ancak konunun muhasebeci bilirkişi tarafından ele alınması gerektiği açıklanmıştır."⁷⁰

⁶⁷ İş Hukuku Ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu Sonuç Bildirisi, 16-17 Mart 2015, <http://www.higm.adalet.gov.tr/pages/izmirsonucbildirisi.pdf>.

⁶⁸ Tanrıver, Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler, s.579-580; Başterzi, s.228-230.

⁶⁹ Bazı Yargıtay üyeleri ile yapılan görüşmelerde Yargıtay'ın bu doğrultuda karar vermesinin sebebinin kaliteli ve uzman hukukçu yetişmemiş olması olabileceği, bazı hâkimlerin bilirkişiyi görevleri konusunda aydınlatmaması nedeniyle bilirkişinin raporunun yetersiz olması ve rapor doğrultusunda verilen karara güvenilmemesi, bazı hususlarda hukukçu olmayan kişilerden alınan raporların yeterli olmaması gibi nedenlerin olabileceği söylendi. Alanında uzman kaliteli hukukçuların yetişmesi, hukukçu olmayan bilirkişilerin hâkimler tarafından hazırlanması gereken raporun kapsamı hakkında net bir şekilde bilgilendirilmesi ve bilirkişiliğin kurumsal hale getirilerek bilirkişilerin nitelikleri konusunda güven sağlanması ile Yargıtay'ın bu içtihatlarından dönmesinin sağlanabileceği ifade edildi.

⁷⁰ "...Davacı ve karşı davalı işçi açmış olduğu bu davada, ücret ve izin alacaklarını

Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, "Davacı, davalıya ait iş yerinde vekil müdür olarak çalışırken iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla çalışma ve munzam sandığı alacağı istemiş, yargılama sırasında munzam sandığı alacağı talebinden vazgeçtiğini açıklamıştır... Kararda davacıya isnat edilen fiillerin niteliği, bankacılık mevzuatı açısından değerlendirilmesi ve davacının sorumlulukları tartışılmamıştır. Mahkeme yapılacak iş, bankacılık mevzuatına hâkim 2 bilirkişi ile 1 hukukçu bilirkişiden oluşan kuruldan heyet raporu olarak sonuca gitmektir. Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı bozulmasına karar verilmiştir."^{71,72}

Her ne kadar Yargıtay hukukî sorunlar için de bilirkişiye başvuruya yönelik kararlar vermekte ise de, uygulamada Yargıtay'ın iş dairelerinin hukukî konularda bilirkişiye gidilmemesi yönünde karar vermesi ve hukukî sorunlarda bilirkişiye gidilmesini bozma sebebi yapması, böylelikle hukukçu bilirkişiye gitme zorunluluğunu öngören kararlardan vazgeçmesi, hâkimin hukukî konuda yeterli bilgiye sahip ol-

talep etmiş, davalı ve karşı davacı açtığı davada fazla ödenen ücretlerin tahsilini istemiştir. Mahkemece her iki davanın birleştirilmesine karar verilmiştir. ... Davalı ve karşı davacı işveren açmış olduğu ve bu dava ile birleştirilen davada davacı çalıştığı sürede yapılan fazla ödemeler sebebiyle toplam 21.867,18 TL'nin tahsilini talep ve dava etmiştir. Hukukçu bilirkişi tarafından düzenlenen raporda bu yönde değerlendirmelerde bulunulmuş ancak konunun muhasebeci bilirkişi tarafından ele alınması gerektiği açıklanmıştır. Mahkemece daha sonra alınan mali müşavir raporunda ise karşı davaya konu taleplerle ilgili bir değerlendirme yapılmamıştır. Kararın gerekçesinde de karşı davanın red nedeni açıklanmış değildir. Davacı işçiye davalı işverence yapıldığı ileri sürülen fazla ödemelerle ilgili eksik incelemeyle karar verilmesi de hatalıdır." Yarg. 9. HD., 25.6.2013, E. 2011/16585, K. 2013/19516. (Kişisel arşiv).

⁷¹ Yarg. 9. HD., 4.11.2013, E. 2011/39826, K.2013/28050. (Kişisel arşiv).

⁷² "Davacı, davalıya ait maden ocağında kepçe operatörü olarak çalıştığını, kullandığı kepçenin başka bir işçinin kusuru sonucunda zarar görmesine rağmen hasar bedelinin kendisinden tahsiline karar verildiğini iddia ederek, haksız işlemin iptalini istemiştir... Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, olayda davacının % 60 oranında kusurlu olduğu ve işverence yapılan kusur tespitinin hatalı olduğu sonucuna varılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir... Davacının sorumluluğuna neden olan olay, işyerinde davacının kullandığı kepçenin, diğer işçinin kullandığı TIR'a yüklenmesi sırasında meydana gelen maddi hasarlı iş kazadır. Olayın özelliğine göre; iş güvenliği uzmanı, teknik bilirkişi ve hukukçu bilirkişi refakate alınarak mahallinde keşif yapıp davacının sorumluluğunun tespit edilmesi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD., 13.1.2014, E. 2011/51516, K.2014/45. (Kişisel arşiv).

maması halinde bilimsel görüşlerden ve yargısal içtihatlardan yararlanarak sorunu çözmesi, hâkim sayısının artırılması ve hâkimlerin iş yoğunluğunun bu şekilde azaltılması durumunda hukukî konularda bilirkişiye gidilmesi uygulamasının sona erebileceği düşünülmektedir.⁷³ Kanaatimizce de söz konusu düşünce isabetli olup, bu durum bilirkişiye daha az başvurulmasını ve dolayısıyla yargılamanın hızlanmasını sağlayabileceği gibi, kanuna aykırı bir yola başvurulmasını da ortadan kaldıracaktır.

E. Bilirkişi Raporu Nasıl Olmalıdır?

1. Bilirkişi Raporu Denetime Elverişli Olmalıdır

Bilirkişi raporunun tarafların iddia ve savunmalarını karşılayacak nitelikte, ayrıntılı, açık ve denetime elverişli olması gereklidir. Bilirkişi raporunda sonuca nasıl ulaşıldığı açıklanmalı ve rapor gerek taraflarca gerek yargı makamlarınca anlaşılabilmesi ve raporun denetlemesi yapılabilmelidir.⁷⁴

Yargıtay'ın bir kararına göre, "Dosya içeriğine göre, işçilik alacaklarının hâkim tarafından hesaplanarak hüküm altına alındığı görülmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesinde, mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün konularda bilirkişiye başvurulamaz, düzenlemesi getirilmiştir. İşçilik alacakları değerlendirildiğinde, her ne kadar söz konusu alacakların hesaplanması hâkim tarafından yapılabilecek bir iş ise de, somut olayda olduğu gibi bu tür hesaplamaların alacakların niteliğine göre karmaşık hal alması da mümkündür. Mahkemece re'sen hesaplama yapılmasında mevzuata göre engel bulunmamakta ise de, bu hesabın denetime uygun ve hüküm vermeye elverişli olması da beklenir. Dosyada hâkim tarafından yapılan hesaplamada, hafta tatilinin fazla mesai ücreti içinde hesap edilmesi, ayrıca hafta tatili ücreti alacağının da hüküm altına alınması gibi bir takım hatalar mevcuttur. Mahke-

⁷³ Tanrıver, Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler, s.580; Özbey, s.12-13; Başterzi, s.230.

⁷⁴ Yarg.22.HD., 4.12.2014, E.2014/30835,K.2014/34440. (Kişisel arşiv).

mece dava konusu alacaklar usulüne uygun şekilde hesaplatılmak ve uzman bilirkişiye denetime elverişli rapor tanzim ettirilerek bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.”⁷⁵

Yargıtay’ın bir diğer kararına göre, “Hukukçu bilirkişiden alınan rapor denetime elverişli bulunmamaktadır. Bu nedenle 2004 yılı ve daha sonraki yıllara ait tüm bordrolar getirilmeli, hesap uzman bir bilirkişiye inceleme yaptırılarak, ikramiyenin temel ücrete yansıtılıp yansıtılmadığı açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik ve denetime elverişsiz bilirkişi raporu ile karar verilmesi isabetsizdir.”⁷⁶

2. Bilirkişi Raporu Genel İfadelere ve Soyut Verilere Dayanamalıdır

Bilirkişi raporu açıklayıcı ve somut verilere dayalı olmalıdır. Genel ifadelerden, soyut tespitlerden ve verilerden hareket eden, yetersiz bilirkişi raporuna dayalı hüküm kurulması isabetsizdir.⁷⁷ Bu bağlamda

⁷⁵ Yarg.22.HD., 20.11.2014, E.2014/28544 , K.2014/32600. (Kişisel arşiv.)

⁷⁶ “Davacı vekili, davacı işçiye davalı işveren tarafından kıdem tazminatının eksik ödendiğini, ihbar tazminatı ve ikramiye ile kullanmadığı yıllık ücretli izin karşılığı ücret alacaklarının ödenmediğini belirterek, fark kıdem tazminat, ihbar tazminatı, ikramiye ve yıllık ücretli izin alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir... Mahkemece 2004 yılı Ekim ayına kadar her ayın 15 inde ödenen ve yılda 8 kez verilen 45 günlük ikramiyelerin, Kasım 2004 ayından itibaren temel ücrete yansıtılmadığı ve davacının ikramiye alacağıının bulunduğu ve bunun aynı zamanda ücret farkı olduğu kabul edilmiştir. Hükme esas raporda bilirkişi, bordrolarda temel ücretin değişkenlik gösterdiğini saptamasına rağmen, yine de farkı hesaplamıştır. Dosyada bulunan bordrolara göre 2004 Ekim ayı ile 2004 Kasım ayı bordrolarının ikiye adet düzenlendiği birinde ücret miktarında değişiklik olmamakla birlikte diğerinde ödemenin farklılık arzettiği anlaşılmıştır.” (Yarg. 9. HD., 9.12.2013, 2011/37664, 2013/32120). Benzer kararlar için bkz. (Yarg. 9. HD., 11.4.2013, E. 2012/32860, K.2013/11837).

⁷⁷ “Eldeki davada mahkemece, uzun mesafeli seferler bakımından yapılan değerlendirmede, iki şoför ve bir muavinin çalışma süreleri belirlenirken şoförlerin haftalık çalışma saatlerinin 7,5 saatten fazla olduğu kabul edilmiş ise de; dava dosyasından davacı şirket bünyesinde çalışan şoförlerin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususunda herhangi bir araştırmanın yapılmadığı ve bu yönde somut bir verinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı şirket bünyesinde şoförlerin bilirkişilerin kabul ettiği şekilde fazla çalışmalarının olup olmadığının davalı Kuruma verilen belgelerden veya gerektiğinde davacının çalışanları veya aynı yerde benzer nitelik ve kapasitedeki işletmecilerin çalışanları dinlenmek suretiyle otobüs şoförlerinin fazla mesai yapıp yapmadıkları tespit edilmeli, özellikle

bilirkişi raporunun bilirkişinin görevi kapsamındaki uyuşmazlık konusu olayı aydınlatıcı nitelikte olması gerekmektedir.⁷⁸ Diğer bir ifade ile, bilirkişi, raporunu hâkimin kendisine yönelttiği soruları somut olarak tek tek cevaplandırarak şekilde, bilimsel dayanaklarını açık ve net olarak göstererek hâkimi ve tarafları ikna edici tarzda, özel ve teknik bilgi bakımından uzman olmayan hâkimin ve tarafların anlayabileceği şekilde, eksiksiz olarak yazmalıdır.⁷⁹ Bu bağlamda, bilirkişinin hazırladığı rapor hâkimin ve tarafların rapordaki formülleri ya da bilimsel kavramları veya matematiksel hesapları anlayabileceği şekilde sade bir dil ve terminoloji kullanılarak hazırlanmalıdır.⁸⁰

Bilirkişinin raporunda ulaştığı sonuçları hangi yöntemlerle ve bilimsel verilerle elde ettiğini göstermesi önem taşımaktadır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda raporun bilimsel verilere dayandırılması hususunu titiz bir şekilde değerlendirmektedir.⁸¹

davacıya ait otobüs seferlerinden hemen önce otopark giriş çıkış kayıtları araştırılmalı, buradaki otopark garaj amirliklerinde otobüste çalışanların isimleri olup olmadığı araştırılmalı gerektiğinde davacı nezdinde çalışmaları nedeniyle aylık bağlanan eski çalışanlar da dinlenmeli, ayrıca sonucuna göre elde edilen veriler değerlendirilmek suretiyle yeminli mali müşavir, hukukçu ve sosyal güvenlik uzmanından oluşturulacak bilirkişi kurulundan fark işçilik prim borcu olup olmadığı ve varsa müfettiş raporu ile paralel olup olmadığı ve fark var ise nereden kaynaklandığını da açıklayacak şekilde denetlenebilir bir rapor aldırılmak suretiyle bir karar verilmelidir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik araştırma ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Yarg.10.HD., 26.5.2014, E.2014/2969, K.2014/12726. Benzer yönde bkz. Yarg.10.HD., 8.7.2014, E.2014/9970, K.2014/16613. (Kişisel arşiv).

⁷⁸ "Dosya içeriğinden, davalı işyerinde muhasebeci olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin, yeniden yapılanma kapsamında, muhasebe personeline ihtiyaç kalmaması sebebiyle geçerli sebeple feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, mahkemece bozma ilamı üzerine iş ve sosyal güvenlik hukuku uzmanından rapor alınmak suretiyle sonuca gidilmiş ise de, bilirkişinin uzmanlık alanı dikkate alındığında tespit ve kanaatlerinin olayı aydınlatmaya yeterli olmayacağı açık olmakla, işletmesel karara ilişkin tüm belge ve bilgiler getirilmek suretiyle İnsan Kaynakları Uzmanı, İşletme Ekonomisi Uzmanı ve Muhasebeci Mali Müşavirden oluşturulacak bilirkişi kurulundan rapor alınarak, tüm deliller birlikte değerlendirildikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmesi isabetli görülmediğinden hükmün bozulması gerekmektedir." Yarg.22.HD., 14.1.2014, E. 2013/34772, K.2014/207. (Kişisel arşiv).

⁷⁹ Tanrıver, *Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler*, s.586.

⁸⁰ Çayan, s.86.

⁸¹ Çayan, s.89. Yargıtay'ın bir kararına göre, "Mahkeme iş kazasının oluşunda da-

3. Bilirkişi Raporu Çelişkili Olmamalıdır

Alman iş yargılamasında hâkim bilirkişi raporunun bilimsel olarak uygun olup olmadığını tespit etmek zorundadır. Bilirkişi raporu eksiksiz, çelişkisiz ve anlaşılır olmalıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, mahkeme gerekli görürse bilirkişiden ek rapor ister ya da itiraz konusu ile ilgili görüş bildirmesini talep eder. Gerek gördüğünde bilirkişiden sözlü savunma ister. Rapor kullanılmayacak durumda ise yeni bir rapor alır. Ancak ek bir rapor alınmasına çok istisnai olarak rastlanılmaktadır.⁸²

Buna karşın bizim uygulamamızda çelişkili raporlara maalesef sıklıkla rastlanmakta ve bu durum da yargılamaları uzatmaktadır. Çelişkili raporların nedeni hukuki konularda görüş farklılıkları ya da bilirkişilerin ekonomik menfaat temin etme arzusu olabilir. Nitekim uygulamada aynı tür davalarda bilirkişilik yapan kişilerin farklı dosyalar için farklı görüş içeren rapor düzenledikleri görülebilmektedir. Bunun sebebi de bilirkişinin taraflardan biri ile yakınlığı ya da ekonomik bir çıkar temini olabilir. Bunu engellemek amacıyla bilirkişiliğin kurumsallaşarak bağımsız bir hale getirilmesi önemlidir. Adalet Bakanlığı bünyesinde 27.11.2014 tarihinde Bakan oluru ile Bilirkişilik konusunda Bilim Komisyonu kurulmuştur. Bilirkişilik kurumunun yapısını değiştirmek ve var olan sorunları ortadan kaldırmak amacıyla kurulan komisyon çalışmalarına devam etmektedir.

Dava konusu ile ilgili hazırlanan bilirkişi raporları arasında değerlendirme ve sonuç yönünden çelişki bulunmamalı, rapor açık, tutarlı

valı tarafa hiçbir kusur ve sorumluluk yöneltilemeyeceğini söyleyen bilirkişinin görüşünü benimseyerek tazminat isteğinin reddine karar vermiştir. Buna karşı davacı taraf mahkemenin yetersiz bir rapora dayanarak hüküm tesis etmiş olduğunu ileri sürmüştür. Davacı işçinin baraj yaparken gözüne taş sıçraması yüzünden malul kaldığı davalı idarece kabul edilmiştir. Ayrıca davacıya çalışırken gözlük verilmemiş olduğu objektif delillerle sabit görülmüştür. Bilirkişi, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği çerçevesinde meseleyi bilimsel bir tahlile tabi tutmamıştır. Mahkemenin tüzükteki kurallar göz önünde tutulmaksızın düzenlenmiş rapora dayanarak tazminat isteğinin reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olduğundan bozulması gerekmektedir." Yarg. 9.HD., 15.5.1967, E.1967/2430, K. 1967/4123. Bkz. Çayan, s.89, dn.81.

⁸² Almanya çalışma ziyaretlerinde hâkimler tarafından açıklanmıştır.

ve inandırıcı olmalıdır.⁸³⁻⁸⁴ Çelişkili raporlara özellikle kusur tespitinde rastlanılmaktadır. Kusur bilirkişiliğinde birbirine aykırı raporların olması halinde, bu çelişki giderilmeli, çelişkilerin olmadığı bir rapor hazırlanmalı ve var olan aykırılık giderildikten sonra bir sonuca gidilmelidir.⁸⁵

⁸³ Çayan, s.84. Yargıtay' a göre, "Davacı, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığını ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşa geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur... Somut olayda; yapılan yargılamada mahkemece, davalı işyerinde makine mühendisi ve adli tıp uzmanı bilirkişiler eşliğinde icra edilen ilk keşif neticesinde düzenlenen bilirkişi raporunda, adli tıp uzmanı; mevcut iş yerinde ki iş koşullarında sürekli olarak çalışmanın davacının hastalığının ilerlemesi yönünde tehdit eder mahiyette olabileceği, mevcut sağlık koşulları gereği davacının belirtilen koşullarda yerinde çalışması mümkün olan birimin bulunmadığı açıklanmış; makine mühendisi tarafından hazırlanan raporda ise; davalı işyerinde üretim projesinde uzun süre ayakta durmayı gerektirmeyen bir iş olmadığı, oturularak yapılan işlerin sadece 20-25 dakika olabileceği, aşırı yük taşımayı gerektiren işlerin olmadığı, el ile taşınması gereken yüklerin azami 13 kg olduğu belirtilmiştir. Mahkemece, düzenlenen bilirkişi raporlarının denetime elverişli olmaması sebebiyle, ortopedi alanında uzman doktor ile akademisyen makine mühendisi ve hukukçu bilirkişiler eşliğinde aynı işyerinde yeniden icra edilen keşif neticesinde heyet raporu almıştır. Alınan son raporda; davacının işten çıkartıldığı tarihte, davalı işyerinde çalışmakta olduğu işle aynı nitelikte işlerin yapıldığı başka projelerin olduğu, söz konusu görevlerin davacının almış olduğu sağlık raporlarına uygun görevler olduğu, davacının benzer projelerde çalışmasında sağlığı açısından bir sakınca olmadığı, davacının söz konusu işleri yapabileceği belirtilmiştir. Dava konusu ile ilgili hazırlanan raporlar arasında değerlendirme ve sonuç yönünden çelişki bulunmasına rağmen çelişkinin giderilemediği anlaşılmaktadır. Davalı işyerinde iş sağlığı ve güvenliği uzmanı, ortopedi uzmanı ve insan kaynakları uzmanından oluşan heyet ile yeniden keşif icra edilerek her iki bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin giderilecek şekilde rapor hazırlanması gerekmektedir. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg.22.HD., 2.5.2014, E.2014/9208, K.2014/11116. (Kişisel arşiv).

⁸⁴ "Somut olayda, aynı bilirkişi tarafından hazırlanan raporlar arasındaki çelişki giderilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Yapılacak iş, davacının yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, Yasa'da tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olup olmadığı (5510 sayılı Yasa'nın geçici 16. maddesinde belirtilen oranlar dikkate alınarak) konusunda uzman bilirkişi marifetiyle tespit ettirilmesi ve 30.7.2012 ve 02.12.2013 tarihli bilirkişi raporlarındaki çelişkinin giderilmesi için farklı bir bilirkişinin görüşüne başvurmak ve 2009 ile 2010 yıllarında, yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, 16 yaşından büyükler için tespit edilen asgari ücret tutarından az olduğunun anlaşılması halinde 2009 ve 2010 yılları için talebin reddine karar vermekten ibarettir. Mahkemece, bu maddi ve hukukî olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Yarg.21.HD., 18.11.2014, E. 2014/5150, K.2014/24178. (Kişisel arşiv).

⁸⁵ Bozkurt, s.464.

Hâkimin önüne gelen uyuşmazlığı inceledikten sonra atayacağı bilirkişiyi araştırması, uyuşmazlık konusunda uzman, özel ve teknik bilgisine güvenilir bir bilirkişiyi görevlendirmesi ile gereksiz bilirkişi masrafı ve ek raporlar ya da çelişkili raporların engellenebileceği ve yargı sisteminin daha hızlı işleyebileceği düşünülmektedir.⁸⁶

4. Bilirkişi Raporunda Hesap Hatası Olmamalıdır

Bilirkişilerin işçilik alacakları⁸⁷ ya da işçinin maddi ya da manevi tazminat alacağı hesabını titizlikle yapması, alacakların doğru hesaplanması önemlidir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesap hatası olmamalıdır.⁸⁸

IV. ALMAN İŞ MAHKEMELERİNDE BİLİRKİŞİLİK

Alman iş yargısı sisteminde bilirkişiye başvuru çok nadiren görülmektedir. İş mahkemelerinde yaklaşık yüzde birin altında dava dosyasında bilirkişiden rapor istenmekte, ancak doktorluk ya da mimarlıkla ilgili konularda bilirkişi ihtiyacı bulunmaktadır. Alman hukukunda hukukî konularda bilirkişiye gitmeyi engelleyici bir düzenleme yoktur; ancak doktrinde hukukî konularda bilirkişiye gitmenin mümkün

⁸⁶ Başterzi, s.232.

⁸⁷ "Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda kıdem tazminatı toplu iş sözleşmesi hükmüne aykırı olarak her tam yıl hizmet süresi için 45 günlük ücreti üzerinden hesaplanmıştır. Ancak toplu iş sözleşmesinin kıdem tazminatı başlıklı 44. maddesinde sadece ölüm, maluliyet ve emekliye ayrılma hallerinde her tam yıllık hizmet süresi için 45 günlük ücret tutarında, diğer hallerde ise kanunda öngörülen süre üzerinden kıdem tazminatı ödeneceği düzenlenmiştir. Dosya içeriğine göre davacının işe iade davasının kesinleşmesinin ardından işveren süresinde başvurduğu halde işçinin işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının iş sözleşmesinin sona erme şekline göre kıdem tazminatının her tam yıllık hizmet süresi için 30 günlük ücret tutarı üzerinden hesaplanması gerekir. Mahkeme tarafından kıdem tazminatı hesaplaması yönünden hatalı olan bilirkişi raporunun esas alınması hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir." Yarg.22.HD., 21.1.2014, E. 2013/2243, K.2014/524. (Kişisel arşiv).

⁸⁸ "Dava, iş kazasına uğrayan davacının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemenin davacının maddi tazminat isteminin reddine, 2.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine dair kurulan hükmü davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemizin 30.04.2013 tarih 2012/20512 Esas 2013/8388 Karar sayılı ilamıyla davacıya Kurumca bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilecek kısmının hesaplanarak, bilirkişi raporunda belirlenen zarar tutarlarından indirilmesi gerekirken, yazılı şekilde fazla indirim yapılarak hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle bozulmuştur." Yarg.21.HD., 25.9.2014, E.2014/16179, K.2014/18705. (Kişisel arşiv).

olmadığı kabul edilmektedir.⁸⁹ Ancak Avrupa Birliği Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) kapsamında 2013 yılı başından bu yana Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü koordinesinde, Almanya IRZ Vakfı ile birlikte yürütülen “Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi” kapsamında, İzmir’de gerçekleştirilen “İş Hukuku Uyuşmazlığı ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik” sempozyumuna konuşmacı olarak katılan Rostock Yüksek Eyalet Mahkemesi Başkan Yardımcısı Peter Winterstein uzun yıllardır hâkimlik mesleğini yürüttüğünü, meslek hayatında çok az sayıda uyuşmazlıkta bilirkişiye başvurduğunu, bilirkişiye ancak hâkimin hukukî bilgisi dışında özel ve teknik konularda gidildiğini, ancak önüne gelen bir uyuşmazlıkta konunun İtalyan hukukunu ilgilendirmesi ve Alman bir hâkimin İtalyan hukukunu bilmesinin mümkün olmaması nedeniyle hukukî konuda bilirkişiye gidildiğini gördüğünü ifade etmiştir.

Hamburg Yüksek İş Mahkemesi Başkanı Helmut Nause 22 yıllık hâkimlik mesleğinde sadece beş-altı defa bilirkişi raporu alındığını, çok istisnai durumlarda bilirkişiye başvurulduğunu ifade etmiş, Alman iş hukukunda sağlık sebebiyle fesihte, hastalık sonucu feshin mümkün olup olmadığı hususu gibi istisnai konularda bilirkişiye gidilebileceğini belirtmiştir.⁹⁰

Almanya’da bir işçinin işyerindeki fazla çalışma iddialarına ilişkin hesaplamalar hâkimler tarafından yapılmaktadır. Tarafların dava açarken sadece hak iddiasında bulunması mümkün olmamakla birlikte, alacak miktarı somut olarak belirtilmelidir. Bu çerçevede avukatın dava açarken sadece hak iddiasında bulunması yeterli değildir. Alacak miktarını da belirtmesi şarttır.⁹¹ Alman Medeni Usul Kanunu’na göre, davacı dava konusu talebini ve talebin dayanağını somut olarak göstermek zorundadır. (§253). Alman hukuk sisteminde uygulamada bazı

⁸⁹ Bkz. Özbey, s.6,dn.19 da belirtilen eser.

⁹⁰ ArbG Hagen, Urteil vom 27.09.2005 - 5 Ca 2970/04; <https://beck-online.beck.de>; BAG Urteil vom 19.12.2013, 6 AZR 190/12; <http://juris.bundesarbeitsgericht.de>.

⁹¹ Almanya’da fazla çalışma ücreti belirtilerek dava açılmakta ve dava esnasında hâkim bilirkişiye başvurmadan alacak miktarını kendi hesaplamaktadır. BAG, Urteil vom 04.05.1994 - 4 AZR 445/93 (LAG Hamm Urteil 18.01.1993 19 (18) Sa 707/92); NZA 1994; <https://beck-online.beck.de>; BAG, Urteil vom 19. 2. 2004 - 6 AZR 211/03 (LAG Berlin Urteil 18. 12. 2002 15 Sa 1161/02); NJOZ 2004; <https://beck-online.beck.de>; BAG, Urteil vom 27.05.1993 - 6 AZR 359/92 (LAG Frankfurt a. M. Urteil 02.04.1992 13 Sa 847/91), NZA1994, <https://beck-online.beck.de>.

istisnai konularda belirsiz alacak davasının açılabilmesi kabul edilmektedir.⁹²

Türk iş hukukunda belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.⁹³ İşçi alacakları bakımından belirsiz alacak davası açılabilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen belirsiz alacak davasına ilişkin koşulların var olması gerekmektedir. İş hukukuna hakim olan ilkeler çerçevesinde alacak miktarının talep sonucunda net olarak belirlenebilip belirlenememesi konusu çalışmamızın kapsamını aştığı için burada değerlendirilmemiştir. Ancak bu konu, öğretide ve Yargıtay uygulamasında oldukça tartışılan ve henüz tam olarak çözüme kavuşturulmamış bir husustur. Yargıtay'ın iş daireleri arasında görüş birliği olmamakla birlikte, konunun yakın zamanda Hukuk Genel Kurulunda değerlendirilmesi beklenmektedir.⁹⁴

⁹² Bkz. Simil, s.50.

⁹³ Bkz. Simil, s.414 vd.; Çil/Kar, s.53 vd.

⁹⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, "... Somut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacı işçinin 2001 yılında daimi kadroya alındığı anda, daha önce mevsimlik statüde çalıştığı sürelerin dikkate alınıp alınmayacağı noktasındadır. 2001 yılında gerçekleşen kadroya alınma aşamasındaki intibak sorununa bağlı olarak davaya konu dönem içinde hak kazanılabilecek yevmiyelerin belirlenmesi ve buna göre ücret farkı, ikramiye farkı, ilave tediye farkı ve yıpranma primi farkı isteklerinin tespiti işçinin dava açtığı aşamada kendisinden beklenebilir. Bu konuda işyeri özlük dosyası ile ücret bordroları ve işveren kayıtlarına göre hesaplama bilirkişi hesap raporu alınmak suretiyle yapılmış olup, davanın belirsiz alacak davası olduğu yönünde mahkemece yapılan tespit dosya içeriği ile uyumludur." Yarg. 9. HD., 12.3.2015, E. 2015/4990, K. 2015/10437. (Kişisel arşiv). Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir diğer kararına göre, "... Taraflar arasında bulunan ve yukarıda sayılan uyuşmazlıklar ve özellikle hizmet süresi konusundaki uyuşmazlık, talep edilen alacakları (alacak miktarlarını) davanın açıldığı tarihte belirsiz kılmaktadır. Davacıdan davanın açıldığı tarihte talep ettiği alacakların miktarlarını yahut değerlerini tam ve kesin olarak belirlemesini beklemek mümkün değildir. Yargılama aşamasında mahkemece celbedilecek bilgi ve belgeler ile tarafların sunacağı delillerin birlikte değerlendirilmesi ve gerekirse alacak olan bilirkişi raporu sonucunda talep edilen alacakların miktarları tam ve kesin olarak belirlenecektir. Bu nedenle, davacının talep ettiği alacakların dava açıldığı anda belirlenebilir olmadığı, dolayısıyla davacının davasını belirsiz alacak davası olarak açmasında hukuki yararının bulunduğu açıkça anlaşılmıştır. Mahkemece davacının tüm talepleri hakkında esastan olumlu ya da olumsuz bir hüküm kurulması gerekirken, davacının belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle, kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti taleplerinin reddine karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9.HD., 25.3.2015, E.2015/3771, K.2015/12012. (Kişisel arşiv). Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, "... Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu

V. ALMAN SOSYAL MAHKEMELERİNDE BİLİRKİŞİLİK

A. Genel Bilgi

Sosyal mahkeme bakmış olduğu davada bilirkişi deliline ihtiyaç duyarsa bilirkişiyi seçmek zorundadır. Hâkim kendi deneyimine göre tarafsız raporu kim yazacaksa, buna göre bilirkişiyi tespit eder. Almanya çalışma ziyaretinde bilirkişi raporlarının daha ziyade iş yerinde meydana gelen kazalarda, meslek hastalıklarının tespitinde ve tıbbi alanlara ilişkin uyuşmazlıklarda alındığı,⁹⁵ ayrıca ihtisas bilgisine sahip meslekten olmayan hâkimin de duruşmada bilirkişi gibi bilgisine başvurulduğu belirtilmiştir.

Resmi sağlık sigortaları için çalışan doktorlar bilirkişi olarak mahkemelerde görev alabilmektedir. Sözlü duruşmalarda bilirkişi, raporunu savunmakta, tarafların kendisine sorduğu sorulara cevap vermektedir. Hâkim karar verebilmek için bilirkişi raporlarını beklemek durumunda kalmakta, bu nedenle diğer mahkemelerdeki dava süresine göre sosyal mahkemelerde davalar daha uzun sürebilmektedir.

Bilirkişiler raporun zorluğu ve harcadığı zamana göre bir ücret

belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir. Sırf taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyuşmazlık bulunması, talep sonuçunun belirlenmesinin davacıdan beklene-meyecek olması anlamına gelmez. Önemli olan objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır. Sadece alacak miktarında taraflar arasında uyuşmazlık bulunması ya da miktarın tartışmalı olmasının belirsiz alacak davası açılması için yeterli sayılması halinde, neredeyse tüm davaların belirsiz alacak davası olarak kabulü gerekir ki, bu da kanunun amacına aykırıdır. Çünkü, zaten uyuşmazlık bulunduğu için dava açılmakta ve uyuşmazlık mahkeme önüne gelmektedir. Önemli olan davacının talebini belirli kılacak imkana sahip olup olmadığıdır. Burada, alacağın belirlenebilir olması ile ispat edilebilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Davacının talep ettiği alacağı belirlemesi objektif olarak mümkün, ancak belirleyebildiği alacağını ispat etmesi, kanunun öngördüğü şekilde (elindeki delillerle) mümkün değilse, burada da belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez. Çünkü, bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı ayrı şeylerdir. Davacı, talep konusu yaptığı alacağını çok net şekilde belirleyebilir; ancak her zaman onu ispat edecek durumda olmayabilir. Aksinin kabulü, her ispat güçlüğü olan alacağı belirsiz alacağa dönüştürmek gibi, hem kanunun amacına hem de genel ilkelere aykırı bir durumu ortaya çıkartabilir.” Yarg. 22. HD., 2.2.2015, E.2014/35731, K.2015/2060. (Kişisel arşiv).

⁹⁵ SG Aachen, *Beschluss* vom 19.10.2009 - S 9 U 112/06; SG Duisburg, *Urteil* vom 09.04.2014 - S 6 U 571/10; SG Dortmund, *Urteil* vom 27.01.2003 - S 23 U 112/01 <https://beck-online.beck.de>.

almaktadır.⁹⁶ Bilirkişi talebinde bulunan kişi ekonomik olarak ücret ödeyemeyecek durumda ise, adli yardım kurumundan yararlanabilmektedir. Maddi kaynakları yeterli olmayan taraf, bu yardım isteğinin kabul edilebilmesi için davanın amacı ve maddi durumu hakkında bilgi vermek durumundadır.

Bilirkişiler yol ve yapmış oldukları diğer giderlere ilişkin masrafı talep edebilirler. Bu ücreti devlet ödemektedir. Genelde bilirkişiler ortalama 600-800 Euro almaktadır. Olayda illiyet bağının tespitinin gerektiği daha karmaşık konularda 1500 Euro'ya kadar ödeme yapılabilmektedir. Bilirkişiden ek rapor alındığı zaman daha fazla ücret ödemesi söz konusu olabilmektedir.

Bilirkişiler, davacıyı muayene etmesi için de görevlendirilebilmektedir. Bilirkişinin güncel bilimsel bilgiler temelinde muayeneye ilişkin tespitlerinin mahkemeye bildirim ve mahkemece aranan hukukî sorunlara cevap verilmesi önem teşkil etmektedir.

Bilirkişinin düzenleyeceği rapor somut ve anlaşılır olmalı, bilirkişi görevini yerine getirirken tarafsız davranmalıdır. Diğer bir ifade ile bilirkişi, vicdanı çerçevesinde sorumluluk sahibi olarak ve tarafsız şekilde rapor hazırlamalıdır. Bilirkişi mahkemeye davet edildiği zaman mahkemeye gitmek zorundadır. Bilirkişi her zaman ortalamadan daha iyi bir doktor olmak zorundadır. Mesleğinde uzman olmalı ihtisas bilgisi çerçevesinde yetkin olmalıdır. Bilirkişinin güvenilir olması ve sorumluluğunun bilincinde olması, raporunu zamanında teslim etmesi gerekmektedir. Bilirkişi sadece tıbbi terminolojiyi kullanmamalı, herkesin anlayabileceği açıklıkta konuşabilmeli, kendini ifade edebilmeli, ikna edici konuşmalı, kendi söylediğinin arkasında durabilmelidir.

Tüm bu koşullar çerçevesinde hazırlanmış bilirkişi raporunun değerlendirmesini sadece hâkim yapabilmektedir. Hâkim bilirkişi raporunun sonucuna müdahale edemez. Somut olaylarda nadir olsa da hâkim bilirkişi raporundan farklı karar verebilmektedir.

Bilirkişi tüm raporları, belgeleri değerlendirir ve gereken araştırmayı yapar. Kendine yöneltilen soru çok net değilse mahkemeden tekrar bilgilendirme isteyebilir. Rapor hazırlanırken ek sorular aklına

⁹⁶ Bkz. Prütting/ Gehrlein, (Katzenmeier), s.1240.

gelse de mahkemenin talebi dışında cevap vermemesi gerekmektedir. Bilirkişi sınırsız bir araştırma yapamaz. Sadece mahkemenin sormuş olduğu sorulara cevap vermek durumundadır.⁹⁷

B. Örnek Dava⁹⁸

Dava konusu meslek hastalığı nedeniyle emeklilik ücreti talebine ilişkindir. İşçi bakır ustası olarak görev yapmaktadır. Duyma hassasiyeti nedeniyle meslek birliğine başvurmuş ve meslek birliği kişinin gürültüde duyma hassasiyeti yaşadığına karar vermiştir. İşçi duyma zorluğu çektiği için emeklilik talep etmektedir. Sosyal mahkemede yapılan uzlaşma duruşması sonucu işçinin yüzde 21 maluliyeti nedeniyle işçiye emeklilik ikramiyesi bağlanmıştır.

İşçi ilerleyen süreçte duyma güçlüğüünün artması nedeniyle daha fazla emekli ücreti almak için sosyal mahkemede dava açmıştır. Duruşmaya kaza sigortaları ile ilgili davalara bakan hâkim, iki meslek dışı hâkim, bilirkişi, davacı, davacı avukatı, davalı ve meslek birliği adına temsilci de katılmıştır. Hâkimin sağ tarafı işveren sol tarafı işçi temsilcisi olarak davaya katılmaktadır. Mahkeme gürültü ile duyma kaybına ilişkin sağlık sorunu arasında illiyet bağına tespit etmektedir. Bu çerçevede mahkeme gürültüye maruz kalma ve hastalığın tespiti konusunda bilirkişiye başvurmuştur. Gürültünün tespiti ile ilgili olarak mühendis, gürültünün işçinin duyma kaybına etkisi hususunda iş sağlığı ve güvenliği konusunda uzman üniversite hastanesinde çalışan ve tarafsızlığına ve bilgisine güvenilen kulak burun boğaz doktoru bir kişi bilirkişi olarak görevlendirilmiştir. Bilirkişinin de gürültüye maruz kalma ile hastalık arasında illiyet bağı olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Nitekim duyma kaybı, yaşın ilerlemesine bağlı olarak da söz konusu olabilecek bir rahatsızlıktır. Gürültünün dışında farklı faktörler de bu kayba neden olabilir. Davada bu hususların incelenmesi gereklidir.

Yapılan duruşma neticesinde dava reddedilmiştir. Duyma kaybının yüzde 30 olduğu iddia edilmiş, ancak bu durum ispatlanama-

⁹⁷ Hamburg çalışma ziyareti sırasında sosyal mahkeme hâkimlerinin açıklamaları doğrultusunda alınan not.

⁹⁸ Hamburg çalışma ziyareti sırasında Hamburg Sosyal Mahkemesinde izlenen bir duruşmadır.

mıştır. Duruşmanın başında mahkeme başkanı daha önceki mahkeme aşamaları ile ilgili özet bilgi vermiştir. Mahkeme resen delilleri toplamak zorundadır. İlliyet bağının olup olmadığının tespiti önemlidir. Bu nedenle mahkeme daha önce yazılı rapor vermiş olan kulak burun boğaz doktoru olan bilirkişiyi dinlemiştir. Duruşma esnasında raporla ilgili sorular sorulmuştur. Bilirkişi de dinlendikten sonra duruşmaya ara verilmiş ve hâkimler hızlı bir şekilde karar vermiştir. Ara görüşmeden sonra davanın reddedildiği başkan tarafından açıklanmıştır.

Karar: Bilirkişi raporu çerçevesinde 2006 yılında verilmiş olan yüzde yirmi duyma kaybı kararından sonra oluşan duyma kaybı gü-rültüye bağlı bir artış olarak kabul edilemez, olayda illiyet bağı yoktur. Bu nedenle davanın reddi gerekir.

Gerek Alman iş ve sosyal mahkemelerinde hâkimler tarafından yapılan açıklamalar gerek duruşma esnasında edindiğimiz izlenimler çerçevesinde meslektan olmayan hâkimlerin duruşmaya katılımının ve oy haklarının olmasının, bilirkişiyeye başvuru oranını azalttığını düşünmekteyiz. Nitekim meslek dışı hâkimler hukuki anlamda yeterli bilgiye sahip olmasa dahi teknik ve özel konularda bilgi sahibi olduğu için, hâkim duruşma esnasında bu kişilerin oy ve görüşünü alabilmektedir. Bizim sistemimizde işçi ve işveren temsilcilerinin de dahil olduğu toplu mahkeme olarak kurulan iş mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra tek hâkimli mahkeme halini almıştır.⁹⁹ Bu nedenle meslek dışı hâkimlere yönelik bir uygulama hukuk sistemimiz açısından pek mümkün olmamakla birlikte, hâkim yardımcılığı veya mahkemelerde uzman personel istihdamı oluşturularak; bazı teknik konularda ya da hesaplamalarda bilirkişiyeye başvurmaksızın hâkimin karar vermesi ve bu bağlamda yargılamanın hızlandırılması sağlanabilir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Alman Medeni Usul Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri karşılaştırıldığında Türk mevzuatının Alman mevzuatına oldukça benzediği görülmektedir. Türk uygulamasında bilirkişiliğe yönelik önemli problemler bulunmaktadır. İş mahkemeleri bilirkişiyeye en çok başvuran mahkemelerdendir. Almanya uygulamasına bakıldı-

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi,13.4.1971, E. 63, K. 38. (RG, 16.11.1971,S. 14047).

ğı zaman ise iş mahkemelerinde bilirkişiyeye çok istisnai durumlarda başvurulduğunu görmekteyiz. Sosyal mahkemeler ve iş mahkemelelerinde hasta hakları, doktor sorumluluğu, tıbbi hatalar gibi konulara ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkemeler uyuşmazlığın çözümü için bilirkişiyeye başvurmaktadır. Alman hukukunda bilirkişi, dava konusu uyuşmazlığa karar vermek konusunda hâkimin yardımcısı olarak nitelendirilmiş ve uygulamada hâkimin sahip olmadığı özel ve teknik konularda bilirkişiyeye başvurulması kabul edilmiştir.

Türk iş yargısı pek çok dava tipini içermektedir. Bu davaların çözümünde de hesaplamalar ve kusur tespiti önem taşımakta ve bilirkişilere başvurulmakta, hatta Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar çerçevesinde hâkimler bilirkişiyeye başvurmaya zorlanmaktadır. Yargıtay'ın hukukî sorunlarda bilirkişiyeye gidilmesini bozma sebebi yapması, hukukçu bilirkişiyeye gitme zorunluluğunu öngören kararlarından vazgeçmesi, hâkim sayısının artırılması ve hâkimlerin iş yoğunluğunun bu şekilde azaltılması hukukî konularda bilirkişiyeye başvurulmasını önleyici öneriler olarak söylenebilir.

Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve 17 Mart 2015 tarihinde kamuoyuyla paylaşılan Yargı Reformu Stratejisinin amaçlarından biri, uzmanlaşmış hâkim ve mahkemeler aracılığıyla yargısal süreçlerde etkinlik ve verimliliğin sağlanmasıdır. 6460 ve 6572 Sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikle "ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak" mahkemeler arasındaki iş bölümünün veya daireler arasındaki iş dağılımının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebileceği düzenlemesi getirilmiştir. Yargı Reformu Stratejisi çerçevesinde, ihtisas mahkemelelerinin etkinleştirilmesi ve yaygınlaştırılması ile uzman mahkemelerce verilecek kararların adalete olan güveni yükselteceği, hukukî başvuru yollarının kullanılmasının azalması sonucu yargılama süresinin kısalacağı ve böylelikle yargının etkinliğinin ve verimliliğinin daha da artacağı düşünülmektedir.¹⁰⁰

Bilirkişi raporu denetime elverişli, açıklayıcı ve somut verilere dayalı olmalı, bilirkişi raporunda hesap hatası olmamalıdır. Türk yargı uygulamasında maalesef çelişkili raporlara sıklıkla rastlanmakta ve bu durum da yargılamaları uzatmaktadır. Hâkimin önüne gelen

¹⁰⁰ <http://www.sgb.adalet.gov.tr/yargi-reformu-guncelleniyor.html>.

uyuşmazlığı inceledikten sonra atayacağı bilirkişiyi araştırması, uyuşmazlık konusunda uzman, özel ve teknik bilgisine güvenilir, tarafsız, bağımsız, dürüst ve güvenilir bir bilirkişiyi görevlendirmesi ile gereksiz bilirkişi masrafı ve ek raporlar ya da çelişkili raporlar engellenebileceği gibi yargı sisteminin daha hızlı işleyebileceği düşünülmektedir. Bu noktada bilirkişilerin eğitimi konusunda çalışmalar yapılması da önemlidir.

Bilirkişinin raporu hazırlarken tarafsız olması son derece önemlidir. Ancak uygulamada bazı dosyalarda özellikle seri dosyalarda bilirkişilerin avukata husumet yönelttiği ve dosyayı kişiselleştirdiği görülmektedir. Bu çerçevede bilirkişi raporlarına avukatların gerçekten gerektiği durumda itiraz etmesi ve bilirkişilerin bu durumu kişisel algılamaması önem taşımaktadır.

Uygulamada özellikle iş mahkemelerinde bilirkişi ücretleri de sorun oluşturan konulardan biridir. Dosyanın kapsam ve niteliğine, sarf edilen emeğe göre bilirkişilere ücret takdir edilmesi ve bilirkişilere verilen ücretten yapılan kesintinin makul düzeye indirilmesinin isabetli olacağı düşünülmektedir.¹⁰¹

Uygulamadaki diğer bir sorun da ek rapor alınmasıdır. Alman uygulamasında ek bilirkişi raporu alınması uygulamasına ve bilirkişi raporuna tarafların itirazına çok nadir rastlanmaktadır. Buna karşın ülkemizde maalesef sıklıkla ek rapor alınması yoluna gidildiği görülmektedir. Bilirkişi raporunun yetersiz olması ya da rapora yapılan itirazların gerçekten haklı ve yerinde görülmesi nedeniyle ek bir rapora ihtiyaç duyulması halinde bu yola başvurulmalıdır. Eğer bilirkişinin hazırladığı raporun yetersizliği nedeniyle bilirkişiden ek rapor alınıyor ise, ilave ücrete hükmedilmemesi isabetli olacaktır.¹⁰² Bu çerçevede hâkim tarafından hangi hususların açıklığa kavuşturulması gerektiği konusunda bilirkişinin doğru yönlendirilmesi, sonrasında bilirkişi tarafından görevleri kapsamında tarafsız açıklayıcı, bilimsel ve somut verilere dayalı bir rapor hazırlanması; tarafların ve hâkimin raporu

¹⁰¹ İş Hukuku Ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu Sonuç Bildirisi, 16-17 Mart 2015, <http://www.higm.adalet.gov.tr/pages/izmirsonucbildirisi.pdf>

¹⁰² İş Hukuku Ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu Sonuç Bildirisi, 16-17 Mart 2015, <http://www.higm.adalet.gov.tr/pages/izmirsonucbildirisi.pdf>

doğru anlamasını sağlayacak, avukatın da ek bilirkişi raporu talebinde bulunmasına ya da rapora itiraz etmesine gerek kalmayacaktır.

Bilirkişinin görev sınırlarını aşmaması, sadece kendisine yöneltilen sorulara cevap verecek şekilde bir rapor hazırlaması da önemlidir. Örneğin iş kazası sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıkta bilirkişiden sadece işçinin kazadaki maddi tazminat miktarının yaşanılan olaya uygun olup olmadığı, kaza sonucu görülen tedavideki masrafların o tedavi için kullanılıp kullanılmadığının tespiti isteniyor ise bilirkişi görevini aşarak kusur incelemesi ya da kusur oranından bir indirim yapmamalıdır. Bu bağlamda hukuk yargılamasında destekten yoksunluk veya iş göremezlik tazminatı gibi aktüerya hesaplarının %100 üzerinden hesaplandırılması, hâkimin karar verirken kendisinin belirleyeceği kusur oranında indirim yapması ve bunu kararında gerekçeli olarak açıklaması suretiyle tazminata karar vermesinin daha isabetli olacağı söylenebilir.¹⁰³

Ülkemiz uygulaması Almanya ile karşılaştırıldığında, iş yargısında bilirkişilik uygulamalarına ilişkin önemli problemler olduğu görülmektedir. Buna karşın sorunların gerek akademik çalışmalar gerek bilimsel toplantılar ile ortaya konması, buna ilişkin çözüm önerilerin geliştirilmesi, bilirkişilik kurumunun güçlendirilmesine yönelik çalışmaların uygulamaya yansıtılması, toplumda oluşan yargıya ve adalete güven eksikliğinin giderilmesi, usul hukuku hükümlerine aykırı uygulamaların önlenmesi ve mevcut usul kanunu, iş yargılamasının ihtiyaçlarını karşılayamadığı için iş mahkemelerine yönelik ayrı bir usul kanunu hazırlanması çalışmaları yapılması ile uygulamada var olan sorunların giderilebileceği düşünülmektedir.

Kaynakça

- Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, Kommentar Zivilprozessordnung, 72. Aufl., München 2014.
- Aşçıoğlu Çetin, "Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları", Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2011.
- Aydın Ufuk/Ezer Burcu, "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezaları", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2014/43 (s.11-32).

¹⁰³ İş Hukuku Ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu Sonuç Bildirisi, 16-17 Mart 2015, <http://www.higm.adalet.gov.tr/pages/izmirsonucbildirisi.pdf>.

- Başterzi Fatma, İş Yargısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1999.
- Bozkurt Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, 6100 s. HMK. ya Göre Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2012.
- Budak Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu İle Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011.
- Çayan Gökhan, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, İstanbul 2013.
- Çil Şahin/Kar, Bektaş, 6100 Sayılı HMK'ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, Ankara 2012.
- Grunsky Wolfgang, Zivil-Prozessrecht, 13. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2008.
- Hans Joachim Musielak, Grundkurs ZPO, 7. Aufl., München 2004.
- Hans Joachim Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Aufl., München 2011, (Michael Huber).
- Kar Bektaş, "İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler", <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/30-bektaskar.pdf>, (s.869-882).
- Krüger Wolfgang/Rauscher Thomas, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl. München 2012.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.
- Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht,17.neubearbeitete Aufl., München 2010.
- Musielak Hans Joachim, Grundkurs ZPO, 7. Aufl., München 2004.
- Musielak Hans Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Aufl., München 2011.
- Özbey Ali Ozan, "Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Temel Meseleler", http://arikbogaozbey.com/makaleler/Ali_Ozan_Ozbey-Bilirkisi_Kurumuna_Iliskin_Temel_Meseleler.pdf.
- Prütting Hanns / Gehrlein Markus, ZPO Kommentar, 6. Aufl., 2014.
- Rosenberg Leo / Schwab Karl Heinz / Gottwald Peter, Zivilprozessrecht,17.neubearbeitete Aufl., München 2010.
- Simil Cemil, Belirsiz Alacak Davası, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Tanrıver Süha, "Bilirkişinin Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, Sayı 56, 2005 (Bilirkişinin Sorumluluğu) (s.133-166).
- Tanrıver Süha, "Hukuk Yargılaması Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, Özel S.2009, (Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler) (s.575-594).
- Taşpınar Sema, "Bilirkişi Ücreti", Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği, 9-10 Kasım 2001.
- Taşpınar, Sema, "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişilik Ücreti", http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/prof.dr.ergun%20%C3%B6ner/20dr.sema_ta_p_nar.pdf (s.373-416).
- Wolfgang Grunsky, Zivil-Prozessrecht, 13. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2008.
- <http://www.higm.adalet.gov.tr/pages/izmirsonucbildirisi.pdf>.
- <https://beck-online.beck.de>.
- <http://juris.bundesarbeitsgericht.de>.

DOĞU AKDENİZ'DE HİDROKARBON KAYNAKLARI VE ULUSLARARASI HUKUKA GÖRE BÖLGEDEKİ KİTA SAHANLIĞI VE MÜNHASİR EKONOMİK BÖLGE ALANLARININ SINIRLANDIRILMASI

HYDROCARBON RESOURCES IN THE THE EASTERN
MEDITERRANEAN AND DELIMITATION OF THE EXCLUSIVE
ECONOMIC ZONE AND CONTINENTAL SHELF IN THE REGION
ACCORDING TO INTARNATIONAL LAW

Sami DOĞRU*

Özet: Soğuk Savaş dönemi sonrası değişen küresel ve bölgesel konjonktür ile son dönemde keşfedilen hidrokarbon kaynakları Doğu Akdeniz bölgesinin önemini artırmıştır. Bölgede yaşanmakta olan gelişmeler Akdeniz havzasındaki enerji tablosunu olduğu gibi bölgesel dinamikleri de önemli ölçüde değiştirecek niteliktedir. Diğer taraftan, Kıbrıs Uyuşmazlığının denizlere yayılmasının bir sonucu olan bölgedeki hidrokarbon kaynaklarının paylaşılması sorunu sahildar ülkeler arasında işbirliği ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu da son dönemde bölgede yalnızlaşan Türkiye'nin bölgeye ilişkin mevcut politikasını gözden geçirmesini gündeme getirmektedir. Bu çerçevede, Türkiye'nin sahildar ülkelerle kuracağı iyi ilişkiler ile bölgede tekrar başat duruma gelmesi, hem Doğu Akdeniz'de hidrokarbon kaynaklarının adil paylaşımını temin edecek deniz alanlarının sınırlandırılmasına yönelik bir anlaşmanın yapılabilmesini hem de diğer sorunların ulusal çıkarlarımıza uygun çözülmesini temin edecektir. Bu kapsamda Doğu Akdeniz'de sahildar devletler arasında kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanlarının sınırlandırması, 'hakkaniyete uygun çözüme' ulaşmak amacıyla uluslararası hukuka uygun olarak ve bütün 'ilgili durumlar' dikkate alınarak 'anlaşma' ile yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Doğu Akdeniz, Uluslararası Hukuk, Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması, Hidrokarbon Kaynakları, Münhasır Ekonomik Bölge, Kıta Sahanlığı

Abstract: The global and regional political atmosphere that changed after the Cold War, together with the recently discovered hydrocarbon resources, have increased the importance of the Eastern Mediterranean. Developments taking place in the region are of a significance that can change the energy picture in the Mediterra-

* Yrd. Doç. Dr., Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

nean basin as well as regional dynamics. Furthermore, the problem of sharing the hydrocarbon resources, which has resulted from the extension of the Cyprus dispute to the sea, has revealed the need for cooperation among the littoral states. Therefore, this raises the need for Turkey to review its current policy in the region which at the moment has caused Turkey to be isolated in the region. In this context, Turkey's dominant position for establishing good relations with the littoral states can facilitate the conclusion of an agreement relating to maritime delimitation which will ensure equitable sharing of hydrocarbon resources in the Eastern Mediterranean as well as provide solutions for the other issues in accordance with Turkey's national interests. In this context the delimitation of the continental shelf and exclusive economic zone between littoral states in Eastern Mediterranean shall be effected by 'agreement' on the basis of international law and taking account of all the relevant circumstances in order to achieve an 'equitable solution'.

Keywords: Eastern Mediterranean, International Law, Maritime Boundary Delimitation, Hydrocarbon Resources, Exclusive Economic Zone, Continental Shelf

Giriş

Soğuk Savaş dönemi sonrası değişen küresel ve bölgesel konjonktür, Doğu Akdeniz bölgesinin yeni bir deniz etkileşim havzası olarak önemini artırmıştır.¹ Bu çerçevede, bölgede son zamanlarda gelişen olaylar, dünyadaki enerji haritasını temelden değiştirmiştir. Bu yeni harita içinde Türkiye'nin önemli yeri vardır. Bu kapsamda, yeni keşfedilen hidrokarbon kaynakları Doğu Akdeniz'i uluslararası enerji sektörü ve jeopolitiğin odak noktalarından biri haline getirmiştir.² Burada yaşanmakta olan gelişmelerin Akdeniz havzasındaki enerji tablosunu olduğu gibi bölgesel dinamikleri de önemli ölçüde değiştirmesi beklenebilir. Bu durum, Doğu Akdeniz'deki hidrokarbon yataklarının paylaşımına yönelik olarak işbirliği ihtiyacını gündeme getirmiştir.

Diğer taraftan, günümüzde dünya nüfusundaki hızlı artış ve devletlerin kara ülkelerindeki kaynaklarının tükenmeye başlaması, onların, içindeki doğal kaynakların araştırılması ve işletilmesi hakkı da veren deniz alanlarına yönelik egemenlik iddialarında bulunmalarına

¹ Ahmet Davutoğlu, Stratejik Derinlik, Küre Yayınları, 57. B., İstanbul 2010, s. 169-170.

² "Yayın Kurulunun Sunumu", Yaşam ve Stratejik Kaynaklar Açısından Kıbrıs, Yay. Haz.: Sertaç H. Başeren- Hüseyin Gökçekuş, Gazeteciler Cemiyeti Yayını, Ankara 2014, s. 3.

neden olmuş; sahildevletleri arasındaki karşılıklı bu iddiaların çakışması da işletilecek doğal kaynakların bulunduğu deniz alanlarının sınırlandırılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.³ Bu kapsamda, 20. yy'ın ikinci yarısında devletler arasında deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına yönelik anlaşmalarda önemli artış kaydedilmiştir. Bugün dünyada mevcut yaklaşık 400'ü aşkın deniz yetki alanı uyuşmazlığından 190'a yakını anlaşmalarla belirlenmiştir. Bununla birlikte, daha barışçılı yollarla sınırlandırmayı bekleyen pek çok uyuşmazlık çözüm beklemektedir.⁴

İşte Doğu Akdeniz de bu tür uyuşmazlıkları bünyesinde barındırmaktadır. Son yıllarda bölgede yeni hidrokarbon kaynaklarının keşfi, uzun yıllardır gündemi meşgul eden ve ortaya çıkışı ile çözülememesinin yegâne sorumlusu Rum tarafı olan *Kıbrıs Uyuşmazlığının*, Sertaç H. Başeren'in isabetle belirttiği gibi,⁵ denize yayılarak daha da tehlikeli boyutlara ulaşmasına neden olmuştur. Bu çalışmada, Doğu Akdeniz'de bir kısmı tespit edilen ve bir kısmı da varsayılan hidrokarbon kaynaklarına yönelik son gelişmeler ele alınacak, müteakiben Türkiye'nin ulusal çıkarlarını da gözeterek ve uluslararası hukuka uygun olarak yapılacak bir kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasının ana hatları ortaya konacaktır. Ayrıca Türkiye'nin bölgedeki başat durumunu yeniden kazanabilmesi için yapması gerekenler özetlenecektir.

I. Doğu Akdeniz'deki Hidrokarbon Kaynakları

A. Doğu Akdeniz ve Önemi

Tarihin değişik dönemlerinde büyük savaşlara sahne olmuş olan Doğu Akdeniz aslında birçok tarihçi ve yazarın "*verimli hilal*" dedikleri bölgede yer alır⁶ (Bkz. Harita 1). Tarih boyunca oluşan uygarlıkların

³ R.R. Churchill ve A.V. Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester University Press 1999, s. 181.

⁴ Gerald H. Blake, "World Maritime Boundary Delimitation: The State of Play", *Maritime Boundaries and Ocean Resources*, Ed.: Gerald Blake, London 1987, s. 3.

⁵ Sertaç Hami Başeren, "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması Sorunu: Tarafların Görüşleri, Uluslararası Hukuk Kurallarına Göre Çözüm ve Sondaj Krizi", *Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset*, Yay. Haz.: Sertaç Hami Başeren, AÜSBF, Ankara 2013, s. 254.

⁶ Daniel Pipes, *Greater Syria: The History of an Ambition*, Oxford University Press, Londra 1990, s. 15.

ilk hedefi, bu bölgelere hâkim olmaktı. Böylece, kara ve deniz yoluyla dünya ticareti kontrol altına alınabilmekteydi.⁷ Doğu Akdeniz, sadece bölgesel ve küresel üstünlük sağlama açısından değil, barış ve istikrara katkı sağlanması açısından da önemli bir coğrafyadır.



Harita 1: Doğu Akdeniz

Doğu Akdeniz'in tarihteki bu önemi, 2000'li yıllara ulaşıldığında daha da artmış durumdadır. Bu kapsamda, dünyanın önemli deniz ulaştırma yollarını bünyesinde barındırması, bölgede keşfedilen hidrokarbon kaynakları ve bu bağlamda Kıbrıs Uyuşmazlığı, Türkiye'den KKTC'ye boru hattı ile getirilecek su, 2010 yılında *Arap Baharı* olarak ortaya çıkan ama günümüzde *Arap Cehennemine* dönüşen gelişmeler Doğu Akdeniz'i çok daha önemli hale getirmiştir. Farklı değerlendirmeler olsa da bölgede varlığı tahmin edilen enerji kaynaklarının büyüklüğü göz önünde bulundurulursa, Doğu Akdeniz sadece enerji transferinde önemli bir kavşak olmakla kalmayacak, aynı zamanda bir enerji merkezi haline dönüşecektir.

B. Doğu Akdeniz'de Hidrokarbon Yatakları ve İşbirliği İhtiyacı

Doğu Akdeniz'deki ilk hidrokarbon keşifleri, 1980'li yıllarda Mısır kıyılarında yapılan çalışmalarla gündeme gelmiştir.⁸ Bu kapsamda ya-

⁷ Cihat Yaycı, "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye," Bilge Strateji, No. 4(6),s. 3. <http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-159-2014040713bs-2012-1-1-70.pdf>. (et:10.10.2014)

⁸ Hayriye Kahveci, "Doğu Akdeniz'de Jeopolitik Dengeler ve Kıbrıs'ın Hidrokarbon Macerası", Yaşam ve Stratejik Kaynaklar Açısından Kıbrıs, Yay. Haz.: Sertaç

pılan araştırmalar sonunda Mısır 2014 yılı itibarıyla günlük enerji üretiminin % 80'e yakın bir kısmını Akdeniz'deki enerji kaynaklarından elde eder duruma gelmiştir.

İsrail ise 1998 yılında bölgede araştırmalara başlamış, ilk gaz keşfini güney sahillerine yakın "*Yam Tethys*" ortak adı verilen iki kk sahada yapmıştır.⁹ Bu faaliyetlerini zamanla artıran İsrail, önce 2009 yılında Haifa açıklarında "*Tamar*" sahasında ve 2010 yılında da bu sahanın batısında "*Leviathan*" da gaz rezervine ulaşmıştır. Bu sahanın potansiyeli İsrail'i doğal gaz ihraç eden ülke konumuna getirmiştir.¹⁰

Doğu Akdeniz havzasında, özellikle Mısır ve İsrail tarafından tespit edilen enerji kaynakları bölgenin diğer ülkelerini, Güney Kıbrıs Yum Yönetimi (GKRY), Lübnan ve Suriye'yi de teşvik etmiştir. Lübnan araştırmaları neticesinde tespit ettiği kaynakları işletme konusunda çalışmalarını srdrken, Suriye içinde bulunduğu iç karışıklık nedeniyle çalışmalarını bir sonuca ulaştıramamıştır.¹¹

GKRY 2003 yılından itibaren detayları aşağıda belirtilen sahilдар ülkelerle yaptığı deniz yetki alanları sınırlandırma anlaşmaları ve yürürlüğe koyduğu i mevzuatına dayanarak sözde oluşturduğu ruhsat bölgelerinde araştırma ve sondaj ihaleleri açmıştır.¹² Bu süreçte yaptığı her düzenlemeyi de Avrupa Birliği (AB) yesi olduktan sonra AB mevzuatına dâhil ettirerek AB Resmi Gazetesinde yayınlamıştır.¹³ İlk alışmaları 2006 yılında başlatılan ve Kıbrıs'ın güneyinde bulunan *Afrodite* adı verilen sahada 2007 yılında ihaleye çıkılmış ve 2011 yılında yapılan sondaj çalışmaları sonunda bölgede yaklaşık 200 milyar m³

Hami Başeren - Hüseyin Gkekş, Gazeteciler Cemiyeti Yayını, Ankara 2014, s. 168.

⁹ Emin Erol, "Doğu Akdeniz'de Hidrokarbon Kaynaklar ve Bölgesel Barış", Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset, Yay. Haz.: Sertaç Hami Başeren, AÜSBF Yayın No: 608, Ankara 2013, s. 209.

¹⁰ Mithat Rende, "Doğu Akdeniz Hidrokarbon Kaynakları ve Uluslararası Ekonomi", Yaşam ve Stratejik Kaynaklar Açısından Kıbrıs, op. cit., s. 100.

¹¹ "Doğu Akdeniz'de Enerji Keşifleri ve Türkiye", Bilgesam, Rapor No: 59, İstanbul 2013, s. 11-12. http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/3-2-2014011746dogu_akdeniz.pdf (e.t.:16 Eylül 2014)

¹² GKRY'nin faaliyetlerine ilişkin detaylı bilgi için bkz., Cavit Abdullahzade, "Doğu Akdeniz'de Mısır'la Antlaşma şart", Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset, Yay. Haz.: Sertaç Hami Başeren, AÜSBF Yayın No: 608, Ankara 2013, s. 338-340.

¹³ Fuat Aksu, "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorunu ve Türkiye - AB İlişkileri" Yaşam ve Stratejik Kaynaklar Açısından Kıbrıs, op. cit., s.164-166.

doğal gaz yatağı bulunduğ u açıklanmıştır. Aslında bu doğal gaz yatağı Kıbrıs Adası etrafında ş u ana kadar keşfedilen tek enerji yatağıdır.¹⁴ Hal böyle iken, GKRY bu bölgedeki ruhsatlandırılmamış diğ er alanlar için de 2012 yılında ihaleye çıkmış, ayrıca mevcut ve potansiyel gaz rezervlerinin batıya aktarılması konusunu bir AB Projesi haline getirilmesi yönünde çalışmalar yapmıştır. GKRY bu amaçla kurulacak gaz koridorunun Kıbrıs-Girit-İtalya üzerinden Avrupa'ya geçeceğini ve böylece AB'nin ne Türkiye'ye ne de Rusya'ya muhtaç olmayacağını dile getirmeye başlamıştır.¹⁵

Doğu Akdeniz'deki enerji keşifleri ekonomik açıdan değerlendirildiğ inde bir belirsizliğin söz konusu olduğunu vurgulamak gerekir. Bölgede varlığı tahmin edilen hidrokarbon rezervi ile varlığı ispat edilen hidrokarbon rezervi arasında ciddi bir fark olduğ u gözlenmekte ve bu konuda bir uzlaşmanın olduğ unu söylemek de mümkün görülmemektedir. Bu konuda çeşitli araştırmalar vardır. Bunlardan birine (ABD Jeolojik Araştırmalar Merkezi'nin 2010 yılında yayımladığ ı rapor) göre; Kıbrıs Adası ile İsrail arasında kalan ve *Leviathan* olarak adlandırılan bölge,¹⁶ Mısır ile Kıbrıs Adası arasında kalan ve *Nil* olarak adlandırılan bölge,¹⁷ Girit Adası'nın Güneydoğ usunda kalan ve *Heredot* olarak adlandırılan bölge ile Kıbrıs Adası etrafındaki toplam enerji rezervi (petrol, doğal gaz ve sıvı doğal gaz) yaklaşık olarak 30 milyar varil petrole eşdeğ er bir rakama ulaşmaktadır. Bu rakamın piyasa değ eri yaklaşık 1,5 trilyon ABD Doları olarak hesap edilmektedir. İspatlanmamış olmasına rağmen bu büyüklükteki bir enerji kaynağ ının ilgili taraflar arasında paylaşım sorunlarına yol açmaması mümkün değildir.¹⁸ Nitekim kendisini Kıbrıs'ın tek meş ru temsilcisi olarak gören GKRY'nin son dönemdeki faaliyetleri bölgedeki tansiyonu artırmıştır.

Diğ er taraftan, Doğu Akdeniz'deki hidrokarbon rezervlerine ilişkin olarak içinde bulunulan dönemde yeni ve farklı bir görüş daha ortaya

¹⁴ "Doğ u Akdeniz'de Enerji Keşifleri ve Türkiye", op. cit., s. 12-13.

¹⁵ Rende, op. cit., s. 99.

¹⁶ "Assessment of Undiscovered Oil and Gas Resources of the Levant Basin Province, Eastern Mediterranean", USGS Fact Sheet 2010-3014. <http://pubs.usgs.gov/fs/2010/3014/> (e.t.: 11 Eylül 2014)

¹⁷ "Assessment of Undiscovered Oil and Gas Resources of the Levant Basin Province, Eastern Mediterranean", USGS Fact Sheet 2010-3027. <http://pubs.usgs.gov/fs/2010/3027/> (e.t.: 11 Eylül 2014)

¹⁸ "Doğ u Akdeniz'de Enerji Keşifleri ve Türkiye", op. cit., s. 7-8.

atılmıştır. 16-18 Ekim 2014 tarihlerinde Doğu Akdeniz Üniversitesi'nin ev sahipliğinde düzenlenen IV. Uluslararası Kıbrıs Sempozyumu'nda konuya ilişkin bir tebliğ sunan Prof. Dr. İsmail Hakkı Demirel, son zamanlarda ortaya atılan Kıbrıs'ın güneyinin hidrokarbon potansiyeli bakımından zengin olduğu yönündeki iddiaların gerçeği yansıtmadığını, hiç bir bilimsel çalışmanın bunu doğrulamadığını, aksine bölgedeki tektonik/volkanik yapının Kıbrıs Adası güneyinin hidrokarbon potansiyeli hakkında önemli olumsuz bir yapısal göstergesi olduğunu vurgulamıştır. Nitekim GKRY'nin bölgedeki araştırmalarının ilk sonucu, bu görüşü doğrular şekilde hayal kırıklığı yaratmıştır. Buna göre, bölgede ticari açıdan işlemeye değer miktarda doğalgaz bulunmadığı belirtilmiştir.¹⁹ Buna karşın Prof. Demirel, Türkiye'nin muhtemel münhasır ekonomik bölgesi (Bkz. Harita 2)²⁰ içinde olan Finike ve Antalya kıyılarının güneyinde uzanan deniz alanındaki bulguları ise hidrokarbon potansiyeline işaret eden önemli kanıtlar olarak değerlendirmiştir.



Harita 2²¹: Türkiye'nin muhtemel münhasır ekonomik bölgesi

Bu bilgiler ışığında Doğu Akdeniz'deki durum değerlendirildiğinde, aslında bölgedeki sorunun üç boyutu vardır. Bunlardan ilki,

¹⁹ Hürriyet, 23 Aralık 2014, s. 1.

²⁰ Aslında Türkiye muhtemel münhasır ekonomik bölge alanını Prof. Dr. Sertaç Hami Başeren'in ortaya koyduğu harita dışında bir harita da hiçbir zaman göstermemiştir. Bununla birlikte, Türkiye Harita 2'de görülen ve 32°16'18" D Boylamı Batısı ve 33°40' K Enlemi Kuzeyi deniz alanlarında uluslararası hukuktan kaynaklanan meşru hak ve menfaatleri olduğunu ve hatta bu alanın kendi deniz yetki alanı olduğunu çeşitli vesilelerle ifade etmiştir. Yayıncı, op. cit., s. 31.

²¹ Bu harita Prof. Dr. Sertaç H. Başeren tarafından hazırlanmıştır.

İsrail'dir. İsrail özellikle *Leviathan*'da bulunan doğalgazı ihraç etmek için hazırlık ve temaslarını sürdürmektedir. Bu kapsamda, en uygun yolun İsrail - Kıbrıs - Türkiye boru hattı olduğu dile getirilmektedir.²² Bunun için İsrail'in Türkiye ile işbirliğine ihtiyacı olduğu açıktır.

Sorunun ikinci boyutu Kıbrıs Uyuşmazlığıdır. 40 yıldır devam eden Kıbrıs Uyuşmazlığında sağlanacak uzlaşa, aynı zamanda Ada'da barış ve işbirliği yanında Türkiye'nin Yunanistan ve AB ilişkilerine, bölgede mevcut hidrokarbon yataklarının etkin ve güvenli kullanımına, Süveyş Kanalı geçişli uluslararası ticaretin güvenli akışına katkı sağlayacaktır.

Sorunun üçüncü boyutu, bölgedeki hidrokarbon kaynaklarının verimli şekilde pazarlanmasıdır. Bu durumun birbirine zıt iki yönde gelişmesi mümkün görünmektedir. İlki, mevcut enerji kaynaklarının paylaşılması ile ilgili anlaşmazlıklar bölge ülkeleri arasında var olan bazı sorunların daha da derinleşmesi sonucunu doğurabilir.²³ İkinci ise, ekonomik açıdan çıkarılacak enerjinin ancak soruna taraf ülkelerin bir araya gelip ortak projeler geliştirmesiyle daha avantajlı hale geleceği gerçeği dikkate alınır, söz konusu keşiflerin bölgede bir anlayış ve işbirliğinin doğmasına vesile olması da mümkün olabilir.²⁴ Nitekim bu bağlamda çeşitli projeler bulunmaktadır.

Konunun Türkiye'ye bakan yanı göz önünde bulundurulduğunda, atılması gereken en önemli adımın sadece Doğu Akdeniz'de değil, Doğu Akdeniz'in de içinde bulunduğu geniş Orta Doğu ve Kuzey Afrika havzasında tansiyonun düşürülmesi yönünde olması gerektiği söylenebilir. Nitekim, Sn. Başbakan Ahmet Davutoğlu'nun değerlendirmesi de bu yöndedir:

Soğuk Savaş sonrası dönemin en önemli özelliklerinden birisi çift kutuplu statik yapının birbirinden ayırdığı bölgelerin yeni etkile-

²² Toula Onoufriou, "Cyprus - a Future Energy Hub?", Policy Brief, German Marshall Fund of United States, http://www.gmfus.org/wp-content/blogs.dir/1/files_mf/1349894204Onoufriou_CyprusEnergy_Oct12.pdf (e.t.: 10 Ağustos 2014); "Doğu Akdeniz'de Enerji Keşifleri ve Türkiye", op. cit., s. 8.

²³ Hidrokarbonu bir güç olarak görenler, bu gücün iyi kullanılmadığında lanete dönüşeceğini belirtmektedir. M. Ergün Olgun, "Doğu Akdeniz'de Hidrokarbon Politikaları ve Kıbrıs: "Kismet mi Olacak Lanet mi?", tepav, <http://www.tepav.org.tr/tr/haberler/s/2653> (e.t.: 25 Aralık 2014)

²⁴ "Doğu Akdeniz'de Enerji Keşifleri ve Türkiye", op. cit., s. 43-44.

şim alanları ile stratejik açıdan yeni bir eklemleme sürecin girmeye başlamalarıdır... Bu stratejik eklemleme bu bölgelerin kendi aralarındaki etkileşim alanlarında bulunan denizlere ve su yollarına yeni jeopolitik anlamlar katmaktadır... Türkiye'nin Soğuk Savaş süresince değişmeyen dış politika gündemleri arasında yer alan Kıbrıs ve Ege konuları da Ortadoğu ve Balkanlar arasındaki etkileşim alanının Doğu Akdeniz'de yoğunlaşmasıyla yeni unsurlar kazanmıştır.²⁵

Bu bakımdan, söz konusu havzada etkin bir ülke olarak var olmak isteyen Türkiye'nin, bölgeyi dinamik denge ilişkileri içinde değerlendirerek, kalıcı gerginlik ve ittifak politikalarından çok denge denklemleri içinde daha aktif tavır sergileyen müdahil bir aktör tavrına yönelerek bu amacını barış ve istikrarın hâkim olduğu bir atmosferde gerçekleştirmesi şüphesiz çok daha kolay olacaktır.²⁶ O nedenle Türkiye'nin Mısır ve İsrail gibi Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanlarının paylaşımı ile ilgili sorunlarda doğrudan veya dolaylı etkisi olabilecek ülkelerle geliştirdiği ilişkileri gözden geçirmesi mutlaka faydalı olacaktır.

II. Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Doğu Akdeniz'de Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması

A. Genel Olarak

Yakın zamana kadar devletler, kıyılarında yer alan deniz alanlarını nadiren sınırlandırma ihtiyacı duymuşlardır. Şekspere'nin bir oyununda yer alan karakterinin şu sözü bunun nedenini açıkça ortaya koymaktadır: "Bir dönüm çorak toprak için binlerce mil kare deniz alanı verebilirim."²⁷ Ama günümüzde artık, dünya nüfusundaki hızlı artış ve devletlerin kara ülkelerindeki kaynaklarının tükenmeye başlamasıyla bir mil kare deniz veya deniz dibi artık bir o kadar kara parçasından çok daha değerli hale gelmiştir. Bu nedenle, son yıllarda her şey değişti; başta *ekonomik*²⁸ olmak üzere *siyasi* ve *güvenlik* mülahaza-

²⁵ Davutoğlu, op. cit., s. 158.

²⁶ Ibid, s. 401.

²⁷ David Anderson, "Maritime Delimitation: Early British Practice", *Modern Law of the Sea, Selected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, s. 435.

²⁸ Petrol, doğalgaz ve balık gibi deniz ve deniz altı kaynakları bir devletin genel ekonomisini etkilemektedir.

ları deniz alanlarının sınırlandırmasını devletler arasında çok önemli bir sorun haline getirmiştir.²⁹

Diğer taraftan, deniz ve deniz altındaki doğal kaynakları işleten ticari şirketlere baktığımızda, bunların daha çok devletler arasında uyumsuzluğa konu olmayan ve sınırları belirlenmiş deniz alanlarını tercih ettikleri görülmektedir. Bu da devletlerin içinde işletilecek doğal kaynakların bulunduğu deniz alanlarının sınırlandırılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.³⁰

Deniz alanlarının sınırlandırılması deyince, kıyıları bitişik devletler ile, kıyıları karşı karşıya olup da deniz yetki alanları çakışan devletler arasında, başta *karasuları* olmak üzere, *bitişik bölge*, *kıta sahanlığı* ve *münhasır ekonomik bölge* alanlarının sınırlandırılması akla gelmektedir. Bu çalışmada, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanlarının sınırlandırılması konusu incelenecektir.

Deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin mevcut uluslararası hukuk kurallarını incelemeyen önce *deniz yetki alanı ilanı* ve *deniz yetki alanı* sınırlandırılması arasındaki ayırımı yapmak doğru olacaktır. 'Deniz yetki alanı ilanı', diğer bir komşu devletle bağlantısı olmayan bir deniz alanında kıyı devletinin karasuları, bitişik bölge veya münhasır ekonomik bölgesinin dış sınırını tek taraflı olarak ilan etmesi anlamına gelir. Bu faaliyet doğası gereği tek taraflı bir işlemdir. Buna karşın, 'deniz yetki alanı sınırlandırılması' ise, iki veya daha fazla devletin, sahip oldukları ya da ilan ettikleri deniz yetki alanlarının, diğer sahildevletinin deniz yetki alanları ile çakıştığı bölgedeki deniz alanının bir anlaşma ile sınırlandırılmasıdır³¹. Bu nedenle, Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice-ICJ/UAD) Maine Körfezi Davasında, deniz alanlarının sınırlandırılması ameliyesinin tek taraflı bir işlem olmadığını belirtmiştir.³²

²⁹ Jonathan I. Charney, "Introduction", International Maritime Boundaries, Ed.: Jonathan I. Charney ve Lewis M. Alexander, Vol. I, Dordrecht 1993, s. xxiii.

³⁰ Churchill ve Lowe, op. cit., s. 181.

³¹ Lucius Cafilisch, "The Delimitation of Maritime Spaces between States with Opposite and Adjacent Coast", A Handbook on the Law of the Sea, Ed.: Rene-Jene Dupuy ve Daniel Vignes, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1991, s. 426-427.

³² * Prof. Dr. Sertaç Hami Başeren tarafından üretilmiştir. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984, par. 112. <http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6369.pdf> (e.t.:20 Eylül 2014)

B. Yunanistan ile GKRY'nin Görüşleri ve Uluslararası Hukuka Aykırı Faaliyetleri

Uluslararası hukukun bu temel ilkelerine rağmen, GKRY ve Yunanistan ikilisi, tek taraflı uygulamalar ve diğer sahil devletlerle yaptıkları/yapmaya çalıştıkları ikili anlaşmalarla Türkiye'yi Doğu Akdeniz'de Antalya Körfezi açıklarında dar bir deniz alanına hapsedmek istemektedir. Bu maksatla başta Rodos, Meis ve Kıbrıs olmak üzere adaların coğrafi konumlarını ve uluslararası hukukun karasularının sınırlandırılmasına yönelik ortaya koyduğu "eşit uzaklık/ortay hat" metodunu³³ suiistimal ederek, Anadolu ile bu adalar arasındaki ortay hatları, sırasıyla Türkiye-Yunanistan ve Türkiye-Kıbrıs deniz yetki alanları sınırı haline dönüştürmeye çalışmaktadırlar (Bkz. Harita 3). Ayrıca GKRY, Kıbrıs Uyuşmazlığını denize yaymakta, deniz yetki alanları sınırlandırmalarında Kıbrıs'ı tek başına temsil ve Ada'nın doğal kaynaklarını tek başına tasarruf etmek istemektedir.³⁴



Harita 3³⁵: Yunanistan ve GKRY'nin Sınırlandırma Haritası

³³ Madde 15: Sahilleri bitişik veya karşı karşıya olan devletler arasında karasularının sınırlandırılması

İki devletin sahilleri bitişik veya karşı karşıya olduğunda, aralarında aksine anlaşma olmadıkça, bu devletlerden ne birinin ne de diğerinin kendi karasularını, bütün noktaları bu iki devletin her birinin karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hatların en yakın noktalarından eşit uzaklıkta bulunan orta hattın ötesine uzatmaya hakkı yoktur. Bununla beraber bu hüküm, tarihi hakların veya diğer özel durumların varlığı nedeniyle, her iki devletin karasularının başka şekilde sınırlandırılmasını gerekli olduğu durumlarda uygulanmaz. İbrahim Kaya, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 256-258.

³⁴ Sertaç Hami Başeren, "Doğu Akdeniz'de Enerji Siyaseti ve Hukuk", Yaşam ve Stratejik Kaynaklar Açısından Kıbrıs, op. cit., s. 82-83.

³⁵ Bu harita Prof. Dr. Sertaç H. Başeren tarafından hazırlanmıştır.

GKRY-Yunanistan ikilisinin uluslararası hukuka aykırı olan bu isteklerinin doğal olarak Türkiye ve KKTC tarafından reddedilmesi, bu ikilinin haksız taleplerinden vazgeçmelerine yetmemektedir. Aksine, diğer kıyı devletleri ile yaptıkları anlaşmalar, tek taraflı işlemler ve bunlara dayanarak sahada yürüttükleri faaliyetlerle çizmek istedikleri sınırları ve sahip olmadıkları yetkilerinin varlığını Türkiye'ye ve KKTC'ye kabul ettirmeye çalışmaktadırlar.

GKRY bu çerçevede, önce 2003 yılında *Mısır* ile Münhasır Ekonomik Bölge Sınırlandırma Anlaşması imzalamış,³⁶ daha sonra iç hukukundaki düzenlemeleri yaparak 2004 yılında kabul ettiği yasalarla 24 millik bir *bitişik bölge* ve 200 millik *münhasır ekonomik bölge* kabul etmiştir.³⁷ Ayrıca 2007 ve 2009 yıllarında *Hidrokarbon Yasası* ve *Hidrokarbon Yönetmeliğini* iç hukukunda yürürlüğe sokmuştur.³⁸ Bu aşamadan itibaren GKRY deniz yetki alanlarına ilişkin iddialarını somut girişimlerle desteklemeye devam etmiştir. Bu kapsamda, 2005'den itibaren önce ön araştırmalar yapmış, sonra araştırma ve sondaj ihaleleri açarak sismik çalışmalar başlatmıştır. 2007 yılında *Lübnan* ile Münhasır Ekonomik Bölge Sınırlandırma Anlaşması³⁹ imzalayan GKRY benzer anlaşmayı 2010 yılında *İsrail*⁴⁰ ile yapmıştır.⁴¹ (Bkz. Harita 4) GKRY halen Yunanistan ile bir deniz yetki alanları sınırlandırması yapmaya çalışmaktadır. Yunanistan Türkiye'nin tepkisini çekmemek için, şimdilik GKRY'nin bu taleplerini bekletmekte ama diğer taraftan Türkiye ile Mısır arasındaki ilişkinin son dönemde bozulmasını da fırsat bilerek, Mısır ile sınırlandırma anlaşmasının yapılmasına öncelik vermektedir.

³⁶ Agreement between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone, 17 February 2003. <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/EGY-CYP2003EZ.pdf> (e.t.:15 Aralık 2014).

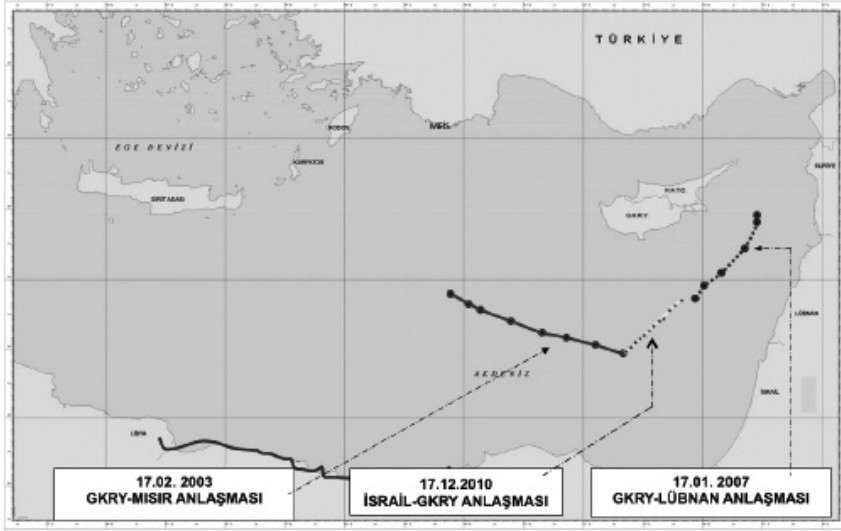
³⁷ İlgili kanunların metinleri için bkz., <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/CYP> (e.t.:11 Aralık 2014).

³⁸ Aksu, op. cit., s. 165-166.

³⁹ Söz konusu anlaşma imzalanmış ama Türkiye'nin girişimleri sonunda Lübnan iç hukukunda henüz onaylanmamıştır.

⁴⁰ Anlaşma metni için bkz., http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/cyp_isr_eez_2010.pdf (e.t.:11 Aralık 2014).

⁴¹ Bkz., "Cyprus, Israel Define Sea Border for Energy Search", RIGZONE, http://www.rigzone.com/news/article.asp?a_id=102276&hmpn=1#sthash.lhyfIHFF.dpuf (e.t.:15 Aralık 2014).



Harita 4⁴²: GCRY'nin yaptığı sınırlandırma anlaşmaları

Nitekim 8 Kasım 2014 tarihinde Mısır Devlet Başkanı *Sisi*, Yunanistan Başbakanı *Samaras* ve GCRY Lideri *Anastadiadis* bir araya gelerek, bölgede işbirliğini öngören bir deklarasyon yayınlamışlardır. *Kahire Deklarasyonu* olarak adlandırılan bu belgede, Kıbrıs'ın münhasır ekonomik bölgesine atıfta bulunularak, Türkiye, Kıbrıs'ın güneyindeki bölgelerde yaptığı sismik araştırmaları durdurmaya ve gelecekte benzer eylemler yapmaktan kaçınmaya davet edilmektedir.⁴³

C. Türkiye ile KKTC'nin Görüşleri ve Bölgedeki Faaliyetleri

Türkiye, yarı kapalı bir deniz olan Doğu Akdeniz'de münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasına ilişkin görüşlerini, önce 17 Şubat 2003 tarihinde yapılan GCRY - Mısır Münhasır Ekonomik Bölge Sınırlandırması Anlaşması'nın gerçekleştirilmesinden sonra 2 Mart 2004 tarihinde verdiği bir nota,⁴⁴ 4 Ekim 2005 tarihinde BM Genel Sekreterine gönderdiği bir mektup⁴⁵ ve nihayet GCRY'nin

⁴² Bu harita Prof. Dr. Sertaç H. Başeren tarafından hazırlanmıştır.

⁴³ Milliyet, 8 Kasım 2014.

⁴⁴ BM nezdinde Türkiye'nin Daimi Temsilciliğinin 2 Mart 2004 tarih ve 2004/Turkuno DT/4739 sayılı notası

⁴⁵ Law of the Sea Bulletin, Vol. 59, s.34.

bölgede planladığı diğer faaliyetler karşısında yaptığı bir açıklama⁴⁶ ile ortaya koymuştur. Kıta sahanlığı veya münhasır ekonomik bölge sınırlandırmalarının uluslararası hukuk çerçevesinde, ilgili kıyı devletleri ile bütün ilgili/özel koşulları dikkate alan hakkaniyet ilkelerine dayalı anlaşmalarla yapılması gerektiğini savunan Türkiye bu çerçevede özetle; deniz alanlarının sınırlandırmasının tüm devletler için yükümlülükler yarattığını, söz konusu devletlerin, haklarını kullanır, yükümlülüklerini yerine getirirken birbirleriyle işbirliği yapmak mecburiyetinde olduklarını, Doğu Akdeniz'de özellikle 32° 16' 18" boylamı batısında kalan sahalarda münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığı sınırlandırmasının Türkiye'nin yerleşik uluslararası hukuktan doğan *ab initio* ve *ipso facto* mevcut hukuki egemen haklarını ilgilendirdiğini beyan ederek, söz konusu anlaşmayı tanımadığını bu bölge ile ilgili tüm hukuki haklarını saklı tuttuğunu, bir bütün olarak Kıbrıs'ı yani Kıbrıslı Türkleri ve Kıbrıslı Rumları birlikte temsil edecek hukuki ya da fiilî tek bir otorite bulunmadığını, Kıbrıs Adasının deniz alanlarında KKTC'nin de hak ve yetkileri bulunmakta olduğunu, Anadolu sahilleri ile 32° 16' 18" boylamı 34° 00' 00" enlemi ve 28° 00' 00" boylamı arasında kalan deniz alanlarının kendi kıta sahanlığı olduğunu bildirmiştir. Bir yandan GKRY ve Yunanistan'ın uluslararası hukuka aykırı bölgedeki devlet uygulamalarını bu şekilde sürekli protesto eden ve yaptıkları anlaşmalara yönelik itirazlarını kayda geçirmiş olan Türkiye, diğer yandan da bölgede hidrokarbon arama ruhsatları vermiş ve bu ruhsatlara dayanarak arama faaliyetleri gerçekleştirmiştir.⁴⁷

Aynı şekilde KKTC de görüşlerini bir yandan GKRY'nin Mısır⁴⁸ ve Lübnan⁴⁹ ile yaptığı anlaşmaların tanınmadığını kayda geçirirken,

⁴⁶ T.C. Dışişleri Bakanlığı, 30 Ocak 2007.

⁴⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Başeren, Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset, op. cit., s. 262-274.

⁴⁸ Bakanı Tahsin Ertuğruloğlu 24 Şubat 2003'te makamında Mısır Lefkoşa Büyükelçisi Omar Metwally ile görüşerek yapılan antlaşmayı tanımadıklarını KKTC Dışişleri resmen bildirmiştir. Sertaç Hami Başeren, "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı", Stratejik Araştırmalar, 8(14) Ocak 2014, s. 162-163.

⁴⁹ Cumhurbaşkanı Talat, BM Türk Daimî Temsilciliğinin BM Genel Sekreterine yazdığı 2 Şubat 2007 tarihli bir mektubun ekinde BM belgesine dönüştürülen bir mektup ile GKRY'nin bütün Kıbrıs'ı temsil etme iddiası ile imzaladığı bu antlaşmanın hükümsüz olduğunu, Kıbrıs Türk tarafı veya adanın tamamı üzerinde herhangi bir bağlayıcılığı olmadığını bildirmiştir. Ibid., s. 163.

diğer yandan da çeşitli vesilelerle konuya ilişkin yaptıkları diğer beyanatlarla açıklamışlardır.⁵⁰ Bu çerçevede, Kıbrıs Adasının münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırmasının uluslararası hukuka uygun olarak Türkiye dâhil bölgedeki tüm ilgili ülkelerle karşılıklı anlaşmalarla gerçekleştirilmesi gerektiği, Rum İdaresi'nin tek başına sınırlandırma anlaşması akdetme yetkisinin bulunmadığı, Kıbrıs Türk halkının Kıbrıs Adasının kara ve deniz alanlarındaki doğal kaynakları üzerinde eşit haklara sahip olduğu, Kıbrıs'ın hassas deniz yetki alanları sınırlandırması sorununun, BM gözetimindeki yürütülen görüşmelerle siyasi bir çözüme ulaşıldıktan sonra karara bağlanması gerektiği vurgulanmıştır.

Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de ulusal çıkarlarını koruma noktasında hep reaktif bir durumda kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun en önemli göstergesi, Doğu Akdeniz'de münhasır ekonomik bölge ilan yoluna gitmemiş olmasıdır. Hatta bu alanlara ilişkin haklarını korumak amacıyla atıf yaptığı yukarıda belirtilen muhtemel münhasır ekonomik bölgesini düşey hatlarla kısıtlı sayıda ilgili kıyı ile kıyıdaş devlet seçilmesi anlamında minimalist bir yaklaşımla çizdiği görülmektedir.⁵¹ Bununla birlikte, son dönemdeki faaliyetleri daha proaktif bir profil çizmektedir. Bu kapsamda, GKRY'nin KKTC'yi dikkate almadan münhasır ekonomik bölge ilan etmesine karşılık KKTC ile 21 Eylül 2011'de "Akdeniz'de Kıta Sahanelığı Sınırlandırması Hakkında Anlaşma" imzalamıştır.⁵² Bunun yanında, KKTC Ekonomi ve Enerji Bakanlığı ile Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) arasında 2 Kasım 2011 tarihinde, KKTC'nin deniz ve kara alanlarında petrol aramak üzere "Petrol Sahası Hizmetleri ve Üretim Paylaşım Sözleşmesi" imzalanmıştır. Bu anlaşmaya dayanarak KKTC 22 Eylül 2011'de

⁵⁰ Ibid., s. 161-165.

⁵¹ Yayıncı, op. cit., s. 31-32.

⁵² KKTC Meclisi, 9 Ocak 2012 tarihinde 'Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Akdeniz'de Kıta Sahanelığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşma'nın Uygun Bulunması Yasasını' kabul etmiştir. Anılan Yasa 18 Ocak 2012 tarih ve 11 sayılı KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Öte yandan TBMM de 'Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdeniz'de Kıta Sahanelığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşma'nın uygun bulunmasına dair Kanunu' 29 Haziran 2012 tarihinde kabul etmiş ve Kanun 12 Temmuz 2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Ada'nın çevresindeki deniz alanlarında TPAO'na petrol ve doğalgaz arama ve çıkarma ruhsatları vermiştir.⁵³ Bu çerçevede yürütülen sismik faaliyetler bağlamında, son olarak 20 Ekim 2014 tarihinde *Barbaros Hayrettin Paşa Sismik Araştırma Gemisi* Kıbrıs'ın güneyinde sismik araştırmalara başlamıştır.⁵⁴ Böylece, GKRY'nin tek taraflı ve gayri meşru olarak ilan ettiği Kıbrıs'ın münhasır ekonomik bölgesi ve buradaki faaliyetlerinin tanınmadığı tescillenmiştir.

Doğu Akdeniz havzasında bir devletin deniz yetki alanları sınırlarını sadece ikili anlaşmalar ile belirleyebileceğini düşünmesi teorik olarak doğru görünmekle beraber, hukuk teorisi açısından yapılacak anlaşmanın arkasındaki güç dengesinin önemi de göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan, Türkiye için en kötü durum, kendisine karşı ittifakları dengeleyecek ve bunlara karşı etkili işbirliği geliştirebilecek bölgesel ve/veya uluslararası müttefik bulamayarak tek başına kalma ve bölgede yapılacak önemli projelerden dışlanma olasılığıdır.

Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki son gelişmeler çerçevesinde dikkatle değerlendirmesi gereken hususlardan birisi de bölgede oluşan yeni politik dengelerdir. Söz konusu bu yeni dengeler havza ile ilgili güvenlik anlayışının değişmesine de neden olmaktadır. İsrail, Yunanistan ve GKRY'nin Doğu Akdeniz'de birlikte oluşturmaya çalıştıkları güvenlik çemberi bu durumun en somut örneklerindedir. Son günlerde bu ittifaka, iktidarı darbe ile *Mursi*'den devralan *Sisi* idaresindeki Mısır'ın da katıldığı görülmektedir. Nitekim yukarıda belirtildiği gibi, bu devletlerin Türkiye'yi dışlayarak yayınladıkları Kahire Deklarasyonu Türkiye'nin yalnızlaştığına işaret etmektedir.⁵⁵ Bu çerçevede, *"Türkiye'nin manevra alanını daraltacak ikili kutuplardan kaçınarak oluşabilecek karşı denge grupları engellenmeli ve mümkün olan en geniş alanda bölgesel politikalar geliştirmeye çalışılmalıdır... Türkiye dışlanan ve yalnızlaşan taraf olmamaya azami özeni göstermek zorundadır."*⁵⁶

⁵³ KKTC Bakanlar Kurulunun Kararı için bakınız, KKTC Resmi Gazetesi, Sayı: 161, 22 Eylül 2011.

⁵⁴ Hürriyet, 21 Ekim 2014.

⁵⁵ Supra., s. 11.

⁵⁶ Davutoğlu, op. cit., s. 402 ve 405.

D. Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Hukuku

1. Genel Olarak

Deniz alanlarının sınırlandırılması, kodifikasyon süreci kapsamında *uluslararası sözleşme* hükümlerine yansıyan hukuk kuralları ile *UAD* ve diğer *hakem mahkemelerinin* kararları doğrultusunda gelişen örf ve adet hukuku kuralları çerçevesinde yapılmaktadır. Dünyada mevcut deniz sınır uyuşmazlıklarının devletler arasında gerçekleştirilen görüşmeler sonucunda imzalanan anlaşmalarla yapıldığı dikkate alındığında,⁵⁷ *devlet uygulamalarının* da bu hukukun gelişimine büyük katkısı göz ardı edilmemelidir. Bu çerçevede, “*Denizlerin Anayasası*” olarak adlandırılan *1958 Cenevre Sözleşmeleri* ile *1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi* deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin genel prensipleri belirleyen sözleşmelerdir.⁵⁸

Başlangıçta, *uluslararası sözleşme*⁵⁹ hükümleri ve *yargı kararları* ile formüle edilen sınırlandırma ilkelerinin daha çok *genel prensiplerden* müteşekkil olduğunu belirtmekte fayda görülmektedir. Bu nedenle, şimdi mevcut ya da gelecekte ortaya çıkacak bütün sınırlandırma uyuşmazlıklarına doğrudan uygulanabilecek belirli prensipler söz konusu değildir. Diğer taraftan, her sınırlandırma, bu kapsamda Doğu Akdeniz’deki deniz alanlarının sınırlandırılması, sınırlandırma esnasında dikkate alınmasını gerektiren kendine özgü (unique) ‘özel durumları/özellikleri (faktörleri)’ bünyesinde barındırır. Her ne kadar Doğu Akdeniz’de çizilecek sınırların yerini kesin olarak belirleyecek

⁵⁷ David Anderson, “Recent Decision of Courts and Tribunals in Maritime Boundary Cases”, *International Maritime Boundaries*, Ed.: David A. Colson ve Robert W. Smith, Vol. VI, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, s. 4119.

⁵⁸ Churchill ve Lowe, loc. cit.

⁵⁹ 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri, tarihe III. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı olarak geçen konferansta şekillenmiştir. Usule ilişkin ilk toplantısı 3 Aralık 1973 tarihinde New York’ta başlayan anılan konferans, öze ilişkin çalışmalara 20 Haziran 1974 tarihinde Karakas’da başlamış ve çeşitli aralıklarla, kimi yıl bir, kimi yılda iki dönem olmak üzere, toplam on bir dönem çalışarak “1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi metnini hazırlamıştır. Sami Doğru, *Uluslararası Hukukta Kıta Sahanlığı ve Ege Denizi Kıta Sahanlığı Uyuşmazlığı*, AÜ Basımevi, 2001, s. 29-30. Bu konferansta sınırlandırmaya ilişkin olarak yapılan görüşmelerde iki farklı düşünce akımı karşı karşıya gelmiştir. Biri eşit uzaklık metodu taraftarı olan düşünce akımıydı. Diğeri ise, daha esnek olan hakkaniyet prensipleri taraftarı olan düşünce akımıydı. Hugo Caminos, “Introduction”, *Law of the Sea*, Ed.: Hugo Caminos, Ashgate, 2001, s. xiii.

olmasalar da bu 'özel durumları/özellikleri (faktörleri)' değerlendirmek için bu güne kadar ortaya çıkan *yargı kararları ve devlet uygulamalarını* incelemek en uygun yol olacaktır.⁶⁰ Böylelikle, yukarıda da belirtildiği gibi, uluslararası sözleşmelerin 'genel' nitelikte belirlediği sınırlandırma prensiplerinin Doğu Akdeniz'de yapılacak bir sınırlandırmada nasıl uygulanması gerektiği ortaya çıkacaktır.

1958 Cenevre Kıta Sahanelığı Sözleşmesi⁶¹ ve 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin⁶² sınırlandırmaya ilişkin hükümleri daha çok 'devlet uygulamaları' ve 'yargı içtihatlarının' formüle edilmesiyle oluşturulmuştur. Bu kapsamda, kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin ilk kodifiye edilen kural 1958 Cenevre Kıta Sahanelığı Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm her ne kadar, kıyıları karşı karşıya veya bitişik olan devletler arasında kıta sahanlığının sınırlarının saptanması işlemi ayrı ayrı hükümler olarak düzenlemişse de, her iki sınır için de sonuçta öngördüğü kural aynıdır. Buna göre; iki veya daha çok devletlerin ülkeleri aynı kıta sahanlığına bitişik ise, bunların ülkeleri ister karşı karşıya, ister bitişik olsun, her iki durumda da kıta sahanlığının sınırı, kural olarak, ' tarafların anlaşmasıyla' saptanacaktır. Bu konuda bir anlaşmaya varılamazsa ve 'özel durumlar' farklı bir sınırın saptanmasını haklı kılmıyorsa, kıta sahanlığı sınırlandırılması 'eşit uzaklık' ilkesine göre yapılır. Madde 6'da öngörülen 'özel durumlar' hükmü 'eşit uzaklık' ilkesinin neden olacağı hakkaniyete aykırı sonucu ortadan kaldırmaya yöneliktir.⁶³ Öte yandan, karşıt kıyıları arasındaki sınırlandırmanın çoğunlukla *eşit uzaklık* çizgisi olmasının bir zorunluluktan değil, karşıt kıyıları arasında çoğu kez hakkaniyeti sağlayan metodun bu olmasından ileri geldiği de vurgulanmıştır.⁶⁴

⁶⁰ Churchill ve Lowe, op. cit., s. 182.

⁶¹ 1958 Cenevre Kıta Sahanelığı Sözleşmesi Md. 6. Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Belgeler, İstanbul, 1994, 2. B, s. 256.

⁶² 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi, Md. 74 ve 83. Ibid., s. 41.

⁶³ İngiltere-Fransa Tahkim Mahkemesi 30 Haziran 1977 tarihli Kararında şöyle belirtilmektedir: "... Kısaca, md. 6'da yer alan 'özel durumların' rolü, hakkaniyete uygun bir sınırlandırmayı sağlamaya yöneliktir; birleşik 'eşit uzaklık-özel durumlar kuralı' aynı kıta sahanlığı üzerindeki devletler arasındaki sınırın, anlaşma sağlanamaması durumunda, hakkaniyet prensipleri çerçevesinde sınırlandırılmasının genel bir kural olduğuna işaret etmektedir ...". Case concerning the delimitation of continental shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic, (30 June 1977 - 14 March 1978), Anglo-French Case, s. 45, par. 70. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVIII/3-413.pdf (e.t.: 12 Eylül 2014)

⁶⁴ Yücel Acer, "Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Hukuku", Doğu Akdeniz'de

Münhasır ekonomik bölge kavramını ilk defa kodifiye eden 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi ise, birbirinden farklı iki deniz alanı olan kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgeye ilişkin sınırlandırma hükümlerini benzer şekilde düzenlemiştir.⁶⁵ Sözleşme'nin 74 ve 83. maddelerine göre; sahilleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırması, '*hakkaniyete uygun (hakça)*' çözüme ulaşmak maksadıyla, UAD Statüsü'nün 38. maddesinde⁶⁶ belirtildiği şekilde, uluslararası hukuka uygun olarak '*anlaşma*' ile yapılacaktır.⁶⁷

1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi ve 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi arasındaki farklılıklar önemli olmakla birlikte, her ikisi de, deniz yetki alanlarının sınırlandırması faaliyetinin temel taşı olan "sınırlandırmanın '*anlaşma*' ile olması" yönündeki kurala dayanmaktadır. 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 'karasularının sınırlandırması' ile ilgili 15. maddesinin⁶⁸ aksine bu hükümler '*eşit uzaklık*' gibi belirli bir sınırlandırma metoduna atıf yapmamaktadır. Buradaki vurgu açıkça '*hakkaniyete uygun çözüme*' ulaşılmasıdır.

Bu tutum UAD'nin ve *tahkim mahkemelerinin* kararlarına da yansımıştır.⁶⁹ Hukuki kurallara uygun sınırlandırmalarda, UAD ve tahkim mah-

Hukuk ve Siyaset, op. cit., s. 308; North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, par. 57. <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf>. (e.t.:10 Ağustos 2014).

⁶⁵ Mahkemeler de kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılmasına ilişkin kurallar arasında bir fark görmemektedir. Prosper Weil, The Law of Maritime Delimitation- Reflections, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1989, s. 117.

⁶⁶ Madde 38:

1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:

a. uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;
b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş kurallarını;

c. uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

d. 59. madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.

2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakça ve eşitçe karar verme yetkisini zedelemesin. Gündüz, op. cit., s. 89.

⁶⁷ Anlaşma akdedilinceye kadar, ilgili devletler, anlayış ve işbirliği ruhu içerisinde, pratik çözüm getiren 'geçici düzenlemelere' girişmek ve bu geçiş süresi içinde nihai anlaşmanın akdini tehlikeye düşürmemek veya engellemek için ellerinden gelen gayreti göstereceklerdir.

⁶⁸ Bkz., supra., s. 10, dip not 32.

⁶⁹ Victor Prescott ve Clive Schofield, The Maritime Political Boundaries of the World,

kemeleri '*ilgili hakkaniyet ölçütlerini*' ve '*faktörleri*' sınırlandırma faaliyeti ile doğrudan ilgili görerek, deniz alanlarının sınırlandırmasına uygulanabilir olarak yorumlamıştır. Kıta Sahanlığı ile ilgili ilk dava olan 1969 Kuzey Denizi Davasında UAD, sınırlandırmanın örf ve adet hukukuna göre, '*hakkaniyet prensiplerine*' uygun bir şekilde ve bütün '*ilgili durumlar*' dikkate alınarak '*anlaşma*' ile yapılacağını belirtmiştir.⁷⁰ Bu etki, 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki '*sınırlandırma hükmü*' ile 'örf ve adet hukuku hükmü'nün farklı formüle edilmiş olmasına ve UAD'nin, 1969 Kuzey Denizi Davasında, Sözleşmenin 6. maddesinin henüz örf ve adet hukuku kuralı olmadığını belirtmiş olmasına rağmen, bundan sonraki iki dava olan 1977 İngiltere - Fransa Kıta Sahanlığı Davası ve 1993 Grönland/Jan Mayen Davasında da görülmüştür.

Yukarıda da belirtilen sınırlandırma metoduna atıf yapılmama kuralı yargı kararları ile zamanla değişmeye başlamıştır.⁷¹ Nitekim UAD'nin⁷² ve tahkim mahkemelerinin⁷³ son kararları bize, iki aşamalı bir sınırlandırma sürecinin hayata geçirilmesine yönelik bir eğilim olduğunu göstermektedir. Bu çerçevede, ilk aşamada, karşılıklı kıyılar arasında '*geçici ortay hat*' ihdas edilmekte; ikinci aşamada da sonucun '*hakkaniyete uygunluğu*' '*özel durumların*' varlığı ışığında test edilmektedir. Bununla birlikte, UAD'nin Romanya-Ukrayna Davası kararında sınırlandırma metodunda bazı önemli değişiklikler ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, üç aşamalı bir sürecin izlendiği görülmektedir.⁷⁴ Birin-

⁷⁰ Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, s. 220.

⁷¹ I.C.J. Report 1969, op. cit., s. 46, par. 85, ayrıca bkz., s. 53, par. 101 (c) (1).

⁷² Yoshifumi Tanaka, The International Law of the Sea, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 191.

⁷³ Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993, s. 59-60, par. 49. <http://www.icj-cij.org/docket/files/78/6743.pdf>, (e.t. 15 Ağustos 2014) ; Ayrıca bkz., "Report No. 9-19", International Maritime Boundaries, Ed.:Jonathan I. Charney ve Lewis M. Alexander, Vol. III, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, s. 2515; Case Concerning Maritime and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Report 2001. <http://www.icj-cij.org/docket/files/87/7027.pdf>, (e.t.: 15 Ağustos 2014); "Report Number 7-13 (2001)", International Maritime Boundaries, Ed.:Jonathan I. Charney ve Robert W. Smith, Vol. IV, Martinus Nijhoff Publishers, Hague 2002, s. 2841.

⁷⁴ Eritre-Yemen Tahkim Mahkemesi Kararı için bkz., "Report Number 6-14 (1999)", International Maritime Boundaries, Vol. IV, op. cit., s. 2745; Ayrıca bkz., Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings (maritime delimitation), Eritrea/Yemen, par. 132. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160 (e.t.: 15 Ekim 2014)

⁷⁵ Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Re-

ci aşamada, 'geçici eşit uzaklık çizgisi' ihdas edilmekte; ikinci aşamada, bu çizginin düzeltilmesine olan ihtiyaç değerlendirilmekte ve üçüncü aşamada da, bunun 'hakkaniyete uygun olmayan sonuca' neden olup olmadığı test edilmektedir. Bu kararlar mevcut belirsizlikleri biraz azaltmıştır.⁷⁵ Bu kararlarda da görüleceği gibi, hem sözleşmeler hem de mahkemeler 'ilgili' veya 'özel durumlar'a vurgu yapmaktadır; ama bunların açık bir listesi verilmemiştir.

Devlet uygulamalarına baktığımızda, bunların farklılıklar gösterdiğini görmekteyiz. Burada, tarafların sorunu 'hakkaniyete uygun (hakça) çözüme' kavuşturmak üzere anlaştıkları sürece sınırlandırma metodunda bir sınırlamanın söz konusu olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin mümkün olan bütün seçenekleri ve metotları değerlendirmek mümkün değildir.⁷⁶ Bununla birlikte, bazı devletler 'eşit uzaklık'⁷⁷ metodunu kullanmış, bu kapsamda, önce 'ortay hat' ile başlayıp, çeşitli 'faktörler'/ilgili durumlara⁷⁸ göre bu hattın üzerinde düzeltmeler yapmışlar;⁷⁹ bazı son dönem anlaşmalarda ise, 1990 tarihli Belçika-Fransa Karasuları ve Kıta Sahhanlığı Sınırları Anlaşması⁸⁰ gibi, tarafların 'hakkaniyete uygun çözüm' arzularına atıf yapılmıştır.⁸¹

Bütün bu sözleşme hükümleri ve yargı kararları ile devlet uygulamalarının da gösterdiği gibi, deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda uluslararası hukuk belirli bir metodu öngörmemekte, bunun yerine sınırlandırmanın bütün 'ilgili durumların' dikkate alınarak 'hakkaniyete

ports 2009, par. 116-118. <http://www.icj-cij.org/docket/files/132/14987.pdf> (e.t.: 11 Ekim 2014).

⁷⁵ Anderson, Modern Law of the Sea, Selected Essays, op. cit., s. 389.

⁷⁶ Prescott ve Schofield, op. cit., s. 235.

⁷⁷ İbid. s. 236.

⁷⁸ Victor Prescott ve Clive Schofield, "Islands and Rocks and their Role in Maritime Delimitation", International Maritime Boundaries, Ed.: David A. Colson ve Robert W. Smith, Vol. V, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, s. 3277.

⁷⁹ Bkz., 1978 tarihli Hindistan - Tayland Anlaşması, "Report Number No. 6-11 (1978)", International Maritime Boundaries, Ed.: Jonathan I. Charney ve Lewis M. Alexander, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, s. 1433; 2000 tarihli Ekvator Ginesi - Nijerya Anlaşması, "Report Number 4-9 (2000)", International Maritime Boundaries, Vol. IV, op. cit., s. 2657; 1997 tarihli Tayland-Vietnam Anlaşması, "Report Number 5-23 (1997)", ibid., s. 2683.

⁸⁰ "Report Number 9-16 (1990)", International Maritime Boundaries, Ed.: Charney ve Alexander, Vol. II, op. cit., s. 1892.

⁸¹ Churchill ve Lowe, op. cit., s. 197.

uygun çözüme' ulaşılma amacıyla '*hakkaniyet prensiplerince*' yapılması gerektiğine vurgu yapmaktadır.⁸²

2. Hakkaniyet Prensipleri

Hakkaniyet prensiplerine gelince, burada belirleyici olan sonuçtur; prensipler sonuca bağlıdır. Bir prensibin hakkaniyete uygunluğu, onun hakkaniyete uygun çözüme ulaşılmasına yönelik katkısı ışığında değerlendirilmelidir. Bunlar, her biri kendi içinde (başlı başına) hakkaniyete uygun olan prensipler değildir; bunlar, 'hakkaniyete ilişkin değerlerini' çözümün hakkaniyete uygunluğuna yaptığı atıftan almaktadır. Mahkeme tarafından kullanılacak bu *prensip*ler, 'hakkaniyete uygun çözüme' ulaşmaya katkısına göre seçilmek zorundadır.

Hukuk kurallarının uygulanması, her durumda farklılık gösterse de, 'tutarlılık' ve 'öngörülebilirlik (hukuk güvenliği)' gerektirir. Yargı organları hakkaniyet prensiplerini '*genel uygulama esasları*' olarak görür.⁸³ Bu çerçevede, hakkaniyet prensiplerine örnekler oluşturacak bir liste yapmıştır⁸⁴: a) Coğrafya yeniden tanımlanamaz, b) Başka devletin doğal uzantısı kesilmez, c) Bütün ilgili/özel durumlara saygı gösterilir, d) Hakkaniyet eşitlik anlamına gelmez, e) Dağıtıcı adalet konusunda bir tereddüt yoktur.

Yargı organları, 'hakkaniyet prensiplerinin' 'ilgili/özel durumlar' çerçevesinde ulaşılacak bir sınırlandırma gerektirdiğini belirtmektedir. Bu, 'hakkaniyet prensiplerini' tatmin edecek söz konusu durumdaki (case) '*ilgili durumun*' içinde bulunur. Yani, '*hakkaniyet prensipleri*' '*ilgili durumların*' içinde işlev görmektedir.⁸⁵ Uluslararası hukuk '*hakkaniyet prensiplerinin*' uygulanmasını ister, ama ne olduğunu belirtmez. Uygulama bir süreçtir; örnek vermek, bir süreç olarak sınırlandırmanın uygulanmasına veya anlaşılmasına yardımcı olmaz. Sonuç ola-

⁸² Jonathan I. Charney, "The Delimitation of Ocean Boundaries", Ocean Development and International Law, The Journal of Marine Affairs, Vol. 18, Nr. 5, New York 1987. s. 507.

⁸³ Malcolm D. Evans, Relevant Circumstances and Maritime Delimitation, Clarendon Press, London 1989, s. 75; Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/ Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, par. 45. <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf> (e.t.: 15.10.2014)

⁸⁴ I.C.J. Reports 1985, par. 46; Evans, op. cit., s. 76.

⁸⁵ Ibid.

rak, hakkaniyet prensiplerinin uygulanması, 'ilgili/özel durumun' bir fonksiyonu olan 'hakkaniyet surecinin' uygulanması anlamına gelir.⁸⁶ Bunun için 'hakkaniyet prensipleri', hakkaniyete uygun çözüme ulaşmaya yarayacak ilgi/özel durumlara atıf yapar.⁸⁷

Şüphesiz ki, deniz alanlarının sınırlandırılmasında hakkaniyet prensiplerinin uygulanmasına ilişkin bu genel kural, somut durumlara uygulanamayacak kadar soyut bir nitelik göstermektedir. Bu kuralın somut olaylara uygulanabilmesi, 'ilgili/özel durumlar'ın neler olduğunun bilinmesine bağlı gözükmektedir.⁸⁸

Bunun için aşağıda özellikle 'ilgili/özel durumlar' açıklığa kavuşturulmaya çalışılacak ve bu çerçevede, ilgili durumların ne aşamada ve ne oranda dikkate alındığı, bir başka deyişle, sınır üzerinde ne oranda bir etkiye sahip oldukları belirginleştirilmeye çalışılacaktır.

3. İlgili/Özel Durumlar

'İlgili/özel durumlar', karar vericilere, sınırlandırmanın tarafları olan devletlere ne kadar deniz alanı verilmesi gerektiğini belirleyecek şekilde tasarlanmıştır.⁸⁹ Sınırlandırma sürecinde dikkate alınması gereken çok sayıda 'ilgi durum (faktör)' bulunmaktadır.⁹⁰ Bu kapsamda, devletlerin, görüşme sonucunda kendi çıkarlarını karşılayacak ve hakkaniyete uygun bir sınır çizgisi veya çizgileri oluşturulmasını sağlayacak geniş imkânları vardır. Diğer bir deyişle, devletlerin görüşmelerde dikkate alabilecekleri 'ilgili durumlar' sınırsızdır.⁹¹

'İlgili' veya 'özel' durumlar unsurunun kökeni Uluslararası Hukuk Komisyonu (International Law Commission-ILC/UHK) tutanaklarına dayanır. Sınırlandırmaya ilişkin her formülasyonda atıf yapılan bu ölçüt, buradan da 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin

⁸⁶ Ibid., s. 78.

⁸⁷ Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, s. 59, par. 70; Bu konuda ayrıca bkz., Charney, Ocean Development and International Law, op. cit., s. 507.

⁸⁸ Acer, op. cit., s. 310.

⁸⁹ Charney, Ocean Development and International Law, op. cit., s. 509.

⁹⁰ Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, United Nations. New York 2000, s. 25.

⁹¹ I.C.J. Reports 1969, par. 93.

6. maddesine ithal edilmiştir. 'İlgili' veya 'özel' durumların anlamına ilişkin farklı yaklaşımlar⁹² olsa da, mahkeme kararları bu iki kelimeye de aynı anlamı yüklemekte; çünkü ikisi de 'hakkaniyete uygun çözüm' ulaşılması amacıyla kullanılmaktadır.⁹³

'İlgili' veya 'özel' durumlara öteden beri iki farklı fonksiyon atfedilmiştir. Sınırlandırma sürecinin açık bir şekilde yürütebilmesi için bu iki fonksiyon arasındaki farkı belirlemek gerekir. 'İlgili durumlara' atfedilen ilk fonksiyon, sınırlandırmada kullanılan 'eşit uzaklık' metodunun uygulanmasını *kolaylaştırmaktır*.⁹⁴ Bu fonksiyon 1958 Cenevre Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'nin 6. maddesinde, 'anlaşma sağlanamamışsa ve başka bir sınırın varlığını gerektirecek 'özel durumun' varlığı söz konusu değilse, sınırlandırma 'ortay hat' ile belirlenir' şeklinde belirtilmiştir. Bu fonksiyon ayrıca bazı yargı kararlarında da, 1969 Kuzey Denizi Davası⁹⁵, İngiltere - Fransa Davası⁹⁶ ve Malta-Libya Davası⁹⁷ gibi, teyit edilmiştir. 'İlgili durumların' kullanılmasına ilişkin ikinci fonksiyon, birincinin tersine, hakkaniyetli bir sınırlandırmada, kullanılan metodun modifiye edilmesinden ziyade, hangi metodun kullanılması gerektiğine karar vermede 'özel' veya 'ilgili durumların' kullanılmasıdır.⁹⁸ Bu fonksiyon bazı yargı kararlarında da, 1969 Kuzey

⁹² "Özel durumlar" genelde dar anlamda kullanılmıştır: Örneğin, 6. maddenin metnini hazırlayan Uluslararası Hukuk Komisyonu "özel durum" olarak sahilin sıradışı yapısı, adaların varlığı ve kanalları göstermiştir. Diğer taraftan, "ilgili durumu" daha geniş tanımlamıştır: UAD, Kuzey Denizi Davasında hakkaniyete uygun sınırlandırmayı etkileyecek ilgili durumlar için bir sınırlandırma olmadığını belirtmiştir. Churchill ve Lowe, op. cit., s. 187-188. "İlgili" veya "özel" durumlar iki farklı fonksiyonu yerine getirecek şekilde görülmüşlerdir. Terminolojik açıklık bakımından belirtilebilir ki, "özel durumların" sınırlandırma metodu olarak kullanılan "eşit uzaklığın" uygulanmasını kolaylaştırdığı, "ilgili durumların" ise, birincinin tersine, "hakkaniyete uygun bir sınırlandırmaya" ulaşmayı sağladığı için tercih edildiği iddia edilmektedir. Evans, op. cit., s. 78-83.

⁹³ Churchill ve Lowe, op. cit., s. 188.

⁹⁴ Evans, op. cit., s. 79.

⁹⁵ Mahkeme, md. 6'da zikredilen "özel durumların" fonksiyonunu "eşit uzaklık" metodunun uygulanmasından doğan eşitsizliğin düzeltilmesi olarak anlamaktadır. I.C.J. Report 1969, op. cit., par. 55.

⁹⁶ Mahkeme Kanal Adaları bölgesi ile ilgili şunları belirtti: "...Fransız kıyılarına yakın Kanal Adaları, prima facie, 'ortay hattan' farklı bir sınırlandırmayı haklı çıkartacak 'özel durum' oluşturmaktadır. Anglo-French Case, s. 93, par. 196.

⁹⁷ Mahkeme 'hakkaniyetli bir sonuca ulaşmak için ilgili durumların sınırı kuzeye doğru kaydırmak gerektiğini gösterdiğini' belirtmiştir. I.C.J. Reports 1985, op. cit., par. 73.

⁹⁸ Evans, op. cit., s. 80.

Denizi Davası,⁹⁹ İngiltere- Fransa Davası¹⁰⁰ ve Maine Körfezi Davası¹⁰¹ gibi, teyit edilmiştir.

Her ne kadar mahkemeler 'ilgili/özel durumların' bir listesini vermekten kaçınsa da, bugüne kadar görülen davalar ve yapılan anlaşmalar dikkate alınarak bir sınıflandırma yapılabilir. Devlet uygulamalarına bakıldığında, deniz alanı sınırlandırma anlaşmalarının çoğunda 'coğrafi değerlendirmelerin' öne çıktığı görülmektedir.¹⁰² Bu nedenle, ilgili durumlar iki gruba; 'coğrafi' ve 'coğrafi olmayan' şeklinde ayrılarak incelenebilir.¹⁰³ *Coğrafi faktörler* olarak, 'genel coğrafi çerçeve (sınırlandırılacak alanın genel karakteristikleri ile bölgenin - yarı kapalı deniz, okyanus vb.- belirli özellikleri)', 'sahilin yapısı', 'orantılılık', 'adaların varlığı', 'esas hatlar', 'jeolojik ve jeomorfolojik değerlendirmeler', 'üçüncü devletlerin varlığı', 'kara ülkesi sınırının pozisyonu' sayılabilir. *Coğrafi olmayan faktörler* ise, daha çok coğrafi değerlendirmelerle belirlenen sınırın düzeltilmesi amacıyla kullanılır ve 'ekonomik faktörler', ' tarafların devlet uygulamaları', seyrüsefer faktörünü¹⁰⁴ de kapsayan 'güvenlik faktörü' ve 'politik faktör'den oluşmaktadır.

Coğrafi faktörler aşağı yukarı her sınırlandırma anlaşmasında etkili olmaktadır. Hatta bazı durumlarda, diğer faktörlerle birlikte ama belirleyici olarak yer almaktadır. Bazı durumlarda coğrafi olmayan faktörlerin de sınırların yerinin belirlenmesinde etkin oldukları görülmektedir.¹⁰⁵ Bu çerçevede, özellikle Doğu Akdeniz'de yapılacak bir sı-

⁹⁹ Kuzey Denizi Davasında eşit uzaklık metodu, bölgedeki ilgili coğrafi durumların varlığı nedeniyle hakkaniyet çerçevesinde uygulama dışı bırakılmıştır. Mahkeme ayrıca sınırlandırma amacının, tek bir metodun değil, hedefinin araştırılmasına yönelik olduğunu vurgulamıştır. I.C.J. Report 1969, op. cit., par. 89-90.

¹⁰⁰ Mahkeme, 'hakkaniyete uygun bir sınırlandırmaya ulaşmak amacıyla coğrafi ve diğer durumlar ışığında eşit uzaklık prensibi veya başka bir metodunun uygun olup olmadığının takdiri konusunu Mad. 6 kapsamında bile çok önemli bir sorun' olarak görmektedir. Anglo-French Case, op. cit., s. 45, par. 70.

¹⁰¹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984, s. 316, par. 164.

¹⁰² Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries, op. cit., s. 25.

¹⁰³ Yoshifumi Tanaka, Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation, Hart Publishing, Oxford, 2006, s. 151; Ayrıca bkz., Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries, op. cit., s. 25-46.

¹⁰⁴ Oxman 'seyrüsefer faktörlerini' 'güvenlik faktörü' içinde değerlendirmiştir. Bkz., Bernard H. Oxman, "Political, Strategic, and Historical Considerations", International Maritime Boundaries, Vol. I, op. cit., s. 22- 40.

¹⁰⁵ Prosper Weil, "Geographic Consideration in Maritime Delimitation", International Maritime Boundaries, Vol. I, op. cit., s. 124.

nırlandırmada önem arz edecek faktörler ve etkileri, hem *yargı kararları* hem de *devlet uygulamaları* bağlamında aşağıda özetlenecektir.

a. Coğrafi Faktörler

(1) Genel Coğrafi Çerçeve

Sınırlandırma yapılacak bölgedeki 'genel coğrafi çerçeve' önem arz etmektedir. Bu kapsamda UAD'nin Libya-Malta Davası kararı ile Hakem Mahkemesi'nin Jan Mayen Davası kararında yer alan bulgular bize bir ölçüt vermektedir¹⁰⁶. İlk karada, sınırlandırma yapılacak alanın genel bir tanımlamasına atıf yapılmıştır;¹⁰⁷ ikincisinde ise, sınırlandırma yapılacak alanın okyanusun bir parçası olduğu vurgulanmıştır.¹⁰⁸ Bu bağlamda en önemli unsurlar, anakara kıyılarının genel formasyonu yani kıyı üzerindeki girintiler çıkıntılar ve anakara kıyılarının uzunluğudur. İşte bu unsurlar, bir sınırlandırma eyleminde, başlangıç ve daha sonra çok az değişecek olan temel sınırlandırma çizgisini belirleyen unsurlardır.¹⁰⁹ Bu konu, görüşmelere yönelik hazırlıklar esnasında ve ilk tekliflerin sunulması aşamasında dikkatlice değerlendirilmelidir.¹¹⁰

Bu çerçevede Doğu Akdeniz'e baktığımızda, yarı-kapalı bir denizin parçası olduğu, özellikle sınırlandırma yapılacak alana kıyısı olan devletlerin kıyı uzunluklarının önem arz ettiği görülmektedir. Sınırlandırmada bunlar 'ilgili durum' olarak sınırın yerini etkileyecektir.

(2) Sahilin Yapısı

Deniz alanlarının sınırlandırmasında, sahil coğrafyası, özellikle de sahilin genel yapısı çok önem arz eder. Sınırlandırmada sahil

¹⁰⁶ 1985 tarihli Libya-Malta Davasında Mahkeme şunu vurgulamıştır: "Önce Mahkeme önüne gelen uyuşmazlığa konu alanın genel coğrafi çerçevedeki tanımlamasının yapılmasıyla başlanması ... taraflar arasında uyuşmazlığa konu olan ve sınırlandırılması gereken coğrafi alanın tanımlanması uygun olacaktır." I.C.J. Reports 1985, op. cit., par. 14; 1978 tarihli İngiltere - Fransa Davası'nda Mahkeme şunu belirtmiştir: "Mahkemenin önüne gelen davayla ilgili kıta sahanlığı ... Kuzeybatı Avrupa kıta sahanlığının bir parçasını teşkil etmektedir." Anglo-French Case, op. cit., s. 18, par. 2.

¹⁰⁷ I.C.J. Reports 1985, op. cit., s. 20, par. 14.

¹⁰⁸ I.C.J. Reports 1993, op. cit., s. 44, par. 11.

¹⁰⁹ Acer, op. cit., s. 311.

¹¹⁰ Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries, op. cit., s. 26.

coğrafyasının rolü çok belirleyicidir ve iki prensip üzerine kurulur: "... kara denize hakimdir ve bu hakimiyetini denizle buluştuğu kıyıları (sahili) vasıtasıyla kurar... ." ¹¹¹ Bu temel ilke ilgili bütün yargı kararlarında, Malta- Libya Davası ¹¹², Ege Denizi Kıta Sahaneliği Davası ¹¹³, Gine/Gine Bisse Davası ¹¹⁴ gibi, vurgulanmıştır. Sahilin yapısıyla ilgili üç ayrı faktör incelenmelidir: a) Bitişik veya karşı karşıya olan kıyılar, b) İçbükey veya dışbükey kıyılar ve c) Kıyının genel doğrultusu.

Doğu Akdeniz bu çerçevede değerlendirildiğinde, özellikle Türkiye'nin ve KKTC'nin kıyılarının genel doğrultusu önem arz etmektedir. Bu kapsamda, hem Türkiye'nin hem de KKTC'nin kıyı doğrultuları, bölgede hangi devletlerle sınırlandırma anlaşması yapılması gerektiğini bize göstermektedir. Bu bağlamda, Dr. Cihat Yayıncı'nın ilk defa 2010 yılında Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen 'Deniz Hukuku Sempozyumu'nda isabetle belirttiği gibi, hem Türkiye'nin hem de KKTC'nin düşey hatlarla deniz yetki alanı belirlemesi yerine, kıyı doğrultusuna uygun diyagonal hatlarla deniz yetki alanı belirlemesi daha geniş deniz alanları kazanılmasını temin edecektir. ¹¹⁵ Bu ölçütle Doğu Akdeniz'de düşey hatlarla yapılacak bir sınırlandırma ile Türkiye'nin münhasır ekonomik bölgesi 145.000 km² olurken, kıyı doğrultusuna uygun diyagonal hatlarla yapılacak sınırlandırma ile sahip olunacak münhasır ekonomik bölge alanında küçümsenmeyecek artış olacaktır. ¹¹⁶

¹¹¹ Weil, The Law of Maritime Delimitation- Reflections, op. cit., s. 50.

¹¹² Kıta sahanlığı hakkı, kara kütesinden değil, onun üzerindeki egemenlikten doğar; bu kara kütesinin denize olan kıyısı, diğer bir deyişle sahili vasıtasıyla ülkesel egemenlik kıta sahanlığı hakkını doğurur. I.C.J. Reports 1985, op. cit., par. 49.

¹¹³ "Kıta sahanlığı hakkı, sahil devletinin hem ülkesel egemenliğinden kaynaklanan hem de onun (ülkesel egemenliğinin) tamamlayıcısı olan bir haktır." Aegean Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports, 1978, s. 36, par. 86.

¹¹⁴ "Bir devletin deniz üzerindeki iddia edebileceği haklar, sahilinin gerisindeki kara ülkesinin büyüklüğü ile değil, bu kara ülkesinin aynı zamanda sınırını oluşturan bizatihi sahilinin uzunluğu ile ilişkilidir..." Arbitration Tribunal for the Delimitation of the Maritime Boundary Between Guinea and Guinea-Bissau, Award of 14 February 1985, Guinea/Guinea-Bissau Case, 25 I.L.M. 252, s. 301, par. 119. <http://www.jstor.org/stable/pdf/20692951> (e.t.: 03 Mart 2015)

¹¹⁵ Cihat Yayıncı, "Türkiye ile Libya Arasında Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması", Deniz Hukuku Sempozyumu (24-25 Mart 2011), Ed.: Sami Doğru, Çağ Üniversitesi Yayınları No: 18, Adana, 2012, s. 121.

¹¹⁶ Yayıncı, Bilge Strateji, op. cit., s. 47-50.

(3) Oransallık

Oransallık, deniz alanlarının sınırlandırmasında dikkate alınması gereken önemli bir faktördür.¹¹⁷ Bu çerçevede, deniz alanı sınırlandırması, her bir tarafa verilecek deniz alanı yüzölçümü ile bu alana bakan kıyı uzunluğunun oranı dikkate alınarak yapılmalıdır.

Başlangıçta UAD, oransallığı, 'eşit uzaklık' metodunun uygulanmasından kaynaklı hakkaniyete aykırı sonucun düzeltilmesi amacıyla dikkate alınması gereken son faktör olarak değerlendirmiştir.¹¹⁸ Daha sonra, uluslararası yargı ve hakem mahkemeleri kararlarında oransallığın fonksiyonunu hem coğrafi¹¹⁹ hem de fonksiyonel¹²⁰ olarak daha genişletmiştir. Böylece, oransallık yargı kararlarında iki rol oynamaya başlamıştır: '*hakkaniyetin test edilmesi*' ve başlangıçta belirlenecek '*eşit uzaklık çizgisinin*' yerinin hakkaniyete ulaşmak amacıyla düzeltilmesi.¹²¹

Oransallık faktörünün devlet uygulamalarındaki yeri çok istisnai kalmaktadır. Ama yine de bazı sınırlandırma anlaşmalarında, 1974 ta-

¹¹⁷ Jonathan I. Charney, "The Delimitation of Ocean Boundaries", *Ocean Development and International Law, The Journal of Marine Affairs*, Vol. 18, Nr. 5, New York, 1987, s. 515.

¹¹⁸ I.C.J. Reports 1969, op. cit., s. 52, par. 98.

¹¹⁹ Tunus/Libya Davasında UAD, iç bükey ve dış bükey durumu olmamasına rağmen bitişik sahiller arasındaki sınırlandırmada orantılılığa dayanmıştır. I.C.J. Report 1982, op. cit., s. 91, par. 131; Diğer bazı kararlarda orantılılık karşılıklı sahiller arasındaki sınırlandırmada değerlendirmeye alınmıştır. Bkz., Maine Körfezi Davası, I.C.J. Report 1984, s. 323, par. 184-185 ve s. 334-337, par. 218-222; Libya/Malta Davası, I.C.J. Report 1985, op. cit., s. 50, par. 68 ve s. 53-55, par. 74-75; Grönland/Jan Mayen Davası, I.C.J. Report 1993, op. cit., s. 65-69, par. 61-69; Eritre/Yemen Davası, The Eritrea/Yemen arbitration (second phase), op. cit., s. 1010-1011, par. 165-168; Orantılılık, coğrafi durumu Kuzey Denizi Davasındaki orijinal durumdan farklılık gösteren diğer bazı davalarda da dikkate alınmıştır. Bkz., Barbados/Trinidad ve Tobago Tâhkimi, Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the Delimitation of the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf between them, Award of the Arbitral Tribunal - April 11, 2006, s. 102-103, par. 337-338. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1152 (e.t.: 11 Eylül 2014); Romanya/Ukrayna Davası, I.C.J. Reports 2009, op. cit., s. 129-130, par. 210-216.

¹²⁰ Orantılılık, belirlenen sınırlandırma çizgisinin hakkaniyete uygunluğunun testi olarak uygulanmıştır. Bkz., Tunus/Libya Kıta Sahaneliği Davası, I.C.J. Reports 1982, s. 75, par. 103; Libya/Malta Kıta Sahaneliği Davası, I.C.J. Reports 1985, s. 45, par. 58; Bazı başka örneklerde, orantılılık, geçici olarak belirlenen eşit uzaklık çizgisinin kaydırılmasında belirleyici bir faktör olarak kullanılmıştır. Bkz., Maine Körfezi Davası, I.C.J. Reports 1984, op. cit., s. 336, par. 222.

¹²¹ Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, op. cit., s. 201.

rihli Fransa - İspanya Anlaşması,¹²² 1988 tarihli Birleşik Krallık - İrlanda Anlaşmasında değişiklik yapan 1992 Protokolü¹²³ gibi, etkin olduğu görülmektedir.

(4) Adalar

Deniz alanlarını sınırlandırmasında baştan beri '*ilgili durumlar*' olarak değerlendirilen faktörlerin başında *adalar* gelmektedir.¹²⁴ Devletlerin sahil yapıları genel olarak karmaşık yapıdadır hatta ada, adacık ve kayalıklar gibi sahil formasyonları ile bozulmuştur. Bu yapı sınırlandırmayı çeşitli yollarla etkilemektedir.¹²⁵ Fakat şu da açıktır ki, bütün adalar '*ilgili durum*' oluşturmazlar; sadece bir sınırlandırmaya konu olan devletin ana kıtasına siyasi olarak bağlı olanlar '*ilgili durum*' olarak nitelendirilirler.¹²⁶ Bu bağlamda, İngiltere - Fransa Davasında adalar, sınıra etkisinin kapsamının belirlenmesi konusunda dikkate alınması gereken önemli bir sorun oluşturmuştur.¹²⁷

Adaların sınırlandırmadaki etkisi konusunda çeşitli faktörler dikkate alınmaktadır. Genel olarak, adalar ve ana kıta ile adalar arasındaki sınırlandırmaya ilişkin devlet uygulamalarında, adalara *tam etki* veren, *yarım* ya da *daha az etki* veren ve *hiç etki vermeyen* örnekler çoktur. Bazen başka faktörler de, *adaların büyüklüğü*, *ana kıtaya uzaklığı* gibi, devreye girmektedir. Bazı durumlarda ise, adanın '*egemenlik uyumsuzluğuna*' konu olması nedeniyle hiç etki verilmediği olmuştur.¹²⁸

¹²² "Report Number No. 9-2", International Maritime Boundaries, Vol. II, op. cit., s. 1723.

¹²³ "Report Number No. 9-5(2)", International Maritime Boundaries, Vol. III, , op. cit., s. 2487.

¹²⁴ Adalar başlangıçtan bu yana hep eşit uzaklık bağlamında '*özel durum*' oluşturmuşlardır. Hiran W. Jayewardene, The Regime of Islands in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1989, s. 330.

¹²⁵ Derek Bowet, "Islands, Rocks, Reefs, and Low-Tide Elevations in Maritime Boundary Delimitations," International Maritime Boundaries, Vol. I, op. cit., s. 131.

¹²⁶ Evans, op. cit., s. 135.

¹²⁷ Anglo-French Case, op. cit., par. 171.

¹²⁸ 1969 tarihli İran-Katar Anlaşması'nda, ana kıta - ana kıta arası eşit uzaklık çizgisinin oluşturulmasında, statüsünün uyumsuzluk konusu olması nedeniyle Halul Adası dikkate alınmamıştır. Bkz., "Report Number No. 7-6", International Maritime Boundaries, Vol. II, op. cit., s. 1511. Diğer bir çözüm, 1986 tarihli Burma (Myanmar) - Hindistan Anlaşması'nda, Norcondom Adası üzerindeki Hindistan egemenliğinin tanınması ama sınırlandırmadaki etkisinin azaltılmasıyla hayata geçirilmiştir. "Report Number No. 6-3", International Maritime Boundaries, Vol. II, op. cit., s. 1329.

Bazı başka durumlarda, kullanılan sınırlandırma metodu nedeniyle, adaların *ihmal* edildiği (yok sayıldığı)¹²⁹ de olmuştur.¹³⁰

Uluslararası yargı organları 'adalara' etki verilip verilmemesini '*hakkaniyet prensipleri*' çerçevesinde değerlendirmektedir. Yargı kararları ve devlet uygulamaları incelendiğinde, deniz alanlarının sınırlandırılmasında adaların etkisinin belirlenmesi, adaların birkaç gruba ayrılarak yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda, adaların *coğrafi konumları* iyi bir ölçüt olmaktadır. Buna göre adalar, sahile göre coğrafi konumlarına dayanarak beş gruba ayrılabilir: *Kıyıya yakın adalar* (*off-shore islands*), *kıyıya uzak ama ortay hattın berisindeki adalar* (*off lying islands/detached islands*), *ortay hat bölgesindeki adalar* (*islands in the median zone*), *ters taraftaki adalar* (*islands 'on wrong side*) ve *ada devletleri*.¹³¹

Bu ada gruplandırması çerçevesinde Doğu Akdeniz'de yer alan adalara bakıldığında, Ege'yi Doğu Akdeniz'den ayıran Girit, Kaşot, Kerpe ve Rodos gibi adalar ile Meis, Karaada (Ro) ve Fener Adası (İpsili) gibi Anadolu kıyısına yakın adalar yani ters taraftaki adalar ve ada devleti olarak Kıbrıs Adası önem arz etmektedir. Bu nedenle, aşağıda 'ters taraftaki adalar' ile 'ada devleti' 'ilgili durum' olarak incelenecektir.

(a) Ters Taraftaki Adalar (*Islands 'On Wrong Side'*)

Bu ada grubu ile, siyasi olarak bağlı olduğu devletin ana kıtasına uzak olup karşı devletin kıyısına yakın adalar tanımlanmaktadır. Bu gruptaki adaların konumu çok önem arz eder; çünkü konumları, hangi metodun kullanılacağını veya metodun nasıl uygulanacağını belirler. Bazı durumlarda, mahkeme ters taraftaki adalara, geçici sınırı modifiye etmeden, buldukları kıta sahanlığı üstünde çember/daire (enkclave) içine alarak bu çember kadar alan vermekle yetinir.¹³² *Whittemore Boggs*'un önerdiği bu uygulamada adacık ve kayalıklar ihmal

¹²⁹ 1981 tarihli Brezilya-Fransa Anlaşması'nda 41°30'azimut açısı kullanılmış; böylece Guyana sahili açığındaki Le Grand Connetable Adası yok sayılmıştır. "Report Number No. 3-3", *International Maritime Boundaries*, Vol. I, op. cit., s. 771.

¹³⁰ *Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries*, op. cit., s. 33-34.

¹³¹ Başka bir coğrafi sınıflandırma için bkz., *Bowet*, op. cit., s. 131; Deniz alanlarının sınırlandırılmasındaki etkilerine göre adaların sınıflandırılması için bkz., *Tanaka*, *The International Law of the Sea*, op. cit., s. 204.

¹³² Bu durumda, ilgili devletler ana kıtaların sahilleri arasında genel bir sınırlandırmaya ulaşmak amacıyla adaları yok sayma uygulamasından vaz geçebilirler.

de edilebilir.¹³³ Bu İngiltere - Fransa arasındaki *Kanal Adaları Davasında* ve *St. Pierre and Miquelon Davasında* uygulanmıştır.

Ters taraftaki adalarla ilgili devlet uygulamalarında, adanın etrafında yarım daire şeklinde bir deniz yetki alanı oluşturulmuştur.¹³⁴ 1968 tarihli İran-Suudi Arabistan Anlaşması,¹³⁵ Suudi Arabistan tarafındaki İran'a ait *Farchi Adasının* etrafında 12 millik bir daire oluşturmuştur. 1971 tarihli İtalya-Tunus Anlaşması,¹³⁶ Tunus tarafında bulunan ve İtalya'ya ait *Lampione, Lampedusa, ve Pantelleria* adalarının etrafında 12 millik yarım daire oluşturmuştur. 1993 tarihli Kolombiya - Jamaika Anlaşması¹³⁷ ilginç çözüm getirmiş ve Kolombiya'ya ait kayalıkların etrafında 12 millik yarım daireler oluşturmuştur. Bu tür durumlarda, bir adanın diğer bir devletin kıyısına olan etkisi ile ilgili zor sorularla da karşı karşıya kalılabilmektedir. Örneğin, Avustralya'ya ait *Boigu ve Saibai* adalarının Papua Yeni Gine sahilinin 3-4 mil yakınında bulunması nedeniyle, 1978 tarihli Avustralya - Papua Yeni Gine Anlaşması'nda¹³⁸ bu tür zorluklarla karşılaşılması; sahilin 6 milden yakın olduğu kara tarafında basitleştirilmiş *eşit uzaklık* çizgisi belirlenmiş, deniz tarafında ise Avustralya'nın bütün adalarının karasuları 3 mil ile sınırlandırılmıştır.

Bu bilgiler ışığında, Ege Denizi'ni Akdeniz'den ayıran ve Yunanistan ana kıtasına uzak konumda olan *Girit, Kaşot, Kerpe* ve *Rodos* adalar ile Anadolu sahiline çok yakın olan *Meis, Karaada* ve *Fener Adası* Türkiye ile Yunanistan ve Türkiye ile Kıbrıs arasında yapılacak bir sınırlandırma anlaşmasında 'ilgili durum' oluşturacaktır. Bu kapsamda, ters taraftaki bu adalar etrafında, yargı kararları ve devlet uygulamaları doğrultusunda, karasuları genişliğinde ve yarım daire şeklinde sınır çizgisi oluşturulması yukarıda belirtilen hem yargı kararları hem de devlet uygulamaları ile uyumlu olacaktır.

¹³³ Kriangsak Kittichaisaree, *The Law of the Sea and Maritime Boundary Delimitation in South-East Asia*, Oxford University Press, New York, 1987, s. 94.

¹³⁴ Bununla birlikte, adalara tam etki veren anlaşmalar da vardır. Bkz., Bowett, op. cit., s. 144-147.

¹³⁵ "Report Number No. 7-7", *International Maritime Boundaries*, Vol. II, op. cit., s. 1519.

¹³⁶ *Ibid.*, s. 1611.

¹³⁷ Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*, op. cit., s. 199; "Report Number No. 2-18", *International Maritime Boundaries*, Vol. III, op. cit., s. 2179.

¹³⁸ "Report Number No. 5-3", *International Maritime Boundaries*, Vol. I, op. cit., s. 929.

Diğer taraftan, kapalı veya yarı kapalı deniz alanlarının sınırlandırılmasında ters taraftaki adalar bazen farklı bir 'ilgili durum' oluşturur: '*kapatmama (non-encroachment)*'. Özellikle kıta sahanlığı genişliğinin tespitinde mesafe unsurunun kabul edilmesiyle birlikte, sınırlandırma çizgisinin, her devlete kıyılarına yakın alanları bırakmasını sağlaması gerektiği kabul edilmiştir. Yani bir devletin yakınındaki deniz alanını bir başka devlete vermekle sonuçlanan bir sınırlandırma metodunun hakkaniyete aykırı olduğu vurgulanmıştır.¹³⁹ Bu kapsamda, hem Meis ve yakınındaki diğer adalar hem de Kıbrıs Adası bu 'ilgili durum' kapsamında değerlendirilerek sınırlandırma çizgisi belirlenmeli, yani Türkiye'nin Anadolu kıyılarının *ipso facto* ve *ab inito* kıta sahanlığı hakları korunmalıdır.

(b) Ada Devletleri

Ada devletinin diğer kıta devleti kıyıları karşısındaki durumunu en iyi özetleyen karar 1985 tarihli Malta-Libya Davasıdır. Mahkeme ada devleti Malta'ya Libya karşısında tam etki vermemiştir. Bunun nedeni de sınırlandırılacak bölgeye bakan sahiller arasındaki 1:8 oranında Libya lehine olan farklılıktır.¹⁴⁰ Doğu Akdeniz'de Kıbrıs Adası'nın durumu da buna benzerlik arz etmektedir. Türkiye ile Kıbrıs Adası arasında yapılacak bir sınırlandırmada, Türkiye'nin kıyı uzunluğu ile Kıbrıs'ın sınırlandırılacak alana bitişik kıyı uzunluğu arasındaki fark belirleyici olacaktır. Nitekim Türkiye ile KKTC arasında yapılan "Akdeniz'de Kıta Sahanlığı Sınırlandırması Hakkında Anlaşma"da, başlangıçta iki sahil arasında belirlenen *geçici ortay hat* Türkiye lehine KKTC kıyılarına doğru yaklaştırılmıştır.¹⁴¹

b. Coğrafi Olmayan Faktörler

Sınırlandırmada hakkaniyetin sağlanmasının, sadece coğrafi unsurların dikkate alınması ile değil, diğer bütün 'ilgili unsurların' yani

¹³⁹ Örneğin, Maine Körfezi Davası, I.C.J. Reports 1984, par. 92, 98; Court of Arbitration for the Delimitation of Maritime Areas Between Canada And France: Decision In Case Concerning Delimitation of Maritime Areas (St. Pierre and Miquelon), June 10, 1992, Canada/France Arbitration, 31 I.L.M. 1145 (1992), s. 1170, par. 70. <http://www.jstor.org/stable/pdf/20693736> (e.t.:13 Mart 2015)

¹⁴⁰ I.C.J. Reports 1985, op., cit., s. 44-46, par. 74-75; Ayrıca bkz., Bowet, op., cit., s. 133.

¹⁴¹ Bkz. supra., s. 13.

'coğrafi olmayan faktörlerin' de dikkate alınması ile mümkün olacağı belirtilmektedir. Bu nedenle, mahkemeler de sınırlandırmanın bir sonraki aşamasında 'coğrafi olmayan faktörleri' dikkate alıp, 'coğrafi unsurlar' temelinde ulaşılan çözümün 'hakkaniyete uygun' sayılıp sayılmayacağını değerlendirmektedirler¹⁴². Yukarıda sayılan bu faktörlerden sadece Doğu Akdeniz'de önem arz edenleri aşağıda inceleyeceğiz.

(1) Güvenlik

Güvenliğin kıta sahanlığı¹⁴³ ve münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırmasına doğrudan etkisi çok açık değildir¹⁴⁴. Bu kapsamda güvenliğin, sınırlandırmada, sınır çizgisini önemli oranda değiştirecek bir etkiye sahip olmayacağı, ancak destekleyen ya da güçlendiren unsurlar olacağı kabul edilmektedir.¹⁴⁵ UAD, Ukrayna - Romanya Davası Kararı'nda tarafların yasal (*legitimate*) 'güvenlik' mülahazalarının, nihai sınır belirlenmesinde bir rol oynayabileceğini ama bu uyuşmazlıkta geçici sınırın tarafların yasal 'güvenlik' mülahazalarına tam olarak saygılı durumda olduğunu belirterek değişiklik yapılmasına gerek olmadığını belirtmiştir.¹⁴⁶

Devlet uygulamalarında, 'güvenlik' mülahazalarının sınırlandırmada dikkate alındığına ilişkin örnekler bulunmaktadır. 1988 tarihli İsveç-SSCB Anlaşmasında,¹⁴⁷ İsveç'in ulusal savunmasında önemli

¹⁴² Acer, op., cit., s. 312-313.

¹⁴³ Teorik olarak, seyrüseferin kıta sahanlığı kurumu ile pek ilgisi bulunmamaktadır. 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi md. 3 ve 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi md. 78(1) şunu belirtmektedir: Sahil devletinin kıta sahanlığı üzerindeki hakları, bu sahanın üstünde bulunan suların ve onun da üzerindeki hava sahasının statüsünü etkilemez.

¹⁴⁴ Oxman, op., cit., s. 22-24.

¹⁴⁵ Kuzey Denizi Davaları kararı, I.C.J. Reports 1969, op., cit., par. 188; Libya-Malta Davası kararı, I.C.J. Reports 1985, op., cit., par. 51. Gine-Gine-Bissau Davası kararı, Guinea/Guinea-Bissau Case, op., cit., s. 302, par. 124; İngiltere-Fransa Davası kararı, Anglo-French Case, op. cit., par. 188. Bu konuda bir değerlendirme için bkz., D.A. Colson, 'The United Kingdom-France Continental Shelf Arbitration', American Journal of International Law, Vol. 72, 1978, s. 103. Örneğin, İngiltere-Fransa davası, Anglo-French Case, op. cit., par. 182.

¹⁴⁶ I.C.J. Reports 2009, op. cit., par. 202-204. Ayrıca bakınız, I.C.J. Reports 1985, op., cit., s. 42, par., 51.

¹⁴⁷ "Report Number No. 10-9", International Maritime Boundaries, Vol. II, op. cit., s. 2057.

bir yere sahip olan *Gotland Adası* sınırın yerinin belirlenmesinde etkili olmuştur. 1980 tarihli Norveç - İzlanda Anlaşması'nda,¹⁴⁸ Norveç, güvenlik mülahazaları nedeniyle İzlanda'nın 200 millik münhasır ekonomik bölgesini kabul etmiştir.

Özet olarak, bu yargı kararları ve devlet uygulamalarına göre, *güvenlik* faktörü, geçici sınırlandırma çizgisinin, iki devlet arasındaki mesafe de dikkate alınarak, hakkaniyete uygun bir şekilde değiştirilmesine neden olmaktadır.¹⁴⁹ Bu çerçevede, Doğu Akdeniz'de diğer sahilدار ülkelerle yapılacak sınırlandırmada, hem Türkiye'nin hem de KKTC'nin güvenlik mülahazaları belirlenecek sınır çizgisinin yerini etkileyecektir. Bu bakımdan, 'güvenlik' Doğu Akdeniz'de 'ilgili durum' oluşturmaktadır.

(2) Politik Faktörler

Sınırlandırmanın bir yönü daima politiktir¹⁵⁰ ama deniz sınırlarının yerinin belirlenmesinde politik faktörün etkisini ayırt etmek zor bir iştir. Birleşmiş Milletler Şartının¹⁵¹ temel ilkelerinden olan 'devletlerin egemen eşitliği' ilkesi gereği, her devletin deniz yetki alanı konusundaki hakkı eşittir. Aynı durumda olan hiçbir devletin diğerinden daha büyük deniz yetki alanına sahip olma hakkı yoktur.¹⁵² Bununla birlikte, UAD'nin Malta-Libya Kararı'nda¹⁵³ belirtildiği gibi, "eşit hak sahipliği, *ipso jure* ve *ab initio*, sahil devletlerine 'eşit deniz alanı' vermesi anlamına gelmez." Bu nedenle, sınırlandırmaya politik faktörün etkisi beklendiği kadar değildir. Yargı kararlarında, özellikle adaların statüsü konusunda politik faktör dikkate alınmaktadır. Örneğin, İngiltere - Fransa Davası'nda, Kanal Adaları'nın politik statüsü¹⁵⁴ coğrafi konumuyla da birleşerek sınırlandırmayı etkileyen 'ilgili durum' ol-

¹⁴⁸ "Report Number No. 9-4", International Maritime Boundaries, Vol. II, op. cit., s. 1755.

¹⁴⁹ Faraj Abdullah Ahnish, The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea, Clarendon Press, Oxford, 1993, s. 100.

¹⁵⁰ Oxman, op. cit., s. 3.

¹⁵¹ Birleşmiş Milletler Andlaşması Md. 2/1.

¹⁵² Anderson, Modern Law of the Sea, Selected Essays, op. cit., s.392.

¹⁵³ I.C.J. Reports 1985, op., cit., par. 54.

¹⁵⁴ Mahkeme Kanal Adaları'nı, yarı-bağımsız ve Fransa'nın karşısında kendi kıta sahanlığı hakkı olan bir ada olarak değil de sadece Birleşik Krallığa bağlı bir ada olarak değerlendirmiştir. Anglo - French Case, op., cit., par. 190.

muş ve daire (çember) içine alma çözümüne neden olmuştur.¹⁵⁵ Yine politik faktörlerin¹⁵⁶ dikkate alındığı, 1982 tarihli Avusturya-Fransa Anlaşması¹⁵⁷ ve 1980 tarihli İzlanda - Norveç Anlaşması¹⁵⁸ gibi, bazı anlaşmalar vardır.

Özetle, yargı kararlarında, politik faktörler dikkate alınmakta ve devlet uygulamalarında politik değerlendirmeler sınırlandırma yapılması konusunu ve bu yöndeki görüşmeleri etkilemektedir.¹⁵⁹

Bu çerçevede, Doğu Akdeniz'deki durum değerlendirildiğinde, Kıbrıs'ın siyasi statüsü ve buna bağlı olarak KKTC'nin durumu politik faktör olarak 'ilgili durum' oluşturmaktadır. Kıbrıs'ın egemenliğini GKRY'nin tek başına temsil etmesi esasına dayalı bir sınırlandırma hakkaniyete uygun olmayacaktır.

(3) Ekonomik Faktörler

Kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge kavramlarının asıl varlık sebebinin bu doğal kaynaklar üzerinde kıyı devletine münhasır haklar sağlamak olduğu hatırlanırsa, ilgili durumlardan biri de 'ekonomik faktörler', bu bağlamda 'doğal kaynaklar'dır. Münhasır ekonomik bölge sınırlandırması söz konusu olduğu zaman akıntılar ve rüzgâr enerjisi gibi doğal unsurlar da bu faktörler arasında yer almaktadır. Doğal kaynakların ekonomik değeri tarafların gözünde çok önemlidir¹⁶⁰ ve bu ikili anlaşmalara yansımaktadır. Diğer taraftan, varlığı bilinen doğal kaynakların sınırlandırmada dikkate alınacağı yargı kararlarında da kesin bir biçimde kabul edilmiştir. Bu faktör-

¹⁵⁵ Anglo-French Case, op., cit., par. 198.

¹⁵⁶ Bir devletin egemenlik ve ulusal çıkarları ile ilgili alanları genişletmeye yönelik deniz alanlarını sınırlandırma anlaşması yapma arzusu çoğu zaman uyumsuzluğa yol açar. Bu nedenle, taraflar bakımından uyumsuzluktan kaçınmak anlaşmaya varmak için birincil amaç ise, uyumsuzluk ortaya çıkaracak bir sınır çizgisi önermezler. Oxman, op., cit., s. 13-14.

¹⁵⁷ Anlaşma'da, Fransa, Avustralya'nın eşit uzaklık çizgisini belirlemek maksadıyla 125 mil açığındaki Middleton Resifini referans nokta olarak kullanmasına izin vermiştir. "Report Number No. 5-1", International Maritime Boundaries, Vol. I, op. cit., s. 904.

¹⁵⁸ Anlaşma'da Norveç, capelin balıkları üzerinde doğabilecek bir uyumsuzluktan kaçınmak maksadıyla İzlanda için 200 millik bir alanı kabul etmiştir. "Report Number No. 9-4", International Maritime Boundaries, Vol. II, op. cit., s. 1755.

¹⁵⁹ Evans, op. cit., s. 160.

¹⁶⁰ Ibid., s. 198-199.

ler canlı türler olabileceği gibi madenler ve diğer mineral kaynaklar olabilmektedir. Örneğin, Grönland - Jan Mayen Davası'nda, balıkçılık bölgesinin sınırlandırılmasında mahkeme 'ortay hattı' ekonomik faktörü dikkate alarak düzeltmiştir.¹⁶¹ Bölgedeki mevcut doğal kaynakları bariz bir biçimde orantısız paylaştıran bir sınırlandırma çizgisi hakkıyete uygun bir sınır olarak kabul edilemeyecektir.¹⁶²

Devlet uygulamalarında ekonomik faktör doğrudan sınırın yerini etkilemese de bazı anlaşmalarda etkin olduğu görülmektedir. 1969 tarihli Katar-BAE Anlaşması¹⁶³ ile belirlenen sınır çizgisi *al-Bunduq* petrol alanını ile çıkaracak şekilde çizilmiştir. 1958 tarihli Bahreyn - Suudi Arabistan Anlaşması¹⁶⁴ ile belirlenen sınır çizgisi petrol alanı ile çıkaracak şekilde çizilmiştir. 1988 tarihli İsveç - SSCB Anlaşması¹⁶⁵ balıkçılık alanı konusuna tipik bir örnek teşkil etmektedir. 1978 tarihli Hollanda - Venezüella Anlaşması¹⁶⁶ ile sınır Hollanda'nın potansiyel hidrokarbon rezervi olan *Aruba* üzerindeki egemenliğini koruyacak şekilde çizilmiştir. 1989 tarihli Trinidad Tobako - Venezuela Anlaşması¹⁶⁷ ile *Kolumbus Kanalı* üzerindeki eşit uzaklık çizgisi mevcut petrol yatağının bütünlüğünü koruyacak şekilde modifiye edilmiştir.

Yukarıdaki örneklerin dışında, devlet uygulamaları bu alanda iki esnek çözüm getirmiştir. İlk çözüm, sınır aşan petrol dâhil doğal kaynak yatakları ile ilgili '*ortak rezerv anlaşması (common deposit clause)*'¹⁶⁸ oluşturulmasıdır. Bu 1999 tarihli Eritre -Yemen Tahkimin-

¹⁶¹ I.C.J. Reports 1993, op. cit., s. 72, par. 76. Bununla birlikte, Mahkeme sosyo-ekonomik faktörleri dikkate almamıştır. I.C.J. Reports 1993, op. cit., s. 74, par. 80.

¹⁶² Kanada-Fransa Davası, Canada/France Arbitration, op. cit., s. 1173, par. 84; Jan Mayen Davası, I.C.J. Reports 1993, par. 73 - 74; Eritre-Yemen Davası, The Eritrea/Yemen arbitration (second phase), op. cit., par. 62- 63 ve 74.

¹⁶³ "Report Number No. 7-9", International Maritime Boundaries, Vol. II, op. cit., s. 1541.

¹⁶⁴ "Report Number No. 7-3", International Maritime Boundaries, Vol. II, op. cit., s. 1489.

¹⁶⁵ Bu anlaşmada balıkçılık temel bir sorundu. "Report Number No. 10-9", International Maritime Boundaries, Vol. II, op. cit., s. 2957.

¹⁶⁶ "Report Number No. 2-12", International Maritime Boundaries, Vol. I, op. cit., s. 615.

¹⁶⁷ "Report Number No. 2-13(2)", International Maritime Boundaries, Vol. I, op. cit., s. 655.

¹⁶⁸ Bir petrol rezervi işleten sahil devleti, benzer bir rezervi işleten diğer sahil devletinin rezervinin sınırı geçerek kendi tarafına akmasına neden olabilecektir. Bu durumu önlemek için, bir çok deniz sınırı oluşturan sözleşmelerde sınır aşan re-

de¹⁶⁹ hayata geçirilmiştir. 1965 tarihli Norveç-Birleşik Krallık Anlaşması¹⁷⁰ ve 1974 tarihli İran -BAE Anlaşması¹⁷¹ diğer iki örnektir. İkinci çözüm, '*ortak işletme (joint development)*' kurulmasıdır. Bu kapsamda, anlaşmalar iki gruba ayrılır. Birinci grup, deniz sınırları belirlenmiş alanlarla ilgilidir. Bu alanlarda, taraflar sınır çizgilerini de içine alan bir '*ortak işletme alanı (joint development zone)*' kurarlar. Tipik örneği 1981 tarihli Norveç- İzlanda Anlaşması¹⁷² ile kurulan ortak işletme alanıdır. İkinci grup ise, sınırlandırmanın yapılmamış veya yapılamamış olduğu alanlarla ilgilidir. Bu alanlarda taraflar sınırlandırma yapmadan ve içinde ortak işletme yapabilecekleri '*ortak işletme alanı (joint development zone)*' kurarlar. 1974 tarihli Japonya- Güney Kore Anlaşması¹⁷³ buna iyi bir örnek teşkil etmektedir.

Bu çerçevede, Doğu Akdeniz değerlendirildiğinde, uzun süredir çözülemeyen Kıbrıs uyuşmazlığı çözülmeden GKRY tarafından bu uyuşmazlığın denize yayılmasından kaynaklı deniz alanlarının sınırlandırılması uyuşmazlığının çözülmesi mümkün görülmemektedir. Bu nedenle, bölgede varlığı keşfedilen doğal kaynakların sahildevletleri arasında hakkaniyete uygun paylaşımını sağlayan bir çözüm bulununcaya kadar, yukarıda belirtilen '*ortak işletme*' uygulaması da bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, KKTC Cumhurbaşkanı Sn. Derviş Eroğlu'nun, Kıbrıs'ta Türkler ve Rumlar'ın, petrol ve doğalgaz çıkarımı konusunda işbirliği yapmaları yönündeki önerisi¹⁷⁴ de dikkate alınması gereken ve bölgedeki 'ilgili duruma' atıf yapan bir öneridir.

zervleri işletmeye yönelik işbirliğini sağlamak amacıyla '*ortak rezerv klozu*'na yer verilmiştir.

¹⁶⁹ The Eritrea/Yemen arbitration (second phase), op. cit., s. 998-999, par. 89.

¹⁷⁰ "Report Number No. 9-15", International Maritime Boundaries, Vol.II, op. cit., s. 1879.

¹⁷¹ "Report Number No. 7-8", International Maritime Boundaries, Vol.II, op. cit., s. 1533.

¹⁷² "Report Number No. 9-4", International Maritime Boundaries, Vol.II, op. cit., s. 1755.

¹⁷³ "Report Number No. 5-12", International Maritime Boundaries, Vol.I, op. cit., s. 1073.

¹⁷⁴ Derviş Eroğlu, "Açış Konuşmaları", Yaşam ve Stratejik Kaynaklar Açısından Kıbrıs, op. cit., s.19.

E. Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölgesinin Sınırlandırılması

1. Genel Olarak

Doğu Akdeniz'de sahildevletleri arasında yapılacak kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırması, karşılıklı sahildevletleri arasındaki mesafenin darlığı¹⁷⁵ nedeniyle tek bir deniz sınırı ile yapılabilecektir. Bu kapsamda, en başta Prof. Dr. Sertaç H. Başeren olmak üzere çeşitli uzmanların bölgeye ilişkin sınırlandırma haritaları mevcut olmakla birlikte, bu çalışmada sınırlandırma haritası belirlemek yerine, sınırlandırmanın hangi ilkeler çerçevesinde yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

Burada öne çıkan iki önemli konu vardır. Bunlardan ilki, Türkiye ile sınırları karşı karşıya olan ve sınırlandırma yapılacak kıyıdevletleri arasındaki belirlenmesidir. İkincisi, sınırlandırmada uygulanacak hukuk kuralları ve bu çerçevede uygulanacak metottur.

Sahildevletleri arasında deniz alanlarının sınırlandırması, ya kıyıları bitişik devletleri arasında ya da kıyıları karşı karşıya bulunan devletleri arasında yapılmaktadır. Türkiye açısından Doğu Akdeniz'e bakıldığında, her iki durumun da sözkonusu olduğu görülmektedir. Bu kapsamda Türkiye'nin, Suriye ile sınırlandırmaya konu olabilecek hem bitişik hem de karşı karşıya olan kıyıları; diğer devletlerle ise sadece karşı karşıya kıyıları mevcuttur. Burada önem arz eden husus, Türkiye'nin, kıyıları karşı karşıya bulunup da sınırlandırma yapacağı devletleri nasıl belirleyeceğidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Türkiye muhtemel münhasır ekonomik bölge sınırlarını düşey hatlarla kısıtlı sayıda ilgili kıyı ile kıyıdevletleri seçilmesi anlamında minimalist bir yaklaşımla belirlemiştir. Öncelikle bu anlayıştan vaz geçilip, düşey hatlar yerine, maksimalist bir yaklaşımla diagonal hatlarla sınırlandırmaya konu kıyı ve kıyıdevletleri belirlenmesi yoluna gidilmelidir. Çünkü sınırlandırmaya konu ya da diğer tarafın kıyılarına bakan kıyıların mutlaka bölgeyi ya da diğer kıyıları dik görmesi gerekmekte, çapraz bir şekilde görmesi de yeterli olmaktadır¹⁷⁶. Bu çerçevede

¹⁷⁵ Kuzey - güney kıyıları arasındaki mesafe, en uzun olduğu noktada yaklaşık 324 mildir.

¹⁷⁶ Yücel Acer, "Doğu Akdeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye",

de Türkiye açısından, doğuda, Suriye'nin yanında Lübnan'ın, batıda ise Mısır'ın yanında Libya'nın da sınırlandırma yapılacak kıyıdaş ülke olarak hesaba katılması doğru olacaktır.

Sınırlandırmada uygulanacak hukuk kuralları ve sınırlandırma metodu yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.¹⁷⁷ Bu çerçevede, Doğu Akdeniz'de sahilleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırması, '*hakkaniyete uygun*' çözüme ulaşmak maksadıyla, bölgedeki bütün '*ilgili/özel durumlar*' dikkate alınarak uluslararası hukuka uygun olarak '*anlaşma*' ile yapılacaktır. Kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılmasına uygulanacak metoda ilişkin uluslararası sözleşmelerde açık bir hüküm olmamakla birlikte, yukarıda zikredilen *yargı kararları* ve *devlet uygulamaları* bize iki, hatta bazen üç aşamalı bir sınırlandırma sürecinin hayata geçirilmesine yönelik bir eğilim olduğunu göstermektedir. Bu çerçevede, ilk aşamada, karşılıklı kıyılar arasında '*ortay hat*' ihdas edilmesi; ikinci aşamada, bu çizginin düzeltilmesine olan ihtiyaç '*ilgili/özel durumlar*' çerçevesinde değerlendirilmesi ve üçüncü aşamada da, bunun '*hakkaniyete uygun olmayan sonuç*' neden olup olmadığının test edilmesi uygun olacaktır.

Sınırlandırmanın belirli bir hukuksal çerçeve içerisinde, çoğunluğu coğrafi unsurlardan oluşan ve yukarıda özetlenen '*ilgili/özel durumların*' dikkate alınarak yapıldığı ve bu çerçeveye göre coğrafi unsurların sınırlandırma çizgisini temel olarak belirlediği, diğer ilgili unsurların (coğrafi olmayan) ise, hakkaniyet sağlanması açısından bu sınır üzerinde kısmi etkiler sağladıkları ortaya konmuştur.¹⁷⁸ Bu bakımdan Doğu Akdeniz'deki sınırlandırmada coğrafyanın üstünlüğünün kesinleştiğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁷⁹ Coğrafyanın işaret ettiği husus ise kıyılardır. Sınır çizgisinin yerinin ve güzergâhının belirlenmesinde kıyıların durumu ve uzunluğu önem taşımaktadır. Bu bölgedeki sınırlandırmada önem taşıyan bir başka konu adaların varlığıdır. Özellikle Yunanistan'a ait adalar ve tek başına bir ada olarak Kıbrıs'ın durumu yukarıda incelenmiştir. Sınır çizgisi belirlenirken bunlar hesaba katılmalıdır.

Deniz Hukuku Sempozyumu, Dz. K.K.ığı, Ankara, 2004, s. 3-15.

¹⁷⁷ Bkz., supra., s. 10 vd.

¹⁷⁸ Acer, Deniz Hukuku Sempozyumu, op., cit., s. 3-9.

¹⁷⁹ Başeren, Stratejik Araştırmalar, op., cit., s. 166.

Sınırlandırmanın belirtilen temel aşamaları takip edilirken, Türkiye açısından sınırlandırma yapılacak Doğu Akdeniz'i gösterdikleri farklı coğrafi özelliklere göre üç ayrı bölgeye ayırarak ele almak doğru olacaktır. Coğrafi açıdan farklı bölgelerin ayrı ayrı ele alınması, uluslararası yargı kararlarında kabul edilip uygulanmış bir yöntemdir.¹⁸⁰ Aşağıdaki incelememizde Türkiye açısından Doğu Akdeniz'de kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırması üç ayrı bölgede değerlendirilecektir. Birinci bölge; Türkiye, Suriye, Lübnan ve KKTC kıyılarının bulunduğu bölgedir. İkinci bölge; Türkiye ve KKTC kıyılarının bulunduğu bölgedir. Üçüncü bölge ise; Türkiye, Yunanistan, Libya, Mısır, KKTC ve GKRY kıyılarının bulunduğu bölgedir.

2. Birinci Bölge

Bu bölgede Türkiye ile Suriye ve Lübnan arasındaki deniz alanlarının sınırlandırması sözkonusudur. Türkiye ile Suriye kıyıları bitişik olan iki ülke olması nedeniyle, bu bölgedeki sınırlandırma 'deniz yan sınırının belirlenmesi' şeklinde olacaktır ve sadece kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanlarının değil, aynı zamanda karasularının sınırlandırılmasını da kapsamaktadır. Kıyı şekilleri benzer ve uzunlukları birbirine yakın ve bitişik iki devlet arasındaki karasularının yan sınırı, kıyının genel doğrultusuna dik (perpendicular) bir çizgi yani *eşit uzaklık* çizgisi sınır olarak kabul edilmelidir.¹⁸¹ Kuzey-güney istikametinde uzanan kıyıya dik olarak belirlenecek 12 mil¹⁸² genişliğindeki karasuları sınırının bittiği yerden kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırı başlayacaktır. Ancak, bölgede karasularından sonraki bu çizgiyi etkileyecek yani eşit uzaklık çizgisini Türkiye lehine kaydırmayı (düzeltmeyi) haklı çıkartacak bir coğrafi faktör söz konusudur. Türkiye - Suriye kara sınırının denizle birleştiği

¹⁸⁰ Acer, Deniz Hukuku Sempozyumu, op., cit., s. 3-11.

¹⁸¹ Kıyıları bitişik ya da karşılıklı devletler arasında karasularının sınırlandırılması 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Md. 15'de düzenlenmiştir. Esasen 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi Md. 12'nin bir tekrarı mahiyetinde olan ve günümüzde uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline gelen bu hükme göre, 'tarihi haklar' veya 'özel durumlar'ın varlığı 'eşit uzaklık' çizgisini esas alan sınırlandırma dışında bir sınırlandırma da yapılabilecektir. Diğer bir deyişle, 'sınırlandırılacak bölgede 'özel durum' varsa 'eşit uzaklık' metodu uygulanmayacaktır. Caflisch, op., cit., s. 441.

¹⁸² Akdeniz'de hem Türkiye'nin hem de Suriye'nin karasuları genişliği 12 mildir.

noktanın kuzeyinde kıyı doğrultusunun sürekli denize doğru bir çıkıntı yapması eşit uzaklık çizgisinin Türkiye'ye daha fazla deniz alanı bırakacak şekilde kaydırılmasını gerektirecektir. Son olarak, Türkiye - Suriye deniz yan sınırının tam olarak hangi noktada son bulacağı ise, bölgedeki ilgili ülkelerin yani Türkiye, Suriye, KKTC, GKRY ve Lübnan'ın birlikte yapacağı bir sınırlandırma ile belirlenmelidir. İşte burada, karşılıklı kıyıların olması nedeniyle Türkiye ile Lübnan arasında bir sınırlandırma anlaşması mümkün görülmektedir (Bkz. Harita 5). Haritadan da görüleceği gibi, Türkiye'nin Lübnan kıyılarına bakan kıyıları esas alınarak ve *ortay hat* metodu uygulanarak bu sınırlandırma yapılabilecektir.



Harita 5¹⁸³: Türkiye-Lübnan tasviri muhtemel münhasır ekonomik bölge sınırlandırması

3. İkinci Bölge

Bu bölge Türkiye ve KKTC'nin karşılıklı kıyılarının mevcut olduğu bölgedir. Bu bölgenin sınırlandırılması Türkiye ile KKTC arasında 21 Eylül 2011 tarihinde imzalanan 'Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdeniz'de Kıta Sahaneliği Sınırlandırılması Hakkında Anlaşma' ile yapılmıştır. Anlaşmada yirmi yedi coğrafi koordinat verilerek sınırlandırma çizgisi tarif edilmiş, bu çizginin doğu ve batı uçları açık bırakılarak gelecekte ilgili taraflar arasında

¹⁸³ Bu harita Dr. Cihat Yayı tarafından üretilen haritadan esinlenerek yapılmıştır. Bkz. Yayı, Bilge Strateji, op. cit, s. 49, şekil 23.

yapılacak anlaşmalara bağlanmış (Md.1) ve bir anlamda konu Kıbrıs meselesinin çözümüyle irtibatlandırılmış, sınırlandırma çizgisinin üzerinde bulunabilecek doğal kaynak rezervlerinin işletilmesi için Tarafların görüşmeler yapması hükme bağlanmıştır (Md. 3). Anlaşmanın ilgili hükümleri ile sınırlandırma çizgisinin konumu ve güzergahı incelendiğinde, buradaki sınırlandırmanın yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde bu iki devlet arasında karşılıklı kıyıların konumu ve uzunluğu¹⁸⁴ esas alınarak yapıldığı görülmektedir. Sınırlandırmaya ilk aşamada, karşılıklı bu kıyıları esas alınıp 'ortay hat'tın belirlenmesiyle başlandı; ikinci aşamada, bu hattın üzerinde değişiklik yapıp yapılmayacağı, yapılacaksa ne kadar yapılacağı 'ilgili/özel durumlar' teşkil eden 'oransallık'¹⁸⁵ esasında değerlendirildiği ve belirlenen ortay hat üzerinde Türkiye lehine bir düzeltme yapıldığı anlaşılmaktadır.

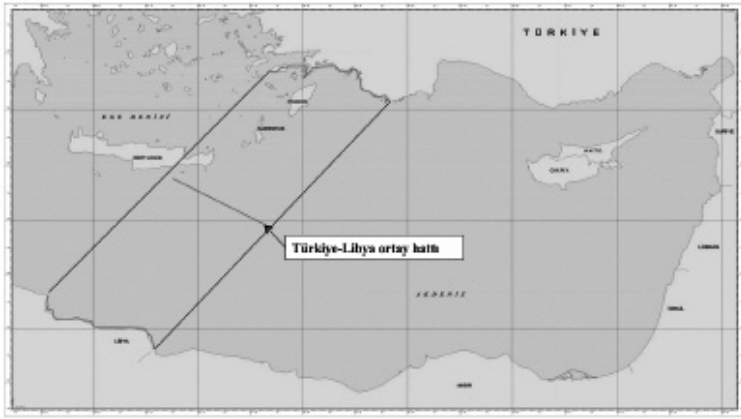
4. Üçüncü Bölge

Kıbrıs'ın batısında yer alan bu bölgedeki sınırlandırmanın tarafları çoktur. Türkiye açısından bakıldığında, bu bölgede Türkiye'nin sınırlandırma anlaşması yapması gereken ülkeler, başta Kıbrıs Adası (GKRY ve KKTC) olmak üzere, bölgedeki adaları nedeniyle Yunanistan, karşı kıyıları nedeniyle Mısır ve Libya'dır. Yunanistan bölgenin Ege Denizi ile sınırını teşkil eden Girit, Çoban, Kerpe ve Rodos adaları ile Meis ve etrafındaki adacıklardan dolayı sınırlandırmaya taraftır. Mısır anakarasının Türkiye'nin Akdeniz kıyıları ile tam karşıt olması ve aradaki mesafenin iki ülkenin teorik olarak sahip olabileceği toplam münhasır ekonomik bölge genişliği olan 400 milden daha az olması nedeniyle bölgede sınırlandırmaya taraf durumdadır. Diğer taraftan, Libya da Mısır sınırından Derne'ye kadar olan kıyıları ile Türkiye'nin Deveboynu Burnu'ndan itibaren doğuya uzanan kıyılarının karşılıklı

¹⁸⁴ Bölgede yapılacak sınırlandırmaya esas olacak KKTC'nin Türkiye'ye bakan kıyılarının uzunluğu yaklaşık 192,5 km, Antalya Gazipaşa açıklarından itibaren doğuya doğru Akıncı Burnu'na kadar olan Türkiye kıyılarının uzunluğu ise yaklaşık 354 km. olduğu görülmektedir. Acer, Deniz Hukuku Sempozyumu, op., cit., s. 3-14 - 3-15; Yusuf Aksar, "Uluslararası Hukukta Deniz Alanlarının Sınırlanması: Doğu Akdeniz Uyuşmazlığı", 21. Yüzyılda Sosyal Bilimler, S. 2, Aralık-Ocak-Şubat 2012-2013, s. 234.

¹⁸⁵ * Dr. Cihat Yayı tarafından üretilmiştir. Bkz., supra., s. 18.

olması nedeniyle sınırlandırmaya taraf durumdadır (*Harita -6*).¹⁸⁶ Bunun için, yukarıda da belirtildiği gibi, Türkiye'nin bugüne kadar uyguladığı düşey hatlarla sınırlandırılacak bölge ve ilgili kıyıdaş devlet belirleme tutumunu değiştirerek, GKRY'nin yaptığı gibi diagonal hatlarla sınırlandırılacak alan ve ilgili kıyıdaş devlet belirleme tutumunu benimsemelidir.



Harita 6¹⁸⁷: Türkiye-Libya tasviri muhtemel münhasır ekonomik bölge sınırlandırması

Bu bölgede yapılacak sınırlandırmaya, ilk aşamada, Anadolu'nun ilgili kıyıları ile Mısır, Libya ve Kıbrıs Adası'nın ilgili kıyıları arasında çizilecek *ortay hat* ile başlamak, sonra da *ilgili/özel durumlar* dikkate alınarak, gerekirse *ortay hat* üzerinde değişiklikler yapmak hakkaniyete uygun bir sınırlandırmaya ulaşmak açısından gerekli görülmektedir. Bu çerçevede ilk olarak Türkiye ile GKRY arasında sınırlandırmaya konu olacak bölge ele alındığında, ilk incelenecek husus, iki tarafın karşılıklı kıyılarının konumu ve uzunluğudur. Türkiye'nin ilgili kıyıları, Antalya Gazipaşa'dan Muğla Deveboynu Burnu'na kadar uzanmaktadır. Bu iki nokta arasındaki Türkiye'nin gerçek kıyı uzunluğu 656 mildir. Buna karşılık, GKRY'nin batı kıyılarının gerçek uzunluğu 32 mildir. Türkiye'nin cephe olarak yaklaşık 10 kat daha uzun ilgi-

¹⁸⁶ Yaycı, Bilge Strateji, op., cit., s. 46-47.

¹⁸⁷ Bu harita Dr. Cihat Yaycı tarafından üretilen haritadan esinlenerek yapılmıştır. Bkz. Yaycı, Bilge Strateji, op. cit, s. 48, şekil 22.

li kıyılarının, yukarıda incelenen yargı kararlarında da belirtildiği gibi, bölgede mevcut 'ilgili/özel durumlar'lardan birini oluşturduğu görülecektir. Dolayısıyla sınırlandırmayı doğrudan etkileyecek bu kıyı uzunlukları ve buna bağlı verilecek münhasır ekonomik bölge alanları arasındaki oran iki taraf kıyıları arasında belirlenecek ortay hattın yerinin kaydırılmasında belirleyici olacaktır. Türkiye lehine yapılacak bu kaydırmayı etkileyecek başka bir faktör daha vardır, o da 'kapatmama (*non-encroachment*)' ilkesidir. Yani Doğu Akdeniz'de en uzun kıyıya sahip Türkiye'nin bölgedeki kıyılarının yakınındaki deniz alanını bir başka devlete vermek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Ayrıca, bölgedeki önemli su yolu Süveyş Kanalı'na ulaşımın engellenmemesi ve bölgenin en önemli limanlarından olan Antalya ve özellikle Mersin limanlarının önünün kapanmaması gerekir. Bu bakımdan, Türkiye'nin açık deniz alanlarına azami erişiminin kesilmemesi için ortay hattının Türkiye sahillerinin önünü açacak şekilde doğuya doğru 32° 16' 18" D boylamına doğru çekilmesi hakkaniyet ilkeleri ile de uyumlu olacaktır¹⁸⁸.

Türkiye ile Mısır'ın karşılıklı kıyı şekilleri benzer ve kıyı uzunlukları birbirine yakındır. Bu bakımdan, sınırlandırmaya konu bölgede iki ülkenin kıyıları arasındaki *ortay hattın* sınırlandırma çizgisi olmasını haklı çıkartmayacak bir *ilgili/özel* durum yoktur. Bu bakımdan Türkiye ile Mısır arasındaki sınırlandırma 32° 16' 18" D boylamının batısında kalan alanda karşılıklı kıyı cepheleri esas alınarak saptanacak *ortay hattının* izlenmesi suretiyle gerçekleştirilmelidir¹⁸⁹.

Türkiye ile Libya'nın karşılıklı kıyılarına bakıldığında, esasen, *Harita 6'da* gösterildiği üzere Türkiye'nin Marmaris, Fethiye ve Kaş kıyıları ile Libya'nın Derne, Tobruk ve Bordiya kıyılarının karşılıklı kıyıları olması sebebiyle her iki ülke arasında bir sınırlandırma anlaşması akdedilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, karşılıklı kıyıları esas alınarak oluşturulacak *ortay hat*, güneyde, yukarıda belirtilen Türkiye ile Mısır arasında çizilecek ortay hattın kuzey ucu ile, kuzey de ise, aşağıda belirtilen Türkiye ile Yunanistan arasında yapılacak anlaşmayla belirlenecek ve kuzeyde Ege Denizi'nde Yunanistan ve Türkiye arasında ana karalar esas alınarak hakkaniyet ilkeleri çer-

¹⁸⁸ Başeren, Stratejik Araştırmalar, op. cit., s. 168.

¹⁸⁹ Ibid., s. 169.

çevesinde oluşturulacak sınırın¹⁹⁰ devamı şeklindeki hattın güney ucu ile birleşecektir.

Türkiye ile Yunanistan arasındaki sınıra gelince, bu bölgedeki sınırı asıl belirleyecek olan unsur, Yunanistan'ın iddiasının aksine, iki ülkenin anakara coğrafyasıdır. Bölgede, diğer faktörlerin yanında özellikle Yunanistan'a ait ada ve adacıkların ilgili/özel durum oluşturdıkları dikkat çekmektedir. Bu kapsamda, bölgeye bakan Türkiye'nin Anadolu kıyıları ile Yunanistan anakarası arasında çizilecek *ortay hattın*, Girit ile Kaşot arasından geçecek Türkiye ile Yunanistan arasında Ege'de belirlenecek kıta sahanlığı/münhasır ekonomik bölge sınırının güney ucundan başlayarak, yine yukarıda belirtilen Libya ile Türkiye arasındaki sınırın kuzey ucu ile birleşmesi hakkaniyete uygun bir yaklaşım olacaktır.

Sonuç ve Değerlendirme

Doğu Akdeniz'i de içine alan Orta Doğu bölgesinde¹⁹¹ uzun yıllardır çözülemeyen sorunlara son yıllardaki enerji keşifleriyle yeni bir unsur daha eklenmiştir: *Doğu Akdeniz'deki hidrokarbon kaynaklarının çıkarılması ve paylaşımı sorunu*. Bu sorun bünyesinde avantaj ve dezavantajı birlikte taşımaktadır. Avantajı, hidrokarbon kaynaklarının belirlenmesi ve işletilmesi bağlamında yapılacak işbirliğinin, bölgede müzminleşmiş sorunların çözümüne de katkı sağlayacak olmasıdır. Dezavantajı ise mevcut sorunların daha da derinleşmesi riskidir.

Doğu Akdeniz'deki paylaşım sorunu sadece hukuki bir mesele değildir. Konunun siyasi, ekonomik ve güvenlik boyutları da vardır. Hukuk kuralları çerçevesinde yapılacak sınırlandırma anlaşmalarının arkasında bölgede oluşturulacak dengeler içinde sahip olunması gereken güç önemlidir. Türkiye son dönemde bölgede oluşan dengeler içinde yalnız kalmıştır. Bu bakımdan Türkiye'nin, aleyhine oluşan bölgedeki güç dengesini, İsrail ve Mısır gibi Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanlarının paylaşımı ile ilgili sorunlarda etkisi olabilecek ülkelerle ilişkilerini gözden geçirerek, yeniden Türkiye lehine kurması

¹⁹⁰ Ege Denizi'nde yapılacak bir muhtemel kıta sahanlığı sınırlandırmasının ana esasları için bkz., Doğru, op. cit., s. 118-121.

¹⁹¹ Dursun Yıldız, Tarihi Geçmişi, Stratejik Önemi ve Su Sorunu Açısından Akdeniz'in Doğusu, İstanbul, Bizim Yayınlar Kitapevi, 2008, s. 21.

faydalı olacaktır. Nitekim bu yönde bazı işaretler de ortaya çıkmaya başlamıştır. *“Yeni yıla Ortadoğu yepyeni bir güç dengesi ile girdi ... Belli ki Ankara bu stratejik okumayı yapıyor ... Başbakan Yardımcısı Bülent Arınç da geçtiğimiz hafta bu fitili ateşledi: ‘Mısır ile süratle ilişkilerimizi sağlıklı bir zeminde götürmemiz gerekir... Bir ülkenin dış politikasını o ülkenin milli çıkarları belirler. Darbelere karşıyız. Ama Türkiye’nin çıkarları için (Mısır’a yönelik) yeni adım atmamız gerekebilir.’”*¹⁹² Bu politika değişikliği, Doğu Akdeniz’den çıkarılacak hidrokarbon kaynaklarının dünya piyasasına özellikle de AB ülkelerine ulaştırılmasına yönelik alternatif nakil hattının Türkiye üzerinde geçmesini de temin edecektir. AB’nin de sıcak baktığı bu projeyle, bir yandan AB ile olan ilişkiler gelişecek, diğer yandan da büyük ölçüde Rusya Federasyonu ile İran’a bağımlı olan Türkiye’nin enerji güvenliğine de katkı sağlanmış olacaktır.

Ortadoğu ve bu bağlamda Doğu Akdeniz’de oluşabilecek yeni ortamda, başta hidrokarbon rezervleri olmak üzere diğer kaynakların paylaşımını da temin edecek kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanının sınırlandırması, ‘hakkaniyete uygun çözüme’ ulaşmak maksadıyla, uluslararası hukuka uygun olarak ve başta coğrafi faktörler olmak üzere bütün ‘ilgili/özel durumlar’ dikkate alınarak ‘anlaşma’ ile yapılacaktır. Bu da ancak bölge politikasında ulusal çıkarlarımıza uygun olarak yapılacak değişiklikler sonunda sahildar ülkelerle kurulacak iyi ilişkiler çerçevesinde mümkün olacaktır.

Diğer taraftan yapılan son araştırmalar, özellikle Kıbrıs’ın güneyinde var olduğu iddia edilen hidrokarbon rezervlerinin, sanılanın aksine, kayda değer olmadığını göstermektedir. Buna karşın Kıbrıs’ın batısında, Türkiye’nin muhtemel münhasır ekonomik bölgesindeki bulguların önemli rezervlere işaret ettiği belirtilmektedir. Bu nedenle Türkiye’nin zaman geçirmeden, en azından GKRY-Yunanistan arasında bir sınırlandırma anlaşması yapılmadan, bir münhasır ekonomik bölge ilan etmesi ve buna paralel olarak maksimalist bir yaklaşımla, diagonal hatlarla diğer sahildar devletlerle sınırlandırma anlaşmaları yapılması yönünde girişimler başlatmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

¹⁹² Verda Özer, “Yeni Yılda Türkiye’nin Tercih”, Hürriyet, 3 Ocak 2015, s. 17.

Kaynakça

Kitaplar

- Ahnish Faraj Abdullah, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea*, Clarendon Press, Oxford 1993.
- Churchill R.R. ve Lowe, A.V., *The Law of the Sea*, Manchester University Press 1999.
- Davutoğlu Ahmet, *Stratejik Derinlik*, Küre Yayınları, 57. B., İstanbul 2010.
- Doğru Sami, *Uluslararası Hukukta Kıta Sahaneliği ve Ege Denizi Kıta Sahaneliği Uyuşmazlığı*, AÜ Basımevi 2001.
- Evans Malcolm D., *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Clarendon Press, London 1989.
- Gündüz Aslan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Belgeler*, İstanbul 1994.
- Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries*, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, United Nations. New York 2000.
- International Maritime Boundaries*, Ed.: Jonathan I. Charney ve Lewis M. Alexander, Vol. I, Dordrecht 1993.
- International Maritime Boundaries*, Ed.: Jonathan I. Charney ve Lewis M. Alexander, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993.
- International Maritime Boundaries*, Ed.: Jonathan I. Charney ve Lewis M. Alexander, Vol. III, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1997.
- International Maritime Boundaries*, Ed.: Jonathan I. Charney ve Robert W. Smith, Vol. IV, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 2002.
- International Maritime Boundaries*, Ed.: David A. Colson ve Robert W. Smith, Vol. V, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2005.
- International Maritime Boundaries*, Ed.: David A. Colson ve Robert W. Smith, Vol. VI, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 2011.
- Jayewardene, Hiran W., *The Regime of Islands in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 1989.
- Kaya İbrahim, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Kitticharaisaree Kriangsak, *The Law of the Sea and Maritime Boundary Delimitation in South-East Asia*, Oxford University Press, New York 1987.
- Prescott Victor ve Schofield, Clive, *The Maritime Political Boundaries of the World*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2005.
- Tanaka Yoshifumi, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation, Hart Publishing, Oxford 2006.

Weil Prosper, The Law of Maritime Delimitation- Reflections, Grotius Publications Limited, Cambridge 1989.

Yıldız Dursun, Tarihi Geçmişi, Stratejik Önemi ve Su Sorunu Açısından Akdeniz'in Doğusu, Bizim Yayınlar Kitapevi, İstanbul 2008.

Makaleler

Abdullahzade Cavid, "Doğu Akdeniz'de Mısır'la Antlaşma Şart", Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset, Yay. Haz.: Sertaç Hami Başeren, AÜSBF Yayın No: 608, Ankara 2013, ss. 337-352.

Acer Yücel, "Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Hukuku", Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset, Yay. Haz.: Sertaç Hami Başeren, AÜSBF, Ankara 2013, ss. 307-326.

"Doğu Akdeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye", Deniz Hukuku Sempozyumu, Dz.K.K.lığı, Ankara 2004, ss. 3-15.

Aksar Yusuf, "Uluslararası Hukukta Deniz Alanlarının Sınırlandırılması: Doğu Akdeniz Uyuşmazlığı", 21. Yüzyılda Sosyal Bilimler, S. 2, Aralık-Ocak-Şubat, 2012-2013, ss. 225- 238.

Aksu Fuat, "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorunu ve Türkiye - AB İlişkileri" Yaşam ve Stratejik Kaynaklar Açısından Kıbrıs, Yay. Haz.: Sertaç Hami Başeren-Hüseyin Gökçekuş, Gazeteciler Cemiyeti Yayınları, Ankara 2014, ss. 159-195.

Anderson David, "Maritime Delimitation: Early British Practice", Modern Law of the Sea, Selected Essays, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, ss. 437-455.

"Maritime Boundaries and Limits: Some Basic Legal Principles", Modern Law of the Sea, Selected Essays, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, ss. 381-395.

"Recent Decision of Courts and Tribunals in Maritime Boundary Cases", International Maritime Boundaries, Ed.: David A. Colson ve Robert W. Smith, Vol. VI, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 2011, ss. 4119-4138.

Blake Gerald H., "World Maritime Boundary Delimitation: The State of Play", Maritime Boundaries and Ocean Resources, Ed.: Gerald Blake, London 1987, ss. 1-14.

Başeren Sertaç Hami, "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması Sorunu: Tarafların Görüşleri, Uluslararası Hukuk Kurallarına Göre Çözüm ve Sondaj Krizi", Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset, Yay. Haz.: Sertaç Hami Başeren, AÜSBF, Ankara 2013, ss. 253-306.

"Doğu Akdeniz'de Enerji Siyaseti ve Hukuk", Yaşam ve Stratejik Kaynaklar Açısından Kıbrıs, Yay. Haz.: Başeren, Sertaç Hami - Gökçekuş, Hüseyin, Gazeteciler Cemiyeti Yayınları, Ankara 2014, ss. 75-89.

“Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı”, *Stratejik Araştırmalar*, 8 (14) Ocak2014, ss. 130-184.

Bowet Derek, “Islands, Rocks, Reefs, and Low-Tide Elevations in Maritime Boundary-Delimitations,” *International Maritime Boundaries*, Vol. I, Dodrecht 1993, ss. 131-152.

Caflich, Lucius, “The Delimitation of Maritime Spaces between States with Opposite and Adjacent Coast”, *A Handbook on the Law of the Sea*, Ed.: Rene-Jene Dupuy ve DanielVignes, Martinus Nijhoff Publishers, Dodrecht 1991, ss. 426-427.

Caminos Hugo, “Introduction”, *Law of the Sea*, Ed.: Hugo Caminos, Ashgate 2001, ss. xiv-xxiii.

Charney Jonathan I., “Introduction”, *International Maritime Boundaries*, Ed.: Jonathan I.Charney ve Lewis M. Alexander , Vol. I, Dodrecht 1993, ss. xxiii- 2.

“The Delimitation of Ocean Boundaries”, *Ocean Development and International Law*, *The Journal of Marine Affairs*, Vol. 18, Nr. 5, 1987, New York, ss. 497-531.

Colson D.A., “The United Kingdom-France Continental Shelf Arbitration”, *American-Journal of International Law*, Vol. 72, 1978, ss. 95-112.

Eroğlu Derviş, “Açış Konuşmaları”, *Yaşam ve Stratejik Kaynaklar Açısından Kıbrıs*, Yay.Haz.: Sertaç Hami Başeren-Hüseyin Gökçekuş, *Gazeteciler Cemiyeti Yayınları*, Ankara 2014., ss.11-21.

Onoufriou Toula, “Cyprus - a Future Energy Hub?”, *Policy Brief*, German Marschall Funf of United States. http://www.gmfus.org/wpcontent/blogs.dir/1/files/mf/1349894204Onoufriou_CyprusEnergy_Oct12.pdf (e.t.:10 Augustos 2014);

Oxman Bernard H., “Political, Strategic, and Historical Considerations”, *International Maritime Boundaries*, Ed.: Jonathan I. Charney ve Lewis M. Alexander , Vol. I, Dodrecht 1993, ss. 22-40.

Prescott Victor ve Schofield, Clive: “Islands and Rocks and their Role in Maritime Delimitation”, *International Maritime Boundaries*, Ed.: David A. Colson ve Robert W. Smith Vol. V, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2005, ss. 3245-3280.

Weil Prosper, “Geographic Consideration in Maritime Delimitation”, *International Maritime Boundaries*, Ed.: Jonathan I. Charney ve Lewis M. Alexander , Vol. I, Dodrecht 1993, ss. 115-130.

Yaycı Cihat, “Doğu Akdeniz’de Deniz Yetki Alanları Paylaşımı Sorunu ve Türkiye”.<http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-159-2014040713bs-2012-1-1-70.pdf>.

“Türkiye ile Libya Arasında Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması”, *Deniz Huku-*

ku Sempozyumu (24-25 Mart 2011), Ed.: Sami Doğru, Çağ Üniversitesi Yayınları-
No: 18, Adana 2012, ss. 115-124.

Yargı Kararları

Aegean Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports, 1978.

Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the Delimitation of the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf between them, Decision of 11 April 2006.

Arbitration Tribunal for the Delimitation of the Maritime Boundary Between Guinea and Guinea-Bissau Award of 14 February 1985, 25 I.L.M. 252.

Arbitration Tribunal for the Delimitation of the Maritime Boundary Between Guinea and Guinea-Bissau, Award of 14 February 1985, Guinea/Guinea-Bissau Case, 25 I.L.M.252. <http://www.jstor.org/stable/pdf/20692951> (e.t.: 03 Mart 2015)

Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings (maritime delimitation), Eritrea/Yemen, par. 132. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160 (e.t.: 15 Ekim 2014)

Case concerning the delimitation of continental shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic, (30 June 1977 - 14 March 1978), Anglo - French Case. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVI-II/3-413.pdf (e.t.: 16 Ekim 2014).

Case Concerning Maritime and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Report 2001, <http://www.icj-cij.org/docket/files/87/7027.pdf> (e.t.: 15 Ağustos 2014)

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985. <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf> (e.t.: 15.10.2014)

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982.

Court Of Arbitration for the Delimitation of Maritime Areas Between Canada And France: Decision In Case Concerning Delimitation of Maritime Areas (St. Pierre and Miquelon), June 10, 1992, Canada/France Arbitration, 31 I.L.M. 1145 (1992).

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984.

Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009.

Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993.

North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969.

Anlaşmalar

Agreement between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone, 17 February 2003.

Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Kingdom of Thailand on the Delimitation of Seabed, 22 June 1978.

Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Socialist Republic of Vietnam on the Delimitation of Maritime Boundary Between the Two Countries in the Gulf of Thailand, 9 August 1997.

Agreement between the Government of the Kingdom of Belgium and the Government of the France on the Delimitation of Territorial Sea and Continental shelf, 1990.

Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Kingdom of Thailand on the Delimitation of Seabed, 22 June 1978.

Agreement Concerning the Sovereignty over the Islands of Al- Arabiyah and Farsi and the Delimitation of the Boundary Line Separating the Submarine Areas between the Kingdom of Saudi Arabia and Iran, 24 October 1968.

Agreement between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics on the Delimitation of the Continental Shelf And Fishing Zone and the Soviet Economic Zone in the Baltic Sea, 18 April 1988.

Agreements between Iceland and Norway Establishing Boundaries between Iceland and JanMayen, 28 May 1980.

Agreement on Marine Delimitation between the Government of Australia and the Government of the French Republic, 4 January 1988.

Agreement on Settlement of Maritime Boundary Lines and Sovereign Rights over Islands between Qatar and Abu Dabi, 20 March 1969.

Agreement between the Government of Bahrain and the Kingdom of Saudi Arabia- Concerning Delimitation of the Continental Shelf, 22 February 1958.

Agreement between the Government of Trinidad and Tobago and the Government of the Republic of Venezuela on the Delimitation of Marine and Submarine Areas, 4 August 1989.

Agreement between Norway and the United Kingdom Relating to the Delimitation of the Continental Shelf between Two Countries and Protocol, 10 March 1965.

Agreement between Japan and the Republic of Korea Concerning Joint Development of the Southern Part of the Continental Shelf Adjacent to the Two Countries, 30 January 1974.

Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Cyprus on Delimitation of the Exclusive Economic Zone, 17 December 2010.

Agreement between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone, 17 February 2003.

Delimitation Treaty between the Kingdom of the Nederland and the Republic of Venezuela, 31 March 1978.

Government of Trinidad and Tobago and the Government of the Republic of Venezuela on the Delimitation of Marine and Submarine Areas, 4 August 1989.

Maritime Delimitation Treaty between Jamaica and the Republic of Colombia, 12 November 1993.

Offshore Boundary Agreement between Iran and Dubai, 31 August 1974.

Treaty between the Federal Republic of Nigeria and the Republic of Equatorial Guinea Concerning Their Maritime Boundary, 23 September 2000.

Treaty between Australia and the Independent State of Papua New Guinea Concerning the Sovereignty and Maritime Boundaries in the Area between the Two Countries, Including the Area Known as Torres Strait, And Related Matters, 18 December 1978.

Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdeniz'de Kıta Sahanlığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşma, 21 Eylül 2011.

TEŞKİLAT YAPISI, İŞLEYİŞİ VE CEZAYA ALTERNATİF TEDBİRLERİN UYGULANMASI AÇISINDAN İNGİLTERE VE GALLER GENÇLİK ADALET SİSTEMİ

YOUTH JUSTICE SYSTEM OF ENGLAND AND WALES:
THE STRUCTURE, FUNCTION AND IMPLEMENTATION
OF REHAB ORDERS

Eylem Ümit ATILGAN*

Değerli Hocam,

Prof. Dr. Adnan Güriz'in aziz hatırasına

Özet: Bu makalede Çocuk Adalet Sisteminde “iyi örnek”ler arasında sayılan İngiltere örneğini inceliyoruz. İngiltere, sisteme yeni giriş ve tekerrür oranlarındaki düşen rakamlar kadar, çocuğa özgü tedbirler ve alternatif yaptırımların çeşitliliği nedeniyle de sık sık referans verilen bir örnek. Sistemi daha iyi anlayabilmek için nicel parametrelerin yanı sıra olgu incelemelerinden de örnekler vereceğimiz bu makaledeki gerek nicel veriler gerekse olgu incelemeleri, Londra’da ilgili kurumlarda gerçekleştirilen çalışma ziyaretleri sırasında derlendi.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Adalet Sistemi, İngiltere ve Galler Gençlik Adalet Sistemi, Çocuk Suçluluğu, Diversiyon, Alternatif Tedbirler.

Abstract: We are going to examine England model which is considered as one of the “best practice” in Juvenile Justice System. England is referred because of the reoffending and first offence rates are reducing in years. The quantitative data and the cases which we review in this article to understand the system in details are compiled during the study visits to the institutions of London.

Keywords: Juvenile Justice System, Youth Justice System Of England and Wales, Diversion, Out-of-court disposal, rehab order.

* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi Anabilim Dalı

GİRİŞ

Çocuk Adalet Sistemleri, tüm dünyada çocuğa ilişkin toplumsal algının ve uluslararası çocuk hakları paradigmasının geçirdiği değişim ve bu ikisinin etkileşimi ışığında şekillenmekte.

Bu iki dinamiğin çoğu zaman aynı yönde bir ivme sağlamadığını söyleyebiliriz. Yasa koyucular, çocuğa ilişkin kalıplaşmış kültürel algılar ve “suça- suçluya” yönelik yaklaşımların statükoyu muhafaza edici etkisi ile uluslararası çocuk hakları paradigmasının çocuk dostu yaklaşımı etkisi arasında tabiri caizse salınmakta. Bazı ülkelerin bu süreçte diğerlerine göre daha istikrarlı “iyi örnek”ler ortaya koyduğu genel olarak kabul ediliyor. Toplumsal ihtiyaç ise bu süreçte değişimi tetikleyen dinamik görevinden ziyade turnusol kâğıdı işlevi görmekte. Yani kâğıt üzerinde tasarlanan normların, kurumlar ve işleyişin sosyal gerçeklikteki yaraya ne kadar deva olduğunu anlayabilmek için olguya ilişkin bazı rakamlara başvuruluyor. Bunlar çoğunlukla suçta tekerrür oranı, sisteme yeni giren çocuk sayısı, özgürlüğünden yoksun bırakma yaptırımına başvurma oranı ve özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuk/gün sayısı gibi sayısal veriler. Bu oranlar güncellenerek- önceki yıllarla karşılaştırılarak-çocuk adalet sisteminin “iyi örnek”lerden sayılıp sayılmadığına karar verilmekte. Bu değerlendirmede salt nicel verilere dayanmanın yarattığı zaafı bir tarafa bıraksak dahi sosyal gerçekliğin kendine özgü biricik yönlerini birer girdi olarak kabul etmeden yapılan bu karşılaştırmanın yüzeyselliği çok açık. Öyle ki ülkelerin nüfusu, çocukların nüfus içindeki oranı, ülkenin sosyal-refah durumu, toplumsal hizmetlerin yapılanması ve yoğunluğu, suça yönelen çocukların yaşadıkları toplumsal ortam hatta endüstrileşme, kentleşme oranları gibi sosyal gerçekliğin özgünlüğünü ortaya koyan yapısal unsurlar bu karşılaştırmalarda dışarıda bırakılmakta. Bu, aslında resmin bir kısmına odaklanmak anlamına gelse de farklı ülkelerin çocuk adalet sistemlerini karşılaştırmaya devam ediyor, “iyi örnekleri” bulmaya çalışıyoruz. Çünkü suça sürüklenen/korunmaya muhtaç çocuk olgusunun devinimi -belki de her sosyal olgu kadar hukukta hızlı bir değişimi yasa koyucuya bir zorunluluk olarak dayatmakta. Sosyal gerçekliğin var olan normlar ve yargısal- kurumsal yapıya sığmadığı durumlarda aslında yapılması gerekenin iki başlı bir çalışma yürütmek olduğu söylenebilir: Birincisi sosyal gerçekliğin anlaşılabilmesini mümkün kılacak nicel ve nitel verileri birleştiren saha çalışmaları yürütmek ve bu çalışmaların sürekliliğini sağlayarak

değişimin yönünü ve dinamiklerini açıklamak. İkincisi ise uluslararası çocuk hakları paradigmasını gerçekleştirme idealini izleyen dünya örneklerini takip etmek. Bu iki çalışma türü birbiri yerine ikame edilemeyen ancak birbirini tamamlayan son derece değerli verileri sağlayabilir. Bu yüzden -yukarıda değinilen eleştirilere rağmen- “iyi örnek” incelemelerinin akademik yazında daha fazla yer alması önemli.

Bu argümanları göz önünde tutarak bu makalede Çocuk Adalet Sisteminde “iyi örnek”ler arasında sayılan İngiltere örneğini inceliyoruz.

İngiltere, yukarıda değindiğimiz parametrelerden sisteme yeniden giriş ve tekrür oranlarındaki düşen rakamlar kadar, çocuğa özgü tedbirler ve alternatif yaptırımların çeşitliliği nedeniyle de sık sık referans verilen bir örnek. Sistemi daha iyi anlayabilmek için nicel parametrelerin yanı sıra olgu incelemelerinden de örnekler vereceğimiz bu makaledeki gerek nicel veriler gerekse olgu incelemeleri, Londra’da ilgili kurumlarda gerçekleştirilen çalışma ziyaretleri sırasında derlendi.

Sayısal veriler ve grafikler esas olarak Adalet Bakanlığı Gençlik Adalet Kurulundan temin edildi. Olgu incelemeleri ise Londra Hammersmith Sulh Mahkemesi (Magistrates’ Court) nezdindeki Gençlik Mahkemesinin dava dosyalarından ve Hammersmith & Fullham, Kensington ve Chelsea Gençliği Suçtan Koruma Ekibinin (Youth Offending Team- YOT) dosyalarından isim değiştirilerek hazırlanan özetlerdir.

İngiltere Çocuk Hukuku alanında yakın tarihte (1998) yaptığı köklü reformla anılıyor. Aslında Çocuk Adalet Sistemleri, hukuk ithal eden diğer ülkelerde de sürekli büyük-küçük reformlarla yenilenmekte. Genel başlık olarak dezavantajlı grupların hukuku da diyebileceğimiz bu yeni tür hukuktaki değişimlerin diğer alanlardaki gibi sadece normlarda ekleme ve değişiklikle olmadığını görüyoruz. Son 50 yılda birçok ülkede görülen çocuk hukuku alanındaki iyileştirmeler kurumsal ve işlevsel reformları da içeriyor. Bu reformlarla Çocuk Adalet Sisteminde klasik yargısal-idari ayrımına sahip kurumların yerini, multidisipliner mesleklerden oluşan üyeleri ile üst kurul(m)lar, birden çok Bakanlığa mali ve idari bağı bulunan birimler, kendine özgü işlev ve yetkilere sahip kamu hizmeti veren sivil/ kamusal örgütler, hizmetin çerçevesini çizen ve denetleyen düzenleyici kamu organlarına bırakmakta. Aralarında İngiltere’nin de bulunduğu “iyi örnek” gösterilen birçok ülkenin Çocuk Adalet Sistemi melez hukuki statüye sahip bir-

den çok aktörün birleşmesiyle oluşan bir network görünümü çizmekte. Bu networkde sivil toplum ve yerel yönetimler, eskisinden çok daha fazla ön planda. Aslında çocuğa “adli vaka” olarak bakan eski paradigmanın yerini alan “Adli Refah” yaklaşımının bu türden bir yapıyı gerektirdiğini söylemek yanlış olmaz. İngiltere, Çocuk Adalet Sisteminin yönetimi için kurulan yapı ve hizmetin yürütülmesi için oluşturulan birimler ile ilginç bir örnek teşkil ediyor. Ancak İngiltere modelini incelenmeye değer kılan tek özellik teşkilat değil. Aynı zamanda İngiliz Çocuk Adalet Sistemi, suça sürüklenen çocuklara uygulanabilecek cezai yaptırıma alternatif adli ve idari tedbirler konusunda çok zengin bir seçenekler listesine sahip. Bu gerekçelerle makalede ilk olarak teşkilat yapısını anlayabilmek için İngiltere Çocuk Adalet Sistemindeki önemli kurumları oluşumlarına, işlevlerine ve idari-yargısal teşkilat içindeki yerlerine bakarak tanıyacağız. İkinci bölümde ise cezai yaptırıma alternatif olan rehabilite edici tedbirleri ve nasıl uygulandığını inceleyeceğiz.

Çocuk Adalet Sisteminin teşkilatına ilişkin bilgileri asıl olarak iki şekilde kategorize edip sıralayabiliriz. İlk kategorideki bilgiler ülke çapındaki yargı örgütünün ve özel olarak çocuk adalet sisteminin haritasını çizmeye yönelik genel bilgiler. Bunun ardından gelen bilgiler ise çalışmalarına bizzat katılıp gözlem yapma imkânı bulduğum yerel birimlere ait.

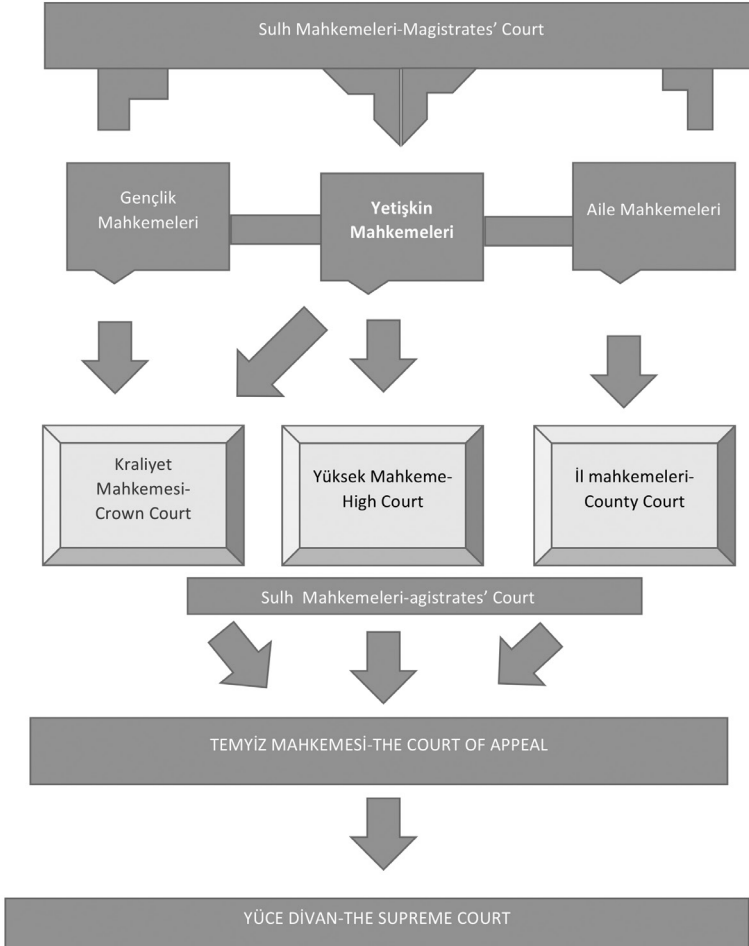
I- GENÇLİK ADALET SİSTEMİ VE YARGI ÖRGÜTÜ

Gençlik Adalet Sistemine ilişkin açıklamaların anlaşılabilmesi için öncelikle ana hatlarıyla adalet sistemi ve yargı örgütüne bakalım.

Basit nitelikli ceza ve hukuk davaları, Sulh Mahkemeleri diyebileceğimiz “Magistrates Court” mahkemelerinde görülür. Üç yargıçlı bu mahkemelerde hüküm, yargıçların ortak kararıyla kurulur. Jüri, bu mahkemelerde yoktur. 18 yaşından küçüklerle ilgili davalar bu mahkemelerin bir türü olan Gençlik Mahkemelerinde görülür (Youth Court). Davaların % 95’ine bu mahkemeler bakar. Sulh Mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara ilişkin itirazlar; hukuk davası ise Yüksek Mahkemeye (High Court) ceza davası ise Kraliyet Mahkemesine (Crown Court) yapılır. İki yıldan fazla hapis cezası gerektiren fiiller (tecavüz, adam öldürme, silahlı soygun vb.) kraliyet mahkemelerinde

bir yargıç ve jüri ile görülür. İngiltere mahkemelerinde jüri 12 kişiden oluşur. İngiltere seçimlerinde oy kullanma hakkı olan ve İngiltere’de 5 yıldan fazla ikamet eden herkes jüri üyesi olabilir. Jüri, sanığın sadece suçlu olup olmadığına karar verirken sanığın suçlu olduğuna kanaat getirdiğinde, sanığa verilecek cezaya ilişkin söz hakkı bulunmaz. Sanığa verilecek cezayı hakim belirler. Yüksek Mahkeme ve Kraliyet Mahkemesi kararlarına karşı yapılacak itiraz Temyiz Mahkemesine (Court of Appeal) yapılır. İngiltere’de bir ceza ve hukuk davasının en son görüleceği en üst merci Lordlar Kamarasıdır. Genelde kamuoyunu ilgilendiren tüm davalar Lordlar Kamarasına aktarılır.

Aşağıdaki şemada ana hatlarıyla yargı örgütü gösteriliyor.



A) GENÇLİK ADALET SİSTEMİNİN YÖNETİMİ VE HİZMETLERİN YÜRÜTÜLMESİ

Her ne kadar reform süreci uzun zamana yayılsa da İngiltere’de Gençlik Adalet Sisteminin bugünkü yapısına ana hatlarıyla 1998’de kavuştuğu söylenebilir. Bu yapıya baktığımızda Sistemin genel olarak Gençlik Adalet Kurulu’na (Youth Justice Board - YJB) bağlı olarak görev yapan çeşitli organizasyonların oluşturduğu bir ağ tarafından yürütüldüğünü görürüz. Gençlik Adalet Kurulu (makalede bundan sonra kısaca “Kurul” olarak anılacaktır) ise Adalet Sisteminin yönetim ve denetiminde görev alan 29 aktörden biridir:

1. İdari Yargı ve Mahkemeler Konseyi
2. Mahkeme Kaynakları Ofisi
3. Ceza Yargılamasına İlişkin Zararların Tazmini Yetkilisi
4. Ceza Gerektiren Vakıaların İncelenmesi Komisyonu
5. İnsan Hakları Beyannamesi Komisyonu
6. Gözaltında Ölümlerin Bağımsızca İncelenmesi Servisi
7. Majestelerinin Mahkemeleri ve Adliye Servisi
8. Cezaevlerinde Majestelerinin Müfettişi
9. Denetimli Serbestlikte Majestelerinin Müfettişi
10. Majestelerinin Cezaevi Servisi
11. Bağımsız İnceleme Heyeti
12. Ceza Savunma İncelemesi- Bağımsız (The Jeffrey Review)
13. Hukuki Atama ve Yürütme Kamu Denetçisi
14. Yasa Komisyonu
15. Hukuki Servis Heyeti
16. Hukuki Yardım Temsilciliği
17. Hukuki Servisler Tüketicileri Paneli
18. Hukuki Servisler Araştırma Merkezi
19. Hukuki Kamu Denetçisi

20. Çocuk İstismarı Takip ve İnceleme Servisi- Bağımsız (Macur Review)
21. Ulusal Fail/Suçlu Yönetimi Servisi
22. Kamu Koruyucusu Ofisi
23. Resmi Hukuk Danışmanı ve Kamu Mütevellisi
24. Şartlı Tahliye Heyeti
25. Cezaevleri ve Denetimli Serbestlik Kamu Denetçisi
26. Denetimli Serbestlik
27. Mahkeme Yargılaması Komitesi
28. Mağdurlar Temsilcisi

29. Gençlik Adalet Kurulu (YJB)

Bu listede İngiliz geleneksel yargı kurumlarının yanı sıra özerk, bağlı kuruluşlar ve düzenleyici- denetleyici kurullar da var. Nitekim Kurul da Adalet Sisteminin yönetiminde düzenleyici-denetleyici fonksiyon ifa eden özerk bir kuruldur. Örneğin listedeki Ulusal Fail/Suçlu Yönetim Servisi (The National Offender Management Service – NOMS), Kurul gibi düzenleyici- denetleyici bir kurum ve genç insanların kapalı tutulduğu az sayıda kurumdan ve Genç İnsanların Takımı (Young People’s Team) aracılığıyla özgürlüğünden yoksun bırakılan gençlerden sorumlu. NOMS kapalı kurum gözetiminden çıkanların yeniden suç işlemesini engellemeye yönelik yaptığı çalışmalarla da Kurul’a destek vermekte.

İngiltere Gençlik Adalet Sisteminde hizmet kuruluşları olarak sayılanları ise aşağıdaki gibi gruplayabiliriz:

- Ülke çapında sayıları 158’e ulaşan Gençliği Suçtan Koruma Ekibi (Youth Offending Team- YOT (bundan sonra kısaca “ekip” olarak anılacak). Bu ekiplerin yerel ortakları olan polis, denetimli serbestlik hizmetleri, yerel yönetim çocuk hizmetleri ve sağlık hizmetleri;
- Emniyet Müdürleri ve polis kuvvetleri;
- Kraliyet Savcılık Hizmetleri;
- Mahkemeler;

- Güvenli konut tedarikçileri; bunlar 18 yaşın altındakiler için, Genç Suçlular Enstitüleri (Youth Offenders Institution), Güvenli Eğitim Merkezleri (Secure Training Centres) ve güvenli çocuk evleridir.

B) Gençlik Adalet Kurulu (YJB)

Kurul, özerk bir denetleyici-düzenleyici kamu organıdır. Kurul üyeleri ve başkanı, Adalet Bakanlığı tarafından atanır. Kurul'un oluşturulması kararı, 1998 tarihli Suç ve İtaatsizlik Yasasına (Crime and Disorder Act) dayanır. Kanununun 41. maddesi Kurul'un genel yapısı ve işlevini belirler. Kurul'un bütçesi Adalet Bakanlığı tarafından kısmi olarak desteklenir. Aynı zamanda, İçişleri Bakanlığı diye tercüme edebileceğimiz -Home Office (göç, terörle mücadele, polis, uyuşturucu politikaları ile ilgili bakanlık) ve Eğitim Bakanlığı tarafından da finanse edilir.

Kurul'un Gençlik Adalet Sisteminin stratejik hedeflerinin hayata geçirilmesi, insan kaynağı ve diğer kaynakların etkin yönetiminin sağlanması konularında kurumsal sorumluluğu bulunur.

Kurul üyeleri genellikle Gençlik Adalet Sisteminde gönüllü olarak çalışmış tecrübeli kişilerden oluşuyor. Bu kişiler çok farklı meslek gruplarından gelmekte. Örneğin özel sektörde muhasebeci olarak çalışmış ancak aynı zamanda ceza adaleti ve güvenlik hizmeti konusunda ulusal ve uluslararası alanda tecrübesi olan bir sivil toplum gönüllüsü üyesi olduğu gibi sağlık alanında yönetici olarak çalışmış tecrübeli bir doktor ya da emekli Gençlik Mahkemesi Hakimi de üyeler arasında yer alabiliyor.

Bu kurul üyeliğinde de sistemde yer alan diğer kurul(m)ların üyeliklerinde olduğu gibi yetişmiş uzman personel kaynağını büyük ölçüde sivil toplum gönüllüleri oluşturuyor.

Kurul'un oluşturulmasındaki temel amaç ülkedeki gençlik adalet sistemini denetleyecek ve yönetecek bir yapı oluşturmak. Kurul'un misyonu, resmi sitesinde ve tanıtım broşürlerinde "gençlerin başarılı ve suçtan uzak bir yaşam sürmelerini sağlamak amacıyla, gençlere ihtiyaçları olan desteğin verildiği, daha çok suçlunun yakalandığı ve suçluların işledikleri suçun hesabını verdiği, etkin bir gençlik adalet sistemini mümkün kılmak" olarak tanımlanıyor.

Farklı politika belgelerinde toplumun korunması ve mağdurlara daha iyi destek verilmesi de amaçlar arasında sayılıyor.

Kurulun yoğunlaştığı faaliyet aslında İngiltere ve Galler'de gençlik adalet sisteminin yürütülmesinde görev alan kurumları denetlemek. Sistemin işleyip işlemediğini gösteren parametre yani hem sistemin hem de Kurul'un başarısını belirleyen ise 18 yaş altı çocuk ve gençlerin işlediği suç ve mükerrer suçluluk oranlarının düşmesi. Son derece kapsamlı misyonu nedeniyle Kurul, gençlerin kapatıldıkları kurumların güvenli ve çocuk dostu olmasını sağlamaktan başlayıp gençleri suça sürükleyen nedenlerle de mücadele etmeye kadar uzanan geniş bir görev listesine sahip. Kurulun kurumsal sorumluluğu asıl olarak "ekipleri" (Gençliği Suçtan Koruma Ekipleri'ni) ve güvenli-kapalı kurumları kapsamakta.

Kurulun, siyasi iradeye karşı en genel anlamıyla Gençlik Adalet Sistemi'nin iyi yönetiminden sorumlu olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Bu sorumluluğu Kurul birden çok biçimde yerine getiriyor. Örneğin Kurul, Sistem'deki etkili ve verimli uygulamaları ve programları belirleyerek kamu kurumu veya sivil toplum tarafından yürütüldüğüne bakmaksızın desteklemekte.

Kurul, hedeflerini gerçekleştirmek için akademik araştırmaların gelişimini de desteklemekte. Bu doğrultuda, rehabilitasyon programlarının etkinliği veya müdahalelerin sonuçları üzerine gerçekleştirilen spesifik araştırmalara destek sağlandığı gibi çocuğu suça iten nedenler gibi, çocuk suçluluğuna ilişkin daha kapsamlı sosyolojik incelemelere de finansal destek sağlanmakta.

Akademideki araştırmalar ile uygulayıcıların arasındaki köprü kurarak araştırma sonuçlarının yönetici ve uygulayıcılara ulaştırılmasını da Kurul sağlamakta.

Suçla karışıklarına dair hüküm kurulup kurum gözetimine karar verilen gençler Güvenli Çocuk Evleri (Secure Children's Home), Güvenli Eğitim Merkezleri (Secure Training Center) ya da Genç Suçlular Kurumları'nda (Youth Offender Institution) bulundurulurlar.

Kurul, diğer görevlerinin yanı sıra, genç insanların, yukarıda bahsi geçen kurumlara yerleştirilmesinden de sorumlu. Genellikle,

10-15 yaş aralığındakiler Güvenli Çocuk Evleri'ne yerleştirilirken, 15 yaş üstü çocuklar ya Güvenli Eğitim Merkezlerine ya da Genç Suçlular Kurumlarına yerleştirilirler. 17 yaşındaki kız çocuklarının ise genel olarak Genç Suçlular Kurumları'na yerleştirildiğini görüyoruz. İngiltere'de şu an 8 adet Genç Suçlular Kurumu bulunmakta. Bunların içinde 3 birim kız çocuklarına ayrılmış durumda.

Birden çok belge ve düzenlemede sayıldığı için dağınık gibi görünen Kurul'un görev ve yetkilerini aşağıdaki gibi gruplayabiliriz:

- 1- Gençlik Adalet Hizmeti için genel politikaların belirlenmesi konusunda Bakanlara tavsiyelerde bulunmak;
- 2- Gençlik adalet sisteminin performansını denetlemek,
- 3- Etkin uygulamaları saptamak ve bunların yaygınlaştırılmasını teşvik etmek;
- 4- Etkin uygulamaların gelişmesini desteklemek amacıyla yerel yönetimlere ve diğer kuruluşlara ödenek sağlamak;
- 5- Akademik araştırma yapılmasını teşvik etmek, yapılan araştırmalara finansal destek sağlamak, bu alanda yayımlar yapmak ve bilgilerin yayılmasını sağlamak;
- 6- Mahkemelerin tutukluluk halinin devamına karar verdiği veya hapis cezası verdiği gençler için güvenli konaklama yerlerini oluşturmak, bu yerlerin Çocuk Adalet Sistemi'nin standartlarına uygun yönetilmesini sağlamak.

Önemle vurgulanması gereken husus Kurul'un yerel yönetimler ve sivil toplum kuruluşları tarafından verilen hizmet ağının, ülke çapında standartlarını belirleyip denetimini yaptığıdır. Bu açıklamalar açıkça ortaya koymaktadır ki İngiltere'de Gençlik Adalet Sistemi, kamu kurumu, sivil toplum ve özel sektörden birçok aktörün oluşturduğu bir network. Bu aktörlerden birçoğu ise yargısal-idari karma yetkilerle donatılmış durumda.

Kurul'un genel merkezi Londra'da. Ancak İngiltere ve Galler bürolarında "ekipler" ile birlikte çalışan yerel birimler bulunuyor. Kurul'un başkanı (Mart 2014 tarihinden beri Lord Tom McNally) ve kurulun on üyesinin atanması Adalet Bakanı tarafından yapılır. Kurul'un personeli ise bizzat Kurul üyeleri tarafından seçilmekte. Personelin iş de-

neyimi genelde sosyal hizmetler ve adalet sistemine ilişkin. Gençleri Suçtan Koruma, Çocuk Koruma, Polis ve Güvenlik, Denetimli Serbestlik, Hapishane Hizmetleri gibi alanlardan ve sivil toplum kuruluşlarından deneyimli kişilerle kurul üyeleri mülakat yaparak personeli istihdam etmekte. Personelin maaş ve prim ödemelerine Kurul üyeleri, performans ve kıdem gibi hususları göz önünde tutarak karar verme inisiyatifine sahip.

Kurul'u somut faaliyetlerine bakarak daha yakından tanımaya çalışalım. Kurul'un son on yıllık faaliyetleri arasında temel başarı olarak sayılan hususların başında gençlerin yeniden suç işleme risk faktörlerinin ve erken müdahale ihtiyaçlarının tek tek incelenmesini mümkün kılan bir ölçek olan "ilk değerlendirme çerçevesi" şeklinde tercüme edebileceğimiz "Asset'in geliştirilmesi için akademisyenlerle birlikte yürütülen çalışma gelmekte. Bu çalışma kapsamında hazırlanan 'AssetPlus' adı verilen Asset'in yeni versiyonununun 2014 yılında uygulamaya konduğunu görüyoruz.

Kurul, 'Assetplus' ölçeğinin geliştirilmesinde olduğu gibi Gençlik Rehabilitasyon Müdahale Emri (Youth Rehabilitation Order) modelini geliştirirken, Gençleri Suçtan Koruma Ekibi için etkin uygulama rehberi hazırlarken hep aynı çalışma yöntemini benimsemiş ve Üniversitelerle sürekli protokol ve işbirliği panelleri oluşturmuş.

Bir diğer başarı olarak işaretlenen faaliyet, Yoğun Gözetim ve Takip Programı (Intensive Supervision and Surveillance Programme), Yoğun Koruyucu Aile uygulaması (Intensive Fostering) gibi örneklerini sayabileceğimiz, hapis cezasına güçlü bir alternatif teşkil eden, kanıta dayalı müdahale yöntemlerini esas alan proje ve programlara yatırım yapılması.

Güvenli Okul Ortaklığı (Safer Schools Partnerships) uygulaması ile Gençlik Adalet Sisteminde onarıcı adaletin kullanımının teşvik edilmesi çalışması da Kurul'un başarılı uygulamaları arasında.

Kamuyunda başarı örnekleri arasında sayılsa da bu uygulamaların bazı sonuçlarının eleştirildiğini görüyoruz.

Dikkat çeken husus, paylaşılan program ve projelerin birden çok partnerle yürütülen çalışmalar olduğu. Nitekim Kurul'un tartışılmayan başarısı, farklı organlar ve kurumlar arasında ortak işbir-

liği oluşturması, bunları sürekli hale getirebilmiş olması diyebiliriz. Gençlerle yapılan çalışmalarda alınan sonuçların iyileştirilmesi amacıyla, yerel yönetim kuruluşlarını ve sivil toplum kuruluşlarını bir araya getirerek, yerel bazda “Gençleri Yeniden Topluma Kazandırma Konsorsiyumu”nun kurulması, Kurul’un koordinasyonu sağlamak alanında en önemli çalışması olarak gösterilmekte.

Kurul, sistemin bilgi paylaşımı yoluyla koordinasyonu alanında da rol üstlenmiş. Kurul’un tüm sistem içerisinde bilgi paylaşımını, *Genç Adalet Sisteminin Şebekelendirilmesi Bilgi İletişim Programı* (Wiring Up Youth Justice), aracılığıyla sağlamak için çalışmalar yürüttüğünü yine Kurul yayınlarından öğreniyoruz.

Gençlik Adalet Sistemine giren gençlerin sayılarını azaltmak amacıyla, önleme stratejisinin bir parçası olarak, hedefleri belirlenen ve iyi yönetilen erken müdahale programlarının başlatılması da Kurul’un faaliyet raporlarında göze çarpıyor. Bu misyonu yerine getirebilmek için uygulanan programlar arasında Gençlik Kaynaştırma Paneli, Gençlik Kaynaştırma ve Destek Paneli (Youth Inclusion Panels and Youth Inclusion and Support Panels) başarı örneği olarak sayılıyor.

Kurul’un suçu önleme, yargılamada gençlere destek verme ile sınırlı kalmayan faaliyet alanları yukarıda değindiğimiz üzere, infaz aşamasını da içermekte. Yaptırım uygulanan ve kurum gözetiminde tutulan gençlerin hapisanede yetişkinlerden ayrı tutulmaları ve yaşlarına uygun koşulların sağlanması; hapisanelerde koruma amaçlı gözden geçirme yapılması, hapisanelerde sosyal hizmet memuru görevlendirilmesi ve gençlere savunuculuk hizmetinin verilmesi gibi reform programlarının uygulanması da Kurul’un çalışmaları arasında. Rainsbrook Güvenli Eğitim Merkezinde (Secure Training Centre) anne ve bebek ünitesi, Wetherby ve Hindley Genç Suçlular Enstitüsünde (Young Offenders Institution) karmaşık ihtiyaçları olan gençlere yönelik üniteler gibi ceza infaz kurumlarında uzman rehabilitasyon ünitelerinin açılmasını Kurul faaliyet raporuna eklemiştir.

Kurum gözetiminde tutulan gençlerle ilgili hali hazırda yürütülen bir diğer önemli çalışmanın hapisanelerde tutulan bütün kız çocuklarının, hapisane sisteminden çıkarılarak alternatif konaklama yerlerine yerleştirilmeleri olduğunu yine Kurul yöneticileri vurgulamaktalar. Ayrıca Kurul, hapisanelerde tutulan tüm gençlere verilen

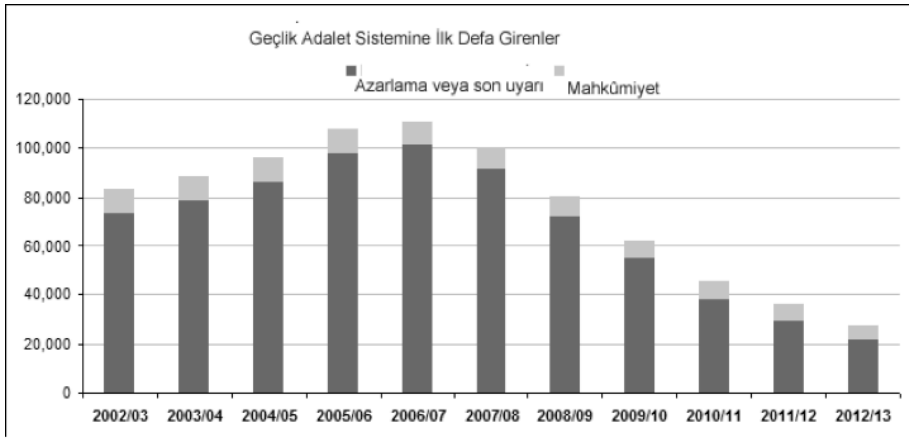
sağlık hizmetlerinde standartların oluşturulması konusunda da faaliyet göstermekte.

Bu makalenin sınırlı kapsamında Kurul'un ön plana çıkan bazı uygulama ve programlarını örnek olarak verdik. Bazılarına atıf verdiğimiz eleştirel çalışmalarda da görüleceği gibi Kurul'un başarı öyküsü olarak görülen bir uygulaması farklı yaklaşımlardan başarısızlık olarak görülüp eleştirilebilmekte. Hatta bu tartışma istatistikler üzerinden de sürdürülmekte. Kurul'un Gençlik Adalet Sistemindeki performansı ölçmek için kullandığı temel parametrelere ve bu parametrelere ilişkin son on yılın istatistiklerine bakarak Kurul üzerine yürütülen tartışmayı daha yakından izleyelim:

- Azarlama, son uyarı gibi yaptırımlar veya mahkûmiyet olarak Gençlik Adalet Sistemine ilk defa girişi yapan 10 - 17 yaş (18 yaşını doldurmamış) aralığındakilerin sayısı;
- Yeniden suç işleyen ve suçu sabit bulunmuş gençlerin oranı; yeniden suça karışan gençlerin oranı ve suç işleme sıklığı (her suçlu için yeniden suç işleme ortalaması);
- Her bin kişide 10-18 yaş aralığında kapalı kurum gözetimine tabi olanların sayısı

Bu parametrelerin yıllara göre dağılımına baktığımızda karşımıza şu üç grafik çıkıyor:

Grafik 1: Gençlik Adalet Sistemine İlk Defa Giriş Yapanlar

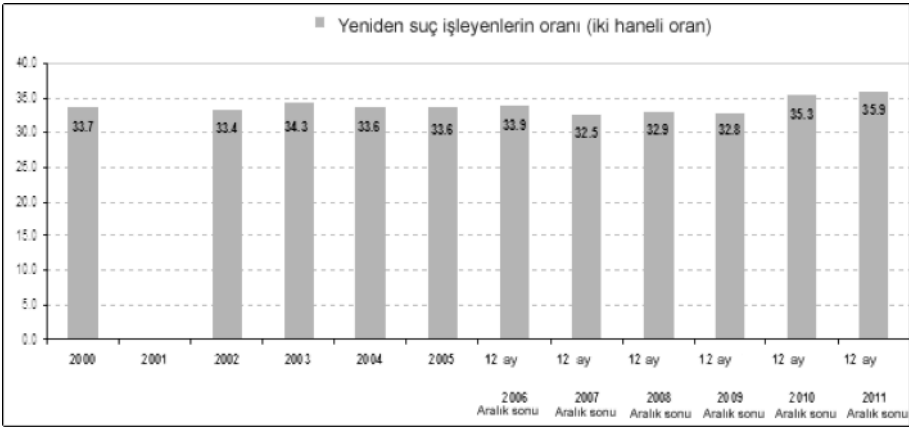


2002/03 döneminde ilk defa gençlik adalet sistemine giriş yapan 18 yaşın altındaki genç sayısı 83,000 civarındayken 2012/13 döneminde ilk defa ceza adalet sistemine girenlerin sayısı 28,000 rakamıyla karşılaştırıldığında, %67'lik önemli bir düşüş görülmekte.

İlk defa sisteme girenlerin sayısının aşağıdaki yöntemler kullanılarak düşürüldüğü Kurul yöneticileri tarafından ifade edilmekte:

- Konuya yoğun odaklanma;
- Birçok kuruluşun bir araya gelerek gençlerin suç işlemelerini önlemek amacıyla yaptıkları ortak çalışmalar;
- “Toplum İçinde Çekilen Ceza” uygulamaları, “Gençlik Rehabilitasyon Müdahale Emri” gibi, klasik yargılama sisteminin dışındaki alternatif metotların kullanılması;
- Polisin uygulamalarında yapılan değişikliklerden özellikle, “polis, adaletin karşısına çıkarması gereken suçlu sayısı” ile ilgili konulan stratejik hedeflerin kaldırılmasının da etkili olduğu düşünülmekte.

Grafik 2: Gençlerin Yeniden Suç İşleme Oranı

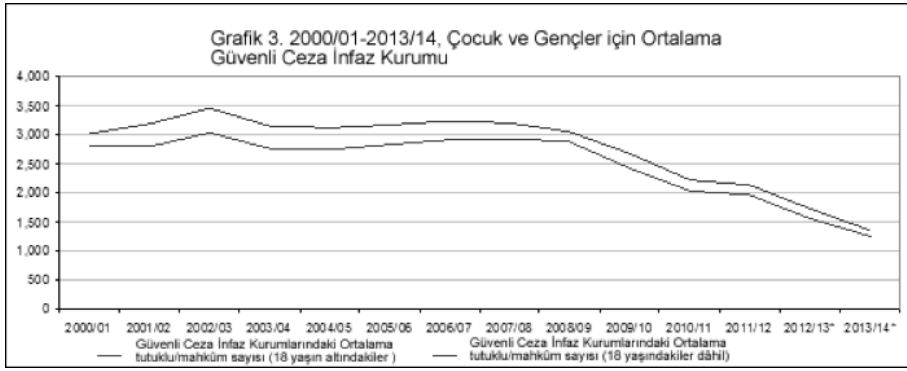


2011 yılı Ocak-Aralık döneminde, ihtar verilen, mahkûmiyet verilen veya haptisten salıverilen gençlerin sayısı 77,000 civarındadır. 27,000 civarında genç, haklarında verilen mahkeme emrinin sona ermesinin ardından, 12 ay içerisinde yeniden bir suç işlemiştir. Bu % 35,9 oranında suçu sabit bulunan yeniden suç işleme oranını göstermektedir. Önceki 12 ay ile karşılaştırıldığında % 0,6 oranında bir artışı, 2000 yılından itibaren de % 2,2 oranında bir artışı göstermektedir.

Son birkaç yıl içerisinde yeniden suç işleyen gençlerin oranında genel bir artış görülürken, Kurul açıkladığı daha ayrıntılı istatistiklerde haklarında mahkeme dışı ceza uygulama kararı verilenlerin yeniden suç işlemesinde düşüş olduğuna dikkat çekiyor.

Bu gruptaki (toplum içinde çekilen ceza ve/veya Gençlik Rehabilitasyon Müdahale Emri uygulanan gençlerdeki) tekerrür oranındaki azalmayı Kurul, başvuru alternatif yöntemlerin başarısı olarak yorumluyor.

Grafik 3: Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumlarındaki Ortalama Nüfus



Kapalı kurumda bulunan 18 yaşın altındaki gençlerin sayısında % 56 oranında düşüş görülmekte. Kasım 2000 tarihi itibariyle hapis hanedeki genç sayısı 2,812 ve Kasım 2013 tarihi itibariyle de 1,229 olarak belirlenmiştir. Hapishanelerdeki gençlerin sayısında görülen önemli düşüş son dört yıl içinde meydana gelmiştir. Hapishanedeki genç sayısının en yüksek olduğu Ekim 2002 tarihinde bu sayı 3,200 olarak belirlenmiştir. Bu azalma sayesinde, Kurul üyeleri bazı güvenli ceza infaz kurumlarını kapatarak, önemli ölçüde tasarruf yapabildiklerini dile getiriyorlar. Özellikle kapalı kurumda tutulan çocuk sayısının İngiltere’de Avrupa ortalamasının üstünde olması BM, AB uzman komisyonlarınca sık sık eleştirilere konu olmuştur. Kurul’un özellikle bu konuya yoğunlaşmasında bu eleştirilerin rol oynadığı düşünülebilir.

Kurul’un Gençlik Adalet Hizmetinin denetlenmesi fonksiyonunu yerine getirirken ne gibi roller üstlendiğine bakarsak; Gençliği Suçtan Koruma Ekibinin verdiği hizmetin geliştirilmesini desteklemek amacıyla, “etkin uygulama ödeneği” sağlamakta. Hizmetin yerel seviyede yürütülmesini güçlendirmek amacı ve gündemi doğrultusunda,

Kurulun performans denetimine ve alınan sonucun iyileştirilmesinin yönetimine yaklaşımı, risk temellidir ve merkezden gelen talimatların azaltılmasına dayanmaktadır. Sistemin öncelik verdiği iyileştirme-rehabilitasyon faaliyetlerine daha fazla olanak sağlandığı ve teşvik edildiği ilgili dokümanlarda özellikle vurgulanıyor.

Anlaşıldığı üzere performansın iyileştirilmesi için gerekli araçlar ve kaynakların sağlanmasından da Kurul sorumlu. Kurul, kaynakların en çok ihtiyaç duyulan alanlara yönlendirilmesini sağlamak amacıyla, her üç ayda bir, Ekiplerin performanslarını değerlendirip sonuçları takip etmekte. Kurul'un yürüttüğü denetimin dışında performans ölçme değerlendirme konusunda yeni bir aracın da uygulamaya konduğunu görüyoruz. Bu uygulamaya göre ekip çalışanları "Meslektaş Performans Değerlendirme Programı" kapsamında gönüllü olarak birbirlerinin performanslarını değerlendirmekteler. Ekip personeline, etkin uygulamaların paylaşımı ve hizmetteki iyileşmeyi saptama konularında olduğu gibi birbirlerinin performanslarını değerlendirme konusunda da gereken destek ve eğitimin Kurul tarafından verildiğini öğreniyoruz.

Kurul'un misyonu içerisinde özellikle ön plana çıkan hedefin gençlerin yeniden suç işlemesinin önlenmesi olduğunu söyleyebiliriz. Önleme misyonu kapsamında yürütülen çalışmalardan bazıları cezaevinden çıkan gençlerin yeniden topluma kazandırılması için destek programları. Örneğin "*Genç Hapishanelerinin Dönüştürülmesi*" programının bir parçası olarak, bir çalışma grubunun geliştirildiğini, bu çalışma grubunun "*gençleri yeniden topluma kazandırma konsorsiyumu*"nu oluşturduğunu öğreniyoruz. Bu konsorsiyumun aktivitelerinin hapis-haneden salıverildikten sonra gençlere uygun konuta erişim, istihdam ve sağlık hizmetleri sağlamak ve bu şekilde gençlerin yeniden suç işlemeye oranlarını azaltmak olarak sayıldığını özellikle bu kapsamdaki çalışmalara Kurul'un Galler'deki, "*Cymru Gençleri Yeniden Topluma Kazandırma Programı*" çerçevesinde yürüttüğü çalışmaların örnek verildiğini faaliyet raporlarında görüyoruz.

Kurul'un bir başka önemli faaliyet alanı, gençlik adalet sisteminin yetişkin adalet sistemine geçiş sürecinde ortaya çıkmakta. 18 yaşını dolduran gençlerin, genç adalet sisteminden yetişkin adalet sistemine geçişlerindeki düzenleme ve uygulamayı iyileştirmek amacıyla

Kurul bir programa öncülük etmekte. Buradaki amacın, gençlerin bir sistemden diğerine geçişlerinin koordineli bir yöntemle yapılarak risklerin daha iyi yönetilmesi ve gençlerin daha çok korunması olduğu belirtiliyor. Devlet kurumları, gönüllü hizmet sektörü-sivil toplum kuruluşları, Gençliği Suçtan Koruma Ekipleri ve denetimli serbestlik kurumlarını bir araya getiren Kurul, gençlerin dosyalarının Gençliği Suçtan Koruma Ekibinden yetişkin denetimli serbestlik kurumlarına, nasıl transfer edilebilecekleri hakkında, ülke genelinde bir sistemin geliştirilmesi amacıyla işbirliğini oluşturmuş durumda. Bu konuda bilgi paylaşımını iyileştirmek amacıyla internet odaklı “Gençlikten Yetişkinliğe” isimli bir portal geliştirildiğini, ayrıca devlet kurumları arasındaki bilgi ve deneyim paylaşımı için ve ortak çalışmaların artırılması amacıyla, “Gençlikten Yetişkinliğe Geçiş Forumu”nun kurulduğunu raporlardan öğreniyoruz.

Kurul’un raporundan öğrendiğimiz kadarıyla hapisanedeki geçişin yönetilmesini düzenleyen bir protokolün ve yeni Hapishane Hizmetleri Talimatlarının (Prison Service Instruction) geliştirilmesi üzerinde hali hazırda çalışan Ulusal Suçluları Yönetim Hizmetleri (National Offender Management Service) ile Kurul birlikte çalışmakta.

Kurul’un yerel seviyede verilen hizmetler üzerindeki çatı kuruluş olma rolü o bölgeye özgü sorunlara yönelik yerel birimler tarafından geliştirilmiş özgün programlara destek vermek suretiyle de gerçekleşmekte. Örneğin; ülkenin bazı kısımlarında görülen çete suçlarına yönelik yerel çalışmalara Kurul’un kaynak aktardığını ve koordinasyonu sağladığını görüyoruz. Bu kapsamda:

- Londra’nın beş ilçesinde uygulanan “Çete Müdahale Pilot Projesi”nin desteklenmesi;
- Çetelerle ilgili verilen ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmasında Gençliği Suçtan Koruma Ekiplerinin desteklenmesi;
- Güvenli ceza infaz kurumlarında meydana gelen çete olaylarının iyi anlaşılması ve onlarla mücadele amacıyla, uzmanların ortak değerlendirme yapacağı programların başlatılması;
- En iyi uygulamaların desteklenmesi amacıyla, Gençliği Suçtan Koruma Ekipleri, polis ve bu alanda çalışmalar yapan diğer kuruluşlarla birlikte, çetelerle ilgili bölgesel forumların düzenlenmesi;

- İngiltere ve Galler’de yüzü aşkın Gençliği Suçtan Koruma Ekibiyle ve Genç Suçlular Enstitüleriyle, bıçakla işlenen suçların önlenmesine yönelik programların geliştirilmesi gibi faaliyetler yine raporda yer almakta.

Kurul’un “Gençlik Adalet Sistemi”nin yönetiminden sorumlu bir organ olarak tasarlanması, aktarmaya çalıştığımız yapıyı özgün kılan en önemli nokta. Ancak en az Kurul kadar özgün ve bu yüzden yakından incelenmeyi hak eden bir başka örgüt Gençliği Suçtan Koruma Ekipleri. İzleyen başlığımızda önce bu ekiplere ilişkin genel açıklamalara yer vereceğiz, sonraki başlıkta ise Londra Hammersmith & Fullham, Westminster ve Kensington & Chelsea Gençliği Suçtan Koruma Ekibini yakından tanıyacağız.

C) Gençlik Adalet Hizmetlerinin Yerel Yönetimler ve Sivil Toplum Kuruluşları Tarafından Görülmesi: Gençliği Suçtan Koruma Ekipleri (YOUTH OFFENDING TEAMS -YOT)

Ekiplere ilişkin aşağıda yapacağımız genel açıklamaları anlamlı bir çerçeveye oturtacak bilgiyi baştan vermek gerekiyor. Adalet Hizmetleri İngiltere ve Galler’de yerel yönetimler eliyle verilmekte. Yani Belediyeler suçu önlemek, suçta tekerrürü azaltmak, suça karışan gençlere rehabilitasyon hizmeti vermek konusunda önemli bir rol üstleniyor. O ilçe/ilde azalan suç ve suçluluk oranları Belediye yönetiminin yeniden seçilmesinde etkili oluyor ve Belediye yönetimine talip olan politikacıların seçim propagandalarında bu oranlar ve bu alanda yürütülen faaliyetler (hatta bu konuya ayrılan bütçe) geniş yer alıyor.

Ekipler, resmi dökümanlarda “yerel partnerlik organizasyonları” olarak tanımlanıyor.

Her yerel yönetim kendi bölgelerinde, partner kurumlarla beraber ekipleri oluşturmaktan sorumlu. Bu partnerler: kolluk, mahkemeler ve sağlık hizmetleri, sosyal hizmetler, çocuk koruma hizmetleri, eğitim hizmetleri veren kurumlar. Ekipler, çalıştıkları bölgelerde hizmet veren toplum gönüllülerini de bünyelerine katmak durumunda. İngiltere’deki adalet hizmetlerinin yürütülmesine hakim olan ön kabul, gönüllülerin bazı ulaşılması zor, genç insanlara ulaşabilmede daha etkili ve başarılı oldukları yönünde.

Dolayısıyla ekipleri oluşturan en önemli partner sivil toplum gönüllüleri olmakta. Ekipler Nisan 2000'den beri hizmet veriyor. Şu anda ülke genelinde ekiplerin sayısı 158'e ulaşmış durumda. Her ekipte, o bölgenin ihtiyacına göre değişse de, sosyal çalışmacılar, polis, denetimli serbestlik görevlileri, eğitim ve sağlık alanında çalışanlardan oluşan bir kadro var. Partnerlerin ekipler olarak görev yaparken hukuki sorumluluklarının sınırlarını, 1998 tarihli Suç ve İtaatsizlik Kanunu'nun (Crime and Disorder) 38/1-2 fıkraları net bir şekilde çizmiş. Ekipler üst düzey bir yönetici tarafından yönetilmekte ve aynı zamanda bir yönetim kurulu tarafından da denetlenmekte. Bu yönetim kurulu, ekipleri oluşturan partner kurum ve kuruluşların üst düzey temsilcilerinden oluşuyor ve özellikle ekiplerin hukuki fonksiyonların ifasında performansını ve harcamalarını denetliyor.

Yerel yönetimlerin ekiplerin hizmetlerine ilişkin sorumlulukları da aynı kanunun 39/1 maddesinde tanımlanmıştır. Kanun gençlik adalet hizmetlerinin yerel ihtiyaca uygun bir şekilde yürütülmesini güvence altına almak amacıyla yerel yönetimlerin partner olarak sayılan kurum ve kuruluşlarla iş birliği yapmasını zorunlu kılmakta.

Ekiplerin hayata geçmesi ile ceza adalet sistemine giren genç sayısında görülen azalmanın yanı sıra kuruma kapatılma sayısı da azalmış. Bu azalmayı ekiplerin yerel bazda risk oluşturan gençlerle birebir yürüttüğü "özgün soruna, özgün ihtiyaçlara odaklanan çalışma yöntemi" ne bağlayan yorumlar çoğunlukta.

Böyle sonuçlar alındıkça Ekiplerin kaynakları "Yoğun Gözetim ve Destek" ve "Topluma Yeniden Kazandırma" programlarına yoğunlaştırılmış. Yerel yönetim yapısı içinde, ekipler Toplumsal Güvenlik Partnerliği ve Çocuk Koruma Hizmetlerini kapsayan iki stratejinin birleştirilmesinde önemli rol oynamakta. Ekipler genellikle kendilerini bu iki strateji arasında bir köprü görevi yaparken bulmakta. Ayrıca, yerel yönetimler bünyesindeki çocuk koruma hizmetlerinin verilmesinin geliştirilmesinde, Kraliyet Savcılık Hizmetlerinin önceliklerinin tümüyle göz önünde bulundurulmasını sağlamak amacıyla aracı kuruluş görevi de görüyorlar.

Bu bağlamda faaliyetleri şöyle sıralanıyor:

- Sahada vaka çalışması yapmak, vakayı değerlendirmek, müdaha-

le planı hazırlamak, gerektiğinde müdahale etmek, mahkemeye tavsiyelerde bulunmak;

- Yerel Yönetim nezdindeki Çocuk Koruma Kuruluna katkı sağlama;
- Çok-kuruluşlu Kamuyu Koruma çalışmalarına katkı sağlama;
- Yerel Ceza Adalet Kurulu'nun çalışmalarına katkı sağlama;
- Gençlik mahkemeleri nezdinde bir ofis açma ve sürekli personel istihdam etme

Ekiplerin denetlenmesinde her ne kadar her ekibin yönetim kurulunun rolü olsa da performans değerlendirmesinde başrolde Kurul'u görüyoruz. Kurul performans değerlendirmesini daha önce de değindiğimiz üç önemli parametreye göre yapmakta:

1. İlk defa adalet sistemine giren genç sayısı,
2. Hapishanede kalma süresi ve hapishaneye kapatılan genç sayısı,
3. Yeniden suç işleme oranları.

Performansla ilgili değerlendirmeler üç ayda bir yapılıyor. Ayrıca bu değerlendirmeler Kraliyet Denetimli Serbestlik Hizmetler Müfettişliği'nin, Eğitim ve Öğretim Standartları Ofisinin, ekip yönetim kurulunun yaptığı denetimlerden edinilen ve Kurul'un bazı alanlarda bizzat edindiği (örnek: elektronik gözetleme) başka verilerle de karşılaştırılıp destekleniyor. Performansın endişe verici olduğunun saptandığı durumlarda bu bilgi paylaşılmakta ve Ekip inceleme altına alınmakta. Yapılan soruşturma sonucunda gerek duyulursa Kurul tarafından destek/müdahale önerilir.

Bu genel açıklamaların ardından Hammersmith&Fullham, Westminster ve Kensington & Chelsea yerel yönetimlerinin birleşerek verdiği hizmeti ve Ekip örneğini ilerleyen başlıklarda aktaracağız.

1) Hammersmith & Fulham Gençleri Suçtan Koruma Hizmetleri

Hammersmith ve Fulham Londra'daki 32 yerel yönetim bölgesinden birisidir. Hammersmith & Fullham, Westminster ve Kensington & Chelsea yerel yönetimleri, bu üç bölgede, gençlik adalet hizmetleri

alanındaki yasal sorumluluklarını yerine getirmek ve hizmeti tek bir çatı altında vermek için bir anlaşma yapmışlar. Üç yerel yönetim 2011 yılında kurulan bu birleşmiş yapı ile sadece gençlik adalet sistemi hizmetlerini değil aynı zamanda yerel yönetimlerin verdiği diğer sosyal hizmet niteliğindeki hizmetleri de vermekte.

Bu bölgede verilen Gençlik Adalet Hizmetine ilişkin açıklamalarda sıkça vurgulanan husus - aslında Londra'nın birçok bölgesinde olduğu gibi- Hammersmith & Fullham bölgesinin etnik çeşitliliğin gözlemlendiği bir bölge olduğu. Verilen rakamlara göre 10-18 yaş aralığındaki nüfusun üçte birinden fazlası etnik azınlık toplumundan. Afrikalı gençler en büyük etnik grubu oluşturmaktalar. Yetkililer, Hammersmith&Fullham bölgesinde suç işleyenlerin içinde en yüksek sayıların bu gençlere ait olduğunu bu nedenle bu bölgede yürütülen hizmetin ve geliştirilen programların bu gençlerin ihtiyaç ve dezavantajına odaklandığını aktardılar.

Verilen hizmet için bu üç yerel yönetim bölgesine özel değerlendirmelere devam edersek; "Mahkeme Gözden Geçirme Paneli"nin haftalık değerlendirmeler yapmasının iyi tesis edilmiş bir önleme hizmeti olduğunu görüyoruz.

Gençlik Adalet hizmetlerinin denetlendiği raporda bu üç bölgede polis kuvvetleriyle yapılan işbirliği ve diversiyon yani klasik yargılama sistemi dışına yönlendirme uygulamasının sonucunda ilk defa suç işleyenlerin sayısında azalma sağlandığı ifade ediliyor.

Bu uygulamaların etnik gruba mensup gençlerin ceza adalet sisteminden uzaklaştırılmaları üzerinde olumlu etkisi olduğu ve topluma kazandırma hedefine de hizmet ettiği görüşü yöneticiler tarafından sık sık vurgulanıyor.

2) Hammersmith&Fullham, Westminster, Kensington & Chelsea Gençleri Suçtan Koruma Ekibi

Hammersmith&Fullham, Westminster, Kensington & Chelsea Ekibinde görev yapan 90 kişilik personel kadrosunun sosyal çalışmacılar, psikologlar, eğitimciler, sağlık görevlileri gibi çok farklı meslek gruplarından oluştuğunu görüyoruz. Personelin görev dağılımına bakarak ekibi daha iyi tanımaya çalışalım: Ekipte, mahkeme raporlarını

hazırlayan görevliler, zihin sağlığı sorunları bulunan çocuklar- gençler ile ilgili çalışmalar yapan uzmanlar, aile müdahale programlarını yürüten sosyal çalışmacılar, mağdur destek programı uzmanları, eğitim danışmanları, diversiyon kararlarını takip eden sosyal çalışmacılar, denetimli serbestlik görevlileri, sağlık personeli ve çocuk terapistleri, kariyer danışmanlığı yapan eğitimciler var. Ekibe intikal eden her genç için haftada 25 saatlik denetim programı hazırlanmakta ve gençlerin programa uymaları izlenmekte. Gençlerin karıştığı her suç işleme vakası polis tarafından bu merkeze bildirildikten sonra gençler için uygun müdahale programı hazırlanmakta. Bu Ekipte 9 vaka yöneticisi, 8 vaka yönetici yardımcısı ve 17 birim temsilcisi bulunuyor.

Ekibin çalışmaları gerçekten geniş bir uygulama alanına yayılmış durumda. Bu makalenin sınırlı kapsamında ekibi genel olarak tanıtırız özellikle Gençlik Adalet Sistemindeki kilit rol oynayan faaliyetlere odaklanmak faydalı olacak. Örneğin gençlerin ceza sistemine girmesine engel olmada kullanılan önemli bir araç olan diversiyon kararıyla uygulanmaya başlanan programda ekibin önemli bir görevi var. Mahkeme tarafından verilen diversiyon kararının ardından, ekibin vaka yönetici ve vaka yönetici yardımcıları gençle ilgili (yukarıdaki başlıklarda değinilen) *Asset* formlarını kullanarak genel değerlendirmeler ve sosyal inceleme raporları oluşturuyor. Bu raporların ardından ekipteki sosyal çalışmacılar vaka incelemesi için gereken diğer araştırmaları tamamlayıp, gencin ihtiyaçlarına, kişiliğine ve koşullarına özel müdahale planı oluşturuyor. Bu plana gencin uyumunu izleyen ve raporlayan uzman, vakayı en baştan beri yöneten vaka yöneticisi oluyor. Genç hakkında birden çok uzman inceleme ve çalışma yapsa da gencin muhatap olduğu ve süreci başından beri izleyen tek bir uzman oluyor. Bu süreç mahkemeye raporlar aracılığıyla aktarıldığı gibi haftalık panellerle de bilgi paylaşımı sürekli hale geliyor.

Mahkeme ile ekip arasındaki ilişkiler sadece bu paneller ve raporlar vasıtasıyla yürümüyor. Bazı suç ve suçluluk oranı yüksek olan bölgelerin gençlik mahkemelerinde ekibin daimi bir ofisi ve personeli bulunuyor.

Ekibin bir başka görevi mahkemenin verdiği Gençlik Rehabilitasyon Emrinin içeriğini oluşturan emir ve talimatlara (ihtar, ikaz, uzak durma kararı gibi) genç tarafından uyulup uyulmadığını, hazırlanan

gözetim ve rehabilite programına gencin ne kadar devam ettiğini mahkemeye rapor etmek ve bir sonraki yargısal karar için mahkemeye tavsiyede bulunmak. Gencin emir veya müdahale planına uyum sağlamadığı durumların mahkemeye bildirildiğini ve daha ağır bir tedbir uygulanması hatta gerekli görülürse cezai yaptırım uygulanması önerisinin de sunulduğunu görüyoruz. Diversiyon kararının ve özellikle ekibin bu kararın icrasındaki rolünün anlaşılabilmesi için kurum ziyareti sırasında inceleme imkanı bulduğum dosya ve vakalardan yararlanabiliriz:

“Örnek Vaka 1 – James

James (15), şu anda eğitim almıyor ve çalışmıyor. Bütün zamanını arkadaşlarıyla beraber geçiriyor. Bir gün James, arkadaşlarıyla beraber kalabalık bir alışveriş merkezinde, bir dükkândan hırsızlık yapmaya teşebbüs eder. Dükkânın güvenlik görevlisi, James ve arkadaşlarını dükkândan çıkarken durdurur. James’in arkadaşları kaçmayı başarır ancak James güvenlik görevlisi tarafından yakalanır. Olay yerine polis çağrılır, James gözaltına alındıktan sonra Polis karakoluna götürülür.

Polis, James’in babasını arar, James’in babası karakola gelir, James’in yaşı küçük olduğu için *Uygun Yetişkin* olarak babası kendisine refakat eder. Polis olayla ilgili James’i sorgular ve James dükkândan hırsızlık yaptığını itiraf eder. Polis resmi olarak iddiaları James’e okur ve onu tutuklar. Hemen sonra James’i şartlı olarak tahliye eder. Tahliye şartları gereği serbest olduğu sürede olay yeri olan alışveriş merkezine gitmeyecektir. Tahliye şartlarını ihlal ederse karşılaşıacağı olası yaptırımlar konusunda bilgilendirilir ve kendisine şartlar yazılı olarak verilir. Bu olayla ilgili duruşma tarihi de James ve babası karakoldan ayrılmadan tespit edilerek kendisine bildirilir.

James Gençlik Mahkemesindeki duruşmaya babasıyla beraber gider. Gençliği Suçtan Koruma Ekibinden bir uzman da mahkemede hazır bulunmaktadır; James’in sabıkası olmadığı gibi ekipte de oluşturulmuş herhangi bir dosyası yoktur. James, hakkındaki suçlamaları mahkemede kabul eder. Gençlik Mahkemesi hâkimi, James’e vaktini nasıl geçirdiği, hayatta ne yapmak istediği ve Gençliği Suçtan Koruma Ekibinin hizmetlerinden faydalanıp faydalanmak istemediğine dair sorular sorar. Mahkeme, karar öncesi raporunu istemez ve James hakkında karar verir. Mahkeme, James’e, Diversiyon Kararı verir, altı aylık gözetim al-

ında olacağını anlatır. Ekip'teki ilk randevu hakkında kendisine bilgi verilir ve bu randevuya babasıyla birlikte gitmesi gerektiği belirtilir.

Bu randevuya geldiğinde James vaka yöneticisi ve kariyer danışmanı uzman ile görüşür. Kendisine meslek edindirme programları, iş ve çalışma imkânları konusunda broşürler verilir, seçenekler tanıtılır ve karar verebilmesini kolaylaştırmak için kurslara vaka yönetici yardımcısıyla beraber gerçekleştireceği gözlem ziyareti planlanır. Ekipteki sağlık personeli ve terapist ile gerçekleşecek görüşme için randevu tarihi verilir. Uzman, aileye ve James'in oturduğu mahalleye gerçekleştirdiği ziyaret sonucunda inceleme raporunu, sağlık personeli ve terapist ise James ile birlikte yaptığı seans sonucu değerlendirme raporunu James'in dosyasına ekler. James'in dosyasında haftalık panelde mahkeme ile paylaşılan izleme raporları bulunmakta ve bu raporlarda James'in hayatındaki risk analizi ve ihtiyaç değerlendirmesi de yapılmakta. James şu anda altı aylık gözetim kararının yarısında. Devam ettiği mesleki eğitim kurumlarından ve çalıştığı işlerden düzenli olarak gelen bildirimler dosyasında görülüyor.

II- İNGİLTERE VE GALLER ÇOCUK ADALET SİSTEMİNDE UYGULANAN ALTERNATİF TEDBİRLER VE YAPTIRIMLAR

Makalenin bu bölümünde İngiliz Adalet Sisteminin en az teşkilat yapısı ve örgütleri kadar özgün olan bir diğer unsuru, alternatif tedbir ve yaptırımları genel olarak incelenecek.

A) ADALET SİSTEMİNİN ÖNLEYİCİ MÜDAHALELERİ

İngiltere Gençlik Adalet Sisteminde yaptırım, müdahale, tedbir, emir, talimat, ceza kavramları Türkiye'deki Adalet Sisteminden farklı bağlamlarda ve içeriklerde kullanılmakta. Bu yüzden suç işlenmesinden önceki önleyici çalışmalar da sosyal programlar olmasına rağmen, adalet sistemi kapsamında gerçekleştirilen müdahaleler olarak değerlendirilmekte. Örneğin suç işlenmeden önce gerçekleştirilen ve önleyici çalışmalar olarak değerlendirilen her sosyal müdahale (örneğin suç işleme riski yüksek olan bölgelerde yaşayan çocuklara uygun eğitim ve sosyal imkânların araştırılarak çocuğa özgü eğitim planının hazırlanması) veya Güvenli Okullar Projesi, (okullarda suçun önlenmesi için yapılan çalışmalar) ya da Sosyal Aktiviteler Programı (tatillerde çocukların boş

zamanlarını olumlu faaliyetlerle geçirebilmeleri için yapılan faaliyetler) Adalet Sisteminin Önleyici Müdahaleleri olarak değerlendirilmekte.

B) SUÇA YÖNELEN ÇOCUKLAR HAKKINDAKİ MAHKEME DIŞI TEDBİRLER

Yine Adalet Sisteminin müdahale araçlarından sayılan ancak doğrudan mahkemelerden kaynaklanmayan uygulamalardan biri de suç işlendikten sonra genci ceza adalet sistemi dışında tutarak uygulanan alternatif tedbirlerdir. Bunlara genel olarak “Suç İşleyen Gençler Hakkında Mahkeme Dışı Uygulanan Tedbirler” adı verilmekte. Eğitim kurumlarında oluşturulan disiplin kurullarının verdiği ve uyguladığı tedbirler olduğu gibi uygulamada en fazla başvurulmuş mahkeme dışı tedbiri kolluk vermektir. Polis tarafından verilen kınama tedbiri, uyarı tedbiri ve hafif para cezası, bunlara örnek. Yargılama yapılmaksızın işlendiği iddia edilen suçun derecelendirilmesi bu sistemin esasını teşkil etmektedir. Derecelendirilmede suçla ilgili polis, suç türü ile suçtaki ağırlatıcı ve hafifletici nedenleri dikkate alarak 2, 3 ve 4 şeklinde puanlama yapmakta. Suçta puanlama sadece ilk kez suça karışan ve daha önce mahkemeye çıkarılmamış gençlerde uygulanabiliyor. Aşağıdaki Grafik 4’de ilk kez suç işleyen çocukların çok büyük bir oranının mahkeme dışı tedbirlerden uyarı ve kınamadan sonra suç işlemediği gösterilmektedir. En hafif tedbir kınama ve onu uyarı tedbiri izliyor. Kınama tedbiri gencin sabıkasına işleniyor. Kınama tedbiri almış çocuğun ikinci kez yine puantaja göre hafif suç işlemesi halinde polis tarafından uyarı tedbirine karar verilebilmektedir. Ancak bu tedbirde çocuk polis tarafından denetim altına alınmaktadır. Mahkeme dışı tedbirleri polisin uygulayabilmesinin ön şartı gencin suçunu kabul etmesi ve mağdurun şikâyetçi olmaması. Genç suçu işlediğini kabul etmezse müdahale programı uygulanmakta. Genç uyarıdan sonra bir başka suça karışırsa durum mahkemeye bildirilmektedir. Polisin verdiği her tedbirden sonra 10 iş günü içinde ekip ilgili tedbir için özel hazırlanmış *Asset* formunu kullanarak genç hakkında rapor hazırlamak zorunda.

C) YARGILAMA DEVAM EDERKEN UYGULANABİLECEK YÖNLENDİRME TEDBİRLERİ

Mahkeme önüne çıkarılan gençler için duruşmalar devam ederken İngilizce “bail order” adı verilen bir tür şartlı salıverilme tedbiri uygulanmaktadır.

Bu tedbir kapsamında anti sosyal davranışlar gösteren gençler hakkında mahkeme, belirli bir yere gitmeyi veya belirli kişiyle görüşmeyi yasaklayabiliyor. Örneğin uyuşturucu madde ile yakalanan bir gencin uyuşturucu satıcılarının olduğu bilinen bölgelere belli saatten sonra gitmesini yasaklayan kısıtlama emirleri verilebilmekte. Yargılama devam ederken şartlı salıvermenin içeriği duruma göre ev hapsinde kalma veya günün belirli saatlerinde belirli yerlere gitmeme ve bazı toplantılara katılıp imza atma gibi yükümlülüklerle katlanma olarak belirlenebilmekte.

D) YARGILAMA SONUNDA HÜKMEDİLEN YAPTIRIM VE TEDBİRLER

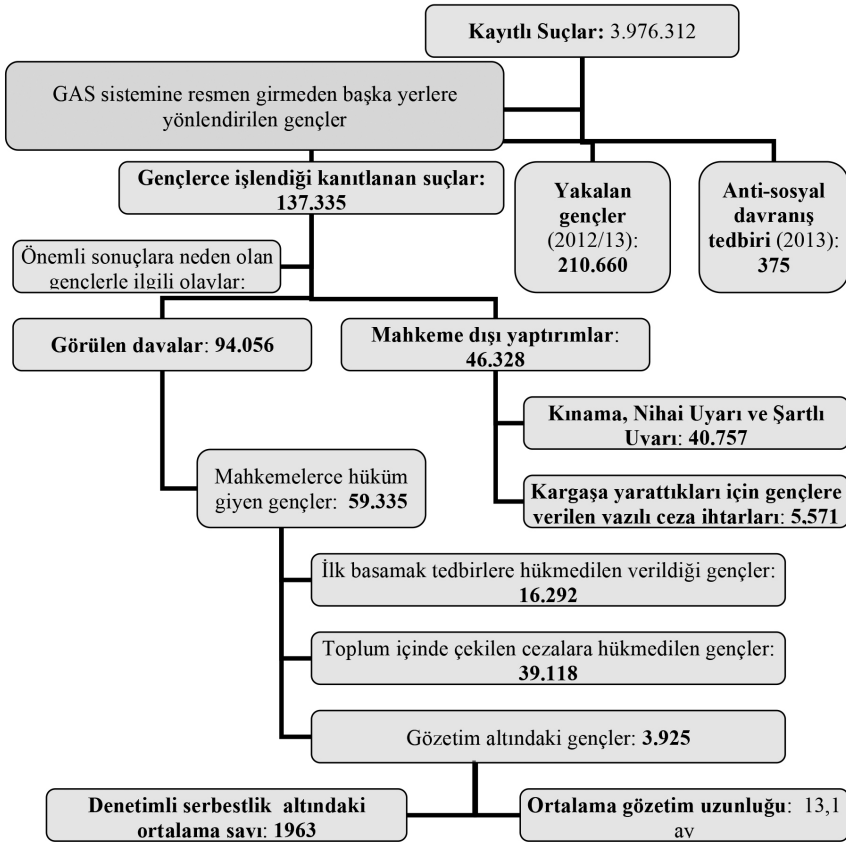
Suçta karışan gençlerle ilgili İngiltere’de verilebilecek en ağır yaptırım iki yıla kadar hapis cezasıdır. Hapis cezası iki yıldan fazla verilemez ve sadece en ağır suçlar için söz konusudur. 2003 yılına kadar verilen hapis cezalarında artış olduğunu bu tarihten sonra ise düşüş yaşandığını görüyoruz. 2013 yılı rakamlarına göre hapis cezası alanların oranı %3’tür. İngiltere’de gençlere hapis cezası verildiğinde eğitim tedbirine de zorunlu olarak hükmediliyor.

Sistemin aslında en çok başvurduğu enstrüman para cezası, zararın giderilmesi ve diversiyon kararları. Bunlardan sonraki en sık yargılama sonunda verilen karar türleri kamu hizmeti veya toplum içinde çekilen cezalar. Mahkeme kararlarının 1/3’ü gibi yüksek bir oranını diversiyon kararları oluşturmakta. Genç ilk kez suç işlemişse hakkında diversiyon kararı verilmesi kanunda zorunlu tutulmuş. Mahkemece diversiyon kararı verilmesi halinde genç ekibe gönderilmekte ve kararda belirtilen süre boyunca ekip gençle ilgili çalışmalar yapmakta. Bu çalışmalar kapsamında, sivil halktan iki kişi, gencin yakınları, mağdur ekibin çalışmalarına davet edilmekte ve ekip suç işleyen gençle zararın giderilmesi ve tazminat ödemesi konusunda bir anlaşma yapmakta. Ayrıca genç hakkında (yukarıda aktarılan vaka 1’de görüleceği üzere) rehabilitasyon programı da hazırlanmakta ve ekip tarafından programa uyulup uyulmadığının takibi yapılarak sonucu mahkemeye bildirilmektedir. Eğer genç programa uymaz ise mahkeme diversiyon kararını değiştirerek genç hakkında hapis cezasına hükmedebilmekte. Diversiyon kararı verilen gençlerin yeniden

suç işleme riskinin düşük olduğu belirlenmiş. Sayısal olarak bakıldığında diversiyon kararı verilen gençlerin yeniden suç işleme oranı %43 olup bu oran kamu hizmeti yaptırımlarında %72, hapis cezası alanlarda ise %79'dur. Bu oranlardan da anlaşıldığı gibi ilk kez suç işleyen ve diversiyon ile Adalet Sistemi dışında tutulan gençlerin yeniden suç işleme oranı hapis cezası alan gençlerin tekrar suç işleme oranına göre oldukça düşük kalmakta. Her yıl yaklaşık 250.000 genç sisteme dahil oluyor. Suça karıştığı iddiası bulunan gençlerin %40'ı mahkemeye çıkarılmakta, bunlardan sadece %3'ü hapis cezası almaktadır.

Yukarıda yazıyla ifade edilmeye çalışılan yüzdeler/ istatistikler ve tedbir türlerini bir şemada görmek faydalı olacak:

Grafik 4 Gençlik Adalet Sisteminin 2013 yılı için Sayısal Veriler Şeması



Bu grafikteki bilgileri biraz daha açmak için ayrıntıya girelim. Kurumsal gözetim altına alma yaptırımının oranları şöyle:

- Gözetim ve Eğitim Tedbiri (%58)
- Tutukluluk (%24)
- Uzun süreli cezalar (%18)

İspatlanmış 137.355 suç resmi olarak gençlerle ilişkilendirilmiştir. Bunların sadece 59.335'i hakkında mahkeme kararı mevcut. Mahkeme dışı tedbirlerin oranları şöyle:

- Kargaşa- kavga nedeniyle verilen ceza ihtarları - 5.571
- Anti-sosyal davranışla ilgili tedbirler, ¹ -375
- Kınama, nihai uyarı ya da diğer şartlı uyarılar - 40.757

Mahkeme tedbirlerinin dağılımına bakarsak:

- İlk basamak tedbirler (koşullu salıverme, salıverme, para cezaları, hükmün geri bırakılması) - 16.292
- Toplum içinde çekilen cezalar (örneğin elektronik bilezikle izleme, ev hapsi, gitme-yapma veya belirli saatlerde dışarı çıkmama gibi emir ve kısıtlamalar),² kamu hizmeti, Gençlik Rehabilitasyon Emirleri dahil - 39.118
- Gözetim altına alma hükümleri - 3.925
- Ebeveynlere dair mahkeme emirleri - 620
- Onarıcı Adalet yaklaşımı kapsamındaki mahkeme emirlerine de

¹ Anti sosyal davranışların neler olduğunu ve hangi davranış için hangi tedbirlerin verilebileceğini ve nasıl uygulanacağını Kurul çıkardığı standartlar ve kurullarla ayrıntılı düzenlemiş: Youth Justice Board, Anti-Social Behaviour Guidance: A Guide to the Role of Youth Offending Teams in Dealing with Anti- Social Behaviour, London, 2005.

² Toplum İçinde Çekilen Cezalar şeklinde Türkçe'ye çevirdiğimiz "Interventions in the Community" bizim sistemimize yabancı bir müessese. Özellikle bu tür yaptırımların planlanması ve uygulanmasında çok disiplinli panellerin sürekli toplanması ve sürekli gözden geçirmelerle yaptırımın yeni koşullara adapte edilmesi hususu Türkiye'deki ceza infaz sistemine (şu andaki uygulanma şekli ile denetimli serbestlik de göz önüne alındığında) çok uzak bir uygulama. Kurul bu tedbirlerin verilmesi ve uygulanması konusundaki standart ve kurulları şu şekilde yayınlamış: Youth Justice Board, Case Management Guidance, Planning and Delivering Interventions in the Community, Section 6, London, 2010.

sıkça başvurulmaktadır. Diğer tedbirlerin içinde bir arada yer alabilmektedir.

2013 yılındaki güvenli kuruma yerleştirme kararı verilen gençlerin sayılarına bakarsak:

- Genç Suçlular için Kurumlar (835)
- Güvenlikli Eğitim Merkezleri (278)
- Güvenlikli Çocuk Evleri (137)

Bu oranların ortaya koyduğu resimde mahkeme dışına yönlendirmenin yani diversiyonun sistemin başvurduğu en önemli araç olduğunu söyleyebiliriz. Mahkemenin verdiği yaptırımlar arasında ise toplum içinde çekilen cezalar ve dolayısıyla bunun önemli bir bileşeni olan Gençlik Rehabilitasyon Müdahale Tedbirleri başı çekmekte. Bu tedbirler ayrı bir başlıkta incelenmeyi hak ediyor.

E) GENÇLİK REHABİLİTASYON TEDBİRLERİ

1998 sayılı Kanuna 2008’de yapılan eklemeler ile sisteme kazandırılan “Gençlik Rehabilitasyon Emirleri”ne, uyum sürecinin tamamlanmasının ardından ilk defa 2009’da başvurulmaya başlanmıştır. Bu rehabilitasyon tedbirleri olaya, ihtiyaca göre seçilip uygulanabilen 18 farklı yükümlülüğten oluşan bir paket olarak kanunda düzenlenmiştir. Hangilerine, ne kadar süreli ne kapsamda karar verileceği konusunda hakime yön gösteren ekip raporları ve ekibin mahkemede danışman olarak çalışan uzmanlarının duruşmalardaki tavsiyeleri. Gencin bu yükümlülükler katlanması ve ekip ile uyumlu çalışarak programına uyması bekleniyor. Verilen tedbirin düzenli aralıklarla izlenmesi ve yenilenmesi, değişiklik yapılması için haftalık toplanan (yukarıda açıkladığımız) panel yetkili. Rehabilitasyon emirleri ve içeriğini dolduran yükümlülükler bir çerçeve olarak belirlenmiş olup içerik uygulamada çocuk hukuku ilkeleri ışığında doldurulmakta.³

- Kamu hizmeti türündeki rehabilitasyon emrini oluşturan tedbir, en ağır yükümlülük.

³ Youth Justice Board, The Youth Rehabilitation Order and Other Youth Justice Provisions of the Criminal Justice and Immigration Act 2008, Practice guidance for youth offending teams, London, 2010.

- 18 farklı yükümlülük rehabilitasyon emri kapsamında verilebilmekte.
- Gençler her emirde birden fazla yükümlülüğe tabi tutulabilir – 2013 yılı istatistiklerine göre emirlerin % 29’unda tek bir yükümlülük ve %4’ünde ise 5 ya da daha fazla yükümlülük şart koşulmuş.
- 2013’de verilen en yaygın yükümlülük denetimdir (tüm dosyaların %37si).
- Diğer yaygın yükümlülükler belirli saatlerde dışarı çıkmaya dair emirler (%15); elektronik izleme (%11); kamu hizmeti (%7) ve devam merkezine gitmeye dair emirler (%4).⁴

Rehabilitasyon kararının içeriğinin hangi yükümlülüklerden ve nasıl oluşturulduğunu anlamak için örnek vakalara bakalım:

“Örnek Vaka 2 – Kate

Kate 17 yaşında bir genç kız ve daha önce birçok suça karışmıştır. Kate arkadaşlarıyla bir partiye gitmek ister ancak parası yoktur. Sonra, bir tren istasyonuna gider ve uygun birini aramaya başlar. Bu esnada, elinde iphone olan okul çağında bir kız çocuğu görür. Kız çocuğunu izler ve münasip bir anda elindeki telefonu kapıp kaçar. Halktan birisi, Kate’in arkasından koşar ancak Kate kaçmayı başarır. Sonra, olay yerine Polis çağrılır, Polis, içinde mağdurun da bulunduğu bir araç ile olay yerinin çevresindeki bölgede dolaşır. Mağdur, tren istasyonunun yakınlarında Kate’i görür ve onu tanır. Kate gözaltına alınır ve Polis İstasyonuna götürülür.

Polis, Kate’in koruyucu ailesini arar ve koruyucu aile istasyona gelir. Kate’in yaşının küçük olması nedeniyle, koruyucu aile *Uygun Yetişkin* olarak Kate’e refakat eder. Kate’in olayla ilgili sorgulaması yapılır, sorgulamada sorulan sorulara “Yorum Yok” diye cevap verir. Kate Polis tarafından iyi tanınan birisidir ve geçmişte şiddet içeren suçlara da karışmıştır. Kate, daha önce şartlı tahliye edildiğinde genellikle ortadan kaybolduğu ve belirtilen tarihte, belirtilen yere geri gelmediğin-

⁴ Youth Justice Board For England and Wales, Case Management Guidance Work in Courts, Section 2, Planning and Delivering Interventions in the Community Section 6, London, 2010. www.homeoffice.gov.uk/publications/science-research-statistics/research-statistics/crime-research/occ106.

den, işlemlerin tutuksuz sürdürülmesi için tahliye edilmez. Dolayısıyla, ertesi günü mahkemeye çıkartılmak üzere, gözaltının devamına karar verilir.

Kate ertesi sabah mahkemeye çıkartılır. Kate'in koruyucu ailesi ve kendisine tahsis edilen sosyal hizmet memuru da mahkemede hazır bulunurlar. Ekipten bir vaka yöneticisi uzman, Kate ile mahkemenin nezaretinde görüşür. Uzman kendisine çeşitli sorular sorar ve işlemlerin tutuksuz devam etmesi için serbest bırakılma seçeneği de değerlendirilir. Ancak, Polisin işlemlerin tutuksuz devam etmesi için Kate'i serbest bırakmayı reddetmesi nedeniyle, duruşma başka bir tarihe ertelenecek olursa, mahkemenin de Kate'i serbest bırakmayı reddetmesi büyük olasılıktır. Kate bu konuda bilgilendirilir ve nasıl bir yol izlemek istediği konusunda fikri alınır.

Kate hâkim huzuruna çıkartılır ve mahkemede suçlamaları kabul eder. Kate'in uzun bir sabıka kaydının olması ve daha önce konulan şartlara uymaması nedeniyle, Gençlik Mahkemesi, Kate hakkında daha fazla ve güncel bilgi edinmek amacıyla karar öncesi raporunu talep eder. Gençliği Suçtan Koruma Ekibinin Kate hakkında bir karar öncesi raporu hazırlamasına olanak vermek için, duruşma üç hafta sonrasına ertelenir. Mahkeme, Kate'i şartlı olarak tahliye eder ve tahliye şartlarına çok sıkı uyması gerekmektedir; Ekip bu süre içinde Kate'in denetimini yapacaktır.

Kate ve koruyucu ailesi, karar öncesi raporun hazırlanması için Gençliği Suçtan Koruma Ekibiyle görüşmeye giderler. Bu görüşme sonrası gereken ziyaret, inceleme ve değerlendirmeler yapılır ve karar öncesi raporu hazırlanır. Kate üç hafta sonraki duruşmaya gider, hazırlanan karar öncesi rapor mahkemeye sunulur, mahkeme bu raporun tavsiyelerini göz önünde bulundurur *ve Gençlik Rehabilitasyon Müdahale Emri* verir.

Rehabilitasyon Emrinin şartları aşağıdaki gibidir:

- Toplam 12 ay gözetim;
- 40 saat ücretsiz çalışma cezası;
- 12 aylık gözetimin ilk 3 ayı, saat 07.00-19.00 arası elektronik gözetleme;

- 12 aylık gözetimin ilk 6 ayı saat 19.00-07.00 arası sokağa çıkma yasağı;
- Ekip tarafından önerilen eğitim ve çalışma programına düzenli devam etme emri.”

Gençlik Rehabilitasyon Müdahale Emri, ekip çalışanlarına ve mahkemeye gencin koşulları, ihtiyacı ve hatta mağdurun talepleri doğrultusunda bir yaptırım planlama imkânı vermekte. Her gencin biricikliği ve işlenen eylemin kendine özgü oluşuna göre tasarlanan bir yaptırım ve tedbirler demeti her vakada farklılaşarak karşımıza çıkmakta:

“Örnek Vaka 3- Lazar

Lazar 16 yaşında bir erkek ve koruyucu ailesiyle anlaşamadığı için eve gitmemekte. Sınıfındaki kız öğrencilere hakaret ve tehdit içerikli söz sarf etme ve saldırganlık suçları nedeniyle mahkemeye çıkarılır. Kız öğrenciler şikayetçi ve Lazar’ın daha önceden kavgaya karışmak ve antisosyal davranışta bulunmaktan mahkeme dışı tedbirleri var. Mahkeme Lazar için karar öncesi raporu ister. Ekip uzmanlarının hazırladığı rapordaki tavsiye doğrultusunda Mahkeme Lazar hakkında 50 saat kamu yararına çalışma cezası verirken, bunun yanı sıra ekipteki sosyal çalışmacı tarafından Lazar için kalacak yerin bulunması, eğitim görevlisi tarafından Lazar’ın ilgi alanı olduğunu anladığımız motorlu taşıtlar üzerine sivil toplum örgütünün yürüttüğü projenin çalışmalarına katılımının sağlanması ve eğitimine devamının sağlanması gibi çeşitli rehabilitasyon planlamasını da Gençlik Rehabilitasyon Müdahale Emri kapsamında hükme bağlamış.”

Vakaların iyi yönetilmesinde ekibin rolü büyük. Ancak sistemin çok aktörlü yapısını işler kılan en önemli husus görev tanımının ve sorumlulukların iyi çizilmiş olması. Aşağıdaki vakada ekibin, genç ve eylemi hakkındaki resmin tamamını görebilecek bir konuma ve yetkiye sahip olduğunu açıkça anlıyoruz:

“Örnek Vaka 4- Kamal

Kamal 14 yaşında ve son bir yıl içinde A sınıfı uyuşturucu madde bulundurma ve B sınıfı uyuşturucu satma girişimi nedeniyle hakkında verilmiş rehabilitasyon emirleri ve 19.00-07.00 saatleri arasında so-

kağa çıkma yasakları mevcut. Ancak sokağa çıkma yasağına riayet etmeyen Kamal, gece 03.00 sularında otomobil hırsızlığına teşebbüsten polis tarafından yakalanır. Mahkemeye tutuklu çıkarılan Kamal ile görüşen ekip personelinde vaka yöneticisi (sosyal çalışma görevlisi) Kamal'in önceki yargılamasından beri vakayı bilmektedir. Kamal güvendiği bu görevliye, aşırı doz uyuşturucu etkisiyle kendinden geçen ağabeyini hastaneye yetiştirmek için araba çalmaya teşebbüs ettiğini anlatır. Kamal'in dosyasında önceki incelemelerde gerçekleştirilen aile ziyareti değerlendirmelerinde evi terk etmiş uyuşturucu bağımlısı ağabeye ilişkin açıklamalar bulunmaktadır. Ağabeyin eve döndüğüne, babası cezaevinde olan Kamal, annesi ve üç küçük kardeşi ile beraber kaldığına dair kanıtları değerlendiren (ekip personeli) sosyal görevli, mahkemeye karar öncesi rapor hazırlanmasını ve bu süre zarfında Kamal'in bir bakım - gözetim kurumuna (Burada kastedilen kapalı kurum gözetimi değil. Sivil toplum kuruluşları tarafından yürütülen bu gençlik evleri gençlere barınma hizmeti veriyor) yerleştirilmesini önerir.⁵ Raporun 10 gün içerisinde tamamlanması üzerine mahkeme Kamal hakkında 6 aylık gözetim kararını ve Onarıcı Adalet Programına dâhil olmayı da içeren rehabilitasyon emrini verir. Buna göre Kamal hakkında mahkeme:

- Toplam 6 ay gözetim;
- Uyuşturucu madde kullanımına yönelik rehabilitasyon programına devam emri,
- 6 aylık gözetimin ilk üç ayında elektronik gözetleme;
- İkinci 3 ay, saat 19.00-07.00 arası sokağa çıkma yasağı
- Kamal'in ilgi duyduğu anlaşılan müzik programına dahil olması ve düzenli devam etmesi emri,
- Aile hakkında ilgili ebeveynlik programı ve çok sistemli terapilere devam emri,
- Çalmaya çalışırken camını kırdığı araç sahibi olan mağdurun da

⁵ Barınma ihtiyacı içindeki gençler için sivil toplum tarafından verilen bu hizmetleri ve ekibin bu kurumlarla işbirliğini düzenleyen kural ve standartlar için bkz.: Youth Justice Board, Key Elements of Effective Practice-Accommodation, London, 2008.

katılımı ile oluşturulacak ekip yönetiminde yürütülen onarıcı adalet çalışmalarına katılma emri verir.⁶

SONUÇ

Montesquieu, “İngiltere Üstüne Notlar” başlıklı el yazmalarında bir ülkeyi ziyaret ettiğinde kanunların ne kadar iyi olduğuyla değil nasıl uygulandığıyla ilgilendiğini yazar.⁷ Gerçekten siyasal kurumları incelemek için 1729’da gittiği İngiltere’de bu sözünü tutar ve İngiltere Parlamentosunu ziyaret eder; İngiliz siyasetçileri ve bilim adamları ile yakın ilişkiler kurar.⁸ İngiltere ve Galler’deki Gençlik Adalet Sistemini, hukuk sosyolojisinin öncülerinden sayılan Montesquieu’nun izinden giderek incelediğimizi söyleyebiliriz. Gerçekten örgütleri işleyişlerine bakarak normları ise vakalara uygulanmasına bakarak anlamaya çalıştık. Burada yapılan analizlerin hareket noktasını daima olgular oluşturdu; deneyim ve gözlem ise yöntemin temel taşları oldu.⁹

Böyle yöntemsel temeller üzerinde inşa edilen bir incelemenin sonunda varılacak sonuç İngiltere ve Galler Gençlik Adalet Sisteminin “iyi örnek” teşkil edip etmediği gibi yüzeysel bir genellemenin ötesine geçmeli. Sistemin çocuk dostu adalet olma açısından erdemleri olduğu gibi hak ihlali oluşturan-olusturma potansiyeli taşıyan- zayıf yönleri de mevcut. Suçluluğa ilişkin azalan rakamlar bir sistemi başarılı ilan edebilmemiz için tek başına yeterli değil. Vakaların yönetimi ve işleyişe ilişkin gözlemlere makalede daha çok yer vererek sistemin ruhunu anlamaya çalıştık. Çünkü bir hukuk sisteminin ruhu gerçekten

⁶ Onarıcı Adalet Programı ve mağdur koruma birimleri Gençlik Adalet Sisteminde önemli rol oynamakta. Ancak başlı başına bir inceleme konusu olan bu başlık makalenin sınırlarını aşıyor. Bu alanda ekiplerin rolünü ve faaliyetlerini düzenleyen kurallar ve standartlar için bkz: Youth Justice Board Key Elements of Effective Practice- Restorative Justice, London, 2008.

⁷ Charles-Louis de Secondat Montesquieu, Notes sur l’Angleterre, Paris, 1818, s. 5.

⁸ Ülker Gürkan, Montesquieu ve Kanunların Ruhu (Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir Değerlendirme), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 40, S. 1, 1988, s. 9-10.

⁹ Tesadüf olmayan bu benzerlik, akademik hayatın en başındayken değerli Hocam Prof. Dr. Adnan Güriz’in ağzından ilk defa duyduğum Kant’ın “Görüsüz kavramlar boş, kavramsız görüşler kördür” sözü üzerine belirlenmiş bir epistemolojik ve yöntemsel tercihe dayanıyor. Adnan Hocam, hukuk fakültesi çatısı altında gerçekleştirilen çalışmalar içinde azınlıkta kalan bu yöntemle gerçekleştirdiğim araştırmalarımı her zaman destekledi, yakından izledi. Yazdığım her satırı Hocam’ın da okuyacağını düşünerek yazmaya devam ediyorum.

anlaşıldığında bu bilgiyi bir kapıyı açmak için anahtar olarak kullanmak mümkün oluyor. Yaklaşık 100 yıllık deneyimimizin de gösterdiği gibi kanunlarımız “yabancı hukuk alımı” yoluyla birebir çeviri olsa da mehzaz kanun ülkesinin her müessesini olduğu gibi alıp uygulamamaktasınız. Hukuk sistemine bir başka hukuk sisteminden bir müessese adapte etmek istendiğinde hukuk sistemleri ve aileleri hakkındaki bütünlükçü karşılaştırmalar ve hukukun sosyal gerçeklikle ilişkisini odağa alan sosyo-legal yaklaşımlar ve analizler kaçınılmaz. Bu yüzden bu makale sadece normların ve uygulamanın resmini değil hukuk sisteminin diğer asli bileşenleri olan hukuk kültürünü ve teşkilat yapılarını özellikle örgütleri de dikkate almakta. Yapısal ve kültürel özellikler bir ülkenin hukuki gerçekliğine bir yenilik getirmek veya bir hukuki müesseseyi değiştirmek istendiğinde göz önünde bulundurulması gereken en önemli girdiler. Nitekim bunların bilimsel bir biçimde ortaya konmasının yabancı hukuk alımının uygulanma başarısını artırıp kâğıt üzerinde kalma riskini azaltacağı görüşü her tür sosyal mühendislik faaliyetinin temel kabulü.¹⁰

Bütün bu ön kabuller ışığında halkın % 57’sinin kendi yerellerinde gençlik suçları ile etkili mücadele edildiğine dair güven duyduğu İngiliz Gençlik Adalet Sistemi’nden ne dersler çıkarabiliriz ya da en azından bu bilgiler ışığında kendi deneyimimizle ilgili neleri tartışmaya açabiliriz ona bakalım.¹¹ Ancak bunu yapmadan önce Türkiye’ye ilişkin bazı genel değerlendirmeler yaparak İngiltere’den ilhamla getirilecek önerilerin yerleşeceği çerçeveyi önceden çizmek faydalı olacak.

Türkiye’de çocuk yargılamasına ve korumasına ilişkin düzenlemeler, birden çok kanun ve yönetmelikte dağınık bir biçimde bulunmakta. Bu normların büyük çoğunluğu yetişkinlere özgü suç ve ceza tasarımı göz önüne alınarak hazırlanmış ve uygulamaya konulmuş. Bunların dışında kalan normlar ise farklı yaklaşımları olan birden çok yabancı hukuk sisteminden kesip budanarak alınan hukuki müesse-

¹⁰ Cahit Can, Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon, Ankara 1982 (basılı olmayan doçentlik tezi), s. 82-84. Yazarın yabancı hukuk alımı ve eğitim ilişkisi üzerine Türkiye hakkındaki analizlerini de içeren görüşleri için bkz.: Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, 3. Baskı, Ankara, 2011, s. 96-111.

¹¹ Prof. John Drew ve Peter Minchin, UK Youth Justice system - YJB Presentation, 15 / 16 Ocak 2014, Ankara Hakimevi, Ppt 9.

seler. Bu haliyle yamalı bohçayı andıran normların bir sistem teşkil edemeyeceği çok açık. Öte yandan bu dağınık mevzuatın tek bir yaklaşımı benimsediğini ya da belirli ilkeler demetinin üzerine inşa edildiğini söylemek de imkânsız. Türkiye'deki ceza muhakemesinde çocuklara özgü makam ve çocuklara özgü yaptırım uygulamalarından da söz edemiyoruz. Bu yüzden Türkiye'deki mevzuattaki bu dağınık ve eklektik, ithal birkaç maddeye ve yetişkin yargılaması için tasarlanan kurumların adının önüne "çocuk" eklenerek oluşturulan kurumlara "Çocuk Adalet Sistemi" denemeyeceği kanaatindeyiz. Gerçekten Türkiye'ye baktığımızda bütünlüklü bir çocuk adalet sisteminden değil olsa olsa bir tür küçültülerek, daraltılarak çocuğa giydirilmeye çalışılan yetişkin elbisesinden söz edebiliriz.¹²

Oysa çocuk hakları ve çocuk adalet sistemine ilişkin Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmeler "çocuk dostu adalet kavramını" bildiği üzere altı ilke üzerine inşa etmektedir. Bunlar:

1. Ayrımcılığa Karşı Koruma
2. Çocuğun Yüksek Yararının Korunması
3. Adil Yargılanma/Hukukun Üstünlüğü
4. Çocuğun Gelişimsel İhtiyaçların Karşılansması
5. Çocuğun Sözüünün Dinlenmesi/ Çocuğun Katılımı
6. Çocuğun Saygınlığı ilkeleridir.

Bu ilkeler, bir kül olarak değerlendirilebilen uluslararası mevzuatta çerçevesi çizilen ve içi doldurulmuş kavramlardan oluşmaktadır. Genel olarak mevzuatın en çok ihlal ettiğini gördüğümüz ilkeler çocuğun yüksek yararı ilkesi ve ayrımcılık yapma yasağı. Çocuğun katılımı/sözüünün dinlenmesi ilkesi çocuğa gereken psiko-sosyal ve hukuki desteğin verilmesini temin edemeyen her maddenin aslında doğrudan ihlal ettiği ilke olarak karşımıza çıkıyor. Mevzuata kısa ve çabuk bir bakış dahi düzenlemelerde tercih edilen dil ve geniş takdir

¹² Türkiye'deki çocuk yargılamasına ilişkin bu eleştirel görüşler daha ayrıntılı bir biçimde şu raporda dile getirilmiştir: Aydın Atılgan, Eylem Ümit Atılgan, Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Açısından Türkiye'deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi, İHOP, Ankara, 2009. <http://www.ihop.org.tr/dosya/cocukhaklari.pdf>

yetkisi, istisnai hallerin çokluğu gibi hususların her maddeyi yukarıda sayılan ilkeler açısından sorunlu hale getirdiği sonucuna bizi ulaştırıyor. Çocuk dostu adalet sisteminin önündeki ilk ve en önemli engel bu haliyle mevzuatın yukarıdaki ilkeler söz konusu olduğunda amir bir dil benimsemeyip uygulamada keyfiyete yer bırakması. Bu ilkelerin hayati öneminin farkında olup yaklaşımını ve tercihini bu yönde yapan uygulamacıların elinden çıkan adli işlemlerle çocuk yargılaması uzmanlık alanına uzak uygulamacıların elinden çıkan işlemler arasındaki büyük farkın kaynağının burada yattığı kanaatindeyiz. Nitekim standart bir uygulamaya ulaşmanın yolunun mevzuatın dilinin, yaklaşımının bütüncül bir modele göre yeniden ele alınmasından ve uygulamayı denetleyen-yöneten bir üst yapının varlığından geçtiği düşüncesi İngiltere'deki Kurul yapılanmasının altında yatan yaklaşımı işaret ediyor.¹³

Türkiye'deki duruma ilişkin bu genel değerlendirmeler ışığında İngiltere ve Galler'deki Çocuk Adalet Sisteminin incelenmesinden Türkiye için çıkarılacak sonuçları aşağıdaki 10 maddede özetleyelim:

¹³ Türkiye'deki uygulamaya ilişkin bu paragrafta dile getirilen tespitler UNICEF, Adalet Bakanlığı, HSYK, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı, tarafından yürütülen "Çocuklar İçin Adalet" Projesi kapsamında Çocuklar için Adli Görüşme Odaları Kurulması & Çocuk Savcılık Büroları Güçlendirme Reformu & Çocuklar için Kamusal Vesayet Model Geliştirilmesi, aktivitelerinde verilen iki yıllık (2012-2014) danışmanlık hizmeti sürecinde gerçekleştirilen saha çalışmaları, tarama ve değerlendirmelere dayanmaktadır. Mevzuat tarama faaliyetinin ardından gerçekleştirilen geniş kapsamlı saha araştırmasında çocuk yargılama ve koruma hizmetini yürüten uygulamacılar, sisteme giren çocuklar ve bu konuda eser veren akademisyenlerle derin mülakatlar yapılmıştır. Başta Hakim-Savcı olmak üzere uygulamacıların görüşlerinden oluşan "Sorunlar, İhtiyaçlar ve Tespitler" başlıklı bu rapor da proje kapsamında diğer danışmanların kaleme aldığı başka raporlarla aynı kaderi paylaşarak basılmamıştır. Nitel yöntemle gerçekleştirilen saha araştırmasında resmi kurumlardan yazılı izinler alınmış, her görüşmecinin rızası alınmış ve ses kayıt cihazı ile kaydedilen görüşmelerin deşifresi rapora (isimler ve kimlik bilgileri tamamen gizlenerek) birebir aktarılmış olmasına rağmen özellikle eleştirel yaklaşan hakim ve savcı görüşlerinin yer alması raporun yayınlanmasına engel olmuştur. Yürütülen çalışmanın metodolojisi ve kapsamı hakkında fikir vermesi açısından yaklaşık 700 sayfaya ulaşan toplam 7 raporun özeti şu adreste bulunabilir.

http://www.cocuklaricinadalet.org/resources/ckeditor/kcfinder/upload/files/Interview%20rooms_tr%20%26%20eng.pdf

Ayrıca bu raporların basılmama kararının Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı tarafından kaleme alınan gerekçesi de aynı linkde paylaşılan dökümanda "Rapora İlişkin Geri Bildirimler" başlığı altında 80. sayfada açıklanmakta.

- 1) Çocuk Adalet ve Koruma Sisteminin yönetimi ve denetlenmesi için kendi sekreteryasına sahip özerk bir üst kurul yapılanması modeli Türkiye'nin idari teşkilatı ve idare hukuku gelenekleri göz önüne alınarak uyarlanabilir. Bu model iyi yönetim ve denetleme imkanı sağlayacağı gibi koordinasyon, izleme konusunda Türkiye'de karşılaşılan sorunların da çözümü olarak düşünülebilir. İngiltere'de kine benzer bir yapı, koruma hukuku ve adalet sisteminin entegre olması ve çocuğun yüksek yararının hakim olduğu bir ceza adalet sistemi kurma hedeflerine hizmet edebilir. Böyle bir denetleyici üst yapı çocuk adalet ve koruma sisteminin standartlarını çocuk hakları açısından yükselteceği gibi çocuk dostu bir adalet sistemi için elverişli bir çatı oluşturabilir.
- 2) Çocuk Adalet ve Koruma Sisteminde hizmetin yürütülmesinde yerel yönetimlerin sorumluluk alanlarını çizen ve yükümlülüklerini belirleyen mevzuat değişikliği Türkiye için önemli bir ihtiyaç. Türkiye'nin her bölgesinde, (büyükşehir, ilçe, kırsal vs.) yaşanan çocuk suçluluğu olgusunun farklılık teşkil etmesi ihtiyaca göre politika belirleme ve hizmeti tasarlama imkanı bu şekilde elde edilebilir. Mahalle, ilçe bazlı yapılanma özellikle merkezi hizmet üretme yaklaşımı yerine benimsenmeli.
- 3) Hizmet üretme ve çocuklarla birebir çalışma durumunda olan bu mahalle bazlı birimlerin kaynaklarının İngiltere'deki gibi birden çok kurum ve kuruluşça karşılanması ile bu kurumların koordineli çalışma yürütmesinin sağlanması Türkiye için bir imkan teşkil edebilir. "Çok disiplinli kurullar" uygulamalarının tüm Avrupa'da son dönemde yaygınlaşması, Türkiye'nin Çocuk Adalet ve Koruma Sistemini revize ederken göz önünde bulundurulması gereken hususlar. "Çok disiplinli" personelden oluşan, birden çok kuruma karşı sorumlu bu birimlerin sosyal hizmetler yaklaşımı ile oluşturulması ve sivil toplum ile birlikte çalışacak şekilde yapılandırılması Türkiye için önemli bir model oluşturabilir.
- 4) İngiliz Çocuk Adalet Sistemine hakim olan cezalandırma yerine tedbir hukuku Türkiye için iyi değerlendirilmesi gereken bir temel yaklaşım. Mahkemelerin cezai yaptırım verecek şekilde değil, çocuğun ihtiyaçlarını esas alan şekilde yapılandırılması ve mahkeme destek-danışman kurullarını-ekiplerini içermesi Türkiye için

çok önemli bir model olabilir. Klasik ceza muhakemesinin “fiil ceza hukuku” çocuk ceza muhakemesinin ise “fail ceza hukuku” karakterli olması göz önüne alınırsa böyle bir yapı çocuk adalet sistemi için bir zorunluluk. Mahkemeye yargılama sırasında sunulan çocuk hakkındaki bilgiler ve sosyal hizmet yaklaşımli tedbir uygulama imkanını veren bu ekiplerin mahkemenin bir parçası olması ancak aynı zamanda mahkemenin emrinde olmaması çok önemli. “Gençliği Suçtan Koruma Ekipleri” adı verilen bu birimlerin mahkemenin emrinde olmaması ancak danışman heyeti gibi yargılamanın bir parçası olmasına dikkat çekilmeli. Bu yapı Türkiye’deki mahkemeye bağlı çalışan sosyal hizmet uzmanlarının konumu ve işlevi ile ilgili yürütülen tartışmaya alternatif bir formül sunabilir.

- 5) Çocuk Koruma Kanunu 11. maddesiyle, 5. maddede sayılan “koruyucu ve destekleyici tedbirlerin” ve 9. maddede düzenlenen “acil koruma kararının” Türk Ceza Kanunu’nun öngördüğü ‘çocuklara özgü güvenlik tedbirleri’ olarak anlaşılacağını hükme bağlamış. Çocuklara ilişkin muhakemenin, ‘koruma tedbiri muhakemesi’, ‘güvenlik tedbiri muhakemesi’ ve ‘ceza muhakemesi’ olarak üç ayrı başlık altında ele alınması gereken unsurları böylece birbirinin içine geçmiş ayırt edilemez bir hal almış durumda. Aslında Çocuk Ceza Adalet Sistemi, ağırlıklı olarak ‘güvenlik tedbiri’ hukukunu uygulamaya elverişli bir yapıda ve ceza en son çare olmayıken TCK cezalandırmaya dayanan bir yapılanma kabul etmiş (TCK 31/2, 3). Çocuk hakkında sadece indirimli ceza veya sadece güvenlik tedbiri (TCK 31/2) ve sadece indirimli ceza (TCK 31/3) yaklaşımı çocuk adalet sisteminin amacına aykırılık teşkil etmekte.¹⁴ Bu eleştiriler ışığında çocuk yargılama sisteminin ceza yargılamasından çok tedbir hukuku muhakemesi görünümü olmasının İngiltere açısından doğurduğu olumlu sonuçlar ve bunların Türkiye için taşıdığı potansiyel iyi değerlendirilmeli. Bunu mümkün kılan alt yapının gözden kaçırılmaması özellikle önemli.
- 6) İngiliz Gençlik Adalet ve Çocuk Koruma Sisteminde uygulanan

¹⁴ Benzer yönde öneriler birçok yerde karşımıza çıkıyor: Feridun Yenisey, Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yapıtlar, Ankara, 2007, s. 36-38.

tedbir çeşitliliği ve hakime sunulan seçeneklerin bolluğu Türkiye için iyi bir örnek teşkil edebilir. Ancak bu tedbirlerden istenen faydanın sağlanmasının bu tedbirleri uygulayan- izleyen ve mahkemeye geri bildirimde bulunan yapının bağımsızlığı ve başarılı bir şekilde yapılandırılması olduğu gözden kaçırılmamalı. Aksi takdirde İngiliz sisteminde gördüğümüz hemen hemen her tedbir türünün aslında istenirse Türkiye’de de bir hakim tarafından verilebileceği ancak bunların uygulanma, takip, izlenme işlevlerine ilişkin yapısal eksiklerin olduğu konusu unutulabilir.

- 7) Depenalizasyonu ilke olarak benimseyen İngiliz Sisteminin diversiyon kararları ve diğer alternatif tedbirleri Türkiye için önemli bir örnek olabilir. Ancak bu durumda özellikle mahkeme dışı verilen tedbirlerden bir grup olarak sayılan polislin verebileceği tedbirlerin masumiyet ilkesi, aklanma hakkı, adil yargılanma hakkı gibi insan haklarının ihlali boyutu dikkate alınmalı. Nitekim kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan verilen bu tedbirlerin İngiltere’nin Avrupa İnsan Hakları, BM tarafından sıkça eleştirilmesine sebep olduğunu biliyoruz. Bu nedenle özellikle kolluğun bu tedbirleri verme yetkisi çok dikkatle tetkik edilmeli ve Türkiye kolluk teşkilatının genel yapısı özellikle çocuk polisi uzmanlaşmasının olmaması hususu göz önünde bulundurulmalı.
- 8) Kuruma kapatmanın alternatifi olan toplum içinde cezanın çekilmesi olarak adlandırılabilen tedbir türlerinin İngiliz sisteminde gösterdiği faydayı Türkiye’de de gerçekleştirebilmek için, denetim serbestlik hizmetlerinin de yeniden yapılanması ihtiyacı gözden kaçırılmamalı. Örneğin İngiltere’de denetimli serbestlik eğitiminin bir lisans programı olarak üniversitelerde okutulması ve ancak buradan mezun olanların denetimli serbestlik görevlisi olabilecekleri hususu ayrıntı gibi görünse de çok önemli bir fark. Denetimli serbestlik hizmetlerinin kalitesi toplum içinde çekilen cezalar diyebileceğimiz tedbirlerin başarısının altında yatan temel faktör.
- 9) Denetimli serbestlik hizmetleri ile olan bağınyı koparmadan incelememiz gereken gençlik rehabilitasyon emirleri aslında toplum içinde çekilen cezalardan gencin-çocuğun ihtiyacı esas alınarak oluşturulmuş bir yükümlülükler menüsü. Bu menüyü oluşturan

yükümlülükler listesi Türkiye için yeni olmasa da Türkiye'ye yabancı olan, bunların ihtiyaca göre bir araya getirilmesi ve yerine göre esnekliği değişebilen bu müdahale programının kim veya kimler tarafından ve nasıl uygulanacağı hususu ki Türkiye sisteminde bu soruların yanıtları boşlukta kalmakta.

- 10) Aileye yönelik verilen ebeveynlik tedbirini yerine getirecek alt yapının hazır olması burada hayati önem taşıyor. Bugün Türkiye'de gerek kamu tarafından verilen gerekse sivil toplum tarafından yürütülen aile danışmanlığı ve ebeveynlik kursları hizmetlerinin yaygınlaştırılması, desteklenmesi ve standartlarının oluşturularak denetlenmesi çok önemli. İngiltere'de başarılı vaka yönetimi örneklerinin bulunmasının asıl nedeni ebeveyn desteklerinin ve aile danışmanlığının profesyonelleşmesinde yatmakta. Son yıllarda Türkiye'de bu yönde artan ilginin doğru değerlendirilmesi dolayısıyla müfredatın acilen oluşturulması, aile danışmanı olarak hizmet veren kişilerin liyakatının standartize edilmesi böylece hizmetin standartlara kavuşturulması giderek daha da önem arz etmekte.

Kaynakça

- Atılğan Ümit Eylem, Çavdar Yaşar, Yağcıoğlu Sedat, Çocuklar İçin Adalet Projesi- Çocuklarla Adli Görüşme, Sorunlar, İhtiyaçlar, Tespitler, Ocak 2013, (Basılmamış Rapor)
- Atılğan Ümit Eylem, Çavdar Yaşar, Yağcıoğlu Sedat, Çocuklar İçin Adalet Projesi- Çocuk Adli Görüşme Odası Model ve Öneriler, Nisan 2013, (Basılmamış Rapor)
- Atılğan Ümit Eylem, Çavdar Yaşar, Atılğan Aydın, Çocuklar İçin Adalet Projesi- Türkiye'de Savcılık Çocuk Büroları Sorunlar İhtiyaçlar Tespitler, Mayıs 2013, (Basılmamış Rapor)
- Atılğan Ümit Eylem, Çavdar Yaşar, Atılğan Aydın, Çocuklar İçin Adalet Projesi- Türkiye'de Savcılık Çocuk Bürolarının Güçlendirilmesi İçin Öneriler Tavsiyeler, Nisan 2014, (Basılmamış Rapor)
- Atılğan Ümit Eylem, Çavdar Yaşar, Atılğan Aydın, Çocuklar İçin Adalet Projesi- Türkiye'de Kamusal Vesayet Kurumu: Sorunlar İhtiyaçlar, Tespitler, Mayıs 2013 (Basılmamış Rapor)
- Atılğan Ümit Eylem, Çavdar Yaşar, Atılğan Aydın, Çocuklar İçin Adalet Projesi- Türkiye'de Kamusal Vesayet Kurumu: Öneriler, Mart 2014 (Basılmamış Rapor)

- Atılğan Ümit Eylem, "Cezai Sorumluluğu Olmayan Çocuklara Yönelik Adli İdari Tedbirler- Uzman Katılımcıların Ön Çalışma Kapsamında Paylaştıkları Görüş ve Önerilerin Değerlendirilmesi" 2014, (Basılmamış Rapor)
- Atılğan Ümit Eylem Ümit, "Cezai Sorumluluğu Olmayan Çocuklara Yönelik Adli İdari Tedbirler- İngiltere örneği Çalıştayı Raporu" 15-16 Ocak 2014 Ankara Hakimevi, (Basılmamış Rapor)
- Atılğan Eylem Ümit, "İngiltere ve Galler Çocuk Adalet Sistemi ve Cezai Sorumluluğu Bulunmayan Çocuklara Yönelik Adli ve İdari Tedbirler" 21.04.2014, (Basılmamış Rapor)
- Atılğan Eylem Ümit, Atılğan Aydın, Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Açısından Türkiye'deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi, İHOP, Ankara, 2009.
- Biehal Nina, Ellison Sarah, Sinclair Ian, Randerson Catherine, Richards Andrew, Mallon Sharon, Kay Catherine, Green Jonathan, Bonin Eva-Maria, Beecham Jennifer, A Report on the Intensive Fostering Pilot Programme, London, 2010.
- Blair Tony, Every Child Matters, Presented to Parliament by the Chief Secretary to the Treasury by Command of Her Majesty September 2003.
- Blakeman Ian, "The Youth Justice System of England And Wales" Resource Material Series No.78, 2009.
- Can Cahit, Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon, Ankara 1982 (Basılı Olmayan Doçentlik Tezi).
- Can Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, 3. Baskı, Ankara, 2011.
- Case Stephen, "Strategic complexities and opportunities in Welsh youth justice: exploring YJB Cymru", Safer Communities, Vol. 13 Iss: 3, 2014.
- Ekşi Hülya, Düzenleyici Kurumlara İngiltere Örneği Üzerinden Bakmak, *Sayıştay Dergisi*, S. 72, Ocak-Mart 2009.
- Farquharson Karen, Providing Services Ltd, Wiring Up Youth Justice A Case Study, London, 2009.
- Flacks Simon, Youth Justice Reform: Redressing Age Discrimination Against Children, Youth Justice April 2012 V. 12 N. 1.
- Gürkan Ülker, "Montesquieu ve Kanunların Ruhu (Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir Değerlendirme)," *AÜHF Dergisi*, C. 40, S. 1, 1988.
- Montesquieu Charles-Louis de Secondat, Notes sur l'Angleterre, Paris, 1818.
- Moore Robin, Gray E, Roberts C, Merrington S, Waters I, Fernandez R, Hayward G, Rogers R.D, ISSP: The Initial Report on the Intensive Supervision and Surveillance Programme. London: Youth Justice Board for England and Wales, 2004.
- Solanki Aikta-Reena, Utting David, Fine Art or Science, Sentencers Deciding Between Community Penalties and Custody for Young People, London, 2009.

Smith Roger Shipley, Welfare versus Justice - Again!, Youth Justice, V. 5; I. 3, 2005.

Smith Roger Shipley, Youth Justice: Ideas, Policy, Practice, Third Edition, NY, 2014.

Toprak Zerrin, 2004 Tarihli 5216 Sayılı Büyük Kent Belediye Kanununda, Büyük Londra Yönetimi Kanunu Etkisi (1999) ve Yapısal Analiz, www.kamuyonetimi.org.tr.tc, 29.12.2004.

Ulusoy Ahmet, Vural Tarık, Birleşik Krallık'da (İngiltere ve Galler) Mahalli idarelerin görevleri ve Mali Yapıları, Ankara, 2002.

Yenisey Feridun, Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar, 2007, Ankara.

Walker Janet, Thompson Christine, Laing Karen, Raybould Simon, Coombes Mike, Procter Stephen, Wren Colin, Youth Inclusion and Support Panels: Preventing Crime and Antisocial Behaviour? Newcastle Centre for Family Studies 2007.

Raporlar, İstatistikler, Resmi Web Adresleri ve Resmi Sunumlar

<https://www.justice.gov.uk/about/yjb>

<https://www.justice.gov.uk/about>

<https://www.justice.gov.uk/offenders/types-of-offender>

<https://www.justice.gov.uk/offenders/types-of-offender/juveniles>

<https://www.justice.gov.uk/youth-justice>

http://en.wikipedia.org/wiki/Youth_Justice_Board

<http://www.justice.gov.uk/news/press-releases/yjb/youth-justice-board-welcomes-turkish-delegation>

<http://www.justice.gov.uk/publications/research-and-analysis/yjb>

<http://www.theguardian.com/society/joepublic/2011/dec/06/youth-justice-board-must-be-stronger>

http://www.oocities.org/fkaraosmanoglu/bildiriler/bild1.htm#_ftn55.

<http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/court-structure>

<https://www.justice.gov.uk/courts>

<https://www.justice.gov.uk/about>

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/399379/youth-justice-annual-stats-13-14.pdf

<https://www.justice.gov.uk/about/yjb>

<https://www.justice.gov.uk/youth-justice>

<https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/yjb-triennial-review-2012/results/triennial-review-yjb-stages1-2.pdf>

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/356497/yjb_corporate_plan_2013_2016_business_plan_2013_2014.pdf

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/354087/yjb-brochure-custody-English.pdf

<https://www.gov.uk/government/collections/assetplus-early-practice-change-materials#documents>

<http://yjbpublications.justice.gov.uk/en-gb/Resources/Downloads/YJB-Working%20Together.pdf>

<http://www.justice.gov.uk/out-of-court-disposals>

<https://www.gov.uk/government/speeches/lord-mcnallys-speech-to-the-restorative-justice-councils-national-conference-2015>

<https://www.justice.gov.uk/youth-justice/effective-practice-library/youth-to-adult-transitions-in-criminal-justice-training>

<http://www.london.gov.uk/>

<http://www.london-fire.gov.uk/default.asp>; <http://www.london.gov.uk/>

<http://www.tfl.gov.uk/> ; <http://www.mpa.gov.uk/default.htm>

<https://www.justice.gov.uk/youth-justice/toolkits>

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130401151715/http://www.education.gov.uk/publications/eOrderingDownload/CM5860.pdf>

www.homeoffice.gov.uk/publications/science-research-statistics/research-statistics/crime-research/occ106

Blakeman Ian, "The Youth Justice System of England And Wales" (http://www.una-feri.or.jp/english/pdf/RS_No78/No78_13VE_Blakeman.pdf)

"Have you got what it takes? Working with the Youth Justice System" Home Office [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117401/youth-justice-system.pdf]

Youth Justice Board For England and Wales, (YJB) Key Elements of Effective Practice, Remand Management, London, 2003.

Joint Inspection of Youth Offending Teams of England and Wales, Report on: Hammersmith and Fulham Youth Offending Service, 2007.

İngiltere ve Galler Çocuk Adalet Sistemi ve Mağdurlarla İlgili Çalışma Ziyareti Raporu 15-20 Mart 2009. T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı.

YJB & ACPO (Association of Chief Police Officers) & Home Office, Safer School Partnership Guidance, London, 2009.

- Making it Count in Court, Secon Edition, Youth Justice Board & Her Majesty's Courts Service, 2010.
- Youth Justice Board For England and Wales, Case Management Guidance Introduction, London, 2010.
- The Youth Justice Board for England and Wales Annual Report And Accounts 2012/13.
- Ministry of Justice, Modern Youth Offending Partnerships Guidance on Effective Youth Offending Team Governance in England, London, 2013.
- YJB Corporate Plan 2013-16 and Business Plan 2013/14, London.
- Youth Justice Board (YJB), National Standarts for Youth Justice Services, London, 2013.
- Youth Justice Board (YJB), AssetPlus: Assesment and Planning in the Youth Justice System, 15 October 2014, London.
- Green David G., The Intensive Supervision and Surveillance Programme, <http://www.civitas.org.uk/pdf/issp.pdf>
- www.dcsf.gov.uk/publications/youthcrimeactionplan
- Youth Justice Board for England and Wales, Annual Report and Accounts 2013/2014.
- Youth Justice Statistics 2013/14 England and Wales Youth Justice Board / Ministry of Justice Statistics bulletin.
- Youth Justice Statistics 2013/14 England and Wales Youth Justice Board / Ministry of Justice Statistics bulletin.
- Youth Justice Board for England and Wales, Annual Report and Accounts 2013/2014.
- Youth Justice Board, The UK Youth Justice System- A Recap, Presentation held by Lucy Dawes, Ppt 7, Petty France, London, 05. March 2014.
- Lin Hinnigan- Lucy Dawes, Youth Justice Board, Gençlik Adalet Kuruluna ve Hammersmith & Fulham Gençleri Suçtan Koruma Ekibine Çalışma Ziyareti Raporu, 2014.
- Youth Justice Board For England and Wales, Case Management Guidance, Out-of-Court Disposals, Section 1 London, 2010.
- Youth Justice Board Case Management Guidance, Bail and Remand Management, Section 3, London, 2010.
- www.homeoffice.gov.uk/publications/science-research-statistics/research-statistics/crime-research/occ106
- Drew John, Minchin Peter, UK Youth Justice system - YJB Presentation, , Ankara Hakimevi, 15 / 16 Ocak 2014.
- Youth Justice Board, Anti-Social Behaviour Guidance: A Guide to the Role of Youth Offending Teams in Dealing with Anti- Social Behaviour, London, 2005.

Youth Justice Board, Case Management Guidance, Planning and Delivering Interventions in the Community, Section 6, London, 2010.

Youth Justice Board, The Youth Rehabilitation Order and other Youth Justice Provisions of the Criminal Justice and Immigration Act 2008, Practice guidance for youth offending teams, London, 2010.

Youth Justice Board For England and Wales, Case Management Guidance Work in Courts, Section 2, Planning and Delivering Interventions in the Community Section 6, London, 2010.

Youth Justice Board, Key Elements of Effective Practice-Accomodation, London, 2008.

Youth Justice Board Key Elements of Effective Practice- Restorative Justice, London, 2008.

HUKUKİ AÇIDAN SÖZDE ERMENİ SOYKIRIM İDDİALARI

Nazan MOROĞLU*

Ermenistan ve diaspora, 24 Nisan 1915 tarihinde yaşanan olayları yanlı ve yanılıcı değerdendirmelerle, çok yönlü propaganda, eylem ve kampanyalarla *sözde Ermeni soykırımı* olarak tanıtmaya çalışmaktadır. Planlı, örgütlü ve sistemli bir şekilde yıllardır sürdürdükleri tanıtma girişimleriyle *sözde soykırım iddialarını* dünya gündeminde tutarak tanınmasını sağlamaktadırlar.

Bilindiği gibi, Ermeni diasporasının ortak paydası ‘sözde soykırım mağduriyetlerini’ tüm dünya ülkelerinde tanıtmaktır. 1915 olaylarının dünya çapında soykırım olarak tanınmasını sağlamak için soykırım anıtları dikmek; Türk Dışışleri mensuplarının öldürölmesiyle sonuçlanan terör eylemleri gerçekleştirmek gibi her yöntemi denemişlerdir. (1) Bu ısrarlı girişimlerinden sonuç da almışlar, ikna ettikleri birçok ülkede “soykırımı tanıyan ve hatta 1915 olayları soykırım değildir” diyenleri cezalandıran kararlar alınmış, yasalar çıkarılmıştır.

Tanıtm girişimlerinin ardından “3 T” olarak dile getirilen “Sözde Soykırımı Tanıma, Tazminat, Toprak” talepleri yolundaki girişimlerini ısrarla adım adım sürdürmektedirler.

Aslında Ermeni diasporasının her yıl “24 Nisan’larda” tüm dünyada sözde soykırımın yıldönümü diye andıkları tarih, zorunlu göçün uygulandığı tarih olmayıp Osmanlı Devletince Birinci Dünya Savaşı sırasında isyan çıkaran Ermeni Komiteleri elebaşlarının tutuklanmasına dair karar alındığı tarihtir. Osmanlı’nın ülke güvenliğini korumak amacıyla aldığı bu karar, vilayetlere ve mutasarrıflıklara gönderilmiş ve sadece örgüt mensubu Ermeniler tutuklanmıştır. Görüldüğü gibi, Ermeni diasporasının sözde soykırım olarak tanıtmaya çalıştığı 24 Nisan 1915 tarihi, “zorunlu göçün” başlatıldığı tarih de değildir. (2)

* Avukat, İstanbul Barosu

Bu yazıda, tarihçilerin, araştırmacıların, dışişleri uzmanlarının yaptığı incelemeleri, yayınları, raporları, Osmanlı Talimatnameleri'ni, mahkeme kararlarını gözönünde tutarak, söзде soykırım iddialarını hukuki açıdan değerlendirmeye çalışacağım.

Türkiye, konuyu tarihsel ve hukuksal boyutu ile ele almakta ve etkili bir şekilde gerçekleri anlatmak üzere kararlı bir devlet stratejisi oluşturmakta çok geç kalmıştır. Akademik ve diplomatik alanlarda Türkiye'nin Ermeni iddialarına karşı verdiği mücadele de maalesef yetersiz kalmıştır.

Ermenistan ve diaspora, 1915'de yaşanan olayları tarihi ve hukuki alanda tartışmak yerine, bu konuda haklı dayanakları olmadığını bildikleri için tanıtma faaliyetlerini tamamen siyasal alana çekerek sürdürmektedirler.

Son olarak, Katolik dünyasının dini lideri Papa Françesko'nun, Vatikan'da düzenlenen ayinde, tarihi ve hukuki gerçekleri göz ardı ederek 1915'te yaşanan Ermeni tehcirinin 100. yılında 'soykırım' ifadesini kullanması siyasal girişimlerden etkilenilmiş bir açıklamadır.

Avrupa Parlamentosu'nun 15 Nisan 2015'de aldığı kararda da 1915 olayları "soykırım" olarak nitelendirilmiş ve Türkiye'ye geçmişiyile yüzleşmesi ve 1915 olaylarına ilişkin Ermeni iddialarını kabul etmesi çağrısı yapılmıştır. Aslında bağlayıcı nitelik taşımayan, tutum beyanı niteliğinde olan bu kararda da görüldüğü gibi, yine tarihi gerçekler ve hukuki düzenlemeler gözardı edilmiş, konu siyasal zeminde ele alınmaya devam edilmiştir. Avrupa Parlamentosu'nun bu çağrısını takiben Avusturya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Rusya olmak üzere 1915 olayları, birçok ülkede siyasal arenada "soykırım" olarak nitelendirilmiştir.

Her yıl olduğu gibi, özellikle bu yıl 100. yılı dolayısıyla 24 Nisan günü ABD Başkanının "soykırım" sözünü kullanıp kullanmayacağı Türk Dışişleri tarafından büyük bir dikkatle izlenmiştir. ABD Başkanı, 24 Nisan 1915 ile ilgili geleneksel başkanlık bildirisinde 'soykırım' terimini kullanmayıp geçmiş senelerde olduğu gibi olayları yine Ermenice "büyük felaket" anlamına gelen "Meds Yeghern" ifadesiyle tanımlamıştır. Ancak, Obama ilk kez bu yıl, 'vahşet' sözcüğünün önüne 'kitlese' sıfatını eklemiş ve açıkça "20'nci yüzyılın ilk kitlese vahşeti" demiştir. Ayrıca, yine önceki senelerden farklı olarak, Ermenilerin kül-

türü ve izlerinin, anavatanları Türkiye'den silindiğini vurgulamıştır. Görüldüğü gibi, ABD Başkanı'nın açıklaması da siyasi bir söylemin ötesine geçmemiş, soykırımın hukuki açıdan maddi ve manevi iki önemli unsuru olan "yok etme" (destruction) ve 'kasıt' (intention) sözcüklerine yer verilmemiştir.

Ülkemizde, bu konuda kararlı bir devlet politikası ve belirlenmiş bir yol haritası olmadığını görüyoruz, bir yandan "soykırım" diyen devletlere sert tepki verilirken, öte yandan Türkiye'yi temsilen devlet adına "20. yüzyılın başındaki koşullarda hayatlarını kaybeden Ermenilerin huzur içinde yatmalarını diliyor, torunlarına taziyelerimizi iletiyoruz" şeklinde açıklamalar yapılıyor, ancak bu açıklamalarda aynı tarihlerde Osmanlı vatandaşlarının yaşadığı acılardan söz edilmiyor.

Bilindiği gibi, son yıllarda akademisyenler, sivil toplum kuruluşları, tarihçiler, araştırmacılar ve hukukçular bu konuda yoğun çalışmalar yapmaya başlamışlar, bu arada Osmanlı arşivleri düzenlenmiş ve çok sayıda yayın yapılmıştır. Bu çalışmalarda özellikle "soykırımın hukuki bir kavram olduğuna" değinilmekte ve gerçeklerin bu açıdan araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır.

1915 - 1918 yıllarında Yaşanan Olaylar, Sözleşmede Yer Alan Tanım Kapsamında Bir Soykırım Olarak Nitelenebilir Mi?

Soykırım tanımı, 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen "Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi" nde düzenlenmiştir. 1915 olaylarının soykırım olarak adlandırılması konusunda karar verebilmek için, Sözleşmenin kabul edildiği tarih, sözleşmede yer verilen "soykırım" tanımı ve 1915 - 1918 tarihlerdeki tarihi belge ve arşivlerin dikkate alınması gerekir.

Ancak konuyu hukuki açıdan ele almadan önce 1.Dünya Savaşı sırasında Osmanlı'da Ermeni sorununun ortaya çıkmasına yol açan olaylara, tehcir uygulamaya neden ihtiyaç duyulduğuna, Ermenileri toplu olarak katletme kastı olup olmadığına bakılması gerekir.

Osmanlı'da Ermeni Sorunu

Osmanlı Devleti zayıflamaya başlayıp hemen her cephede Avrupa'nın müdahalesine maruz kalınca, Türk - Ermeni ilişkilerinde

de bir bozulma başlamıştır. Batılı ülkelerin Osmanlı Devletine yönelik emperyalist girişimleri, Osmanlı'nın o tarihlerdeki diğer devletlerle ilişkileri ve savaşlar sonrasında imzalanan antlaşmalar Ermenilerle sorun yaşanmasına yolaçan adımlar olmuştur.

Hukuki temeli 1774 Küçük Kaynarca Antlaşmasına dayanan Ermeni sorunu, (3) Kırım Savaşı sonrası imzalanan 1856 tarihli Paris; 1877-78 Osmanlı-Rus Savaşı'nın ardından imzalanan Ayastefanos ve Berlin Antlaşmaları nedeniyle giderek büyümüştür. (3a)

1774 tarihinde yapılan Küçük Kaynarca Antlaşmasıyla, Rus Çarlığına, Osmanlı Hristiyanlarının "koruyucusu" rolünün verilmesi nedeniyle, Ermeniler kendilerini Rus Çarının tebası gibi görmeye başlamışlardır. Nitekim, Osmanlı-Rus Savaşlarında çok sayıda Ermeni, Osmanlıya karşı Rus güçlerinin yanında yer almışlardır. Aslında Antlaşmada doğrudan "Ermeniler" hakkında düzenlenen bir hüküm bulunmamaktadır. Küçük Kaynarca Antlaşması'yla başlatılan Osmanlı Devleti'nin içerden dağıtılması süreci Kırım Savaşı sonrası daha belirgin hale gelmiştir.

Kırım Savaşı sonrası yapılan 1856 Paris Antlaşmasına kadar Osmanlı Hristiyanları üzerinde sadece Rusların "koruyucu" rolü varken, Paris antlaşması ile bu "koruyucu" statü İngiltere, Fransa gibi diğer Avrupa ülkelerine de tanınmıştır. Aslında Paris Antlaşmasında da Ermeniler açık bir ifadeyle anılmamıştır. Ancak, Batı ülkelerinden güç alan Ermeniler, Osmanlı'ya karşı ayaklanmaya ve bazı tavizler istemeye başlamışlardır.

1877-1878 Osmanlı-Rus Savaşı sonrası yapılan Ayastefanos ve 1878 Berlin Antlaşmalarında bu defa doğrudan açık bir ifadeyle Ermenilerle ilgili bir hükme yer verilmiştir.

Buna göre, *Osmanlı Devleti, Ermenilerin oturdukları vilayetlerin yerel şartları dolayısıyla ihtiyaçları olan ıslahat ve düzenlemeleri yapmanın yanında, Kürtlere ve Çerkezlere karşı Ermenilerin emniyet ve huzurlarını korumayı taahhüt etmiştir.*

Daha sonra Ermeniler, *Avrupalı koruyucularına* güvenerek özerklik taleplerini dile getirmeye başlamışlardır. Kurdukları Taşnak ve Hınçak gibi örgütler aracılığıyla silahlı mücadeleye giren Ermeniler, Osmanlı topraklarında büyük Ermenistan kurma emeliyle ayaklanmalar başlatmışlardır.

1912'den itibaren özellikle Rusya'nın, İngiltere ve Fransa'nın desteğini alan Ermeniler, doğuda Rus ordularına yardım etmişler, Osmanlıya karşı birbiri peşine isyanlar çıkarmışlardır. 1. Dünya Savaşı sırasında Ermeni askerlerinin Rus ordusu içinde yer alarak doğrudan Osmanlıya karşı savaşması ve Anadolu'nun batısı ile doğusu arasındaki geçiş yollarının ve telgraf iletişiminin kilit noktalarının Ermeniler tarafından felç edilmesi nedeniyle, Osmanlı Devleti ülke güvenliği açısından Anadolu'daki Ermenileri güneye yine Osmanlı Devletine ait olan bölgeye göç ettirme kararı almıştır.

Bu göç sırasında açlık ve salgın hastalıklar nedeniyle gerek Ermeniler gerek onlara eşlik eden Osmanlı jandarması ve halkı arasında çok sayıda ölenler olmuştur. Osmanlı'nın kendini korumak amaçlı uyguladığı "tehcir" sonraki yıllarda Ermeniler tarafından "sözde Ermeni soykırımı" olarak adlandırılmaya ve dünyaya bu şekilde tanıtılmaya başlanmıştır.

"Ermenilerin Sevk ve İskanlarına İlişkin Talimatname" ile yapılan tehcir Ermeni çevrelerce "Ermeni soykırımı" olarak adlandırılmış ve bu iddialar önce Osmanlılara karşı ve Cumhuriyetin kuruluşundan sonra da Türkiye'ye karşı sürdürülmüştür.

Soykırım, Hukuki Bir Kavramdır ve Uluslar Arası Bir Suçtur (4)

Soykırım suçunun maddi ve manevi unsurlarına ve tanımına, Birleşmiş Milletlerde 9 Aralık 1948 tarihinde 260 A (III) sayılı ile kabul edilen, 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe giren *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin* 2. maddesinde yer verilmiştir. (5)

Sözleşmenin 2.maddesine göre:

"Bu Sözleşme bakımından,

- *ulusal,*
- *etnik,*
- *ırksal veya dinsel bir grubu*
- *veya o gruba mensup olanların tümünü veya bir kısmını*
- *yok etmek kastıyla öldürmek gibi .. fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu" oluşturur.*

Sözleşmenin 2. maddesinde gruplar sayılırken, 'politik gruba' yer verilmemiş olması dikkat edilmesi gereken bir husustur. 'Politik grup', özerklik ve/veya bağımsızlık kazanmak gibi politik amaçlarla mücadele eden grup anlamına gelmektedir. Bu çerçevede mücadele eden 'politik gruplar' ise Sözleşme kapsamına alınmamıştır. 1. Dünya Savaşı sırasında Osmanlı topraklarında kendi siyasi hedeflerine ulaşmak için isyan çıkaran Ermeniler bir 'politik' gruptur; Anadolu'nun doğusunda bağımsız bir devlet kurma amacıyla isyanlar çıkarmışlardır. (6) Bu açıdan, siyasi gruplara karşı Osmanlı'nın uyguladığı zorunlu göç, soykırım suçu olarak nitelendirilemez.

Kasıt Unsuru Yoktur

Ayrıca, Sözleşmeye göre soykırım suçunun oluşması için en önemli unsur eylemlerin "kasten" yapılmış olmasıdır. Bu bakımdan, soykırım suçunun karakteristik özelliğini suçun manevi unsuru, diğer bir ifadeyle failin özel kasıtı oluşturur.

Aşağıda ele alacağımız Osmanlı Talimatnameleri'nde görüleceği üzere tehcir, Ermeni nüfusunu yok etme kasdıyla değil, savaş halinde bir askeri gereklilik olarak yapılmış ve Talimatnameler çerçevesinde uygulanmıştır. Burada amaç, Osmanlı devletinin varlığını devam ettirme, kendini koruma mücadelesidir. Bu nedenle, 1915 olaylarında soykırım suçu oluşmasındaki manevi unsur, diğer bir ifadeyle Osmanlı'nın Ermenileri yok etme kasdı bulunmamaktadır.

Sözleşme Geçmişe Yönelik Uygulanabilir Mi?

Öte yandan, hukuki açıdan işlendiği zaman suç olmayan bir eylem, sonradan yapılan bir düzenlemeyle benzer eylemler suç haline getirilse dahi suç oluşturmaz. Kaldı ki, Sözleşmede sözleşmenin geçmişe etkili olarak uygulanacağına dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu açıdan, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanabilir. Sözleşmeyi hazırlayanlar, soykırımı bir suç olarak tanımlarken, tarihin her döneminde yaşanmış bu tür olayları gözönünde tutmuşlardır.

1915'te soykırım diye bir suç olmaması nedeniyle o tarihteki eylemler bugün suç diye Türkiye'ye dayatılamaz. Suç ve cezaların kanu-

niliği ilkesi ve 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 28. maddesinde yer alan "Antlaşmaların geriye yürümezliği" başlıklı hükmü gereğince (6-a) Türkiye'nin Soykırım Sözleşmesi dolayısıyla hukuken sorumlu tutulması imkanı yoktur.

Ermeni iddialarının aksine aşağıda ele alacağımız belgeler, 1915 olaylarının hukuken "soykırım" olarak nitelendirilmesinin mümkün olamayacağını kanıtını oluşturmaktadır.

Nitekim, Lahey Uluslararası Adalet Divanının Bosna-Sırbistan kararının 477. paragrafında, UAD'nın Bosna Hersek - Sırbistan/Karadağ davasında 2007 tarihinde verdiği karara atıf yapılmakta ve "477. Bir topluluğun zorla tehcir edildiği, kanıtlanmış olsa bile, tek başına soykırım fiilini oluşturmaz" denilmektedir (6-b).

Zaten Ermenistan ve diaspora da, olayı tarihi ve hukuki alanda tartışmaktan kaçınmakta ve ısrarla siyasi alana çekmektedirler. (7)

Soykırım İddialarının Gerçek Dışı Olduğunu Gösteren Hukuki Dayanaklar

1946 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Almanların Yahudilere uyguladığı genocid=soykırım karşısında, soykırımın Birleşmiş Milletlerin ruhuna ve amaçlarına aykırı olan ve uygar dünya tarafından lanetlenen bir suç olduğuna karar vermiştir. Bu karar üzerine bir uluslararası sözleşme hazırlığına başlanmış ve Sözleşme BM Genel Kurulunca 1948 yılında kabul edilerek 12 Ocak 1951'de yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşme'yi 13 Temmuz 1950'de, ABD 25 Kasım 1988'de, Ermenistan 23 Haziran 1993'de onaylamıştır.

Soykırım Suçunun Önlenebilirliği ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin yukarıda açıklanan 2. maddesi tanım çerçevesinde,

- 1915 ile 1918 tarihleri arasında Osmanlı Devleti tarafından çıkarılan Talimatnameler;
- Ermenistan Başbakanı Kaçaznuni'nin Raporu;
- Malta Mahkemesi Kararı;
- AİHM Perinçek Kararı
- Fransız tarihçilerinin bilimsel açıklamaları

değerlendirildiğinde, sözde Ermeni soykırımı iddialarının gerçek dışı olduğunu kanıtlayacak önemli birer hukuki dayanak oluşturdukları görülecektir.

- “Ermenilerin Sevk ve İskanlarına İlişkin Talimatname” (30.5. 1915)

24 Nisan 1915 tarihinde valiliklere gönderilen tamim çerçevesinde Ermeni Komitelerinde isyan çıkaranların tutuklanmaları isyanları önlemek açısından yeterli olmamıştır. Bu nedenle, giderek artan Ermeni isyanlarını önlemek amacıyla 30 Mayıs 1915 tarihinde “Ermenilerin Sevk ve İskanlarına İlişkin Talimatname” çıkarılmıştır. Tehcir doğrudan doğruya cephelerin güvenliğini sarsacak bölgelerde uygulanmıştır.

Talimatnamede;

- Ermenilerin sevk ve iskanının (tehcirin) nasıl yapılacağına ilişkin düzenleme yapılmış;
- ayrıca Ermenilerin mallarının tesbiti,
- naklin emniyet içinde yapılması,
- ve Ermenilere gittikleri yerde barınma ve iş imkanlarının sağlanması hususlarına yer verilmiştir.

O günün koşullarında tedbir niteliğinde alınan “*Ermenileri Sevk ve İskan Talimatnamesi*”nden sonra, “sevk ve iskan sırasında insani tedbirlerin alınmasına yönelik talimatname” çıkarılmış, bu tedbirlere uymayan devlet görevlileri de yargılanmış ve cezalandırılmıştır.

10 Haziran 1915 tarihinde yayınlanan bir Talimatname ile de, tehciire tabi tutulanların mallarını koruma altına almak üzere “Emval-i Metruke Komisyonu” kurulmuştur.

- 31 Aralık 1918 tarihli Geri Dönüş Talimatnamesi

Birinci Dünya Savaşı bittikten sonra, Osmanlı Hükümeti yayınladığı 31 Aralık 1918 tarihli geri dönüş kararnamesiyle tehciire tabi tutulan Ermenileri tehcir öncesi yerlerine dönmeye davet etmiştir. (8)

Geri Dönüş Talimatnamesine göre:

- *Sadece geri dönmek isteyenler sevk edilecek, diğerlerine dokunulmayacak;*
- *Yerlerine iade edileceklerin yollarda iaşe sıkıntısı çekmemeleri için gerekli tedbirler alınacak;*

- Geri dönenlere ev ve arazileri teslim edilecek;
- Yerlerine daha önce muhacir yerleştirilmiş olanların evleri tahliye edilecek;
- Osmanlı sınırları dışına çıkmış olanlar, geri dönmek isteseler de, yeni bir emre kadar kabul edilmeyecek;
- Yetim çocuklar, hüviyetleri dikkatlice belirlenerek ailesine veya cemaatlerine iade olunacak.

Yukarıda özetle değinilen bu kararnamede geri dönüşün ayrıntılı bir şekilde programlandığı görülmektedir.

Bu talimatnameler ve kararnameler de gösteriyor ki:

Osmanlı'nın Ermenileri yok etme kastı olmamıştır.

Ermenileri yok etmek kastı olan bir devlet, "sevk ve nakilleri için", "yolda güvenlikleri için" ve "savaş hali bittikten sonra da geri dönüşleri için" hukuki düzenlemeler yapar mı?

Ø Ermenistan Başbakanı'nın Raporu

1915 olaylarının soykırım olarak tanımlanamayacağını gösteren önemli bir belge de Ermenistan'ın ilk Başbakanı Kaçaznuni'nin bu konuya değindiği rapordur.

Ermenistan'ın ilk Başbakanı Kaçaznuni'nin Taşnaksutyun Partisine sunduğu Rapor, sözde soykırım iddialarının gerçek dışı olduğuna ışık tutmaktadır.

Kaçaznuni Raporda geçmiş dönemin bir özeleştirisini yapmış ve 1914'ten 1922'e uzanan süreçte, Türk-Ermeni ilişkilerinin özünü bir savaş hali olarak nitelendirmiştir. Kaçaznuni Raporunda Türkiye'yi sorumlu tutan bir değerlendirmede bulunmamış, aksine *Taşnak yönetimi dışında suçlu aranmamalıydı*, ifadesini kullanmıştır. (9)

Kaçaznuni Raporunda "Tehcir Kararının" siyasi örgütlenmeyle birlikte silahlanmaya başlayan ve 19. yüzyılın sonlarındaki yerel ayaklanma denemelerinden sonra, 1.Dünya Savaşı sürecinde Rus cephesindeki Osmanlı ordusunu arkadan vuran Ermeni teşkilatlanması karşısında Doğu ordusunun cephe gerisini güvenceye almak ve ayaklanmayı bastırmak amacıyla alınmış olduğunu belirtmiştir.

- Malta Mahkemesi kararı:

1915 ve devamı yıllarında Ermenilerin yaşadığı olayların hukuken soykırım suçu oluşturmadığının diğer bir kanıtı da “Malta Mahkemesi” kararıdır.

Aslında Ermeni iddiaları, hukuki olarak 1.Dünya Savaşından hemen sonra araştırılmıştır. Savaş sonrasında İstanbul’u işgal eden İngilizler, Ermeni Patrikhanesinin raporlarına dayanarak, katliam ve farklı suçlardan sorumlu tuttukları, aralarında Hariciye, Harbiye Nazırlığından üst düzey sivil ve askeri yöneticilerin de bulunduğu 145 Osmanlıyı yargılamak üzere Malta’ya sürgüne göndermişlerdir.

Ancak soruşturmayı yürüten İngiltere’nin en üst adli soruşturma kurulu olan Londra’daki İngiliz Kraliyet Başsavcılığı o tarihte bütün belgeler ve arşiv kayıtları ellerinde olmasına rağmen, bu kişileri suçlayacak bir kanıt bulamamışlardır.

Bunun üzerine Malta sürgünlerinin tümünü serbest bırakmışlardır. İngiliz Kraliyet Başsavcılığının “kanıt yokluğu “ gerekçesi ile Malta sürgünleri hakkında Ermenilerin katledildikleri suçlamasıyla dava açmaması, günümüz ceza yargılamasında “kovuşturmaya yer olmadığı” anlamına gelmektedir.

Malta yargılaması tarihimizin önemli bir sayfasıdır. Ermeni soykırım iddialarını bütün boyutlarıyla boşa çıkaran hukuki ve tarihi sonuçları vardır. Çünkü Birleşmiş Milletler Soykırım Sözleşmesinde soykırım suçunun varlığı ya da yokluğu konusunda karar verme görevinin ancak “yargı organlarına” ait olduğu belirtilmiştir. Sözleşme’nin 6. maddesine göre bir olayın soykırım olup olmadığına bu işle görevlendirilmiş milli mahkemeler veya uluslararası ceza mahkemeleri karar verebilmektedir.

Aslında Malta Mahkemesinde verilen karar sadece sürgünlerin değil, Türk ulusunun da aklanması anlamına gelmektedir. (10)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 17.12.2013 tarihli Dr. Doğu Perinçek Kararı ise söзде soykırım iddialarının hukuken gerçek dışı olduğunun kanıtlanması açısından tarihsel öneme sahiptir. (11)

Perinçek Kararında:

- söзде soykırımın tarihsel ve hukuksal boyutu ile tartışılmakta

olan bir konu olduğu, henüz kesin bir mutabakat olmadığına ve tartışmaların sürdüğü,

- be nedenle Yahudi soykırımı ile kıyaslanamayacağı,
- bunun Ermeni diasporasının tek yanlı iddiası olduğu,
- soykırım değildir” ifadesinin suç oluşturamayacağına,
- bu şekilde bir açıklamanın ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği

vurgulanmış ve Türkiye'nin “tehcir” “soykırım” olarak adlandıramaz tezini doğrulayan nitelikte tarihi bir karardır.

Bilindiği gibi, AİHM, Türkiye- Perinçek kararında, “Ermeni Soykırımı emperyalist bir yalandır” açıklamasını, düşünceyi açıklama özgürlüğü çerçevesi değerlendirmiş ve İsviçre'nin bu özgürlüğü ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararda, ayrıca Ermeni soykırımı iddiaları konusunda gerçeği saptamak mahkemelerin ve parlamentoların yetkisinde olmadığına; 1915 olayları hakkında verilmiş bir mahkeme kararı olmadığı, tarihi açıdan da tartışmalı olup bu konuda bir ortak kabul olmadığı için Yahudi soykırımı ile kıyaslanamayacağına hükmetmiştir.

AİHM, başvuruçunun “1915’de tehcir ve katliam yapıldığını hiçbir zaman inkar etmediğini fakat bu olayların soykırım olarak nitelendirilemeyeceğini söylediğini” ; başvuranın bu yaklaşımının Ermeni halkına karşı nefret oluşturma amacı taşımadığını, mağdurlarının tahkir edilmesinin de söz konusu olmadığını ve başvuruçunun ifade özgürlüğünü kötüye kullanmadığını karara bağlamıştır. İsviçre'nin itirazı üzerine 28 Ocak 2015 tarihinde AİHM Büyük Dairede yapılan duruşmadan sonra verilecek kararda da benzer sonuç çıkacağı beklenmektedir.

AİHM-Perinçek kararının ilk etkileri görülmeye başlanmıştır:

Örneğin, Alman Hükümeti 23 Ocak 2015 tarihinde Sol Parti Milletvekillerinin soru önergesi üzerine aşağıdaki cevapları vermiştir: (12)

“Soykırım suçu, BM tarafından 1948’de tanımlanmıştır. Sözleşme, geriye dönük uygulanamaz.”

“Federal Hükümet, 24 Nisan için anma töreni planlamıyor.”

“Araştırmaları teşvik ediyoruz, tanımlamayı bilim adamları yapmalı”

“Tartışmanın muhatapları Türkiye ile Ermenistan’dır.”

“Soykırımın kabulü, iki ülke arasındaki görüşmenin ön koşulu olamaz.”

“Soykırımı inkarı cezalandıran kanun Almanya’da uygulanmaz.”

“Alman ders kitaplarına soykırım tezlerini koymak için girişimiz yok”

“Soykırımın inkarını genel olarak cezaya tabi tutmak mümkün değildir. Böyle bir ceza tanımı, ceza mahkemelerini somut davalarda çözülemeyecek sorunlarla karşı karşıya bırakır.”

Her ne kadar Papa’nın açıklaması ve Avrupa Parlamentosu kararının olumsuz yansımaları gözardı edilemezse de Türkiye-Perinçek davasında AİHM Büyük Dairenin de aynı yönde bir karar vermesi halinde ‘Ermeni sorunu’ hakkında parlamentoların “soykırımı tanıyan açıklamaları ve sözde soykırımın inkarını suç sayan yasalar çıkarmaları” engellenmiş olacaktır.

Ayrıca, sözde soykırım iddiaları hakkında açıklık getirecek diğer bir merci de Milletlerarası Adalet Divanıdır. Bu husus Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin 9. maddesinde düzenlenerek *“bu sözleşmenin tefsir, tatbik ve icrasına ve soykırım fiilinin bir devletin sorumluluğuna dair sözleşen devletler arasında zuhur eden ihtilafların , ilgili taraflardan birinin talebi üzerine Milletlerarası Adalet Divanına arz olunacağını”* şeklinde hükme bağlanmıştır.

Fransız Tarihçilerin Bilimsel Açıklaması

Bilindiği gibi, Ermeni diasporası, tarihi gerçekler, belgeler ve bunların hukuki açıdan ele alınması yerine Sözde soykırım iddialarını siyasal zeminde sürdürmektedirler.

Son yıllarda birçok ülkede iç politikalarında kimi oy hesapları açısından “soykırımı tanıyan”, hatta “soykırım değildir” demeyi bile yasaklayan, cezalandıran kanunlar çıkarılmıştır. (13)

Tarihi ve hukuki gerçekleri gözardı eden bu girişimler sürerken, 2005 yılında Fransız Tarihçilerin siyasetten uzak, tarihi ön planda tutan açıklamaları bilimsel temele dayandırılmıştır.

Bilindiği gibi, Fransa'da 'tarih yazımı' tartışılırken, ülkenin önde gelen on dokuz tarihçisi, sözde Ermeni soykırımıyla ilgili yasanın da aralarında bulunduğu Fransa Meclisi'ne ait kararların iptal edilmesi için ortak bildiri yayınlamıştır. 'Tarih için özgürlük' adı verilen bildiri de parlamentoların tarihî konularda karar almasının, 'demokratik rejimlere yakışmadığı' vurgulanmış, 'özgür bir ülkede tarih yazma görevinin meclise ya da hukukî mercilere ait olmadığı' ifade edilmiştir.

Fransız tarihçiler, parlamento kararlarının tarih biliminde araştırma yapmayı ve eğitimi zorlaştırdığını dile getirerek "Fransa'nın sömürgecilik tarihinin olumlu yönlerinin anlatılmasını öngören 23 Şubat 2005 tarihli yasa ile 'Ermeni soykırımı'nın tanınmasına ilişkin 29 Ocak 2001 tarihli yasa, köleliğe ilişkin 21 Mayıs 2001 tarihli kanun, antisemitik ve ırkçı eylemlerin cezalandırılmasına ilişkin 13 Temmuz 1990 tarihli yasanın" yürürlükten kaldırılmasını istemişlerdir.(14)

Ayrıca, Erich Feigl; Bernard Lewis, Guenter Lewy gibi çok sayıda yabancı akademisyen de yaptıkları araştırmalarda 1915 yılında yaşananların soykırım olmadığı sonucuna vardıklarını açıklamışlardır.

Guenter Lewy bir makalesinde, "Osmanlı Hükümeti'nin Ermenileri yok etmek gibi bir hedefi olmadığını, yaşamını yitiren yüz binlerin, zorlu savaş koşullarına kurban gittiğini" anlatmıştır.

Tarihçi Prof. Justin McCarthy de, Türkiye'de Ermeniler konusunda yaşanan sorunların kaynağı olarak, İngiliz ve Amerikan yazılı basınında yer alan taraflı yayınları örnek göstermiş ve Türkiye ile Ermenistan arasındaki sorunun 'kurgu' olduğunu yazmıştır. (15)

Devletlerarası İyi İlişkiler Karşılıklı Olmalıdır

Hiç kuşkusuz Türkiye komşuları ile iyi ilişkiler içinde olmak ister. Ama komşuların da yanlış tutumlarından vazgeçmelerini beklemek gerekir.

Ermenistan'ın 1990 yılında yayınladığı Bağımsızlık Bildirgesinde gerçek amaçları yer almaktadır. Bağımsızlık Bildirgesinde "*Ermeni*

soykırımının Türkiye tarafından tanınmasının” ve “Batı Ermenistan’ın” asıl emelleri olduğuna açık bir ifadeyle yer verilmiştir.

1995 yılında kabul edilen Ermenistan Anayasasında da aynı emeller tekrarlanmıştır. Ermeni Anayasasının 13. maddesinde “Ermenistan arması üzerinde *Ararat – Ağrı Dağı’na*” yer verilmiştir. Bu durumlar, Türkiye ile Ermenistan arasında sağlıklı bir ilişki kurulmasını engelleyecek niteliktedir. Ayrıca Karabağ sorunu çözülmeden Ermenistan – Türkiye sınırının açılması ülkemizde ve Azerbaycan’da “en hafif sözlerle ifade edecek olursak” büyük hayal kırıklığı yaratacaktır. Her ne kadar AB Raporlarında, Katılım Ortaklığı Belgelerinde “*Türkiye’den komşularıyla iyi ilişkiler içinde olması gerektiğine*” yer verilmekte ise de iyi niyet ve iyi komşuluk ilişkilerinin sadece tek taraftan beklenemeyeceği bilinmeli ve komşumuzla iyi ilişkiler adına geri dönülmesi zor tavizler verilmemelidir.

Türkiye, sözde soykırım iddialarının gerçek dışı olduğunu, 1.Dünya Savaşı sırasında her iki tarafın yaşadığı acıların, ülke güvenliğini korumak için yapılan tehcirin soykırım olarak nitelendirmenin hukuken doğru olmayacağını tüm dünyaya anlatmakta çok geç kalmış olsa da kararlılıkla tarihi gerçekleri anlatmamız gerekiyor.

Tek yanlı suçlara karşısında, tarihi ve hukuki gerçeklerin anlatılması için hükümete, dış işleri bakanlığına, siyasetçilere, hukukçulara, özellikle uluslararası bağlantısı olan sivil toplum kuruluşlarına, meslek örgütlerine ve her yurttaşta büyük görev düşüyor.

Sonuç olarak, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde baktığımızda;

- 1915’te yaşanan olayları soykırım olarak niteleyen herhangi bir mahkeme kararının bulunmadığı;
- AİHM Perinçek kararında da belirtildiği gibi halen tartışmalı olan sözde soykırım iddiaları ile ilgili ortak bir mutabakatın da olmadığı;
- Soykırım Sözleşmesi açısından, soykırım suçunun maddi ve manevi unsurlarının oluşmadığı;
- iddiaların tarihi gerçekler ve hukuki düzenlemeler gözardı edilerek sadece siyasi söylemle sürdürüldüğü görülmektedir.

Bu durum, Osmanlı Hükümeti'nin ve bazı mensuplarının soykırım yapmış olmakla suçlanmasının, günümüzde Türkiye'ye yönlendirilen bu iddiaların, temelsiz ve asılsız olduğunu ortaya koymaktadır.

DİPNOT

- (1) Ermenilerin sözde soykırımı dünyaya tanıtma yollarından biri de terör örgütü aracılığıyla Türk Diplomatlarına yapılan saldırılar olmuştur. Bir Taşnak örgütü olan ABD'deki Ermeni Devrimci Federasyonu'nun yayın organı Armenian Weekly'nin 20 Mart 1985 tarihli sayısında, Türk diplomatlarına karşı saldırıların amacının "Ermeni ulusunun dağılmasından ve 1,5 milyon Ermeninin katledilmesinden sorumlu olanlar hak ettikleri şekilde cezalandırılana kadar durmayacağız; taleplerimiz açıktır, dünyanın dikkatini çekeceğiz, soykırımın tanınması ve Ermeni topraklarının gerçek sahiplerine yani Ermeni halkına iade edilmesi.." olduğu dile getirilmiştir. Terör örgütü saldırılarında çok sayıda dışişleri mensubu öldürülmüştür (bkz. Ek).
 - (2) H. Özdemir, K. Çiçek, Ö. Turan, Ramazan Çalık, Yusuf Halaçoğlu, Ermeniler - Sürün ve Göç, Türk Tarih Kurumu, 2004. Kamuran Gürün, Ermeni Dosyası, TTK Basımevi, Ankara 1983, s. 210-211.
 - (3) Bilal Şimşir, Ermeni Meselesi, 2005, 2. Bası.
 - (3a) Şükrü Elekdağ, Tarihsel Gerçekler Ve Uluslararası Hukuk Işığında Ermeni Soykırımı İddiası; ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.ataa.org/reference/ermenisoykirimiddiasi.pdf> (erişim 20 Nisan 2015)
 - (4) Gündüz Aktan, Radikal Gazetesi, 14 Temmuz 2003; 01.04.2005 - Hürriyet. 24-25 Eylül 2006 tarihlerinde Bilgi Ü.de yapılan "İmparatorluğun Çöküş Döneminde Osmanlı Ermenileri: Bilimsel (!) Sorumluluk ve Demokrasi Sorunları Konferansında" tek yanlı olarak Osmanlı'nın Ermenilere katliamda bulunduğu savı ileri sürülmüş, konuşmacıların tümü tarafından Ermeni tezinin haklılığı savunulmuştur. Toplantıda resmi Türk tezinin gerçek dışı olduğunu, bu nedenle de yıllardır savunulamadığını ileri süren konuşmacılar, soykırımın "hukuki bir kavram" olduğunda birleşmişlerdir.
 - (5) Türkiye, Sözleşmeyi 23.03.1950 tarihinde onaylamıştır. 5630 Sayılı Onay Kanunu 29 Mart 1950 gün ve 7469 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ayrıca, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 76. maddesinde "soykırım" suçu düzenlenmiştir. TCK md 76'da yer alan hükme göre: "Bir plânın icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı işlenen fiillerin, soykırım suçunu" oluşturduğu kabul edilmiştir.
- Taraf devletler listesi için bkz. (erişim 20 Nisan 2015): http://tr.wikipedia.org/wiki/Soyk%C4%B1r%C4%B1m_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi'_ne_taraf_%C3%BClkeler_listesi
- (6) Ovanes Kaçaznuni, Taşnak Partisinin Yapacağı Birşey Yok, (1923 Parti Konferansına Rapor), çev. Arif Acaloğlu, 5. Bası, İstanbul 2005; BEŞİRİ Arzu, Soykırım ve

- Soykırımı İlişkin Uluslararası Mekanizmalar, s. 5, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1310> (erişim 20 Nisan 2015).
- 6-a) Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 22 Mayıs 1969 için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf (erişim 20 Nisan 2015)
- (6-b) Haluk Dural, <http://www.guncelmeydan.com/pano/sozde-ermeni-soykirim-iddialari-ve-uluslararası-hukuk-haluk-dural-t30405.html#p150193>, (erişim tarihi 12 Nisan 2015). Uluslararası Adalet Divanının (UAD-Lahey) Bosna-Sırbistan kararının (International Court Of Justice, Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (CroatiaV. Serbia), 3 February 2015, Judgment) 477. paragrafında, UAD'nın Bosna Hersek - Sırbistan/Karadağ davasında 2007 tarihinde verdiği karara atıf yapılmaktadır. "477. Bir topluluğun zorla tehcir edildiği, kanıtlanmış olsa bile, tek başına soykırımın öldürme fiilini (actus reus'u) oluşturmaz"
- (7) Mehmet Perinçek, Rus Devlet Arşivlerinden 100 Belgede Ermeni Meselesi, İstanbul 2007, Doğan Kitap; Dr. Mehmet Perinçek: "„Sözde Ermeni Soykırımı aslında emperyalist bir yalandan başka birşey değildir. Rus arşivleri bunun soykırım olmadığını ispatlayan yüzlerce belgeyle doludur..." saptamasını belgelere dayandırarak açıklamaktadır; Mehmet Perinçek, Ermeni Milliyetçiliğinin Serüveni, Taşnaklardan ASALA'ya Yeni Belgelerle, Kaynak Yayınları.
- (8) Yusuf Halaçoğlu, Ermeni Tehciri, 8. Bası, İstanbul 2006;
- (9) Kaçaznuni Ovanes, Taşnak Partisinin Yapacağı Birşey Yok, (1923 Parti Konferansına Rapor), çev. Arif Acaloğlu, 5. Bası, İstanbul 2005.
- (10) Bilal Şımşır, Ermeni Meselesi, 2005, Uluç Gürkan, Malta Yargılaması, Kaynak yayınları, 2014, s.237; 2. Bası.; Cüneyt Akalin, <http://talatpasakomitesi.com/?p=339>.
- (11) Dr. Doğu Perinçek'in, İsviçre'nin Lozan kentinde 2005 yılında söylediği "Ermeni Soykırımı emperyalist bir yalandır" sözü üzerine kendisini mahkûm eden Lozan Mahkemesinin ve İsviçre Temyiz Mahkemesinin kararı sonrasında, İsviçre Devleti aleyhine AİHM'nde açtığı dava sonuçlanmış ve karar 17.12.2013 tarihinde açıklanmıştır (ECHR 370). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Doğu Perinçek tarafından İsviçre'ye karşı açılan "Ermeni soykırımı" davasında Perinçek'in ifade özgürlüğünün ihlâl edildiğine hükmetti.
- (12) <http://www.aydinlikgazete.com/m/?id=61539> (erişim 26 Şubat 2015).
- (13) Ermeni soykırımını tanıyan ülkeler: Uruguay (1965), Kıbrıs Rum Yönetimi (1982), Arjantin (1993), Rusya (1995), Kanada (1996), Yunanistan (1996), Lübnan (1997), Belçika (1998), İsveç (2000), İtalya (2000), İsviçre (2003), Slovakya (2004), Hollanda (2004), Polonya (2005), Almanya (2005), Venezuela (2005), Litvanya (2005), Şili (2007); Fransa(2001, ancak tartışmalar devam etmekte, Türkiye'yi soykırımla suçlayan Fransız yasasının iptal ettirme fırsatı vardır, bkz. Şükrü Elekdağ açıklamaları, Sözcü Gazetesi 14 Ocak 2015).
- (14) Hürriyet Gazetesi, 13 Aralık 2005.
- (15) Şükrü Elekdağ, Tarihsel Gerçekler Ve Uluslararası Hukuk Işığında Ermeni Soykırımı İddiası; ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.ataa.org/reference/ermenisoykirimiddiasi.pdf> (erişim 20 Nisan 2015)